

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2016/2

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correia Sousa de Oliveira**.

RIO DE JANEIRO

2016/2

CIP - Catalogação na Publicação

S586p Silva, Hilquias Fernandes da
Poder Regulador: fundamentos e limites /
Hilquias Fernandes da Silva. -- Rio de Janeiro,
2016.

75 f.

Orientador: Fabio Corrêia Sousa de Oliveira.
Coorientador: Farlei Martins Riccio de
Oliveira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder Regulador.
3. Poder Normativo. 4. Teoria da Captura. 5.
Regulação. I. Oliveira, Fabio Corrêia Sousa de,
orient. II. Oliveira, Farlei Martins Riccio de,
coorient. III. Título.

CDD 341.3221

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correa Sousa de Oliveira.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016/2

DEDICATÓRIA

Dedico à minha esposa Anne Trentin, que acreditou em mim desde o início dessa trajetória. Sem seu incentivo e apoio nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos à minha querida esposa Anne, pela compreensão e apoio durante essa importante etapa acadêmica.

Agradeço ao professor Fábio Oliveira pela orientação durante o trabalho.

Também agradeço aos grandes amigos William Novaes, Osvaldo Mateos, Carolina Schabbach, Viviane Souza, Maria Felipe, pela ajuda indispensável ao longo da confecção da monografia.

E por fim, expresso a minha gratidão ao professor Farlei Oliveira pelos ensinamentos e contribuições para o desenvolvimento do conhecimento necessário ao presente trabalho.

EPÍGRAFE

“A adversidade desperta em nós capacidades que, em circunstâncias favoráveis, teriam ficado adormecidas.”

Horácio

RESUMO

Esta pesquisa pretende analisar os fundamentos e limites das agências reguladoras, tomando como ponto de partida o contexto histórico de sua criação, e em seguida verificando a sua natureza jurídica, prerrogativas e limitações. Serão também analisadas as divergências doutrinárias sobre o poder normativo e da sua subespécie o poder regulador, especificamente quanto a possível afronta à Constituição Federal, em razão de um suposto déficit democrático na atuação regulatória. Outro ponto que será analisado é a possibilidade de captura política e econômica das agências reguladoras, fenômeno que causa graves prejuízos ao setor regulado e que requer medidas para a prevenção por meio do controle constante, cujas formas serão demonstradas com a apresentação de casos concretos. Considerando que a intervenção indireta exercida pelo Estado é um caminho sem retorno, na medida em que o Estado não pode, por questões econômicas, arcar com todo o custo dos serviços públicos oferecidos à população, a atividade regulatória é instrumento primordial na busca pela eficiência.

Palavras-Chave: Agências reguladoras; poder regulador; controle; Teoria da Captura; poder normativo; regulação.

ABSTRACT

This research intends to analyze the foundations and limits of regulatory agencies, taking as a starting point the historical context of their creation, and then verifying their legal nature, prerogatives and limitations. It will also analyze the doctrinal divergences on the normative power and its subspecies the regulatory power, specifically regarding the possible affront to the Federal Constitution, due to a supposed democratic deficit in the regulatory action. Another point that will be analyzed is the possibility of political and economic capture by regulatory agencies, a phenomenon that causes serious damage to the regulated sector and requires measures for prevention through constant control, whose forms will be demonstrated with the presentation of concrete cases. Considering that indirect intervention by the State is a path of no return, insofar as the State can not, for economic reasons, bear the full cost of public services offered to the population, regulatory activity is a primordial instrument in the quest for efficiency.

Keywords: Regulatory agencies; Regulatory power; Control; Capture Theory; Normative power; Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS | 16 |
| 1.1. Considerações gerais | 16 |
| 1.2. Breve histórico do surgimento das Agências Reguladoras | 17 |
| 1.3. Do conceito e da natureza jurídica das agências reguladoras | 22 |
| 1.3.1. Da descentralização..... | 23 |
| 1.3.2. Das autarquias..... | 23 |
| 1.4. A autonomia das Agências Reguladoras | 25 |
| 1.4.1. Autonomia normativa | 25 |
| 1.4.2. Autonomia administrativa..... | 26 |
| 1.4.3. Autonomia econômico-financeira..... | 27 |
| 1.4.4. Autonomia decisória | 28 |
| CAPÍTULO 2 – O PODER NORMATIVO | 29 |
| 2.1. Considerações gerais | 29 |
| 2.1. Conceito e natureza jurídica..... | 29 |
| 2.3. Das controvérsias doutrinárias..... | 30 |
| CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR | 34 |
| 3.1. Considerações iniciais..... | 34 |
| 3.3. A função reguladora..... | 36 |
| 3.3.1 Do suposto déficit democrático | 38 |
| 3.3.1.1 Consultas públicas..... | 42 |
| 3.3.1.2 Audiências públicas | 43 |
| 3.3.1.3 Conselhos consultivos | 44 |
| 3.4. Teoria da Captura | 45 |
| 3.4.1. A captura pela iniciativa privada..... | 46 |
| 3.4.2. A captura pelo poder público..... | 49 |
| 3.4.3. Medidas de proteção ante ao risco de captura | 53 |
| CAPÍTULO 4 – LIMITES DO PODER REGULADOR..... | 55 |
| 4.1. Considerações iniciais..... | 55 |
| 4.2. Controle legislativo | 56 |
| 4.2.1 Controle típico do Legislativo | 56 |
| 4.2.2 Controle externo do TCU..... | 57 |
| 4.3. Controle judicial | 60 |
| 4.4. Controle administrativo | 64 |

| | |
|-------------------|----|
| CONCLUSÃO | 68 |
| REFERÊNCIAS | 70 |

INTRODUÇÃO

O Estado, no decorrer de sua história, adotou diversos modelos de intervenção econômica. Por vezes foi ausente, permitindo que o mercado se autorregulasse, o que com o passar do tempo provou-se ser uma forma ineficiente de gestão, pois aumentava as desigualdades e permitia abusos de grandes grupos econômicos.

Por outro lado, em alguns momentos foi grande interventor da economia, passando a atuar diretamente no mercado, seja por explorar os serviços públicos ou por monopolizar os bens de produção, fortalecendo assim o aspecto burocrático na gestão da coisa pública. No Brasil, tal efeito foi desastroso e como consequência acarretou um engessamento prejudicial da atuação estatal.

No Brasil, com o advento da crise fiscal e da própria forma de intervenção econômica que vinha desempenhando, a economia sofreu fortes revezes, especialmente no fim da década de 80. Logo, percebeu-se a necessidade de mudar os rumos da intervenção estatal na economia, no sentido de que era necessário um aprimoramento da formulação e execução das políticas públicas, ampliando a participação de entes privados.

Assim, sob a ótica neoliberal, várias medidas de desestatização foram tomadas pelo Governo. O Estado se retirou de atividades econômicas, que passaram ao protagonismo da iniciativa privada, trazendo economicidade e eficiência aos serviços públicos. Começa a era da regulação, criando-se entidades autárquicas para delimitar orientações, fiscalizar e impor obrigações aos novos agentes econômicos.

Com isso, alguns problemas começam a ocorrer, como o desvio da busca do interesse coletivo para interesses privados, na medida em que os agentes econômicos subjugam as novas agências. Ao mesmo tempo crescem interesses políticos no seio dessas autarquias, afrontando a autonomia, característica central desses entes.

Aumentam as críticas quanto à constitucionalidade desse instituto, além da ocorrência de casos de extrapolação das normas e atos promovidos pelas agências, só para mencionar alguns dos desafios enfrentados por esse novo modelo de intervenção indireta.

Tendo esse cenário em mente, esta pesquisa almeja analisar o poder das Agências Reguladoras, seus fundamentos e limites.

Ao longo do presente trabalho, esses objetos serão analisados à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, tendo como alvo o debate e uma melhor compreensão deste importante tema.

A escolha do tema justifica-se pela relevância social do exercício do poder regulador, uma vez que as normas técnicas por ele emanadas disciplinam o funcionamento de setores econômicos essenciais.

Além de produzir forte impacto no ordenamento jurídico, essa prerrogativa das agências reguladoras afeta diretamente toda a sociedade, controlando dois setores sensíveis executados pela iniciativa privada: os serviços públicos (geralmente delegados por meio das concessões) e atividades econômicas de grande importância social.

Registre-se que tal atuação possui limites, submetendo-se aos controles legislativo, administrativo e jurisdicional como qualquer outro poder da Administração Pública.

Especificamente quanto ao âmbito jurisdicional, verifica-se a grande quantidade de demandas que chegam às portas do Judiciário, não só por parte dos usuários dos serviços públicos e demais atividades econômicas, como também das pessoas jurídicas que exercem tais atividades por meio de delegação e Entes da Federação.

Entretanto, mesmo com a existência desses controles nas agências, o exercício do poder regulador é polêmico, pois severas críticas são levantadas com base na suposta afronta aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da indelegabilidade da função legislativa.

Reconhecendo o papel destas entidades para o desenvolvimento e otimização do exercício da atividade administrativa pelo Estado brasileiro, este trabalho tem por objetivo discorrer sobre as agências reguladoras, especialmente no que se refere ao exercício do poder regulador por tais entes, para verificar se existe ou não necessidade de seu controle, bem como a forma em que ele pode ser concretizado.

O primeiro capítulo detalha aspectos estruturais e gerais da evolução das agências reguladoras, desde o seu surgimento até sua implantação no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, será estudada a sua natureza jurídica, bem como um dos seus atributos fundamentais, a autonomia indispensável para o exercício da atividade regulatória e a contextualização quanto aos conceitos de descentralização da estrutura administrativa do Estado e da autarquia, forma escolhida pelo legislador para a criação das agências reguladoras.

No segundo capítulo será avaliado o poder normativo das agências reguladoras, instituto que origina o poder regulador. Serão apresentadas as correntes doutrinárias que abordam a legalidade dessa prerrogativa, ou seja, se seria inconstitucional por falta de previsão expressa (sendo assim uma delegação inominada), ou um caso de deslegalização em que apenas se rebaixa a hierarquia normativa da matéria técnica a ser regulada pelas agências.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda os diversos aspectos do poder regulador propriamente dito, seu conceito, natureza jurídica, fundamentos e distinções entre regulação e regulamentação. Serão também analisados o suposto déficit democrático e as medidas possíveis para suprir a legitimidade democrática, bem como os desafios na efetivação dessas medidas. Outro tema importante a ser avaliado no terceiro capítulo é a Teoria da Captura, abordando-se a sua definição e as formas pelas quais as agências podem ser capturadas, política ou economicamente.

O quarto e último capítulo abordará os limites do poder regulador e como as poderes legislativo, judiciário e executivo exercem o controle sobre os atos das agências reguladoras. Também será demonstrado, por meio do precedente Município de Imbé x Agência Nacional de Petróleo¹, como um caso de extrapolação de ato de uma agência reguladora pode causar prejuízos, devendo ser controlado pelo Estado na busca de proteção do setor regulado contra possíveis abusos.

Assim, o presente trabalho contribui com o debate sobre o poder regulador das agências, posicionando-se pela proteção de sua autonomia em face de interesses econômicos e políticos, pois é por meio destes entes que o Estado intervém indiretamente na ordem econômica de

¹ Apelação Cível nº 377050/RJ.

forma eficiente e proporcional, garantindo o bem-estar da coletividade e o estímulo à concorrência e um mercado saudável.

CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1. Considerações gerais

A partir da década de 90, especialmente durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, foi importando para o Brasil o *New Public Management* (novo gerencialismo), que promoveu uma série de transformações no âmbito público. Dentre as suas características mais marcantes pode-se destacar a redução da intervenção do Estado, a primazia pelos valores da livre iniciativa e do mercado na produção, circulação e distribuição de riqueza, bem como a execução pelo Estado da chamada função regulatória como principal agente de intervenção indireta.

No Brasil, esta nova maneira de gerenciar a atividade pública contemplou diversas ações baseadas na perspectiva teórica de que era preciso uma revisão da forma como o Estado interagia com o mercado.

Medidas como a privatização de sociedades empresárias e do exercício de atividades públicas, a desestatização (ato de remover a titularidade do Estado de certas atividades constitucionalmente consagradas e transferi-las para a iniciativa privada) e a terceirização (contratação de pessoas jurídicas privadas para a execução de atividades-meio) foram implantadas visando maior economicidade e eficiência.

A partir de 1991, vários setores sofreram privatizações parciais (como, por exemplo, o energético) ou até mesmo totais (como os de telefonia e ferroviário). Embora o setor petrolífero não tenha sido privatizado, ocorreu a autorização, por intermédio de permissão específica que possibilitou o ingresso de empresas privadas no setor ou a quebra do monopólio.

Além disso, a economia foi aquecida e fortalecida no setor de transporte (aéreo e rodoviário), na medida em que foi permitido o ingresso de novos atores no mercado. Portanto, no período compreendido entre 1991-2000 presenciou-se um dos maiores processos de privatização no país, sendo comercializados ativos que totalizaram mais de R\$ 90 bilhões².

² MELO, M. A. **As Agências Reguladoras: gênese, desenho institucional e governança** In: ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2**. Brasília: MP. SEGES. 2002. p.5.

Nesse cenário de grandes mudanças na função do Estado no que tange à sua atuação no mercado, as agências reguladoras se tornam protagonistas e, desde então, assumiram papel fundamental na regulação da atividade pública prestada por entes privados, conforme atesta o festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, (...) sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle.

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.³

Desta forma, cabe a análise desse instituto, sua história, natureza jurídica e características, como será exposto a seguir.

1.2. Breve histórico do surgimento das Agências Reguladoras

Antes de abordar o surgimento das agências reguladoras no Brasil, cabe mencionar os marcos históricos que envolvem as agências reguladoras, desde o seu início até a implantação no ordenamento jurídico pátrio.

A agência reguladora é um instituto antigo que surgiu nos Estados Unidos no início do século XIX, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, cuja missão era regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário⁴. Essa regulação envolvia a criação de regras para as práticas tarifárias das companhias ferroviárias, além da execução das sanções, evitando abusos e discriminações na atuação daquelas companhias⁵.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 510/511.

⁴ Embora seja amplamente compreendida como a primeira agência reguladora da história, não se pode olvidar da grande influência inglesa, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. p. 94, nota 9.

⁵ ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Buenos Aires: Manatíal, 2010. pp: 119-122.

Entendeu-se à época que era preciso uma instituição forte o suficiente para regular o setor ferroviário, sendo indispensável a autonomia em face à função executiva, bem como o conhecimento técnico específico, do qual carecia o Estado naquele momento.

Ademais, observou-se que a atividade regulamentar deveria ser célere, para acompanhar os avanços do setor regulado, diferentemente da anterior atuação estatal caracterizada pela morosidade da burocracia, que dificultava a fruição de serviços de melhor qualidade para a sociedade.

Porém, para alcançar tais objetivos, era de suma importância que a agência não sofresse pressões políticas e, dessa forma, pudesse instituir e executar as políticas públicas necessárias e suficientes para a prestação exemplar dos serviços públicos. A alternância do poder democrático não poderia obstar ou comprometer as medidas em curso e, para tanto, fazia-se mister uma atuação menos política e mais técnica.

Em um segundo momento, no período compreendido entre 1930 e 1945, ocorreu uma nova atuação regulatória nos EUA em decorrência do advento da Grande Depressão, iniciada em 1929 e se estendendo até o fim da Segunda Guerra Mundial.

Nesse período foram criadas quinze agências federais com finalidades que variavam desde a recuperação, reforma e fomento aos diversos setores econômicos abalados com a crise administrativas foram criadas com o fim de intervir numa economia desgastada em profunda crise⁶.

A insatisfação com a incapacidade do mercado se reestruturar era grande, e o grau de liberdade de atuação econômica foi reduzido pela intervenção realizada pelo Estado por meio da política do *New Deal*⁷, implantada pelo presidente Roosevelt em 1933⁸.

⁶ TAYLOR JUNIOR, Quintard. **Survey of the History of the United States**. New Deal Agencies. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/qtaylor/Courses/101_USH/new_deal.htm>. Acesso em: 13.11.2016.

⁷ Foi o conjunto de medidas econômicas, administrativas e sociais exercidas pela administração Roosevelt, no período de 1933 a 1937, com o objetivo de recuperar a economia dos Estados Unidos da Grande Depressão (1929).

⁸ EUA, Library of Congress. **President Franklin Delano Roosevelt and the New Deal, 1933-1945**. Disponível em: <<http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwi/newdeal>>. Acesso em: 13.11.2016.

Com efeito, foi conferida às agências ampla autonomia durante esse período, v.g. a *Securities and Exchange Commission* – SEC, criada em 1934 com o intuito de proteger os investimentos privados e públicos de fraudes cometidas no mercado de ações, além de regular o setor de valores imobiliários e outros mercados de valores eletrônicos.⁹

Nesse período também foi instituído o *President's Committee on Administrative Management* (1936), que após análise concluiu que as agências não eram responsabilizadas adequadamente, pois tinham recebido “poderes descoordenados”, chegando até a chamar as agências de uma espécie de “quarto ramo sem cabeça do governo”¹⁰.

Dentro deste contexto, iniciou-se um extenso debate acerca da distinção entre as funções legislativas e executivas e o referido comitê recomendava que as agências fossem subordinadas ao Executivo e que sua prerrogativa judicante fosse reduzida.

Assim, no ano de 1941 uma comissão encarregada pelo presidente Roosevelt da revisão das críticas aos processos administrativos e da criação de processos para a melhoria da atuação das agências, recomendou um detalhado relatório que fundamentou a edição do *Administrative Procedure Act* (APA) em 1946, com o objetivo de regulamentar as agências federais criadas a partir do *New Deal*.

O APA conferiu flexibilidade às agências quanto ao desempenho de suas funções, além de fornecer normas processuais mínimas. Estabeleceu e regulamentou também as formas de função administrativa das agências federais, a saber: agência de regulamentação e agência adjudicação. A primeira forma se vinculava ao conceito de atos normativos, e a segunda se assemelhava com o poder judicante.¹¹ O APA uniformizou, assim, o “processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade”¹².

⁹ EUA, **U.S. Securities and Exchange Commission**, Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em: 13.10.2016.

¹⁰ BERGUER, Marshall J.; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: The Responsibilities of Public Lawyers**. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=scholar> Acesso em 13.11.2016.

¹¹ *Ibidem*

¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. nº 6. mai/jun/jul de 2006. p.2.

Porém, um novo fenômeno surgiu no cenário da atividade regulatória a partir de 1965, estendendo-se até o ano de 1985, qual seja captura das agências reguladoras pela iniciativa privada.

Destacando o mecanismo desta perigosa captura trazemos a colação trecho elucidativo da obra de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.¹³

Assim, desde 1985 a atividade regulatória vem sendo aprimorada em face dos desafios, buscando uma maior efetividade e independência das agências reguladoras.

Com o passar do tempo, o modelo norte-americano das agências reguladoras se fortaleceu e foi exportado para outros países da Europa e também para o Brasil.

No Brasil as agências reguladoras tiveram um surgimento tardio. Somente no final do século XX formou-se o cenário político e social favorável para que o Estado deixasse de intervir diretamente na economia e assumisse a função regulatória por meio de suas entidades.

Diferentemente do que ocorreu nos EUA no período do *New Deal*, em que o anseio era por mais intervenção estatal na economia, em razão da Grande Depressão que assolou o mercado e o tornou incapaz de reestruturar-se através de uma política puramente liberal, no Brasil a insatisfação recaía sobre o modelo de administração burocrática enrijecida e ineficiente, que ao intervir na atividade econômica acabava por aprofundar a crise que se arrastava desde a década de 80, fortalecendo o ideal liberalizante da economia.

Verificou-se que enquanto na economia norte-americana a regulação baseava-se na intervenção direta estatal no mercado, ou seja, no fortalecimento da atuação, no Brasil a forma de intervenção foi indireta por meio do exercício da função regulatória, utilizando as agências

¹³ Id. Ibidem

reguladoras. Buscava-se a diminuição do Estado por meio da transferência de diversas atividades à iniciativa privada.¹⁴

Em consequência disso, foi preciso remodelar o ordenamento jurídico para acomodar este novo ideal. A Magna Carta de 88 lançou as bases para a mudança de paradigma na administração pública, permitindo a descentralização e a busca por eficiência e celeridade da máquina estatal.

Com efeito, a exploração direta da atividade econômica foi vedada, com vistas à redução do papel do Estado-Empresário, e a intervenção econômica passou a ser realizada de forma indireta, com o Estado limitando-se a disciplinar, exercer a fiscalização e reprimir abusos na atividade econômica.

O art. 174 da Constituição Federal limitou ao Estado a exploração direta apenas de setores estratégicos para a segurança nacional ou aquelas atividades de interesse coletivo, exigindo, em ambos os casos, a existência de lei específica, nos moldes do art. 173 da CF, que dispõe:

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

Destaca-se também a criação do Plano Nacional de Desestatização – PND, pela Lei nº 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97 que, ao alterar o PND, manteve algumas das normas anteriores e promoveu um maior entendimento quanto à nova visão sobre a prestação do serviço público e exercício da atividade econômica.

Dentre as alterações no texto constitucional realizadas para implantar o novo projeto de descentralização administrativa, que visava uma administração pública menos burocrática e eficiente, pode ser destacada a Emenda Constitucional nº 8, de 04 de junho de 1995.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. pp.102/103.

Essa emenda pode ser considerada como o marco regulatório brasileiro, pois extinguiu o monopólio estatal da área das telecomunicações e possibilitou a criação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, com forte influência do modelo norte-americano.¹⁵

Desde então, diversas agências reguladoras foram criadas nesse mesmo modelo. Tal importação é alvo de críticas, pois foi feita de forma incompleta e sem uma plena acomodação desse instituto com o direito nacional.

1.3. Do conceito e da natureza jurídica das agências reguladoras

Conforme assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto, as agências reguladoras são criadas por lei na forma de autarquias, ou seja, órgãos administrativamente autônomos destinados a administrar certos setores econômicos e sociais em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público.¹⁶

Assim, o legislador optou pela escolha das autarquias, conforme se verifica nos termos do art. 8º da Lei nº 9.472/1997, que trata da criação e do funcionamento de uma entidade reguladora própria para a organização dos serviços de telecomunicações¹⁷:

Art. 8º. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Contudo, as agências reguladoras são submetidas ao um regime especial, que as torna diferenciadas das demais autarquias, na medida em que possuem uma autonomia reforçada, qualificada por ter autonomia normativa, administrativa, decisória e econômico-financeira.

¹⁵ Embora seja a EC nº 8/95 considerada como o marco regulatório no Brasil, não foi a ANATEL a primeira agência reguladora a ser criada. Antes, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica foi instituída pela Lei nº 9.427/96.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 367.

¹⁷ Não existe uma previsão constitucional que obrigue a constituição das agências reguladoras sob a forma de autarquias especiais, cabendo a lei infraconstitucional estabelecer a natureza jurídica destes entes. Portanto, além de ANATEL e da ANP (Lei 9478/97), as demais agências reguladoras foram criadas sob o mesmo regime.

Ademais, importa mencionar que tais entidades são pertencentes à Administração Pública Indireta, sendo a elas delegadas a atividade de regulação.

1.3.1. Da Descentralização

A Administração Pública é entendida como um conjunto de órgãos e pessoas (sentido subjetivo) que exercem a função administrativa, caracteriza-se como responsável pela gestão do interesse público e coletivo (sentido objetivo) e se organiza administrativamente por intermédio de um ordenamento jurídico denominado organização administrativa, exercida predominantemente pelo Executivo.¹⁸

De acordo com a organização vigente, o Estado exerce a atividade administrativa de três formas: a centralização, a descentralização e a desconcentração¹⁹.

A descentralização é a delegação do exercício da atividade administrativa na busca do interesse público da Administração Pública Direta para uma entidade da Administração Indireta, que por fim se torna a responsável pela prestação do serviço público ou atividade.

No que tange às Agências Reguladoras, podemos afirmar que a descentralização deve ser compreendida “no sentido material, estando nela embutida uma administração independente, dispendo de poderes decisórios regulamentares e individuais”.²⁰

Portanto, verifica-se que estes entes são entidades da Administração Indireta que recebem a delegação para exercer a regulação de alguns setores econômicos, promovendo a intervenção indireta do Estado no mercado.

1.3.2. Das Autarquias

O vocábulo autarquia vem do grego e etimologicamente significa “comando próprio, direção própria, auto-governo”.²¹ As autarquias são entidades pertencentes à Administração

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 473.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. pp. 211-218.

²¹ CRETELA JÚNIOR *appud* DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 498.

Indireta que possuem personalidade jurídica e são criadas por lei específica para desempenhar as atividades administrativas do Estado sem interesse econômico, porque visam o atendimento do interesse público, conforme dispõe o art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200/1967²²:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - 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 descentralizada.

Entretanto, com a evolução do direito administrativo, esse conceito não abrange somente as autarquias *strictu sensu* porque novas modalidades de entidades surgiram e, por desempenharem a gestão da coisa pública, também possuem natureza assemelhada com a autarquia, como é o caso das agências reguladoras²³.

Desta forma, as autarquias se subdividem em comuns (ou ordinárias) e especiais²⁴. As autarquias comuns são aquelas que exercem a atividade estatal nos moldes do art. 5º, I do Decreto-Lei 200/1967.

Por outro lado, as autarquias sob regime especial possuem, além das características e prerrogativas das autarquias ordinárias, maior autonomia em relação à Administração Pública, sendo isto evidenciado pelo poder normativo mais amplo (podem editar normas específicas para o setor regulado) garantido na forma da lei instituidora, bem como a prerrogativa da resolução de conflitos no âmbito administrativo.²⁵

Como demonstrado, as agências reguladoras possuem prerrogativas ampliadas em razão de sua atividade regulatória, garantida pelo regime especial definido em lei.

²² Art. 37, XIX, c/c art. 61, § 1.º, II, “b” e “e”, da Constituição Federal.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.488.

²⁴ REZENDE, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p.124.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.181.

1.4. A autonomia das Agências Reguladoras

Como já foi mencionado anteriormente, as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, sendo assim “regidas por disciplina específica, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias”²⁶.

Tais prerrogativas especiais e diferenciadas devem-se ao fato de que tais autarquias regulam de forma técnica a atividade econômica ou do serviço público prestado, garantindo a eficiência por meio de um controle, que em princípio, deveria ser relativamente imune às constantes alterações no cenário político.

Ademais, é sabido que as funções legislativa e judiciária não são capazes de acompanhar o ritmo dinâmico desses setores, o que justifica a necessidade de que as agências reguladoras possuam um poder normativo, além dos poderes decisórios, executórios e sancionatórios²⁷.

Cabe também ressaltar que, além da autonomia normativa supracitada, têm as agências reguladoras, dentre as suas prerrogativas, a autonomia administrativa e a financeira-orçamentária, primordiais para a fiel execução dos comandos constitucionais na ordem econômica.

1.4.1. Autonomia normativa

A autonomia normativa é, em apertada síntese, a capacidade de edição de normas técnicas no âmbito de sua competência, desde que previamente autorizada em lei e com base, segundo parcela da doutrina, na deslegalização promovida pela função legislativa.²⁸

O fenômeno da deslegalização é a transferência de matérias que eram originariamente atribuídas ao Legislativo para as entidades regulatórias da Administração Indireta, em razão do caráter técnico. A análise desse instituto será aprofundada na sequência deste trabalho.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.498.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.105.

²⁸ Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José dos Santos Carvalho Filho e Marcus Juruena Vilela Souto.

1.4.2. Autonomia administrativa

A autonomia administrativa, por sua vez, pode ser caracterizada pela vedação à incidência do recurso hierárquico impróprio, ou seja, à interposição a órgão ou autoridade estranha à qual se acha vinculado o ente que editou o ato objeto de impugnação. Portanto, será impróprio o recurso remetido ao órgão, autoridade ou ente da Administração Indireta em relação ao qual não tenha relação de hierarquia.

Outro traço da autonomia administrativa é a investidura de dirigentes no cargo a termo, mediante indicação do Presidente da República e posterior aprovação do Senado Federal²⁹. Assim, o dirigente contará com uma estabilidade mais robusta, uma vez que não poderá ser exonerado *ad nutum*, pois o tempo do exercício no cargo é previsto em lei, garantindo maior independência na atuação, e evitando interferências externas na formulação e execução das políticas da agência reguladora, uma vez que o mandato é não coincidente com o do agente político³⁰.

Percebe-se também que o legislador não procurou apenas impedir a intromissão do Poder Público nas agências reguladoras, mas também por parte da iniciativa privada, especialmente das pessoas jurídicas do setor regulado. Isso porque o ex-dirigente se torna impedido de exercer atividades afins com o setor regulado pela agência que dirigiu, no período de seis meses (período de quarentena)³¹.

Além disso, os dirigentes das agências reguladoras podem ser destituídos de seus cargos ao final do curso do mandato, pela renúncia, por intermédio de um processo administrativo ou devido a sentença transitada em julgado.³²

²⁹ Vide art. 5º. da Lei nº. 9986/2000: Art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CDI) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

³⁰ Art. 6º. da Lei nº 9.986/2000: O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

³¹ Art. 8º. da Lei nº 9986/200: O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

³² Art. 9º. da Lei nº 9.986/2000: Os conselheiros e os diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

É importante salientar que nos casos de processo administrativo ou no judiciário, devem ser respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, ambos expressos na Constituição Federal.³³

Desta forma, embora as agências possuam autonomia administrativa reforçada, elas também têm limites estabelecidos pelo legislador, visando não só a eficiência, mas também a probidade dessas instituições e o respeito aos princípios constitucionais concretizados na Magna Carta.

1.4.3. Autonomia econômico-financeira

A autonomia financeira-orçamentária pode ser compreendida como a capacidade das agências para “arrecadar, dispor e remanejar as dotações orçamentárias de forma eficiente e livre no mister da atividade regulatória.”³⁴

A autonomia financeira das agências reguladoras, é atribuída pelo legislador, na possibilidade de instituição de taxas regulatórias próprias, cujos contribuintes são as pessoas jurídicas reguladas, além de receberem dotações orçamentárias.³⁵

A taxa de fiscalização é um exemplo de receita própria atribuída às agências reguladoras. Conforme atesta Marçal Justen Filho, a taxa de fiscalização constitui um “mecanismo para assegurar a captação pela agência de recursos para sua manutenção. Mais do que isso, assegura-se a autonomia financeiro-orçamentária que impede a redução da autonomia da agência em face de outras instituições estatais ou de empresas privadas”.³⁶

Além da autonomia financeira, detém as agências reguladoras a autonomia de enviar propostas orçamentárias ao ministério ao qual estejam relacionadas³⁷.

³³ Art. 5º da CRFB/88.

³⁴ GARCIA Emerson. A Autonomia Financeira do Ministério Público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003.p.1.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo: 2002. p. 480.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cf. art. 49 da Lei n.º 9.472/1997.

1.4.4. Autonomia decisória

As agências reguladoras também possuem a autonomia decisória, ou seja, a função judicante para resolver conflitos do setor regulado, seja entre os executores da atividade econômica delegada ou com os usuários dos serviços e atividades.

Contudo, tal prerrogativa não é absoluta, pois não afasta a apreciação da função judiciária, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição nos termos do art. 5º, XXXV, da Magna Carta: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ademais, em razão de a jurisdição ser una, o monopólio da atividade jurisdicional é da função judiciária do Estado. Em nenhum momento o Estado-Administração por meio de suas agências reguladoras exerce a jurisdição nos conflitos da seara administrativa.

Frise-se que é possível a discussão da lide em sede do Judiciário, momento que tanto a Administração Pública, concessionários e os usuários estarão em pé de igualdade, se submeterão à decisão prolatada em sentença.

Portanto, analisada a natureza jurídica da agência reguladora e suas peculiaridades em razão de seu regime especial chega o momento de verificar o poder normativo, prerrogativa essa tão importante em que a doutrina diverge quanto a sua constitucionalidade, sendo de vital importância para a compreensão do poder regulador e seus desdobramentos.

CAPÍTULO 2 – O PODER NORMATIVO

2.1. Considerações gerais

Como já demonstrado no capítulo anterior, as agências reguladoras possuem prerrogativas especiais necessárias para a execução plena e eficiente da atividade regulatória. De todas as características, o poder normativo destaca-se por sua natureza controversa.

Este poder normativo atribuído às agências reguladoras foi bastante criticado quanto à sua constitucionalidade, pois carece de fundamentação expressa na Constituição Federal. As críticas giravam em torno da possível violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Portanto, vale a consideração do referido instituto, quanto ao seu conceito, natureza jurídica e uma breve exposição do conflito doutrinário que, atualmente, vem sendo entendido majoritariamente pela constitucionalidade com base nos precedentes mais recentes.

2.1. Conceito e natureza jurídica

Inicialmente cabe destacar que o poder normativo é gênero, cujas espécies são o poder regulador e o regulamentar.

Ademais, o poder normativo é uma função atribuída aos entes da Administração Pública com o desígnio de editar atos normativos que visam a explicitar determinados preceitos legais e reger situações gerais³⁸.

A Constituição Federal estabelece a forma em que tais normas se materializam no art. 84, IV, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Administrativo - RBDA, Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2005. pp. 91/92.

Com o advento da EC nº 32/01, foi incluído o inciso VI no art. 84 da Constituição Federal, que por sua vez atribuiu ao Presidente da República a competência para editar normas, por meio de decretos, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.”

Portanto, no âmbito da atividade regulatória, tais normas são de cunho técnico e respeitam os parâmetros legais, evitando a influência do caráter político presente nas leis. Tal despolitização se faz necessária em virtude da própria natureza da atuação regulatória das agências, pois é sabido que o Legislativo não possui o conhecimento técnico para regular certas situações que ocorrem no setor econômico regulado.

2.3. Das controvérsias doutrinárias

O estudo da função normativa à luz da Constituição Federal, inicialmente, levanta sérios questionamentos em torno dos princípios da separação de poderes, da legalidade e da indelegabilidade da função legislativa.

Parte da doutrina se posiciona pela inconstitucionalidade, por alegar que o poder normativo é uma transferência ilegítima do poder legiferante por parte do Legislativo às agências reguladoras.

Segundo a referida corrente, a transferência seria na verdade uma espécie de delegação legislativa inominada, ou seja, estaria o Executivo habilitado a editar normas que criariam direitos e obrigações por meio de regulamentos de forma originária, em clara afronta ao princípio da legalidade, pois a Carta Política de 1988 estabeleceu apenas duas hipóteses, a saber: medidas provisórias (artigo 62 da CRFB/88) e leis delegadas (artigo 68 da CRFB/88).

Portanto, esse processo de deslegalização, do ponto de vista formal, possibilita ao legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que na opinião de Gustavo Binimbojm é inadmissível.³⁹

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008 p. 107.

Dessa forma, os atos normativos das agências reguladoras são infralegais e seu âmbito limita-se apenas ao funcionamento interno e organização. Para essa corrente, nem mesmo a menção de um órgão regulador nos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição Federal, que se referem à ANATEL e à ANP, é suficiente para ampliar o poder normativo ou considerar-se uma exceção delimitada na própria Constituição.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre os regulamentos administrativos atesta que:

[...] os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) **limitar a discricionariedade administrativa**, seja para (a) dispor sobre o **modus procedendi** da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) **caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos** cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações **técnicas** segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) **decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos**, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.⁴⁰ (grifos do autor)

Ressalte-se que, mesmo seguindo essa corrente de pensamento, DI PIETRO reconhece a excepcionalidade das agências reguladoras das telecomunicações (ANATEL) e do petróleo (ANP), com base nos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição Federal, que preveem os órgãos reguladores expressamente.⁴¹

Por outra banda, há aqueles que entendem pela constitucionalidade do poder normativo, afirmando que esta prerrogativa não afronta os princípios da legalidade e da separação dos poderes, desde que tais atos normativos não ultrapassem os *standards* ou parâmetros legais.

Portanto, para essa corrente não há que se falar em delegação legislativa inominada, porque a própria lei instituidora da agência reguladora, expressamente, promove a

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 26ª ed. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 363.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p. 116.

“transferência da disciplina de determinadas matérias ou atividades da esfera legislativa para aquela regulamentar do Governo”.⁴²

Além da transferência entre as esferas, Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que a deslegalização consiste na “retirada, **pelo próprio legislador**, de certas matérias, do **domínio da lei** (*domaine de la loi*) **passando-as ao domínio do regulamento** (*domaine de l’ordonnance*)”.⁴³ (o grifo é nosso). Noutras palavras, o legislador rebaixa hierarquicamente a matéria regulatória para que possa ser tratada mediante regulamento pelas agências reguladoras.

Com efeito, não se trata de uma transferência inconstitucional da função legislativa que acarretaria numa violação do princípio da separação dos poderes, mas tão somente é a “adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria”.⁴⁴

Ademais, isto não quer dizer que a lei instituidora seria uma espécie de lei inominada que resultaria na edição de regulamentos autônomos pelas agências reguladoras. A uma, porque na prática é inviável a concepção de atuação administrativa isenta de inovação no ordenamento jurídico em razão da própria natureza da atividade. A duas, porque a norma da seara regulatória é de caráter executivo e, como tal, exige a existência prévia de lei para a regular atuação do Estado Administrador, diferentemente dos regulamentos autônomos, que prescindem de lei anterior e têm previsão excepcional no próprio texto constitucional.

Por fim, percebe-se pela leitura das leis instituidoras um caráter de baixa densidade normativa, que por sua vez proporciona um grau de discricionariedade necessário para a atuação das agências. Essa margem discricionária possibilita uma melhor negociação entre as agências e os agentes econômicos e sociais no âmbito do setor regulado.⁴⁵

⁴² VERGOTTINI, Giuseppe de. A “delegificação” e a sua incidência no sistema das fontes do Direito. In OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p. 117.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.451.

⁴⁴ Idem p. 454, 455.

⁴⁵ Idem. p. 439.

Porém, em que pese tais divergências doutrinárias, a jurisprudência vem se firmando quanto à constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. Um exemplo disso é um recente julgado do STF, a ADI 4568, em que se verificava a possibilidade de uma norma permitir o aumento e reajuste do salário mínimo mediante a edição de um decreto.

Embora não seja o decreto expedido por uma agência reguladora, vemos na prática o Executivo, por intermédio do exercício do poder normativo, intervir indiretamente na economia. O art. 3º caput e parágrafo único da Lei nº 12.382/11 foi questionado quanto à sua constitucionalidade, sob a alegação de que seria delegada ao Presidente da República a capacidade de fixar o valor do salário mínimo mediante decreto, violando o inc. IV do art. 7º da Constituição Federal que a fixação do valor do salário mínimo por lei.

O Plenário do STF entendeu que a lei era constitucional. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Luiz Fux, que ao acompanhar o voto vencedor da Ministra Relatora Cármen Lúcia, atestou que não ocorreu uma:

renúncia por parte do Legislativo quanto à sua competência normativa, mas, sim, a criação de um diálogo institucional que busca colher frutos das virtudes dos dois Poderes políticos. A representatividade plural do parlamento para delinear as diretrizes da política pública no setor com o conhecimento técnico, o dinamismo do Poder Executivo, a quem caberá implementar e concretizar as diretrizes da lei à luz da apuração dos elementos de fato a que ela faz alusão. Em última análise, o que se pretende é preservar o status constitucional da garantia do salário mínimo, cuja relevância restou proclamada por este Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's nºs 1.439 e 1.458, que transcrevo *ipsis litteris*. Gostaria de fazer também uma pequena abordagem, rapidamente conceitual, é que, na realidade, a hipótese do caso se amolda ao novel fenômeno da deslegalização, estudada com maestria pelos professores de Direito Administrativo e que consiste exatamente na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-se ao domínio do regulamento. Cito aqui as lições do professor Diogo Moreira Neto, que tem um trabalho específico, para concluir que, assim, a maior ou menor margem de atuação do Poder Executivo não descaracteriza o rebaixamento do status normativo da matéria, justamente porque configura o fenômeno da deslegalização.⁴⁶

Logo, o poder normativo nada mais é do que a evolução das técnicas legislativas, e não um processo ilegítimo e inconstitucional, que proporciona ao Estado a eficiência e a celeridade necessárias para a atividade regulatória.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4568.Voto: Ministro Luiz Fux.

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR

3.1. Considerações iniciais

O poder regulador encontra fundamento no instituto da deslegalização. Como já mencionado, a deslegalização é a transferência de uma parte limitada da competência natural da Função Legislativa para as agências reguladoras, para que estas possam editar normas gerais e abstratas com força de lei, respeitados os *standards* da lei instituidora, cujos objetivos e funções estão definidos para a regulação de um setor econômico específico.

Nessa esteira, afirma Gustavo Binembojm, que “tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação.”⁴⁷

Diferentemente do poder normativo, que é de caráter geral (natureza política), o poder regulador é a prerrogativa específica da agência reguladora, cujo objetivo é editar forma célere e eficiente normas técnicas, respeitados os princípios da legalidade e separação de poderes, ou seja, este poder encontra limites materiais (normas de matéria técnicas) e formais (arcabouço legal vigente).

Um exemplo disso é o que ocorre com a ANP – Agência Nacional de Petróleo, que teve a sua lei instituidora (Lei nº 9.478/97) alterada pelas leis nº 11.097/05 e nº 11.909/09. Ambas modificaram os *standards* da ANP, trazendo também algumas limitações.

Entretanto, mesmo com as modificações promovidas pelo Legislativo e Executivo (exercício do poder normativo de cunho político), a ANP ainda possui a prerrogativa de edição de normas técnicas para a regulação do setor petrolífero, além de lhe ser facultada a importação de práticas e costumes do âmbito internacional, conforme exposto no artigo 44, inciso VI da Lei nº 9.478/97, nos seguintes termos:

Art. 44, VI - adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 108.

quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.⁴⁸

Por conseguinte, a ANP será a responsável pela implantação das políticas públicas gerais do setor energético instituídas pelo Legislativo, por meio de normas técnicas específicas.

Dessa forma, cria-se aparentemente uma diferença entre as normas regulamentares e regulatórias, numa tentativa de compreender o momento de atuação de cada um dos envolvidos nessa complexa atividade que é a regulação.

3.2. Distinção entre regulação e regulamentação

Alguns doutrinadores discorrem sobre a diferença entre regulação e regulamentação, pois consideram um requisito indispensável para o entendimento do tema. Diversas são as premissas que fundamentam a distinção entre tais institutos conforme cada doutrinador.

Para ilustrar uma dessas visões sobre o assunto, Marcos Juruena Villela Souto define a regulamentação como a função exercida privativamente pelo Chefe do Executivo, por meio de decretos que visam apenas o exato cumprimento de leis, sendo uma atividade política isenta de neutralidade.

Por outro lado, para esse doutrinador a função regulatória encontra previsão no artigo 174 da Constituição Federal, e tem como objetivo a edição de normas técnicas sem o caráter político comum da função regulamentar, resultado de estudos e análises de custo e benefício para o setor regulado.⁴⁹

Respeitadas as perspectivas contrárias acerca da distinção entre regulação e regulamentação, muitas vezes reunidos no conceito de *regulação* ou classificados quanto à margem de inovação no ordenamento jurídico, a melhor doutrina se fundamenta em um

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. p. 295.

⁴⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.p. 28.

conceito mais amplo do que a mera limitação da natureza da norma, por utilizar a ideia cunhada por Alexandre Santos de Aragão, denominada *regulação estatal da economia*.⁵⁰

De fato, segundo o ilustre doutrinador, a atuação regulatória será positiva no sentido de estabelecer requisitos a serem cumpridos pelos *players* do setor regulado, a fim de conseguirem acesso a certas vantagens oferecidas pelo Estado, e em certas situações é negativa quando reprime e sanciona, quando “*persuade o agente econômico a observar determinado preceito regulatório*.”⁵¹

Desta forma, tendo em conta o cenário normativo mais flexível, vislumbra-se uma regulação estatal da economia também flexível, abrangendo tanto o aspecto normativo como o interventivo. Deve a regulação estatal primar pela eficiência, pelos valores humanos, econômicos e sociais, além de buscar o diálogo com o setor regulado e usuários dos serviços públicos e atividades prestados pelos concessionários.

Nesta senda, ao tratar dos processos decisórios das agências reguladoras Diogo Figueiredo Moreira Neto atesta que deve existir a “possibilidade de admissão dos administrados e de terceiros ao debate e negociação, abrindo espaço jurídico ao ajuste de interesses entre a Administração e administrados e uma nova alternativa à via contenciosa”.⁵²

Por conseguinte, a dicotomia regulação *versus* regulamentação não se faz mais necessária, pois o controle da adequação entre os meios e os fins da atividade regulatória deve ser feito de forma integral e não compartimentalizada, uma vez que a natureza é a mesma, havendo apenas uma diferenciação quanto ao grau de intervenção (menor quando no âmbito interno da agência e maior quando atingir o setor regulado).

3.3. A função reguladora

Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, o Estado vem diminuindo a sua interferência direta na ordem econômica, delegando certos serviços públicos e atuando cada

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. p. 31.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Consideraciones sobre la participación en el Derecho comparado Brasil-España**. In: Revista de administración pública. n° 152. 2000. p.81

vez mais como um regulador, sendo responsável por orientar e fiscalizar tais serviços, o que possibilita mais qualidade, eficiência e celeridade na prestação à coletividade.

Com esse objetivo e em virtude de sua natureza híbrida, a regulação conta com uma gama de prerrogativas específicas, que incluem a produção de normas, fiscalização, composição de conflitos e até mesmo a possibilidade de aplicação de sanções, de acordo com o tipo da atividade⁵³.

Ademais, essa intervenção indireta realizada pelas agências reguladoras tem, na lição do ilustre doutrinador Alexandre Santos de Aragão, os seguintes âmbitos de atuação:

(a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar livre concorrência no setor privado e, nos casos de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.⁵⁴

Para tanto, deverão as agências reguladoras ponderar os interesses de todos os envolvidos no setor regulado, demonstrando assim uma verdadeira mitigação do princípio clássico da supremacia do interesse público, conforme salienta Diogo Figueiredo Moreira Neto:

Não se trata, portanto, da tradicional aplicação direta de uma **definição legal vinculadora de certo interesse público específico**, nem, tampouco, e muito menos, de chegar a uma **definição legal discricionária**, que é a que deve ser integrada pelo administrador por subsunção, à feição da administração tradicional, isso porque **o interesse específico que deverá prevalecer nas relações submetidas à função reguladora não estará predeterminado**, senão que deverá ser deduzido dos fatos, pelo exercício qualificado, negociado e ponderado dessa função.⁵⁵ (grifos no original)

Portanto, observa-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem nortear não só as decisões, mas também as normas editadas pelas agências. Deve-se avaliar o

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n° 1. fevereiro. 2005. p. 11.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A regulação dos monopólios, quando a competição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n° 10, maio/junho/julho. 2007. p. 3, nota 6.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. In: SANTOS, Roberto Mizuki. Deslegalização e a função reguladora da administração pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13506>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

custo benefício dos atos regulatórios, proporcionando a facilitação do ingresso no mercado regulado, além da proteção contra danos ambientais e ao consumidor.

A função regulatória deve pautar-se também pelos princípios da transparência (sem a qual é inviável o controle) e da participação popular. É imprescindível que todos os interessados e afetados pela regulação de uma determinada agência tenham a oportunidade de manifestar-se e contribuir com sugestões e ideais no processo regulatório.

Especialmente sobre o fator democrático na função regulatória muitas críticas são levantadas. Por ser um assunto relevante, o presente trabalho tratará sobre a polêmica questão do suposto déficit democrático.

3.3.1. Do suposto déficit democrático

Muitas são as críticas quanto ao exercício da atividade regulatória pelas agências reguladoras, fundadas em um suposto déficit democrático. Para parcela da doutrina, a garantia da vedação de exoneração sem justa causa (*ad nutum*) dos dirigentes das agências reguladoras possui um problema de legitimidade democrática.

Considerando que as medidas tomadas pelos dirigentes das autarquias regulatórias, na busca de concretizar as políticas públicas, afetam toda a sociedade e não somente as empresas privadas reguladas, e que tais dirigentes não são eleitos pelo sufrágio universal, como são os chefes do Executivo e Legislativo e outros detentores de mandato político, questiona-se a possibilidade de uma afronta ao princípio da soberania popular expresso no artigo 1º, §1º da Carta Política de 1988, que em outras palavras, prevê que a origem do poder é no povo, sendo exercido diretamente por meio de seus representantes.

Ademais, é possível que o mandato do Chefe do Executivo não coincida com o mandato do dirigente da agência, causando tensões no que tange à formulação e a execução das políticas regulatórias, políticas essas pertencentes a um programa de governo que foi majoritariamente aprovado pela população por meio do voto.

Por fim, outro fator digno de consideração é o trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que, no âmbito das agências reguladoras,

[...]as normas são elaboradas sem expressa autorização constitucional, e no uso de um poder regulamentar que, ademais de se exercer em relação a leis por demais genéricas (ao estilo dos standards da legislação norteamericana), para muitos, é expressão de usurpação do poder regulamentar do Presidente da República, muito embora contando com o seu beneplácito.⁵⁶

Portanto, essa falta de previsão constitucional (exceto no caso da ANATEL e ANP) causaria uma diminuição de legitimidade, além de afronta aos princípios da reserva legal e legalidade. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, restaria às agências apenas a competência de editar normas que cumpram as previsões legais, diminuindo a abrangência de seu poder normativo.

Em síntese, alega-se que as agências possuem demasiado poder na sua atuação, o que não seria legitimado democraticamente, seja em razão da estabilidade temporária dos dirigentes das agências, pelos possíveis conflitos com programas de governo ou quanto à carência de previsão constitucional do poder normativo.

No que tange a essa carência de previsão constitucional, o presente trabalho já discorreu sobre a divergência doutrinária e o entendimento jurisprudencial consolidado em contrário, quando reconhece a legalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Entretanto, há aqueles que entendem que os mesmos fatores que levam à um suposto déficit democrático, são os mesmos capazes de garantir a democracia e os interesses coletivos da sociedade.

Alexandre Santos de Aragão, afirma que o problema central do alegado déficit democrático é “causado por razões gerais decorrentes da administrativização do Direito Público e específicas oriundas da *estabilidade temporária* dos seus dirigentes, que não pode ser exonerados ad nutum pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições.”⁵⁷

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.364.

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 465.

Para solucionar esse problema, o supracitado autor acredita que por intermédio da Teoria dos Poderes Neutrais, seria possível a solução do déficit democrático. Entende-se dessa teoria ser necessária a criação de entidades que atuariam como uma espécie de barreira ao uso desmedido do poder político que prejudica a persecução do atendimento aos interesses coletivos, quando o Estado, por meio dos representantes democraticamente constituídos, passa a desrespeitar os direitos fundamentais da sociedade.

Para exemplificar, não são somente as os dirigentes das agências reguladoras que não possuem mandato político, mas os membros do Judiciário e do Tribunal de Contas também, e nem por isso a forma de ingresso invalida a atuação importante na proteção ao interesse público e à democracia.

Nesse sentido, o Ministério Público também exerce a representação da sociedade por intermédio de ação civil pública e, assim, protege direitos e garantias dos cidadãos sem que seus procuradores tenham sido empossados pela via eleitoral.

Logo, não há que se falar em atuação anti-democrática dos dirigentes e membros de conselhos das agências reguladoras em razão da estabilidade temporária, sendo na verdade uma autonomia necessária para que haja um distanciamento do caráter político, o que permitirá uma atuação livre para tutelar os valores constitucionais e proteger, por meio de uma atuação técnica protegida das mudanças político-eleitorais, o “pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo.”⁵⁸

Além disso, o que se vê na prática é que o medo de queda nas pesquisas de intenção de voto e a possibilidade de não reeleição movem muitos detentores de mandato político a não promoverem políticas públicas difíceis e não tão agradáveis à população. Esse é um ônus trazido pela participação popular, que não é técnica na sua natureza.

Em síntese, o poder neutral é capaz de reunir o pluralismo dos interesses coletivos com o princípio democrático, conforme assinala Alexandre Santos de Aragão:

⁵⁸ Idem. p.474.

Estes poderes neutrais do Estado, especialmente as agências reguladoras independentes, infensos ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo. São, assim, uma feliz combinação do pluralismo (propiciado por sua autonomia “reforçada”) com o princípio majoritário (os vínculos que mantêm com o Poder Legislativo e com a Administração central).⁵⁹

Assim, a legitimidade democrática da agência reguladora passa pela garantia de sua autonomia e por medidas que garantam o aspecto democrático nas decisões. A própria Constituição Federal, em vários artigos, dispõe sobre a participação popular nas atividades exercidas nas funções judiciária e legislativa.⁶⁰

Referente à Administração Pública, importa destacar o disposto no artigo 37, §3º da CRFB/88, que estabelece:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

De fato, o princípio participativo permeia toda a atuação pública, pois como já foi mencionado anteriormente, “todo o poder emana do Povo” e especialmente quanto à Administração Pública, percebe-se um distanciamento da antiga visão burocrática do Estado, com pouco ou nenhum controle exercido pelos administrados. É o que ensina Gustavo Binenbojm:

Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade [com base em institutos como o da supremacia dos interesses ‘alegadamente’ públicos, das prerrogativas jurídicas da Administração, da discricionariedade, entre outros], sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*,

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Para ilustrar, a Constituição Federal garante a participação popular por meio dos projetos de lei de iniciativa popular (artigo 61, § 2º da CRFB/88), plebiscitos e referendos (artigo 14, I, II da CRFB/88) no âmbito legislativo. Na esfera judicial, existe o instrumento processual da ação popular (artigo 5º, LXXIII da CRFB/88), em que os cidadãos podem questionar no Judiciário acerca de validade dos atos que ocasionem lesão ao patrimônio público, cultural, histórico e ambiental.

caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.⁶¹

Por conseguinte, existem atualmente medidas que possibilitam a participação popular, em que tanto as empresas reguladas como os particulares podem contribuir com a atividade regulatória, lembrando que tal atuação prima pela ponderação dos interesses envolvidos no setor regulado. Essas medidas são as consultas públicas, audiências públicas e conselhos consultivos, todos analisados a seguir.

3.3.1.1 Consultas públicas

A consulta pública é um mecanismo que possibilita a exposição da opinião pública quando tratar-se de assuntos relevantes para coletividade e geralmente acontece antes da edição das normas pelas agências reguladoras.

Por intermédio desse instrumento é possível o questionamento a respeito das regras as serem formuladas pela agência reguladora. Assim, tanto a rejeição como a adoção dessas propostas devem respeitar o princípio da motivação estabelecido no artigo 50, I, da Lei nº 9.784/99, nos seguintes termos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

Além disso, devem também ser expostas à opinião pública de forma transparente, assim como deve ser a atuação administrativa delineada nos moldes do artigo 37 da Magna Carta, auferindo maior controle pelos particulares.

Alerta Gustavo Binenbojm que “não pode haver mudança na matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora dessa hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento”.⁶²

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3.

Além disso, se a consulta pública tiver caráter obrigatório, a participação popular torna-se elemento de validade do ato, sendo possível a utilização da falta desta como base em futuro controle judicial.

Portanto, é de vital importância que seja a obrigatoriedade da consulta pública definida em lei previamente.⁶³

Por fim, embora a consulta pública seja por padrão um procedimento prévio, em casos de urgência poderá ser realizado posteriormente, tal qual as audiências públicas, que serão expostas em seguida.

3.3.1.2 Audiências públicas

As audiências públicas são mecanismos que possibilitam a participação dos particulares em sessões abertas criadas pelas agências reguladoras, com o objetivo de expor ideias e sugestões sobre um determinado processo administrativo em curso.

Durante essas audiências são debatidos os temas referentes ao setor regulado, bem como de projetos de lei propostos pelas agências reguladoras. Após as deliberações, o resultado não poderá ser alterado sem aviso prévio e sem a realização de um novo procedimento, assim como ocorre com as consultas públicas, sendo assim, um fator essencial para a validade do ato.⁶⁴

Embora seja um importante mecanismo no processo democrático de tomada de decisões das agências, verifica-se a relevância da análise dos custos e do tempo a serem consumidos ao longo desse procedimento, para que não se inviabilize a atividade regulatória, contrariando assim a sua natureza técnica e célere.

Ademais, a sociedade deve utilizar com mais frequência, não só esse mecanismo, mas também os demais colocados à disposição pelas agências reguladoras, evitando assim que um

agosto/setembro/outubro. 2005. p.16. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016.

⁶³ Idem p.17.

⁶⁴ Ibidem.

baixo grau de mobilização mitigue o controle social na tomada de decisões e edição das normas regulatórias.

Nesse sentido, Paulo Todescan Lessa Mattos adverte:

“se temos uma esfera pública pouco ativa (ou uma ‘esfera pública em repouso’) ou a participação privilegiada de determinados grupos em detrimento de outros, os problemas de legitimação aparece. As condições efetivas de participação são, nessa perspectiva, um bom critério para avaliar o potencial democrático dos mecanismos de participação pública institucionalizados por meio de normas”.⁶⁵

Para tanto, devem as agências reguladoras aprimorar cada vez mais a sua transparência, por disponibilizar informações relevantes de forma que se preserve não somente a tecnicidade, mas também a inteligibilidade, incentivando assim cada vez o controle social nas agências.⁶⁶

Considerando o pluralismo de interesses da sociedade no setor regulado e os variados atores desse contexto, cabe o estudo breve sobre outra ferramenta democratizante, a saber, os conselhos consultivos.⁶⁷

3.3.1.3 Conselhos consultivos

Finalmente, o último instrumento para a proteção da participação popular é o instituto do conselho consultivo. Esses conselhos são formados por representantes de diversos grupos interessados na atuação regulatória, oriundos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Executivo, entidades representativas como associações de usuários dos serviços prestados, representantes das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público e atividade econômica, entre outros grupos representativos da sociedade.

⁶⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento**. p. 203. In: FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. Rio de Janeiro: 2007. p.48. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2007/3-lugar-tema-2-estudantes>>. Acesso em: 02.11.2016.

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3. agosto/setembro/outubro. 2005. pp 19/20. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016.

⁶⁷ Idem.

Os conselhos consultivos possuem como prerrogativas não apenas a consultiva, mas também a de fiscalizar os atos regulatórios, por meio da apreciação de relatórios e propostas de edição de normas pelas agências.

Conforme exposto, as agências reguladoras possuem a necessidade de *accountability*⁶⁸ em sua atividade constantemente. Embora as medidas citadas anteriormente tenham problemas e precisem de aperfeiçoamento, conseguem suprir essa necessidade, na busca de uma atuação menos política e mais técnica, mas sem comprometer o pluralismo de interesses e os princípios constitucionais.

Entretanto, não é só o risco de déficit democrático que ameaça a atuação regulatória. Existe também a possibilidade de captura das agências reguladoras, no sentido de que interesses externos (mercado) e não tão externos (Estado), possam influenciar de maneira tão violenta, que transformem as agências em subalternos sem autonomia nas suas decisões e normas.

3.4. Teoria da Captura

A autonomia reforçada garantida às agências reguladoras é prerrogativa *sine qua non* para o regular exercício da função regulatória. Essa autonomia confere um grau de discricionariedade nos misteres das agências que não é encontrada nas demais autarquias, suprimindo o clamor de eficiência e celeridade na atuação regulatória.

Entretanto, a mesma independência necessária para a função regulatória pode ampliar o risco de apropriação dos interesses regulados pelos agentes atuantes no mercado econômico, ou seja, a captura da agência reguladora. Tais agentes podem se beneficiar com privilégios indevidos, transformando as agências reguladoras em subordinadas que se afastam do interesse coletivo, por servir a interesses privados.

Além disso, a influência política na administração das agências e a baixa participação popular nas decisões e no processo de formulação dos regulamentos, também são fatores de

⁶⁸ *Accountability* é um estrangeirismo que significa a prestação de contas do gestor público calcada na transparência e na boa-fé, respeitadas as obrigações por meio de ações responsáveis e de uma governança ética e proba. JUSTA, Mauro. **O significado de “accountability” em gestão pública.** Disponível em: <<http://oruamconhecimentos.blogspot.com.br/2011/07/o-significado-de-accountability-em.html>> Acesso em: 07.12.2016.

risco que elevam as chances de que as agências reguladoras venham a ser capturadas, resultando em uma “vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.”⁶⁹

A captura também é evidenciada quando acontece a simples assimetria de informações entre os agentes econômicos regulados e a agência, a ocorrência de ex-dirigentes de agências reguladoras em postos estratégicos no setor regulado em um curto espaço de tempo e até mesmo o excesso de cargos comissionados nas agências, o que possibilita a entrada de pessoas cooptadas pelas empresas reguladas para que seus interesses sejam privilegiados.⁷⁰

Portanto, captura é um fenômeno imoral e danoso não só à agência reguladora, mas também à ordem econômica, devendo ser fortemente reprimida, nos termos do art. 173, § 4º da Constituição Federal, nos termos:

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Deveras, muitas são os fatores de risco de deturpação da finalidade regulatória econômica estatal. Na prática, a captura poderá ocorrer pelo setor privado ou público, conforme será exposto a seguir.

3.4.1. A captura pela iniciativa privada

A captura pela iniciativa privada acontece quando os agentes regulados, em razão de sua força econômica e elevada influência política, interferem na atividade regulatória, ou seja, “quando a agência perde a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse público e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados.”⁷¹

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.567.

⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.p.148.

⁷¹ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.p. 51.

Para ilustrar, convém destacar uma decisão do TRF 5º Região, na apelação cível de nº 342.739/PE, em que se discutia à época acerca da nomeação para o cargo de Conselheiro consultivo da ANATEL de um particular que, no momento da nomeação era presidente da TELEBRASIL, uma associação que reunia grandes empresas do setor regulado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

(...)16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. **In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.** 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura

da agência pelos interesses regulados. 18. **Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados”.** 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. art. 37 do Regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. **É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.** 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (os grifos são nossos).⁷²

Como demonstrado na brilhante decisão acima, houve um conflito de interesses, na medida em que um particular ligado aos agentes econômicos regulados seria nomeado ao cargo de conselheiro do órgão regulador, sendo flagrante a influência externa.

De fato, o ingresso de representantes oriundos de grandes conglomerados econômicos em um conselho que tem por objetivo dar voz à sociedade, não é a melhor forma de garantir a pluralidade de interesses, pois penderá fatalmente apenas para um dos lados da balança, a saber, dos interesses dos agentes econômicos.

⁷² BRASIL, Tribunal Regional Federal 5º Região, AC 342.739/PE. Relator: Francisco Cavalcanti

Não significa isto que os interesses dos agentes econômicos devam ser menosprezados, entretanto, devem ser preponderados com os interesses da Administração e da coletividade como um todo.

Assim, na visão do magistrado, os apelantes não poderiam representar de forma imparcial os usuários e a sociedade no segmento das telecomunicações, sendo flagrante o conflito de interesses.

Ademais, tal designação agravaria o risco constante que as agências reguladoras sofrem de captura econômica, o que foi delineado no voto do Relator.

Entretanto, essa não é a única maneira de contaminação em uma agência reguladora. Existe a possibilidade de que um indivíduo já pertencente a estrutura da autarquia reguladora vir a ser cooptado por um agente econômico, com o intuito de promover interesses privados e não mais os da coletividade.

Assim, a captura da agência pelos agentes econômicos configura afronta aos princípios basilares da administração pública, como da impessoalidade e moralidade.

Frise-se que, embora seja a atividade econômica e/ou serviço público delegado à iniciativa privada, estas continuarão a ser de interesse coletivo da sociedade e como tal, devem ser protegidas pelo Estado.

Porém, existem situações em que o Estado resguarda a atividade regulatória de interesses econômicos externos, mas corrompe politicamente, comprometendo a eficiência técnica das agências reguladoras e assim ocorre a chamada *captura política*.

3.4.2. A captura pelo poder público

Essa modalidade de captura das agências se dá quando é criada uma espécie de vinculação da atividade regulatória com os interesses políticos, principalmente quando se tratar de captura realizada por detentor de mandato no âmbito da Função Executiva.

Segundo Floriano Azevedo Marques Neto, seria “uma captura extremamente perigosa, uma vez que levaria a uma inviabilização da agência em função de um processo de deslegitimação, perante os operadores e os próprios usuários.”⁷³

Para exemplificar, mesmo que a Constituição Federal tenha definido no artigo 52, III, f, que os dirigentes dos órgãos reguladores indicados pelo Chefe do Executivo, sejam aprovados previamente pelo Legislativo, por intermédio de lei ordinária e por voto secreto, o que acontece na prática é que a aprovação dos indivíduos é meramente formal, pois a indicação já é acertada antes.

Lamentavelmente, o mecanismo que serve para a garantia da impessoalidade e da imparcialidade, tão necessária para a atividade técnica regulatória, acaba por ser corrompida para garantir interesses nada coletivos.

Outro exemplo de captura política foi a tentativa ocorrida no ano de 2003, por meio da criação de um Grupo Interministerial de Trabalho, que visava aperfeiçoar a atuação das agências reguladoras.

Naquela ocasião, o Chefe do Executivo era o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, porém, os diretores das recém-criadas agências reguladoras foram indicados na presidência de Fernando Henrique Cardoso.

Então, ao fim do trabalho, foi gerado o Relatório de Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro,⁷⁴ que concluiu, dentre outras considerações, que embora as agências reguladoras fossem indispensáveis para bom funcionamento dos setores regulados, tinham um grande risco de captura e que a sua independência poderia criar dificuldades para o mercado.

Para o referido grupo de trabalho, a independência das agências poderia ocasionar no comprometimento da eficiência da atuação regulatória, por meio da redução da:

⁷³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília: 2003. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 20.11.2016.

[..]confiança na força da entidade e na significância do seu trabalho. A ausência de confiança do mercado na instituição, cujo propósito é sobrepujar as deficiências do mercado. Por sua vez, impede-o de supervisionar e regular o mercado efetivamente. Em segundo lugar, pode ser argumentado que, sendo menor e mais focalizada que um ministério, **a instituição regulatória independente é mais vulnerável à captura**. Isso, mais uma vez, pode ser uma questão de percepção, mais do que realidade [...]

Uma terceira fraqueza de estruturas regulatórias independentes é, paradoxalmente, relacionada a sua força. **Há possibilidade de uma agência independente poder tornar-se tão forte, ou ‘tão independente’ que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado**. Se não contida, uma entidade independente pode ir além do papel visado para ela ao tempo de sua criação, ensejando a necessidade de medidas restritivas e corretivas por parte do legislador.⁷⁵

De fato, é surpreendente considerar que a autonomia reforçada garantida pelo regime especial das agências reguladoras pode ser um motivo para a subordinação total ao Executivo, o que caracterizaria em verdade na captura política realizada pelo próprio Estado, que alegou preocupar-se com o risco de captura econômica.

É verdade que podem ocorrer conflitos entre a agência reguladora e o Poder Executivo Central, no sentido de que as políticas regulatórias delineadas pelos diretores das agências venham a divergir com as políticas públicas dos Ministérios.

Mas tal possibilidade não justifica a supremacia dos governos sobre as políticas públicas, ainda que não coincidam os mandatos eletivos com os mandatos dos diretores, o que poderia contribuir com as diferenças já mencionadas.

Afinal, a própria lei instituidora da agência reguladora garante a autonomia para a execução da atividade regulatória, que possui nuances próprias em razão das características também especiais de cada setor regulado. Remover tais prerrogativas seria o mesmo que desnaturar o próprio conceito de regulação e de intervenção indireta por parte do Estado.

No entanto, essa autonomia não pode ser invocada para que as políticas setoriais não venham a ser adequadas às políticas governamentais para uma determinada área regulada, gerando assim um conflito que minimize os benefícios a serem alcançadas, uma vez que a atividade regulatória visa à eficiência.

⁷⁵ Id. Ibidem. p.11

Portanto, a relação entre as Agências e os Ministérios deve ser pautada pelo respeito mútuo às prerrogativas de cada um desses entes. As agências contribuem com informações técnicas vitais para que o Estado possa articular da melhor forma possível as relações com todos os setores regulados.

Por outro lado, são as agências reguladoras que materializam de forma técnica as políticas instituídas pelo Estado, restando configurada a relação de parceria e colaboração. O conhecimento técnico das agências reguladoras é o grande diferencial que justifica a transferência da sede normativa do Legislativo, desde que respeitados os parâmetros definidos na lei instituidora.⁷⁶

Dessa forma, o papel das agências reguladoras é fundamental na formulação e execução das políticas públicas, pois proporciona o Estado intervir indiretamente na economia por estimular a concorrência e as melhores práticas dos setores regulados.

Atesta Calixto Salomão Filho:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos de desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. **Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.**” (o grifo é nosso).⁷⁷

Assim, o caberá às agências reguladoras uma autonomia limitada, porque uma agência reguladora sem autonomia se tornará nada mais que um órgão autômato, cuja criatividade técnica tão valiosa para a regulação será desperdiçada.

Alexandre Santos de Aragão afirma corretamente que a autonomia das agências é limitada e esses limites integram a natureza da autonomia das agências. Não é possível uma

⁷⁶ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: 08.10.2016.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. In MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. p.

entidade pertencente à Administração Pública agir de forma totalmente independente em afronta à Constituição Federal.⁷⁸

Repise-se, o que se defende é o respeito aos limites constitucionais e legais, de maneira que a captura política não venha a ser um entrave para os fins últimos da atividade regulatória.

Mas, pergunta-se: Existem medidas que possibilitem a proteção das agências reguladoras ante ao risco da captura, seja privada ou política? É o que se tratará a seguir.

3.4.3. Medidas de proteção ante ao risco de captura

Considerando o risco de captura e os malefícios decorrentes dessa conduta imoral e ilegal, são necessárias algumas medidas protetivas a serem tomadas pelas agências reguladoras.

De fato, a participação popular é o mecanismo principal de combate à captura das agências reguladoras. Como já demonstrado, a participação popular é não só um instrumento que legitima democraticamente, mas também proporciona um controle social essencial à atividade regulatória.

Outra forma de diminuir esse risco é no tocante da escolha dos diretores das agências reguladoras. Quando se torna a seleção pública e se diminui a quantidade de cargos comissionados, priorizando os profissionais de carreira (que foram selecionados por regular processo de concurso público), se reduz a possibilidade de captura tanto política como econômica.

É o que trata a matéria da PEC nº 156/2015, do Senador José Serra, que prevê a seguinte alteração:

Art. 37[...]

§ 13. Os diretores de agências reguladoras serão escolhidos dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. 2004.

- I – mais de trinta e cinco anos de idade;
- II – idoneidade moral e reputação ilibada;
- III – notórios conhecimentos técnicos sobre o setor regulado, comprovados mediante títulos acadêmicos ou publicações especializadas;
- IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso III;
- V – aprovação pelo Poder Legislativo, observado, na esfera federal, o disposto na alínea f do inciso III do art. 52.

§ 14. A escolha dos diretores de agências reguladoras **será realizada mediante processo seletivo público**, na forma da lei do respectivo ente federativo, que assegurará:

- I – a transparência do procedimento;
- II – a imparcialidade dos avaliadores;
- III – **a reserva de vagas a serem preenchidas por servidores de carreira da agência.**

§ 15. **Nas agências reguladoras, a quantidade de cargos em comissão não poderá superar um décimo dos cargos efetivos.**⁷⁹ (o grifo é nosso)

É notório o objetivo de preservar os princípios da impessoalidade, eficiência e moralidade, na medida em que: (a) existirá um processo seletivo com requisitos definidos no próprio texto constitucional e com condições semelhantes às existentes na seleção de Ministros do Tribunal de Contas da União, além da (b) valorização dos servidores de carreira, por delimitar uma reserva de vagas e, por último, (c) haverá uma limitação de vagas para cargos em comissão, o que diminui consideravelmente a incidência de indicações duvidosas e que não levam em conta os interesses coletivos.

Enquanto a referida proposta de emenda à Constituição encontra-se ainda em tramitação, não se pode olvidar do controle judicial, calcado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que o Estado-Juiz poderá evitar a captura das agências, desde que não invada a competência da Administração Pública, por respeitar o mérito administrativo, tão caro à atividade regulatória.

Entretanto, cabe destacar que o controle não acontece só na esfera judiciária e social (por meio da participação popular), mas também administrativa e legislativa. Todos estes controles serão esmiuçados no próximo capítulo.

⁷⁹ BRASIL, Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 156/2015.**

CAPÍTULO 4 – LIMITES DO PODER REGULADOR

4.1. Considerações iniciais

Inicialmente, o controle da função regulatória tem fundamento no princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, estabelecendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A harmonia entre os poderes é garantida por meio do sistema de freios e contrapesos – *check and balances*, que evita a sobreposição de uma função em outra, conforme atesta SILVA:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdade a que mutuamente todos tem direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁸⁰

Desta forma, essa divisão tripartite possibilita que as funções possuam características dominantes e outras em menor grau, por exemplo, o Legislativo tem com prerrogativa principal a atividade legislativa, mas também exerce atuação judicante quando instaura as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI – ou quando baixa regulamentos administrativos internos.

Entretanto, tal interpenetração não deve dar azo para o arbítrio, e, portanto, o que se busca evitar a todo custo é a “concentração de funções em um poder ou, consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”⁸¹, prejudicando assim a independência dos poderes e danos à coletividade, conforme leciona Alexandre de Moraes:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110. In: COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011.

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2º. Ed. São Paulo: Saraiva. p.175.

garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.⁸²

No caso das agências reguladoras, o controle é primordial, visto que, embora sejam autarquias vinculadas ao Executivo, são dotadas de prerrogativas típicas das outras Funções de Estado, v.g. a normativa e a judicante conforme já demonstradas anteriormente no presente trabalho e, portanto, passa-se a discorrer pormenorizadamente o controle de cada uma das funções estatais exercido nas agências reguladoras.

4.2. Controle legislativo

4.2.1 Controle típico do Legislativo

A Constituição Federal de 1988 estabelece a base do controle legislativo no artigo 49, X, ao garantir como competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle direto ou indiretamente, “ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

Assim, poderá o Legislativo, além de controlar os atos das agências reguladoras, também exigir justificativas ou esclarecimentos sobre as decisões tomadas, incluindo de caráter técnico pelo controle externo por meio do Tribunal de Contas da União, como será detalhado posteriormente.

Como já tratado anteriormente, as agências reguladoras extraem a sua estrutura, objetivos, ou seja, os *standards* da lei instituidora. Essa delegação de hierarquia normativa possibilita um ampliado poder normativo técnico, o que necessariamente deve ser monitorado pelo Legislativo, porque se sujeita ao comando expresso no artigo 49, XI da Constituição da República que atribui a dever de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes,” uma vez que não há que se falar em delegação legislativa inominada às agências reguladoras.

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

Ademais, deve o Legislativo, além de monitorar e fiscalizar a atividade regulatória, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa,”⁸³ o que sem dúvida inclui os atos normativos de entes da Administração Pública Indireta, tais como as agências reguladoras.

Além disso, o controle legislativo possui um alcance maior, sendo o mais amplo entre todos os tipos de controle, pois também abrange a verificação realizada por intermédio da Comissão Parlamentar de Inquérito, seja permanente ou temporária, criadas pelo Congresso Nacional ou por cada uma de suas Casas independentemente, conforme o disposto no artigo 58 da *Magna Carta*.

No caso das agências reguladoras, as comissões parlamentares podem atingir a atividade regulatória como um todo, inclusive as ações futuras, mas devendo preservar o sigilo das matérias reguladas, conforme registra Marçal Justen Filho:

Essas comissões parlamentares possuem poderes de investigação, o que possibilita a realização de interrogatórios, intimações, acareações, solicitar perícias, determinar quebra de sigilo e até mesmo prisões. “O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.”⁸⁴

Cabe destacar que esse controle não afronta o princípio da separação de poderes e nem sequer a autonomia das agências reguladoras.

4.2.2 Controle externo do TCU

Primeiramente, devem as agências reguladoras em obediência à Constituição Federal, prestar contas aos Tribunais de Contas, no que se refere ao uso dos recursos públicos nos seus

⁸³ Artigo 49, V da CRFB/88.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo, 2002. p. 588.

misteres, uma vez que são autarquias pertencentes à Administração Indireta, conforme é estabelecido no artigo 70 da CRFB/88, nos termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

No entanto, o controle não se resume somente nesse aspecto, mas também com respeito aos atos administrativos regulatórios e, no que diz respeito a possibilidade desse controle, a doutrina diverge.

Parte da doutrina entende que como tais atos regulatórios não resultam em gastos para os cofres públicos, tais atividades não estariam contempladas entre aquelas a serem fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, por falta de clara previsão legal. Também, seria uma violação ao mérito administrativo, o que resultaria numa grave diminuição da autonomia própria das agências reguladoras.

Nesse sentido, Luiz Ricardo Trindade Barcellar, *in verbis*:

Entendemos como correta a segunda corrente, eis que: (1) escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades autárquicas que não impliquem em dispêndio de recursos públicos, como se pretende. Isso porque as investidas do Tribunal de Contas que venham a se imiscuir em atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, desnaturariam a razão da criação da própria agência reguladora, sendo o limite da atribuição do Tribunal de Contas o controle financeiro; (2) não há previsão constitucional ou legal que autorize a investigação do mérito das decisões de uma agência reguladora faltando-lhe, assim, competência para tanto. Logo, o limite de investigação do Tribunal de Contas cinge-se aos encargos administrativos e honorários dos árbitros e/ou mediadores.”⁸⁵

Entretanto, a questão se aprofunda quando a possibilidade de controle externo incide sobre atos referentes às tarifas ou que visem restabelecer o reequilíbrio-financeiro de uma determinada concessão.

Alexandre Santos de Aragão entende de forma diversa ao afirmar que o “Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou

⁸⁵ BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 169-170.

mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário.”⁸⁶

Assim, para o ilustre doutrinador, havendo uma ineficiência na fiscalização ou até mesmo ausência desta por parte da agência, ou ainda, um aumento indevido de tarifa que quebre o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, não só a sociedade seria afetada, mas também os próprios cofres públicos, além da necessidade de verificação constante quanto à modicidade das tarifas dos serviços prestados pelas concessionárias no setor regulado, de acordo com o artigo 6º, §1º da Lei n.º 8.987/95 nos termos:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ademais, não há que se falar em substituição das agências pelo Tribunal de Contas, na verdade, o que se busca é “zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação dos serviços públicos à população. Entretanto, percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade.”⁸⁷

Nessa esteira, importa colacionar algumas questões enfrentadas pelo Tribunal de Contas da União no decorrer do tempo:

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União teve que responder à consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da possibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) como instrumento de financiamento de democratização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Ao responder a consulta no Acórdão nº 1.107/2003 Plenário, o Tribunal decidiu que deveria ser contratada empresa para implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

Outra importante intervenção do TCU foi a Representação formulada por um de seus auditores em que questiona os coeficientes utilizados na planilha de cálculo dos reajustes anuais das tarifas dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Acórdão nº 865/2003 Plenário). Foi determinado à ANTT que realizasse estudo para atualizar os coeficientes tarifários tendo em vista as transformações tecnológicas, administrativas, legais e econômicas verificadas no

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 364.

país desde a última revisão dos cálculos dos coeficientes tarifários efetuada em 1989. Como resultado, em julho de 2003, as tarifas, que segundo a planilha antiga deveriam sofrer um reajuste da ordem de 30%, foram majoradas em 17,48%.⁸⁸

Concluindo, o controle legislativo, seja exercido pelas Casas do Congresso ou no âmbito externo pelo TCU é de fundamental importância para uma atuação regulatória eficiente, sujeita aos ditames legais, que proporcione um ambiente em que os concessionários possam ter segurança jurídica para explorarem as atividades econômicas e que, por fim, os cidadãos possam ter acesso a serviços públicos de qualidade com preços módicos.

A seguir, será tratado o controle exercido pelo Judiciário nas agências reguladoras.

4.3. Controle judicial

No que tange à esfera jurisdicional, importa mencionar que a jurisdição é uma e indivisível, ou seja, essa função é monopólio do Estado, sendo a Função Judiciária a única capacitada a fazer coisa julgada material e, assim, dizer o direito.

Além disso, sua atuação é pautada pela preservação da tripartição dos poderes previstos na Constituição Federal, no artigo 2º, que dispõe:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Judiciário também não pode se afastar de sua prerrogativa jurisdicional, conforme previsão constitucional e, dessa forma, assegura a garantia de acesso dos cidadãos ao judiciário por meio de um devido processo legal, em que será preservado o direito à ampla defesa e do contraditório, conforme previsto também na Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. In: **SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**. 2002. Brasília. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU. 2002 p. 17-36.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização. 2008. p. 64-65. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05.11.2016.

XXXV - a **lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**;[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (o grifo é nosso).

Ademais, cabe ao Judiciário a importante missão de fiscalizar os atos das três funções estatais. Essa verificação deve se concentrar no exame da constitucionalidade e legalidade dos atos emitidos por todas as entidades estatais.

No que se refere às agências reguladoras, objeto desse trabalho, esse controle abrange todos os atos administrativos que causam lesões ou ameaçam direitos de toda a sociedade. Assim, o Judiciário analisa a legalidade e moralidade dos atos, princípios esses esculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal que estabelece:

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

Porém, o controle judicial não se limita apenas ao âmbito interno, mas também no momento em que a sociedade invoca o Judiciário em razão de controvérsias em que qualquer dos envolvidos no setor regulado, sejam os agentes econômicos regulados, os usuários e até a Administração Pública.

O Judiciário pode suspender, por meio de medidas liminares ou anular os atos administrativos eivados de vícios, além de poderem impor obrigações às agências reguladoras. Todas essas prerrogativas citadas têm apenas um objetivo, a defesa dos interesses coletivos e estatais, na medida em que resolve os conflitos e protege o patrimônio público, de forma independente de interesses políticos e econômicos.

Para ilustrar a incidência do controle judicial nas agências reguladoras, é oportuno tratar de um caso envolvendo a ANP e o Município de Imbé na Apelação Cível nº 377050/RJ.

O Município de Imbé ajuizou uma demanda em face à ANP, após ter o repasse de sua parcela dos royalties suspenso, sob a alegação de que as estruturas existentes no município

não estariam enquadradas naquelas dispostas na portaria para fins de recebimento do percentual pretendido, baseado em uma interpretação errônea dos dispositivos legais.

No caso em questão, as estruturas não foram consideradas como instalações de embarque e desembarque de óleo bruto e gás natural, tratando-se de mera infraestrutura de apoio. Tal entendimento foi o mesmo da sentença de 1º grau.

Além disso, foi questionada a parcela dos royalties que vinha sendo paga que, segundo o juiz de primeiro grau, estava em desacordo com os critérios de repartição estabelecido no Decreto nº 1/1991.

Irresignado com a sentença, o Município de Imbé apelou, postulando a reforma integral da sentença para o fim de declarar o ato da ANP que suspendeu o pagamento de royalties ilegal.

Ao analisar a decisão em comento, verificou-se que foi mantido o entendimento jurisprudencial corrente do tribunal, garantindo o repasse da parcela de royalties sobre o valor de produção de óleo bruto e gás natural, além de declarar a ilegalidade do ato administrativo.

Ora, a participação no resultado da exploração petrolífera ou de gás natural é prevista primeiramente na Constituição Federal no art. 20, §1º,⁸⁹ além da Lei nº 7990/89,⁹⁰ que

⁸⁹ Art. 20 §1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

⁹⁰ Art. 7º. O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: [...]

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

determinou os valores de repasse aos entes federados que tenham instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural.

Quanto aos critérios de divisão e distribuição dos royalties, estes são disciplinados na Lei nº 9478/97, cujo pagamento poderá ser de até 5% da produção de petróleo ou gás natural ou do montante entre 5% a 10% da produção.

Desde então, o critério determinado no artigo 27 da Lei nº 7990/89 (produção até 5%) vinha sendo adotado para o Município de Imbé, pois não havia ocorrido nenhuma alteração legislativa.

Ademais, a lei não adentrava na definição de instalação de embarque e desembarque de petróleo e o Decreto nº 1/91, que continha a descrição exemplificativa de instalações de embarque e desembarque, não poderia ser interpretada como rol taxativo, inovando no ordenamento jurídico além da reserva de lei, uma vez que os dispositivos legais de hierarquia superior não sofreram nenhuma alteração nesse sentido.

De fato, a ANP ao mudar a interpretação das referidas leis e normativos, ultrapassou os limites da legalidade, razoabilidade, devido processo legal, entre outros.

A jurisprudência é farta nesse sentido, conforme descrito no próprio acórdão, de que os critérios de distribuição dos royalties não podem ser modificados pela agência reguladora, sendo imprescindível a autorização legal.

Portanto, além de descaracterizar as instalações existentes em Imbé, alegando que não se enquadravam na hipótese legal por meio de interpretação equivocada, a ANP incluiu a condição de que as instalações de embarque e desembarque fossem necessariamente localizadas em áreas de concessão contratadas com a ANP, sendo uma clara situação de exorbitância do poder regulador, uma vez que resta ausente qualquer disposição legal neste sentido.

De fato, o controle judicial foi fundamental no caso apresentado. Não invadiu o mérito administrativo, apenas pautando-se pela legalidade da questão.

Por fim, a última modalidade de controle a ser analisada é o administrativo, que ocorre dentro da própria Função Executiva.

4.4. Controle administrativo

O controle administrativo tem por objetivo ratificar, rever ou alterar os atos internos, sob à luz do princípio da legalidade e do mérito administrativo (conveniência e oportunidade). Ainda que o ato administrativo possua legitimidade *iuris tantum*, pode ser corrigido ou alterado, pois é legítimo até que se prove a sua ilegalidade.⁹¹

Portanto, as agências reguladoras podem, ao considerar certa decisão ou medida ilegal, corrigir por remover do ordenamento jurídico e substituir por uma nova conduta mais adequada aos preceitos legais, ou alterar parte do ato que considerar ilegal ou inconveniente, conforme delineado nas Súmulas 346⁹² e 473⁹³ do STF

Isso ocorre porque as agências, assim como os outros entes administrativos, possuem a capacidade e o dever da autotutela, o que permite as revisões e alterações ser executadas de ofício, visando o cumprimento da lei e a proteção da segurança jurídica em alguns casos, bem como poderá ser também por meio de provocação pelos agentes econômicos regulados e usuários, quando estes não se conformarem com as decisões tomadas pela autarquia reguladora.

Os agentes regulados e usuários dos serviços regulados buscam a reconsideração de um ato administrativo das agências por intermédio de recursos. Os recursos são instrumentos formais que tramitam na via administrativa sem qualquer interferência jurisdicional e materializam o direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, que assim estabelece:

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.35.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Súmula 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.

⁹³ BRASIL. 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.

Art. 5º, XXXIV. São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Considerando que a Administração Pública é fundamentada no conceito de hierarquia e que não há que se falar em ingerência do Judiciário no âmbito do processo administrativo, os recursos tramitam no próprio órgão que executou o ato ou tomou uma determinada decisão, sendo denominado pela doutrina como *recurso hierárquico próprio*.

Por outro lado, existem os recursos que são dirigidos a órgãos ou autoridades distintas daquele em que teve como origem o ato impugnado. Esse tipo de recurso é chamado de recurso hierárquico impróprio e é chamado dessa forma porque, entre a entidade que realizou a medida questionada e o ente recursal, não há nenhum grau de subordinação, mas apenas mera de vinculação.

Há quem diga que, mesmo que esses recursos dependam de previsão legal expressa, também entendem que não haveria nenhum óbice em um reexame do ato “mesmo diante do silêncio da lei, até porque, se não for a postulação reconhecida como recurso, deverá sê-lo como exercício regular do direito de petição, o qual há de merecer a resposta da Administração”, não sendo possível apenas a interposição de recursos a uma Função contra ato de outra, em razão da independência garantida no artigo 2º da Constituição Federal.⁹⁴

Na verdade, não há nenhuma previsão legal expressa, no que tange às agências reguladoras, que possibilite a interposição dessa espécie de recurso. As leis instituidoras das agências, quando não silenciam sobre o assunto, não expressam claramente o destinatário dos recursos hierárquicos.⁹⁵

Além disso, segundo Alexandre Santos de Aragão, a ‘admissão de recurso hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para a agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração ad nutum dos seus dirigentes.’⁹⁶

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 990.

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. pp. 372/3.

⁹⁶ Id. Ibidem p. 374

Portanto, admite-se o reexame da matéria administrativa em apenas duas possibilidades, administrativa por meio dos recursos hierárquicos próprios e na via judicial por meio do controle jurisdicional como já analisado no item anterior do presente trabalho.⁹⁷

Porém, embora a autonomia das agências reguladoras e a falta de determinação legal expressam tornem inviáveis a interferência de entes estranhos ou até mesmo de subordinação política, existe o instituto da supervisão ministerial.

Considerando que as agências são sempre vinculadas a um Ministério específico ligado à área de atuação a ser regulada no mercado, o controle ministerial tem caráter finalístico e financeiro, preservando a autonomia das agências, conforme expresso no artigo 26 do Decreto-Lei 200/67, que é aplicado subsidiariamente às leis instituidoras das agências, nos termos:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;

⁹⁷ Item 4.3.

- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público.

Dessa forma, a supervisão ministerial não viola a autonomia administrativa, desde que não desfigure a natureza das agências, verdadeiros instrumentos de concretização das políticas públicas, com caráter técnico e independente de interesses políticos e econômicos.

CONCLUSÃO

Com base em tudo que foi exposto e discutido nesta monografia, conclui-se que:

1) As agências reguladoras são instrumentos do Estado no exercício da intervenção indireta na economia. O surgimento no Brasil teve como fator preponderante a mudança de paradigma na interação entre o Estado e a ordem econômica na década de 90, após grave crise econômica e gerencial. O modelo foi importado dos Estados Unidos da América e a sua implantação no Brasil foi possível em razão da descentralização da Administração Pública, além da visão neoliberal que promoveu a desestatização de setores da economia.

2) Por serem as agências reguladoras autarquias sob regime especial, possuem uma autonomia reforçada, sendo: normativa, administrativa, econômico-financeira e decisória, fundamental para o exercício da atividade regulatória.

3) A autonomia garantida à agência reguladora não tem caráter absoluto, pois tal ente da Administração Pública Indireta devem sujeitar-se sempre ao arcabouço legal pátrio.

4) Quanto à autonomia normativa, possuem as agências reguladoras a capacidade de editar normas para o seu funcionamento interno, bem como para o setor regulado, atingindo toda a coletividade.

5) O poder normativo, embora atacado quanto à sua constitucionalidade, fundamenta-se não em uma mera delegação inominada, como alega parcela minoritária da doutrina, mas em uma delegação legislativa que rebaixa hierarquicamente a matéria regulada, possibilitando que a agência possa, de forma mais eficiente, regular o seu âmbito de atuação assim definido em lei.

6) Não há que se falar em inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal prevê a figura dos órgãos reguladores e estes são criados por lei específica, que delimita os *standards* da atuação e as características.

7) Também não merece prosperar a tese do déficit democrático das agências, pois o ordenamento jurídico confere às agências formas de participação social. Embora tais medidas

ainda precisem de aprimoramento para que seja conferida mais legitimidade democrática, a participação popular existe mesmo que não seja ainda no grau desejado, o que não fundamenta a ideia de déficit democrático dessas instituições.

8) As agências reguladoras, no cumprimento de seus objetivos, devem ser imunes aos interesses políticos e econômicos, o que caracterizaria o risco de captura.

9) A captura é um ato imoral e afronta princípios administrativos norteadores da Administração Pública. Portanto, a participação popular efetiva, a transparência, a diminuição da quantidade de cargos comissionados e o controle exercido pelas Funções de Estado, são algumas das medidas eficazes para o afastamento do risco de captura.

10) Além do controle do próprio ente administrativo, merece destaque os controle judicial e legislativo. Tais controles não invadem a competência das agências, não substituem as decisões de conveniência e oportunidade da agência, não afrontam princípios da separação de poderes e da legalidade, nem sequer quando ocorre finalisticamente exercido pelo controle externo (TCU).

11) Pelo contrário, os referidos controles protegem e garantem a autonomia das agências, colaborando com o atendimento dos princípios da eficiência e resguarda de possíveis ilegalidades que podem vir a causar danos à segurança jurídica, tão cara para as atividades econômicas, além de interesses dos consumidores.

12) Por conseguinte, as agências reguladoras são entidades vitais no desempenho da intervenção indireta do Estado, sua existência e atuação estão de acordo com os comandos constitucionais e infraconstitucionais. Com a evolução do debate sobre a atividade regulatória e medidas efetivas, acredita-se que a pluralidade de interesses coletivos da sociedade será cada vez mais assegurada e toda a coletividade se beneficiará com uma prestação eficiente e satisfatória dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2.** Brasília: MP. SEGES. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

_____. **As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor.** In: Revista de direito público da economia – RDPE, Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 07, jul/set., 2004. Disponível em: Acesso em:

_____. **A regulação dos monopólios, quando a competição.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 10, maio/junho/julho. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 25.11.2016.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 169-170.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo.** 26º ed. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 363.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2º. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BERGUER, Marshall J.; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: The Responsibilities of Public Lawyers.** Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=scholar> Acesso em 13.11.2016.

_____. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. nº 1. fevereiro. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 15.10.2016.

BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3. agosto/setembro/outubro. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016. Rio de Janeiro: Renovar. 2016.

_____. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº13. março/abril/maio. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 15.11.2016. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar. 2008 p. 107.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2013.

BRASIL, Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 156/2015.**

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União.** Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização. 2008. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05.11.2016.

_____. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro.** Brasília: 2003. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 20.11.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADI 4568** .Voto: Ministro Luiz Fux.

_____. Tribunal Regional Federal 5º Região, **AC 342.739/PE.** Relator Ministro Francisco Cavalcanti.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10.10.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9º ed. São Paulo, Atlas, 2015.

_____. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **500 Anos de Direito Administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Administrativo - RBDA, Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2005.

_____. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº7. setembro/outubro/novembro. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf>>. Acesso em: 02.10.2016

EUA, Library of Congress. **President Franklin Delano Roosevelt and the New Deal, 1933-1945**. Disponível em: < <http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwii/newdeal>>. Acesso em: 13.11.2016.

EUA, **U.S. Securities and Exchange Commission**, Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em: 13.10.2016.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **O poder normativo estatal originário e o fenômeno da deslegalização**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12246&revista_caderno=4> . Acesso em: 01.10.2016.

FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. Rio de Janeiro: 2007. p.48. Disponível em:<<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2007/3-lugar-tema-2-estudantes>>. Acesso em: 02.11.2016.

FORTES, Daniel. **A Teoria da Captura nas Agências Reguladoras e sua aplicação na Lei nº 12.846/2013**. Salvador: 2015. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>. Acesso em: 08.11.2016.

GARCIA, Emerson. **A Autonomia Financeira do Ministério Público**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4282>>. Acesso em: 08.11.2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. nº 6. mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13.11.2016.

GUERRA, Sérgio. **Atualidade Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 21. fevereiro/março/abril. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

JUSTA, Mauro. **O significado de “accountability” em gestão pública**. Disponível em: <<http://oruamconhecimentos.blogspot.com.br/2011/07/o-significado-de-accountability-em.html>> Acesso em: 07.12.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.) **Regulação e desenvolvimento, Malheiros**. Editores. São Paulo: 2002, pag. 182-230.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível

em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: 03.11.2016.

_____. **Controle ministerial sobre as agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8882>. Acesso em: 15.11.2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n° 12. novembro/dezembro/janeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em: 02.11.2016.

_____. **Consideraciones sobre la participación en el Derecho comparado Brasil-España.** In: *Revista de administración pública*. n° 152. 2000. pp 73-92. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17494>>. Acesso em: 01.12.2016.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública.** Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor.** 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.

_____. **Governança regulatória e o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras.** Dúvida

RAMALHO, Renato José Ramalho Alves. **Teoria da captura e independência das agências reguladoras.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4413, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40743>>. Acesso em: 20.11.2016.

ROCH, Joyce Michelle de Melo. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências Reguladoras e o “Aparente Conflito” com a Tripartição dos Poderes.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. N° 27. agosto/setembro/outubro. 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-JOYCE-ROCH-ROCCO-NELSON.pdf>>. Acesso em: 10.11.2016.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad.** Buenos Aires: Manatíal, 2010.

SANTOS, Roberto Mizuki. **Deslegalização e a função reguladora da administração pública.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13506>>. Acesso em: 07.11.2016

SOARES, Deborah Maria de Vasconcelos Gomes. **Teoria do risco da captura.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55156&seo=1>>. Acesso em: 20.11.2016

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

_____. **Função Regulatória.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 13. fevereiro/março/abril. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em:

SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em: 18.10.2016.

TAYLOR JUNIOR, Quintard. **Survey of the History of the United States.** New Deal Agencies. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/qtaylor/Courses/101_USH/new_deal.htm> Acesso em: 13.11.2016

ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras.** In: **SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.** 2002. Brasília. **O controle externo da regulação de serviços públicos.** Brasília: TCU. 2002 p. 17-36. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/file/fileDownload.jsp?fileId=/opt/lumisportal/www/backup/bd/2059166.PDF>>. Acesso em: 01.10.2016.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2016/2

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correia Sousa de Oliveira**.

RIO DE JANEIRO

2016/2

CIP - Catalogação na Publicação

S586p Silva, Hilquias Fernandes da
Poder Regulador: fundamentos e limites /
Hilquias Fernandes da Silva. -- Rio de Janeiro,
2016.

75 f.

Orientador: Fabio Corrêia Sousa de Oliveira.
Coorientador: Farlei Martins Riccio de
Oliveira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder Regulador.
3. Poder Normativo. 4. Teoria da Captura. 5.
Regulação. I. Oliveira, Fabio Corrêia Sousa de,
orient. II. Oliveira, Farlei Martins Riccio de,
coorient. III. Título.

CDD 341.3221

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correa Sousa de Oliveira.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016/2

DEDICATÓRIA

Dedico à minha esposa Anne Trentin, que acreditou em mim desde o início dessa trajetória. Sem seu incentivo e apoio nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos à minha querida esposa Anne, pela compreensão e apoio durante essa importante etapa acadêmica.

Agradeço ao professor Fábio Oliveira pela orientação durante o trabalho.

Também agradeço aos grandes amigos William Novaes, Osvaldo Mateos, Carolina Schabbach, Viviane Souza, Maria Felipe, pela ajuda indispensável ao longo da confecção da monografia.

E por fim, expresso a minha gratidão ao professor Farlei Oliveira pelos ensinamentos e contribuições para o desenvolvimento do conhecimento necessário ao presente trabalho.

EPÍGRAFE

“A adversidade desperta em nós capacidades que, em circunstâncias favoráveis, teriam ficado adormecidas.”

Horácio

RESUMO

Esta pesquisa pretende analisar os fundamentos e limites das agências reguladoras, tomando como ponto de partida o contexto histórico de sua criação, e em seguida verificando a sua natureza jurídica, prerrogativas e limitações. Serão também analisadas as divergências doutrinárias sobre o poder normativo e da sua subespécie o poder regulador, especificamente quanto a possível afronta à Constituição Federal, em razão de um suposto déficit democrático na atuação regulatória. Outro ponto que será analisado é a possibilidade de captura política e econômica das agências reguladoras, fenômeno que causa graves prejuízos ao setor regulado e que requer medidas para a prevenção por meio do controle constante, cujas formas serão demonstradas com a apresentação de casos concretos. Considerando que a intervenção indireta exercida pelo Estado é um caminho sem retorno, na medida em que o Estado não pode, por questões econômicas, arcar com todo o custo dos serviços públicos oferecidos à população, a atividade regulatória é instrumento primordial na busca pela eficiência.

Palavras-Chave: Agências reguladoras; poder regulador; controle; Teoria da Captura; poder normativo; regulação.

ABSTRACT

This research intends to analyze the foundations and limits of regulatory agencies, taking as a starting point the historical context of their creation, and then verifying their legal nature, prerogatives and limitations. It will also analyze the doctrinal divergences on the normative power and its subspecies the regulatory power, specifically regarding the possible affront to the Federal Constitution, due to a supposed democratic deficit in the regulatory action. Another point that will be analyzed is the possibility of political and economic capture by regulatory agencies, a phenomenon that causes serious damage to the regulated sector and requires measures for prevention through constant control, whose forms will be demonstrated with the presentation of concrete cases. Considering that indirect intervention by the State is a path of no return, insofar as the State can not, for economic reasons, bear the full cost of public services offered to the population, regulatory activity is a primordial instrument in the quest for efficiency.

Keywords: Regulatory agencies; Regulatory power; Control; Capture Theory; Normative power; Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS | 16 |
| 1.1. Considerações gerais | 16 |
| 1.2. Breve histórico do surgimento das Agências Reguladoras | 17 |
| 1.3. Do conceito e da natureza jurídica das agências reguladoras | 22 |
| 1.3.1. Da descentralização..... | 23 |
| 1.3.2. Das autarquias..... | 23 |
| 1.4. A autonomia das Agências Reguladoras | 25 |
| 1.4.1. Autonomia normativa | 25 |
| 1.4.2. Autonomia administrativa..... | 26 |
| 1.4.3. Autonomia econômico-financeira..... | 27 |
| 1.4.4. Autonomia decisória | 28 |
| CAPÍTULO 2 – O PODER NORMATIVO | 29 |
| 2.1. Considerações gerais | 29 |
| 2.1. Conceito e natureza jurídica..... | 29 |
| 2.3. Das controvérsias doutrinárias..... | 30 |
| CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR | 34 |
| 3.1. Considerações iniciais..... | 34 |
| 3.3. A função reguladora..... | 36 |
| 3.3.1 Do suposto déficit democrático | 38 |
| 3.3.1.1 Consultas públicas..... | 42 |
| 3.3.1.2 Audiências públicas | 43 |
| 3.3.1.3 Conselhos consultivos | 44 |
| 3.4. Teoria da Captura | 45 |
| 3.4.1. A captura pela iniciativa privada..... | 46 |
| 3.4.2. A captura pelo poder público..... | 49 |
| 3.4.3. Medidas de proteção ante ao risco de captura | 53 |
| CAPÍTULO 4 – LIMITES DO PODER REGULADOR..... | 55 |
| 4.1. Considerações iniciais..... | 55 |
| 4.2. Controle legislativo | 56 |
| 4.2.1 Controle típico do Legislativo | 56 |
| 4.2.2 Controle externo do TCU..... | 57 |
| 4.3. Controle judicial | 60 |
| 4.4. Controle administrativo | 64 |

| | |
|-------------------|----|
| CONCLUSÃO | 68 |
| REFERÊNCIAS | 70 |

INTRODUÇÃO

O Estado, no decorrer de sua história, adotou diversos modelos de intervenção econômica. Por vezes foi ausente, permitindo que o mercado se autorregulasse, o que com o passar do tempo provou-se ser uma forma ineficiente de gestão, pois aumentava as desigualdades e permitia abusos de grandes grupos econômicos.

Por outro lado, em alguns momentos foi grande interventor da economia, passando a atuar diretamente no mercado, seja por explorar os serviços públicos ou por monopolizar os bens de produção, fortalecendo assim o aspecto burocrático na gestão da coisa pública. No Brasil, tal efeito foi desastroso e como consequência acarretou um engessamento prejudicial da atuação estatal.

No Brasil, com o advento da crise fiscal e da própria forma de intervenção econômica que vinha desempenhando, a economia sofreu fortes revezes, especialmente no fim da década de 80. Logo, percebeu-se a necessidade de mudar os rumos da intervenção estatal na economia, no sentido de que era necessário um aprimoramento da formulação e execução das políticas públicas, ampliando a participação de entes privados.

Assim, sob a ótica neoliberal, várias medidas de desestatização foram tomadas pelo Governo. O Estado se retirou de atividades econômicas, que passaram ao protagonismo da iniciativa privada, trazendo economicidade e eficiência aos serviços públicos. Começa a era da regulação, criando-se entidades autárquicas para delimitar orientações, fiscalizar e impor obrigações aos novos agentes econômicos.

Com isso, alguns problemas começam a ocorrer, como o desvio da busca do interesse coletivo para interesses privados, na medida em que os agentes econômicos subjugam as novas agências. Ao mesmo tempo crescem interesses políticos no seio dessas autarquias, afrontando a autonomia, característica central desses entes.

Aumentam as críticas quanto à constitucionalidade desse instituto, além da ocorrência de casos de extrapolação das normas e atos promovidos pelas agências, só para mencionar alguns dos desafios enfrentados por esse novo modelo de intervenção indireta.

Tendo esse cenário em mente, esta pesquisa almeja analisar o poder das Agências Reguladoras, seus fundamentos e limites.

Ao longo do presente trabalho, esses objetos serão analisados à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, tendo como alvo o debate e uma melhor compreensão deste importante tema.

A escolha do tema justifica-se pela relevância social do exercício do poder regulador, uma vez que as normas técnicas por ele emanadas disciplinam o funcionamento de setores econômicos essenciais.

Além de produzir forte impacto no ordenamento jurídico, essa prerrogativa das agências reguladoras afeta diretamente toda a sociedade, controlando dois setores sensíveis executados pela iniciativa privada: os serviços públicos (geralmente delegados por meio das concessões) e atividades econômicas de grande importância social.

Registre-se que tal atuação possui limites, submetendo-se aos controles legislativo, administrativo e jurisdicional como qualquer outro poder da Administração Pública.

Especificamente quanto ao âmbito jurisdicional, verifica-se a grande quantidade de demandas que chegam às portas do Judiciário, não só por parte dos usuários dos serviços públicos e demais atividades econômicas, como também das pessoas jurídicas que exercem tais atividades por meio de delegação e Entes da Federação.

Entretanto, mesmo com a existência desses controles nas agências, o exercício do poder regulador é polêmico, pois severas críticas são levantadas com base na suposta afronta aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da indelegabilidade da função legislativa.

Reconhecendo o papel destas entidades para o desenvolvimento e otimização do exercício da atividade administrativa pelo Estado brasileiro, este trabalho tem por objetivo discorrer sobre as agências reguladoras, especialmente no que se refere ao exercício do poder regulador por tais entes, para verificar se existe ou não necessidade de seu controle, bem como a forma em que ele pode ser concretizado.

O primeiro capítulo detalha aspectos estruturais e gerais da evolução das agências reguladoras, desde o seu surgimento até sua implantação no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, será estudada a sua natureza jurídica, bem como um dos seus atributos fundamentais, a autonomia indispensável para o exercício da atividade regulatória e a contextualização quanto aos conceitos de descentralização da estrutura administrativa do Estado e da autarquia, forma escolhida pelo legislador para a criação das agências reguladoras.

No segundo capítulo será avaliado o poder normativo das agências reguladoras, instituto que origina o poder regulador. Serão apresentadas as correntes doutrinárias que abordam a legalidade dessa prerrogativa, ou seja, se seria inconstitucional por falta de previsão expressa (sendo assim uma delegação inominada), ou um caso de deslegalização em que apenas se rebaixa a hierarquia normativa da matéria técnica a ser regulada pelas agências.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda os diversos aspectos do poder regulador propriamente dito, seu conceito, natureza jurídica, fundamentos e distinções entre regulação e regulamentação. Serão também analisados o suposto déficit democrático e as medidas possíveis para suprir a legitimidade democrática, bem como os desafios na efetivação dessas medidas. Outro tema importante a ser avaliado no terceiro capítulo é a Teoria da Captura, abordando-se a sua definição e as formas pelas quais as agências podem ser capturadas, política ou economicamente.

O quarto e último capítulo abordará os limites do poder regulador e como as poderes legislativo, judiciário e executivo exercem o controle sobre os atos das agências reguladoras. Também será demonstrado, por meio do precedente Município de Imbé x Agência Nacional de Petróleo¹, como um caso de extrapolação de ato de uma agência reguladora pode causar prejuízos, devendo ser controlado pelo Estado na busca de proteção do setor regulado contra possíveis abusos.

Assim, o presente trabalho contribui com o debate sobre o poder regulador das agências, posicionando-se pela proteção de sua autonomia em face de interesses econômicos e políticos, pois é por meio destes entes que o Estado intervém indiretamente na ordem econômica de

¹ Apelação Cível nº 377050/RJ.

forma eficiente e proporcional, garantindo o bem-estar da coletividade e o estímulo à concorrência e um mercado saudável.

CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1. Considerações gerais

A partir da década de 90, especialmente durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, foi importando para o Brasil o *New Public Management* (novo gerencialismo), que promoveu uma série de transformações no âmbito público. Dentre as suas características mais marcantes pode-se destacar a redução da intervenção do Estado, a primazia pelos valores da livre iniciativa e do mercado na produção, circulação e distribuição de riqueza, bem como a execução pelo Estado da chamada função regulatória como principal agente de intervenção indireta.

No Brasil, esta nova maneira de gerenciar a atividade pública contemplou diversas ações baseadas na perspectiva teórica de que era preciso uma revisão da forma como o Estado interagia com o mercado.

Medidas como a privatização de sociedades empresárias e do exercício de atividades públicas, a desestatização (ato de remover a titularidade do Estado de certas atividades constitucionalmente consagradas e transferi-las para a iniciativa privada) e a terceirização (contratação de pessoas jurídicas privadas para a execução de atividades-meio) foram implantadas visando maior economicidade e eficiência.

A partir de 1991, vários setores sofreram privatizações parciais (como, por exemplo, o energético) ou até mesmo totais (como os de telefonia e ferroviário). Embora o setor petrolífero não tenha sido privatizado, ocorreu a autorização, por intermédio de permissão específica que possibilitou o ingresso de empresas privadas no setor ou a quebra do monopólio.

Além disso, a economia foi aquecida e fortalecida no setor de transporte (aéreo e rodoviário), na medida em que foi permitido o ingresso de novos atores no mercado. Portanto, no período compreendido entre 1991-2000 presenciou-se um dos maiores processos de privatização no país, sendo comercializados ativos que totalizaram mais de R\$ 90 bilhões².

² MELO, M. A. **As Agências Reguladoras: gênese, desenho institucional e governança** In: ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2**. Brasília: MP. SEGES. 2002. p.5.

Nesse cenário de grandes mudanças na função do Estado no que tange à sua atuação no mercado, as agências reguladoras se tornam protagonistas e, desde então, assumiram papel fundamental na regulação da atividade pública prestada por entes privados, conforme atesta o festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, (...) sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle.

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.³

Desta forma, cabe a análise desse instituto, sua história, natureza jurídica e características, como será exposto a seguir.

1.2. Breve histórico do surgimento das Agências Reguladoras

Antes de abordar o surgimento das agências reguladoras no Brasil, cabe mencionar os marcos históricos que envolvem as agências reguladoras, desde o seu início até a implantação no ordenamento jurídico pátrio.

A agência reguladora é um instituto antigo que surgiu nos Estados Unidos no início do século XIX, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, cuja missão era regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário⁴. Essa regulação envolvia a criação de regras para as práticas tarifárias das companhias ferroviárias, além da execução das sanções, evitando abusos e discriminações na atuação daquelas companhias⁵.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 510/511.

⁴ Embora seja amplamente compreendida como a primeira agência reguladora da história, não se pode olvidar da grande influência inglesa, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. p. 94, nota 9.

⁵ ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Buenos Aires: Manatíal, 2010. pp: 119-122.

Entendeu-se à época que era preciso uma instituição forte o suficiente para regular o setor ferroviário, sendo indispensável a autonomia em face à função executiva, bem como o conhecimento técnico específico, do qual carecia o Estado naquele momento.

Ademais, observou-se que a atividade regulamentar deveria ser célere, para acompanhar os avanços do setor regulado, diferentemente da anterior atuação estatal caracterizada pela morosidade da burocracia, que dificultava a fruição de serviços de melhor qualidade para a sociedade.

Porém, para alcançar tais objetivos, era de suma importância que a agência não sofresse pressões políticas e, dessa forma, pudesse instituir e executar as políticas públicas necessárias e suficientes para a prestação exemplar dos serviços públicos. A alternância do poder democrático não poderia obstar ou comprometer as medidas em curso e, para tanto, fazia-se mister uma atuação menos política e mais técnica.

Em um segundo momento, no período compreendido entre 1930 e 1945, ocorreu uma nova atuação regulatória nos EUA em decorrência do advento da Grande Depressão, iniciada em 1929 e se estendendo até o fim da Segunda Guerra Mundial.

Nesse período foram criadas quinze agências federais com finalidades que variavam desde a recuperação, reforma e fomento aos diversos setores econômicos abalados com a crise administrativas foram criadas com o fim de intervir numa economia desgastada em profunda crise⁶.

A insatisfação com a incapacidade do mercado se reestruturar era grande, e o grau de liberdade de atuação econômica foi reduzido pela intervenção realizada pelo Estado por meio da política do *New Deal*⁷, implantada pelo presidente Roosevelt em 1933⁸.

⁶ TAYLOR JUNIOR, Quintard. **Survey of the History of the United States**. New Deal Agencies. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/qtaylor/Courses/101_USH/new_deal.htm> Acesso em: 13.11.2016.

⁷ Foi o conjunto de medidas econômicas, administrativas e sociais exercidas pela administração Roosevelt, no período de 1933 a 1937, com o objetivo de recuperar a economia dos Estados Unidos da Grande Depressão (1929).

⁸ EUA, Library of Congress. **President Franklin Delano Roosevelt and the New Deal, 1933-1945**. Disponível em: <<http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwi/newdeal>>. Acesso em: 13.11.2016.

Com efeito, foi conferida às agências ampla autonomia durante esse período, v.g. a *Securities and Exchange Commission* – SEC, criada em 1934 com o intuito de proteger os investimentos privados e públicos de fraudes cometidas no mercado de ações, além de regular o setor de valores imobiliários e outros mercados de valores eletrônicos.⁹

Nesse período também foi instituído o *President's Committee on Administrative Management* (1936), que após análise concluiu que as agências não eram responsabilizadas adequadamente, pois tinham recebido “poderes descoordenados”, chegando até a chamar as agências de uma espécie de “quarto ramo sem cabeça do governo”¹⁰.

Dentro deste contexto, iniciou-se um extenso debate acerca da distinção entre as funções legislativas e executivas e o referido comitê recomendava que as agências fossem subordinadas ao Executivo e que sua prerrogativa judicante fosse reduzida.

Assim, no ano de 1941 uma comissão encarregada pelo presidente Roosevelt da revisão das críticas aos processos administrativos e da criação de processos para a melhoria da atuação das agências, recomendou um detalhado relatório que fundamentou a edição do *Administrative Procedure Act* (APA) em 1946, com o objetivo de regulamentar as agências federais criadas a partir do *New Deal*.

O APA conferiu flexibilidade às agências quanto ao desempenho de suas funções, além de fornecer normas processuais mínimas. Estabeleceu e regulamentou também as formas de função administrativa das agências federais, a saber: agência de regulamentação e agência adjudicação. A primeira forma se vinculava ao conceito de atos normativos, e a segunda se assemelhava com o poder judicante.¹¹ O APA uniformizou, assim, o “processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade”¹².

⁹ EUA, **U.S. Securities and Exchange Commission**, Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em: 13.10.2016.

¹⁰ BERGUER, Marshall J.; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: The Responsibilities of Public Lawyers**. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=scholar> Acesso em 13.11.2016.

¹¹ *Ibidem*

¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. nº 6. mai/jun/jul de 2006. p.2.

Porém, um novo fenômeno surgiu no cenário da atividade regulatória a partir de 1965, estendendo-se até o ano de 1985, qual seja captura das agências reguladoras pela iniciativa privada.

Destacando o mecanismo desta perigosa captura trazemos a colação trecho elucidativo da obra de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.¹³

Assim, desde 1985 a atividade regulatória vem sendo aprimorada em face dos desafios, buscando uma maior efetividade e independência das agências reguladoras.

Com o passar do tempo, o modelo norte-americano das agências reguladoras se fortaleceu e foi exportado para outros países da Europa e também para o Brasil.

No Brasil as agências reguladoras tiveram um surgimento tardio. Somente no final do século XX formou-se o cenário político e social favorável para que o Estado deixasse de intervir diretamente na economia e assumisse a função regulatória por meio de suas entidades.

Diferentemente do que ocorreu nos EUA no período do *New Deal*, em que o anseio era por mais intervenção estatal na economia, em razão da Grande Depressão que assolou o mercado e o tornou incapaz de reestruturar-se através de uma política puramente liberal, no Brasil a insatisfação recaía sobre o modelo de administração burocrática enrijecida e ineficiente, que ao intervir na atividade econômica acabava por aprofundar a crise que se arrastava desde a década de 80, fortalecendo o ideal liberalizante da economia.

Verificou-se que enquanto na economia norte-americana a regulação baseava-se na intervenção direta estatal no mercado, ou seja, no fortalecimento da atuação, no Brasil a forma de intervenção foi indireta por meio do exercício da função regulatória, utilizando as agências

¹³ Id. Ibidem

reguladoras. Buscava-se a diminuição do Estado por meio da transferência de diversas atividades à iniciativa privada.¹⁴

Em consequência disso, foi preciso remodelar o ordenamento jurídico para acomodar este novo ideal. A Magna Carta de 88 lançou as bases para a mudança de paradigma na administração pública, permitindo a descentralização e a busca por eficiência e celeridade da máquina estatal.

Com efeito, a exploração direta da atividade econômica foi vedada, com vistas à redução do papel do Estado-Empresário, e a intervenção econômica passou a ser realizada de forma indireta, com o Estado limitando-se a disciplinar, exercer a fiscalização e reprimir abusos na atividade econômica.

O art. 174 da Constituição Federal limitou ao Estado a exploração direta apenas de setores estratégicos para a segurança nacional ou aquelas atividades de interesse coletivo, exigindo, em ambos os casos, a existência de lei específica, nos moldes do art. 173 da CF, que dispõe:

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

Destaca-se também a criação do Plano Nacional de Desestatização – PND, pela Lei nº 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97 que, ao alterar o PND, manteve algumas das normas anteriores e promoveu um maior entendimento quanto à nova visão sobre a prestação do serviço público e exercício da atividade econômica.

Dentre as alterações no texto constitucional realizadas para implantar o novo projeto de descentralização administrativa, que visava uma administração pública menos burocrática e eficiente, pode ser destacada a Emenda Constitucional nº 8, de 04 de junho de 1995.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. pp.102/103.

Essa emenda pode ser considerada como o marco regulatório brasileiro, pois extinguiu o monopólio estatal da área das telecomunicações e possibilitou a criação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, com forte influência do modelo norte-americano.¹⁵

Desde então, diversas agências reguladoras foram criadas nesse mesmo modelo. Tal importação é alvo de críticas, pois foi feita de forma incompleta e sem uma plena acomodação desse instituto com o direito nacional.

1.3. Do conceito e da natureza jurídica das agências reguladoras

Conforme assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto, as agências reguladoras são criadas por lei na forma de autarquias, ou seja, órgãos administrativamente autônomos destinados a administrar certos setores econômicos e sociais em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público.¹⁶

Assim, o legislador optou pela escolha das autarquias, conforme se verifica nos termos do art. 8º da Lei nº 9.472/1997, que trata da criação e do funcionamento de uma entidade reguladora própria para a organização dos serviços de telecomunicações¹⁷:

Art. 8º. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Contudo, as agências reguladoras são submetidas ao um regime especial, que as torna diferenciadas das demais autarquias, na medida em que possuem uma autonomia reforçada, qualificada por ter autonomia normativa, administrativa, decisória e econômico-financeira.

¹⁵ Embora seja a EC nº 8/95 considerada como o marco regulatório no Brasil, não foi a ANATEL a primeira agência reguladora a ser criada. Antes, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica foi instituída pela Lei nº 9.427/96.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 367.

¹⁷ Não existe uma previsão constitucional que obrigue a constituição das agências reguladoras sob a forma de autarquias especiais, cabendo a lei infraconstitucional estabelecer a natureza jurídica destes entes. Portanto, além de ANATEL e da ANP (Lei 9478/97), as demais agências reguladoras foram criadas sob o mesmo regime.

Ademais, importa mencionar que tais entidades são pertencentes à Administração Pública Indireta, sendo a elas delegadas a atividade de regulação.

1.3.1. Da Descentralização

A Administração Pública é entendida como um conjunto de órgãos e pessoas (sentido subjetivo) que exercem a função administrativa, caracteriza-se como responsável pela gestão do interesse público e coletivo (sentido objetivo) e se organiza administrativamente por intermédio de um ordenamento jurídico denominado organização administrativa, exercida predominantemente pelo Executivo.¹⁸

De acordo com a organização vigente, o Estado exerce a atividade administrativa de três formas: a centralização, a descentralização e a desconcentração¹⁹.

A descentralização é a delegação do exercício da atividade administrativa na busca do interesse público da Administração Pública Direta para uma entidade da Administração Indireta, que por fim se torna a responsável pela prestação do serviço público ou atividade.

No que tange às Agências Reguladoras, podemos afirmar que a descentralização deve ser compreendida “no sentido material, estando nela embutida uma administração independente, dispo de poderes decisórios regulamentares e individuais”.²⁰

Portanto, verifica-se que estes entes são entidades da Administração Indireta que recebem a delegação para exercer a regulação de alguns setores econômicos, promovendo a intervenção indireta do Estado no mercado.

1.3.2. Das Autarquias

O vocábulo autarquia vem do grego e etimologicamente significa “comando próprio, direção própria, auto-governo”.²¹ As autarquias são entidades pertencentes à Administração

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 473.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. pp. 211-218.

²¹ CRETELA JÚNIOR *appud* DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 498.

Indireta que possuem personalidade jurídica e são criadas por lei específica para desempenhar as atividades administrativas do Estado sem interesse econômico, porque visam o atendimento do interesse público, conforme dispõe o art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200/1967²²:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - 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 descentralizada.

Entretanto, com a evolução do direito administrativo, esse conceito não abrange somente as autarquias *strictu sensu* porque novas modalidades de entidades surgiram e, por desempenharem a gestão da coisa pública, também possuem natureza assemelhada com a autarquia, como é o caso das agências reguladoras²³.

Desta forma, as autarquias se subdividem em comuns (ou ordinárias) e especiais²⁴. As autarquias comuns são aquelas que exercem a atividade estatal nos moldes do art. 5º, I do Decreto-Lei 200/1967.

Por outro lado, as autarquias sob regime especial possuem, além das características e prerrogativas das autarquias ordinárias, maior autonomia em relação à Administração Pública, sendo isto evidenciado pelo poder normativo mais amplo (podem editar normas específicas para o setor regulado) garantido na forma da lei instituidora, bem como a prerrogativa da resolução de conflitos no âmbito administrativo.²⁵

Como demonstrado, as agências reguladoras possuem prerrogativas ampliadas em razão de sua atividade regulatória, garantida pelo regime especial definido em lei.

²² Art. 37, XIX, c/c art. 61, § 1.º, II, “b” e “e”, da Constituição Federal.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.488.

²⁴ REZENDE, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p.124.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.181.

1.4. A autonomia das Agências Reguladoras

Como já foi mencionado anteriormente, as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, sendo assim “regidas por disciplina específica, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias”²⁶.

Tais prerrogativas especiais e diferenciadas devem-se ao fato de que tais autarquias regulam de forma técnica a atividade econômica ou do serviço público prestado, garantindo a eficiência por meio de um controle, que em princípio, deveria ser relativamente imune às constantes alterações no cenário político.

Ademais, é sabido que as funções legislativa e judiciária não são capazes de acompanhar o ritmo dinâmico desses setores, o que justifica a necessidade de que as agências reguladoras possuam um poder normativo, além dos poderes decisórios, executórios e sancionatórios²⁷.

Cabe também ressaltar que, além da autonomia normativa supracitada, têm as agências reguladoras, dentre as suas prerrogativas, a autonomia administrativa e a financeira-orçamentária, primordiais para a fiel execução dos comandos constitucionais na ordem econômica.

1.4.1. Autonomia normativa

A autonomia normativa é, em apertada síntese, a capacidade de edição de normas técnicas no âmbito de sua competência, desde que previamente autorizada em lei e com base, segundo parcela da doutrina, na deslegalização promovida pela função legislativa.²⁸

O fenômeno da deslegalização é a transferência de matérias que eram originariamente atribuídas ao Legislativo para as entidades regulatórias da Administração Indireta, em razão do caráter técnico. A análise desse instituto será aprofundada na sequência deste trabalho.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.498.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.105.

²⁸ Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José dos Santos Carvalho Filho e Marcus Juruena Vilela Souto.

1.4.2. Autonomia administrativa

A autonomia administrativa, por sua vez, pode ser caracterizada pela vedação à incidência do recurso hierárquico impróprio, ou seja, à interposição a órgão ou autoridade estranha à qual se acha vinculado o ente que editou o ato objeto de impugnação. Portanto, será impróprio o recurso remetido ao órgão, autoridade ou ente da Administração Indireta em relação ao qual não tenha relação de hierarquia.

Outro traço da autonomia administrativa é a investidura de dirigentes no cargo a termo, mediante indicação do Presidente da República e posterior aprovação do Senado Federal²⁹. Assim, o dirigente contará com uma estabilidade mais robusta, uma vez que não poderá ser exonerado *ad nutum*, pois o tempo do exercício no cargo é previsto em lei, garantindo maior independência na atuação, e evitando interferências externas na formulação e execução das políticas da agência reguladora, uma vez que o mandato é não coincidente com o do agente político³⁰.

Percebe-se também que o legislador não procurou apenas impedir a intromissão do Poder Público nas agências reguladoras, mas também por parte da iniciativa privada, especialmente das pessoas jurídicas do setor regulado. Isso porque o ex-dirigente se torna impedido de exercer atividades afins com o setor regulado pela agência que dirigiu, no período de seis meses (período de quarentena)³¹.

Além disso, os dirigentes das agências reguladoras podem ser destituídos de seus cargos ao final do curso do mandato, pela renúncia, por intermédio de um processo administrativo ou devido a sentença transitada em julgado.³²

²⁹ Vide art. 5º. da Lei nº. 9986/2000: Art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CDI) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

³⁰ Art. 6º. da Lei nº 9.986/2000: O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

³¹ Art. 8º. da Lei nº 9986/200: O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

³² Art. 9º. da Lei nº 9.986/2000: Os conselheiros e os diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

É importante salientar que nos casos de processo administrativo ou no judiciário, devem ser respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, ambos expressos na Constituição Federal.³³

Desta forma, embora as agências possuam autonomia administrativa reforçada, elas também têm limites estabelecidos pelo legislador, visando não só a eficiência, mas também a probidade dessas instituições e o respeito aos princípios constitucionais concretizados na Magna Carta.

1.4.3. Autonomia econômico-financeira

A autonomia financeira-orçamentária pode ser compreendida como a capacidade das agências para “arrecadar, dispor e remanejar as dotações orçamentárias de forma eficiente e livre no mister da atividade regulatória.”³⁴

A autonomia financeira das agências reguladoras, é atribuída pelo legislador, na possibilidade de instituição de taxas regulatórias próprias, cujos contribuintes são as pessoas jurídicas reguladas, além de receberem dotações orçamentárias.³⁵

A taxa de fiscalização é um exemplo de receita própria atribuída às agências reguladoras. Conforme atesta Marçal Justen Filho, a taxa de fiscalização constitui um “mecanismo para assegurar a captação pela agência de recursos para sua manutenção. Mais do que isso, assegura-se a autonomia financeiro-orçamentária que impede a redução da autonomia da agência em face de outras instituições estatais ou de empresas privadas”.³⁶

Além da autonomia financeira, detém as agências reguladoras a autonomia de enviar propostas orçamentárias ao ministério ao qual estejam relacionadas³⁷.

³³ Art. 5º da CRFB/88.

³⁴ GARCIA Emerson. A Autonomia Financeira do Ministério Público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003.p.1.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo: 2002. p. 480.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cf. art. 49 da Lei n.º 9.472/1997.

1.4.4. Autonomia decisória

As agências reguladoras também possuem a autonomia decisória, ou seja, a função judicante para resolver conflitos do setor regulado, seja entre os executores da atividade econômica delegada ou com os usuários dos serviços e atividades.

Contudo, tal prerrogativa não é absoluta, pois não afasta a apreciação da função judiciária, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição nos termos do art. 5º, XXXV, da Magna Carta: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ademais, em razão de a jurisdição ser una, o monopólio da atividade jurisdicional é da função judiciária do Estado. Em nenhum momento o Estado-Administração por meio de suas agências reguladoras exerce a jurisdição nos conflitos da seara administrativa.

Frise-se que é possível a discussão da lide em sede do Judiciário, momento que tanto a Administração Pública, concessionários e os usuários estarão em pé de igualdade, se submeterão à decisão prolatada em sentença.

Portanto, analisada a natureza jurídica da agência reguladora e suas peculiaridades em razão de seu regime especial chega o momento de verificar o poder normativo, prerrogativa essa tão importante em que a doutrina diverge quanto a sua constitucionalidade, sendo de vital importância para a compreensão do poder regulador e seus desdobramentos.

CAPÍTULO 2 – O PODER NORMATIVO

2.1. Considerações gerais

Como já demonstrado no capítulo anterior, as agências reguladoras possuem prerrogativas especiais necessárias para a execução plena e eficiente da atividade regulatória. De todas as características, o poder normativo destaca-se por sua natureza controversa.

Este poder normativo atribuído às agências reguladoras foi bastante criticado quanto à sua constitucionalidade, pois carece de fundamentação expressa na Constituição Federal. As críticas giravam em torno da possível violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Portanto, vale a consideração do referido instituto, quanto ao seu conceito, natureza jurídica e uma breve exposição do conflito doutrinário que, atualmente, vem sendo entendido majoritariamente pela constitucionalidade com base nos precedentes mais recentes.

2.1. Conceito e natureza jurídica

Inicialmente cabe destacar que o poder normativo é gênero, cujas espécies são o poder regulador e o regulamentar.

Ademais, o poder normativo é uma função atribuída aos entes da Administração Pública com o desígnio de editar atos normativos que visam a explicitar determinados preceitos legais e reger situações gerais³⁸.

A Constituição Federal estabelece a forma em que tais normas se materializam no art. 84, IV, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Administrativo - RBDA, Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2005. pp. 91/92.

Com o advento da EC nº 32/01, foi incluído o inciso VI no art. 84 da Constituição Federal, que por sua vez atribuiu ao Presidente da República a competência para editar normas, por meio de decretos, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.”

Portanto, no âmbito da atividade regulatória, tais normas são de cunho técnico e respeitam os parâmetros legais, evitando a influência do caráter político presente nas leis. Tal despolitização se faz necessária em virtude da própria natureza da atuação regulatória das agências, pois é sabido que o Legislativo não possui o conhecimento técnico para regular certas situações que ocorrem no setor econômico regulado.

2.3. Das controvérsias doutrinárias

O estudo da função normativa à luz da Constituição Federal, inicialmente, levanta sérios questionamentos em torno dos princípios da separação de poderes, da legalidade e da indelegabilidade da função legislativa.

Parte da doutrina se posiciona pela inconstitucionalidade, por alegar que o poder normativo é uma transferência ilegítima do poder legiferante por parte do Legislativo às agências reguladoras.

Segundo a referida corrente, a transferência seria na verdade uma espécie de delegação legislativa inominada, ou seja, estaria o Executivo habilitado a editar normas que criariam direitos e obrigações por meio de regulamentos de forma originária, em clara afronta ao princípio da legalidade, pois a Carta Política de 1988 estabeleceu apenas duas hipóteses, a saber: medidas provisórias (artigo 62 da CRFB/88) e leis delegadas (artigo 68 da CRFB/88).

Portanto, esse processo de deslegalização, do ponto de vista formal, possibilita ao legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que na opinião de Gustavo Binimbojm é inadmissível.³⁹

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008 p. 107.

Dessa forma, os atos normativos das agências reguladoras são infralegais e seu âmbito limita-se apenas ao funcionamento interno e organização. Para essa corrente, nem mesmo a menção de um órgão regulador nos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição Federal, que se referem à ANATEL e à ANP, é suficiente para ampliar o poder normativo ou considerar-se uma exceção delimitada na própria Constituição.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre os regulamentos administrativos atesta que:

[...] os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) **limitar a discricionariedade administrativa**, seja para (a) dispor sobre o **modus procedendi** da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) **caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos** cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações **técnicas** segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) **decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos**, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.⁴⁰ (grifos do autor)

Ressalte-se que, mesmo seguindo essa corrente de pensamento, DI PIETRO reconhece a excepcionalidade das agências reguladoras das telecomunicações (ANATEL) e do petróleo (ANP), com base nos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição Federal, que preveem os órgãos reguladores expressamente.⁴¹

Por outra banda, há aqueles que entendem pela constitucionalidade do poder normativo, afirmando que esta prerrogativa não afronta os princípios da legalidade e da separação dos poderes, desde que tais atos normativos não ultrapassem os *standards* ou parâmetros legais.

Portanto, para essa corrente não há que se falar em delegação legislativa inominada, porque a própria lei instituidora da agência reguladora, expressamente, promove a

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 26ª ed. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 363.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p. 116.

“transferência da disciplina de determinadas matérias ou atividades da esfera legislativa para aquela regulamentar do Governo”.⁴²

Além da transferência entre as esferas, Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que a deslegalização consiste na “retirada, **pelo próprio legislador**, de certas matérias, do **domínio da lei** (*domaine de la loi*) **passando-as ao domínio do regulamento** (*domaine de l’ordonnance*)”.⁴³ (o grifo é nosso). Noutras palavras, o legislador rebaixa hierarquicamente a matéria regulatória para que possa ser tratada mediante regulamento pelas agências reguladoras.

Com efeito, não se trata de uma transferência inconstitucional da função legislativa que acarretaria numa violação do princípio da separação dos poderes, mas tão somente é a “adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria”.⁴⁴

Ademais, isto não quer dizer que a lei instituidora seria uma espécie de lei inominada que resultaria na edição de regulamentos autônomos pelas agências reguladoras. A uma, porque na prática é inviável a concepção de atuação administrativa isenta de inovação no ordenamento jurídico em razão da própria natureza da atividade. A duas, porque a norma da seara regulatória é de caráter executivo e, como tal, exige a existência prévia de lei para a regular atuação do Estado Administrador, diferentemente dos regulamentos autônomos, que prescindem de lei anterior e têm previsão excepcional no próprio texto constitucional.

Por fim, percebe-se pela leitura das leis instituidoras um caráter de baixa densidade normativa, que por sua vez proporciona um grau de discricionariedade necessário para a atuação das agências. Essa margem discricionária possibilita uma melhor negociação entre as agências e os agentes econômicos e sociais no âmbito do setor regulado.⁴⁵

⁴² VERGOTTINI, Giuseppe de. A “delegificação” e a sua incidência no sistema das fontes do Direito. In OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p. 117.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.451.

⁴⁴ Idem p. 454, 455.

⁴⁵ Idem. p. 439.

Porém, em que pese tais divergências doutrinárias, a jurisprudência vem se firmando quanto à constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. Um exemplo disso é um recente julgado do STF, a ADI 4568, em que se verificava a possibilidade de uma norma permitir o aumento e reajuste do salário mínimo mediante a edição de um decreto.

Embora não seja o decreto expedido por uma agência reguladora, vemos na prática o Executivo, por intermédio do exercício do poder normativo, intervir indiretamente na economia. O art. 3º caput e parágrafo único da Lei nº 12.382/11 foi questionado quanto à sua constitucionalidade, sob a alegação de que seria delegada ao Presidente da República a capacidade de fixar o valor do salário mínimo mediante decreto, violando o inc. IV do art. 7º da Constituição Federal que a fixação do valor do salário mínimo por lei.

O Plenário do STF entendeu que a lei era constitucional. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Luiz Fux, que ao acompanhar o voto vencedor da Ministra Relatora Cármen Lúcia, atestou que não ocorreu uma:

renúncia por parte do Legislativo quanto à sua competência normativa, mas, sim, a criação de um diálogo institucional que busca colher frutos das virtudes dos dois Poderes políticos. A representatividade plural do parlamento para delinear as diretrizes da política pública no setor com o conhecimento técnico, o dinamismo do Poder Executivo, a quem caberá implementar e concretizar as diretrizes da lei à luz da apuração dos elementos de fato a que ela faz alusão.

Em última análise, o que se pretende é preservar o status constitucional da garantia do salário mínimo, cuja relevância restou proclamada por este Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's nºs 1.439 e 1.458, que transcrevo *ipsis litteris*.

Gostaria de fazer também uma pequena abordagem, rapidamente conceitual, é que, na realidade, a hipótese do caso se amolda ao novel fenômeno da deslegalização, estudada com maestria pelos professores de Direito Administrativo e que consiste exatamente na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-se ao domínio do regulamento.

Cito aqui as lições do professor Diogo Moreira Neto, que tem um trabalho específico, para concluir que, assim, a maior ou menor margem de atuação do Poder Executivo não descaracteriza o rebaixamento do status normativo da matéria, justamente porque configura o fenômeno da deslegalização.⁴⁶

Logo, o poder normativo nada mais é do que a evolução das técnicas legislativas, e não um processo ilegítimo e inconstitucional, que proporciona ao Estado a eficiência e a celeridade necessárias para a atividade regulatória.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4568.Voto: Ministro Luiz Fux.

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR

3.1. Considerações iniciais

O poder regulador encontra fundamento no instituto da deslegalização. Como já mencionado, a deslegalização é a transferência de uma parte limitada da competência natural da Função Legislativa para as agências reguladoras, para que estas possam editar normas gerais e abstratas com força de lei, respeitados os *standards* da lei instituidora, cujos objetivos e funções estão definidos para a regulação de um setor econômico específico.

Nessa esteira, afirma Gustavo Binembojm, que “tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação.”⁴⁷

Diferentemente do poder normativo, que é de caráter geral (natureza política), o poder regulador é a prerrogativa específica da agência reguladora, cujo objetivo é editar forma célere e eficiente normas técnicas, respeitados os princípios da legalidade e separação de poderes, ou seja, este poder encontra limites materiais (normas de matéria técnicas) e formais (arcabouço legal vigente).

Um exemplo disso é o que ocorre com a ANP – Agência Nacional de Petróleo, que teve a sua lei instituidora (Lei nº 9.478/97) alterada pelas leis nº 11.097/05 e nº 11.909/09. Ambas modificaram os *standards* da ANP, trazendo também algumas limitações.

Entretanto, mesmo com as modificações promovidas pelo Legislativo e Executivo (exercício do poder normativo de cunho político), a ANP ainda possui a prerrogativa de edição de normas técnicas para a regulação do setor petrolífero, além de lhe ser facultada a importação de práticas e costumes do âmbito internacional, conforme exposto no artigo 44, inciso VI da Lei nº 9.478/97, nos seguintes termos:

Art. 44, VI - adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 108.

quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.⁴⁸

Por conseguinte, a ANP será a responsável pela implantação das políticas públicas gerais do setor energético instituídas pelo Legislativo, por meio de normas técnicas específicas.

Dessa forma, cria-se aparentemente uma diferença entre as normas regulamentares e regulatórias, numa tentativa de compreender o momento de atuação de cada um dos envolvidos nessa complexa atividade que é a regulação.

3.2. Distinção entre regulação e regulamentação

Alguns doutrinadores discorrem sobre a diferença entre regulação e regulamentação, pois consideram um requisito indispensável para o entendimento do tema. Diversas são as premissas que fundamentam a distinção entre tais institutos conforme cada doutrinador.

Para ilustrar uma dessas visões sobre o assunto, Marcos Juruena Villela Souto define a regulamentação como a função exercida privativamente pelo Chefe do Executivo, por meio de decretos que visam apenas o exato cumprimento de leis, sendo uma atividade política isenta de neutralidade.

Por outro lado, para esse doutrinador a função regulatória encontra previsão no artigo 174 da Constituição Federal, e tem como objetivo a edição de normas técnicas sem o caráter político comum da função regulamentar, resultado de estudos e análises de custo e benefício para o setor regulado.⁴⁹

Respeitadas as perspectivas contrárias acerca da distinção entre regulação e regulamentação, muitas vezes reunidos no conceito de *regulação* ou classificados quanto à margem de inovação no ordenamento jurídico, a melhor doutrina se fundamenta em um

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. p. 295.

⁴⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.p. 28.

conceito mais amplo do que a mera limitação da natureza da norma, por utilizar a ideia cunhada por Alexandre Santos de Aragão, denominada *regulação estatal da economia*.⁵⁰

De fato, segundo o ilustre doutrinador, a atuação regulatória será positiva no sentido de estabelecer requisitos a serem cumpridos pelos *players* do setor regulado, a fim de conseguirem acesso a certas vantagens oferecidas pelo Estado, e em certas situações é negativa quando reprime e sanciona, quando “*persuade o agente econômico a observar determinado preceito regulatório*.”⁵¹

Desta forma, tendo em conta o cenário normativo mais flexível, vislumbra-se uma regulação estatal da economia também flexível, abrangendo tanto o aspecto normativo como o interventivo. Deve a regulação estatal primar pela eficiência, pelos valores humanos, econômicos e sociais, além de buscar o diálogo com o setor regulado e usuários dos serviços públicos e atividades prestados pelos concessionários.

Nesta senda, ao tratar dos processos decisórios das agências reguladoras Diogo Figueiredo Moreira Neto atesta que deve existir a “possibilidade de admissão dos administrados e de terceiros ao debate e negociação, abrindo espaço jurídico ao ajuste de interesses entre a Administração e administrados e uma nova alternativa à via contenciosa”.⁵²

Por conseguinte, a dicotomia regulação *versus* regulamentação não se faz mais necessária, pois o controle da adequação entre os meios e os fins da atividade regulatória deve ser feito de forma integral e não compartimentalizada, uma vez que a natureza é a mesma, havendo apenas uma diferenciação quanto ao grau de intervenção (menor quando no âmbito interno da agência e maior quando atingir o setor regulado).

3.3. A função reguladora

Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, o Estado vem diminuindo a sua interferência direta na ordem econômica, delegando certos serviços públicos e atuando cada

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. p. 31.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Consideraciones sobre la participación en el Derecho comparado Brasil-España**. In: Revista de administración pública. n° 152. 2000. p.81

vez mais como um regulador, sendo responsável por orientar e fiscalizar tais serviços, o que possibilita mais qualidade, eficiência e celeridade na prestação à coletividade.

Com esse objetivo e em virtude de sua natureza híbrida, a regulação conta com uma gama de prerrogativas específicas, que incluem a produção de normas, fiscalização, composição de conflitos e até mesmo a possibilidade de aplicação de sanções, de acordo com o tipo da atividade⁵³.

Ademais, essa intervenção indireta realizada pelas agências reguladoras tem, na lição do ilustre doutrinador Alexandre Santos de Aragão, os seguintes âmbitos de atuação:

(a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar livre concorrência no setor privado e, nos casos de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.⁵⁴

Para tanto, deverão as agências reguladoras ponderar os interesses de todos os envolvidos no setor regulado, demonstrando assim uma verdadeira mitigação do princípio clássico da supremacia do interesse público, conforme salienta Diogo Figueiredo Moreira Neto:

Não se trata, portanto, da tradicional aplicação direta de uma **definição legal vinculadora de certo interesse público específico**, nem, tampouco, e muito menos, de chegar a uma **definição legal discricionária**, que é a que deve ser integrada pelo administrador por subsunção, à feição da administração tradicional, isso porque **o interesse específico que deverá prevalecer nas relações submetidas à função reguladora não estará predeterminado**, senão que deverá ser deduzido dos fatos, pelo exercício qualificado, negociado e ponderado dessa função.⁵⁵ (grifos no original)

Portanto, observa-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem nortear não só as decisões, mas também as normas editadas pelas agências. Deve-se avaliar o

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n.º 1. fevereiro. 2005. p. 11.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A regulação dos monopólios, quando a competição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n.º 10, maio/junho/julho. 2007. p. 3, nota 6.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. In: SANTOS, Roberto Mizuki. Deslegalização e a função reguladora da administração pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13506>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

custo benefício dos atos regulatórios, proporcionando a facilitação do ingresso no mercado regulado, além da proteção contra danos ambientais e ao consumidor.

A função regulatória deve pautar-se também pelos princípios da transparência (sem a qual é inviável o controle) e da participação popular. É imprescindível que todos os interessados e afetados pela regulação de uma determinada agência tenham a oportunidade de manifestar-se e contribuir com sugestões e ideais no processo regulatório.

Especialmente sobre o fator democrático na função regulatória muitas críticas são levantadas. Por ser um assunto relevante, o presente trabalho tratará sobre a polêmica questão do suposto déficit democrático.

3.3.1. Do suposto déficit democrático

Muitas são as críticas quanto ao exercício da atividade regulatória pelas agências reguladoras, fundadas em um suposto déficit democrático. Para parcela da doutrina, a garantia da vedação de exoneração sem justa causa (*ad nutum*) dos dirigentes das agências reguladoras possui um problema de legitimidade democrática.

Considerando que as medidas tomadas pelos dirigentes das autarquias regulatórias, na busca de concretizar as políticas públicas, afetam toda a sociedade e não somente as empresas privadas reguladas, e que tais dirigentes não são eleitos pelo sufrágio universal, como são os chefes do Executivo e Legislativo e outros detentores de mandato político, questiona-se a possibilidade de uma afronta ao princípio da soberania popular expresso no artigo 1º, §1º da Carta Política de 1988, que em outras palavras, prevê que a origem do poder é no povo, sendo exercido diretamente por meio de seus representantes.

Ademais, é possível que o mandato do Chefe do Executivo não coincida com o mandato do dirigente da agência, causando tensões no que tange à formulação e a execução das políticas regulatórias, políticas essas pertencentes a um programa de governo que foi majoritariamente aprovado pela população por meio do voto.

Por fim, outro fator digno de consideração é o trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que, no âmbito das agências reguladoras,

[...]as normas são elaboradas sem expressa autorização constitucional, e no uso de um poder regulamentar que, ademais de se exercer em relação a leis por demais genéricas (ao estilo dos standards da legislação norteamericana), para muitos, é expressão de usurpação do poder regulamentar do Presidente da República, muito embora contando com o seu beneplácito.⁵⁶

Portanto, essa falta de previsão constitucional (exceto no caso da ANATEL e ANP) causaria uma diminuição de legitimidade, além de afronta aos princípios da reserva legal e legalidade. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, restaria às agências apenas a competência de editar normas que cumpram as previsões legais, diminuindo a abrangência de seu poder normativo.

Em síntese, alega-se que as agências possuem demasiado poder na sua atuação, o que não seria legitimado democraticamente, seja em razão da estabilidade temporária dos dirigentes das agências, pelos possíveis conflitos com programas de governo ou quanto à carência de previsão constitucional do poder normativo.

No que tange a essa carência de previsão constitucional, o presente trabalho já discorreu sobre a divergência doutrinária e o entendimento jurisprudencial consolidado em contrário, quando reconhece a legalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Entretanto, há aqueles que entendem que os mesmos fatores que levam à um suposto déficit democrático, são os mesmos capazes de garantir a democracia e os interesses coletivos da sociedade.

Alexandre Santos de Aragão, afirma que o problema central do alegado déficit democrático é “causado por razões gerais decorrentes da administrativização do Direito Público e específicas oriundas da *estabilidade temporária* dos seus dirigentes, que não pode ser exonerados ad nutum pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições.”⁵⁷

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.364.

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 465.

Para solucionar esse problema, o supracitado autor acredita que por intermédio da Teoria dos Poderes Neutrais, seria possível a solução do déficit democrático. Entende-se dessa teoria ser necessária a criação de entidades que atuariam como uma espécie de barreira ao uso desmedido do poder político que prejudica a persecução do atendimento aos interesses coletivos, quando o Estado, por meio dos representantes democraticamente constituídos, passa a desrespeitar os direitos fundamentais da sociedade.

Para exemplificar, não são somente as os dirigentes das agências reguladoras que não possuem mandato político, mas os membros do Judiciário e do Tribunal de Contas também, e nem por isso a forma de ingresso invalida a atuação importante na proteção ao interesse público e à democracia.

Nesse sentido, o Ministério Público também exerce a representação da sociedade por intermédio de ação civil pública e, assim, protege direitos e garantias dos cidadãos sem que seus procuradores tenham sido empossados pela via eleitoral.

Logo, não há que se falar em atuação anti-democrática dos dirigentes e membros de conselhos das agências reguladoras em razão da estabilidade temporária, sendo na verdade uma autonomia necessária para que haja um distanciamento do caráter político, o que permitirá uma atuação livre para tutelar os valores constitucionais e proteger, por meio de uma atuação técnica protegida das mudanças político-eleitorais, o “pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo.”⁵⁸

Além disso, o que se vê na prática é que o medo de queda nas pesquisas de intenção de voto e a possibilidade de não reeleição movem muitos detentores de mandato político a não promoverem políticas públicas difíceis e não tão agradáveis à população. Esse é um ônus trazido pela participação popular, que não é técnica na sua natureza.

Em síntese, o poder neutral é capaz de reunir o pluralismo dos interesses coletivos com o princípio democrático, conforme assinala Alexandre Santos de Aragão:

⁵⁸ Idem. p.474.

Estes poderes neutrais do Estado, especialmente as agências reguladoras independentes, infensos ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo. São, assim, uma feliz combinação do pluralismo (propiciado por sua autonomia “reforçada”) com o princípio majoritário (os vínculos que mantêm com o Poder Legislativo e com a Administração central).⁵⁹

Assim, a legitimidade democrática da agência reguladora passa pela garantia de sua autonomia e por medidas que garantam o aspecto democrático nas decisões. A própria Constituição Federal, em vários artigos, dispõe sobre a participação popular nas atividades exercidas nas funções judiciária e legislativa.⁶⁰

Referente à Administração Pública, importa destacar o disposto no artigo 37, §3º da CRFB/88, que estabelece:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

De fato, o princípio participativo permeia toda a atuação pública, pois como já foi mencionado anteriormente, “todo o poder emana do Povo” e especialmente quanto à Administração Pública, percebe-se um distanciamento da antiga visão burocrática do Estado, com pouco ou nenhum controle exercido pelos administrados. É o que ensina Gustavo Binenbojm:

Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade [com base em institutos como o da supremacia dos interesses ‘alegadamente’ públicos, das prerrogativas jurídicas da Administração, da discricionariedade, entre outros], sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*,

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Para ilustrar, a Constituição Federal garante a participação popular por meio dos projetos de lei de iniciativa popular (artigo 61, § 2º da CRFB/88), plebiscitos e referendos (artigo 14, I, II da CRFB/88) no âmbito legislativo. Na esfera judicial, existe o instrumento processual da ação popular (artigo 5º, LXXIII da CRFB/88), em que os cidadãos podem questionar no Judiciário acerca de validade dos atos que ocasionem lesão ao patrimônio público, cultural, histórico e ambiental.

caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.⁶¹

Por conseguinte, existem atualmente medidas que possibilitam a participação popular, em que tanto as empresas reguladas como os particulares podem contribuir com a atividade regulatória, lembrando que tal atuação prima pela ponderação dos interesses envolvidos no setor regulado. Essas medidas são as consultas públicas, audiências públicas e conselhos consultivos, todos analisados a seguir.

3.3.1.1 Consultas públicas

A consulta pública é um mecanismo que possibilita a exposição da opinião pública quando tratar-se de assuntos relevantes para coletividade e geralmente acontece antes da edição das normas pelas agências reguladoras.

Por intermédio desse instrumento é possível o questionamento a respeito das regras as serem formuladas pela agência reguladora. Assim, tanto a rejeição como a adoção dessas propostas devem respeitar o princípio da motivação estabelecido no artigo 50, I, da Lei nº 9.784/99, nos seguintes termos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

Além disso, devem também ser expostas à opinião pública de forma transparente, assim como deve ser a atuação administrativa delineada nos moldes do artigo 37 da Magna Carta, auferindo maior controle pelos particulares.

Alerta Gustavo Binenbojm que “não pode haver mudança na matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora dessa hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento”.⁶²

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3.

Além disso, se a consulta pública tiver caráter obrigatório, a participação popular torna-se elemento de validade do ato, sendo possível a utilização da falta desta como base em futuro controle judicial.

Portanto, é de vital importância que seja a obrigatoriedade da consulta pública definida em lei previamente.⁶³

Por fim, embora a consulta pública seja por padrão um procedimento prévio, em casos de urgência poderá ser realizado posteriormente, tal qual as audiências públicas, que serão expostas em seguida.

3.3.1.2 Audiências públicas

As audiências públicas são mecanismos que possibilitam a participação dos particulares em sessões abertas criadas pelas agências reguladoras, com o objetivo de expor ideias e sugestões sobre um determinado processo administrativo em curso.

Durante essas audiências são debatidos os temas referentes ao setor regulado, bem como de projetos de lei propostos pelas agências reguladoras. Após as deliberações, o resultado não poderá ser alterado sem aviso prévio e sem a realização de um novo procedimento, assim como ocorre com as consultas públicas, sendo assim, um fator essencial para a validade do ato.⁶⁴

Embora seja um importante mecanismo no processo democrático de tomada de decisões das agências, verifica-se a relevância da análise dos custos e do tempo a serem consumidos ao longo desse procedimento, para que não se inviabilize a atividade regulatória, contrariando assim a sua natureza técnica e célere.

Ademais, a sociedade deve utilizar com mais frequência, não só esse mecanismo, mas também os demais colocados à disposição pelas agências reguladoras, evitando assim que um

agosto/setembro/outubro. 2005. p.16. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016.

⁶³ Idem p.17.

⁶⁴ Ibidem.

baixo grau de mobilização mitigue o controle social na tomada de decisões e edição das normas regulatórias.

Nesse sentido, Paulo Todescan Lessa Mattos adverte:

“se temos uma esfera pública pouco ativa (ou uma ‘esfera pública em repouso’) ou a participação privilegiada de determinados grupos em detrimento de outros, os problemas de legitimação aparece. As condições efetivas de participação são, nessa perspectiva, um bom critério para avaliar o potencial democrático dos mecanismos de participação pública institucionalizados por meio de normas”.⁶⁵

Para tanto, devem as agências reguladoras aprimorar cada vez mais a sua transparência, por disponibilizar informações relevantes de forma que se preserve não somente a tecnicidade, mas também a inteligibilidade, incentivando assim cada vez o controle social nas agências.⁶⁶

Considerando o pluralismo de interesses da sociedade no setor regulado e os variados atores desse contexto, cabe o estudo breve sobre outra ferramenta democratizante, a saber, os conselhos consultivos.⁶⁷

3.3.1.3 Conselhos consultivos

Finalmente, o último instrumento para a proteção da participação popular é o instituto do conselho consultivo. Esses conselhos são formados por representantes de diversos grupos interessados na atuação regulatória, oriundos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Executivo, entidades representativas como associações de usuários dos serviços prestados, representantes das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público e atividade econômica, entre outros grupos representativos da sociedade.

⁶⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento**. p. 203. In: FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. Rio de Janeiro: 2007. p.48. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2007/3-lugar-tema-2-estudantes>>. Acesso em: 02.11.2016.

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3. agosto/setembro/outubro. 2005. pp 19/20. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016.

⁶⁷ Idem.

Os conselhos consultivos possuem como prerrogativas não apenas a consultiva, mas também a de fiscalizar os atos regulatórios, por meio da apreciação de relatórios e propostas de edição de normas pelas agências.

Conforme exposto, as agências reguladoras possuem a necessidade de *accountability*⁶⁸ em sua atividade constantemente. Embora as medidas citadas anteriormente tenham problemas e precisem de aperfeiçoamento, conseguem suprir essa necessidade, na busca de uma atuação menos política e mais técnica, mas sem comprometer o pluralismo de interesses e os princípios constitucionais.

Entretanto, não é só o risco de déficit democrático que ameaça a atuação regulatória. Existe também a possibilidade de captura das agências reguladoras, no sentido de que interesses externos (mercado) e não tão externos (Estado), possam influenciar de maneira tão violenta, que transformem as agências em subalternos sem autonomia nas suas decisões e normas.

3.4. Teoria da Captura

A autonomia reforçada garantida às agências reguladoras é prerrogativa *sine qua non* para o regular exercício da função regulatória. Essa autonomia confere um grau de discricionariedade nos misteres das agências que não é encontrada nas demais autarquias, suprimindo o clamor de eficiência e celeridade na atuação regulatória.

Entretanto, a mesma independência necessária para a função regulatória pode ampliar o risco de apropriação dos interesses regulados pelos agentes atuantes no mercado econômico, ou seja, a captura da agência reguladora. Tais agentes podem se beneficiar com privilégios indevidos, transformando as agências reguladoras em subordinadas que se afastam do interesse coletivo, por servir a interesses privados.

Além disso, a influência política na administração das agências e a baixa participação popular nas decisões e no processo de formulação dos regulamentos, também são fatores de

⁶⁸ *Accountability* é um estrangeirismo que significa a prestação de contas do gestor público calcada na transparência e na boa-fé, respeitadas as obrigações por meio de ações responsáveis e de uma governança ética e proba. JUSTA, Mauro. **O significado de “accountability” em gestão pública.** Disponível em: <<http://oruamconhecimentos.blogspot.com.br/2011/07/o-significado-de-accountability-em.html>> Acesso em: 07.12.2016.

risco que elevam as chances de que as agências reguladoras venham a ser capturadas, resultando em uma “vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.”⁶⁹

A captura também é evidenciada quando acontece a simples assimetria de informações entre os agentes econômicos regulados e a agência, a ocorrência de ex-dirigentes de agências reguladoras em postos estratégicos no setor regulado em um curto espaço de tempo e até mesmo o excesso de cargos comissionados nas agências, o que possibilita a entrada de pessoas cooptadas pelas empresas reguladas para que seus interesses sejam privilegiados.⁷⁰

Portanto, captura é um fenômeno imoral e danoso não só à agência reguladora, mas também à ordem econômica, devendo ser fortemente reprimida, nos termos do art. 173, § 4º da Constituição Federal, nos termos:

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Deveras, muitas são os fatores de risco de deturpação da finalidade regulatória econômica estatal. Na prática, a captura poderá ocorrer pelo setor privado ou público, conforme será exposto a seguir.

3.4.1. A captura pela iniciativa privada

A captura pela iniciativa privada acontece quando os agentes regulados, em razão de sua força econômica e elevada influência política, interferem na atividade regulatória, ou seja, “quando a agência perde a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse público e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados.”⁷¹

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.567.

⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.p.148.

⁷¹ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.p. 51.

Para ilustrar, convém destacar uma decisão do TRF 5º Região, na apelação cível de nº 342.739/PE, em que se discutia à época acerca da nomeação para o cargo de Conselheiro consultivo da ANATEL de um particular que, no momento da nomeação era presidente da TELEBRASIL, uma associação que reunia grandes empresas do setor regulado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

(...)16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. **In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.** 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura

da agência pelos interesses regulados. 18. **Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados”.** 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. art. 37 do Regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. **É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.** 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (os grifos são nossos).⁷²

Como demonstrado na brilhante decisão acima, houve um conflito de interesses, na medida em que um particular ligado aos agentes econômicos regulados seria nomeado ao cargo de conselheiro do órgão regulador, sendo flagrante a influência externa.

De fato, o ingresso de representantes oriundos de grandes conglomerados econômicos em um conselho que tem por objetivo dar voz à sociedade, não é a melhor forma de garantir a pluralidade de interesses, pois penderá fatalmente apenas para um dos lados da balança, a saber, dos interesses dos agentes econômicos.

⁷² BRASIL, Tribunal Regional Federal 5º Região, AC 342.739/PE. Relator: Francisco Cavalcanti

Não significa isto que os interesses dos agentes econômicos devam ser menosprezados, entretanto, devem ser preponderados com os interesses da Administração e da coletividade como um todo.

Assim, na visão do magistrado, os apelantes não poderiam representar de forma imparcial os usuários e a sociedade no segmento das telecomunicações, sendo flagrante o conflito de interesses.

Ademais, tal designação agravaria o risco constante que as agências reguladoras sofrem de captura econômica, o que foi delineado no voto do Relator.

Entretanto, essa não é a única maneira de contaminação em uma agência reguladora. Existe a possibilidade de que um indivíduo já pertencente a estrutura da autarquia reguladora vir a ser cooptado por um agente econômico, com o intuito de promover interesses privados e não mais os da coletividade.

Assim, a captura da agência pelos agentes econômicos configura afronta aos princípios basilares da administração pública, como da impessoalidade e moralidade.

Frise-se que, embora seja a atividade econômica e/ou serviço público delegado à iniciativa privada, estas continuarão a ser de interesse coletivo da sociedade e como tal, devem ser protegidas pelo Estado.

Porém, existem situações em que o Estado resguarda a atividade regulatória de interesses econômicos externos, mas corrompe politicamente, comprometendo a eficiência técnica das agências reguladoras e assim ocorre a chamada *captura política*.

3.4.2. A captura pelo poder público

Essa modalidade de captura das agências se dá quando é criada uma espécie de vinculação da atividade regulatória com os interesses políticos, principalmente quando se tratar de captura realizada por detentor de mandato no âmbito da Função Executiva.

Segundo Floriano Azevedo Marques Neto, seria “uma captura extremamente perigosa, uma vez que levaria a uma inviabilização da agência em função de um processo de deslegitimação, perante os operadores e os próprios usuários.”⁷³

Para exemplificar, mesmo que a Constituição Federal tenha definido no artigo 52, III, f, que os dirigentes dos órgãos reguladores indicados pelo Chefe do Executivo, sejam aprovados previamente pelo Legislativo, por intermédio de lei ordinária e por voto secreto, o que acontece na prática é que a aprovação dos indivíduos é meramente formal, pois a indicação já é acertada antes.

Lamentavelmente, o mecanismo que serve para a garantia da impessoalidade e da imparcialidade, tão necessária para a atividade técnica regulatória, acaba por ser corrompida para garantir interesses nada coletivos.

Outro exemplo de captura política foi a tentativa ocorrida no ano de 2003, por meio da criação de um Grupo Interministerial de Trabalho, que visava aperfeiçoar a atuação das agências reguladoras.

Naquela ocasião, o Chefe do Executivo era o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, porém, os diretores das recém-criadas agências reguladoras foram indicados na presidência de Fernando Henrique Cardoso.

Então, ao fim do trabalho, foi gerado o Relatório de Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro,⁷⁴ que concluiu, dentre outras considerações, que embora as agências reguladoras fossem indispensáveis para bom funcionamento dos setores regulados, tinham um grande risco de captura e que a sua independência poderia criar dificuldades para o mercado.

Para o referido grupo de trabalho, a independência das agências poderia ocasionar no comprometimento da eficiência da atuação regulatória, por meio da redução da:

⁷³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília: 2003. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 20.11.2016.

[..]confiança na força da entidade e na significância do seu trabalho. A ausência de confiança do mercado na instituição, cujo propósito é sobrepujar as deficiências do mercado. Por sua vez, impede-o de supervisionar e regular o mercado efetivamente. Em segundo lugar, pode ser argumentado que, sendo menor e mais focalizada que um ministério, **a instituição regulatória independente é mais vulnerável à captura**. Isso, mais uma vez, pode ser uma questão de percepção, mais do que realidade [...]

Uma terceira fraqueza de estruturas regulatórias independentes é, paradoxalmente, relacionada a sua força. **Há possibilidade de uma agência independente poder tornar-se tão forte, ou ‘tão independente’ que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado**. Se não contida, uma entidade independente pode ir além do papel visado para ela ao tempo de sua criação, ensejando a necessidade de medidas restritivas e corretivas por parte do legislador.⁷⁵

De fato, é surpreendente considerar que a autonomia reforçada garantida pelo regime especial das agências reguladoras pode ser um motivo para a subordinação total ao Executivo, o que caracterizaria em verdade na captura política realizada pelo próprio Estado, que alegou preocupar-se com o risco de captura econômica.

É verdade que podem ocorrer conflitos entre a agência reguladora e o Poder Executivo Central, no sentido de que as políticas regulatórias delineadas pelos diretores das agências venham a divergir com as políticas públicas dos Ministérios.

Mas tal possibilidade não justifica a supremacia dos governos sobre as políticas públicas, ainda que não coincidam os mandatos eletivos com os mandatos dos diretores, o que poderia contribuir com as diferenças já mencionadas.

Afinal, a própria lei instituidora da agência reguladora garante a autonomia para a execução da atividade regulatória, que possui nuances próprias em razão das características também especiais de cada setor regulado. Remover tais prerrogativas seria o mesmo que desnaturar o próprio conceito de regulação e de intervenção indireta por parte do Estado.

No entanto, essa autonomia não pode ser invocada para que as políticas setoriais não venham a ser adequadas às políticas governamentais para uma determinada área regulada, gerando assim um conflito que minimize os benefícios a serem alcançadas, uma vez que a atividade regulatória visa à eficiência.

⁷⁵ Id. Ibidem. p.11

Portanto, a relação entre as Agências e os Ministérios deve ser pautada pelo respeito mútuo às prerrogativas de cada um desses entes. As agências contribuem com informações técnicas vitais para que o Estado possa articular da melhor forma possível as relações com todos os setores regulados.

Por outro lado, são as agências reguladoras que materializam de forma técnica as políticas instituídas pelo Estado, restando configurada a relação de parceria e colaboração. O conhecimento técnico das agências reguladoras é o grande diferencial que justifica a transferência da sede normativa do Legislativo, desde que respeitados os parâmetros definidos na lei instituidora.⁷⁶

Dessa forma, o papel das agências reguladoras é fundamental na formulação e execução das políticas públicas, pois proporciona o Estado intervir indiretamente na economia por estimular a concorrência e as melhores práticas dos setores regulados.

Atesta Calixto Salomão Filho:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos de desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. **Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.**” (o grifo é nosso).⁷⁷

Assim, o caberá às agências reguladoras uma autonomia limitada, porque uma agência reguladora sem autonomia se tornará nada mais que um órgão autômato, cuja criatividade técnica tão valiosa para a regulação será desperdiçada.

Alexandre Santos de Aragão afirma corretamente que a autonomia das agências é limitada e esses limites integram a natureza da autonomia das agências. Não é possível uma

⁷⁶ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: 08.10.2016.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. In MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. p.

entidade pertencente à Administração Pública agir de forma totalmente independente em afronta à Constituição Federal.⁷⁸

Repise-se, o que se defende é o respeito aos limites constitucionais e legais, de maneira que a captura política não venha a ser um entrave para os fins últimos da atividade regulatória.

Mas, pergunta-se: Existem medidas que possibilitem a proteção das agências reguladoras ante ao risco da captura, seja privada ou política? É o que se tratará a seguir.

3.4.3. Medidas de proteção ante ao risco de captura

Considerando o risco de captura e os malefícios decorrentes dessa conduta imoral e ilegal, são necessárias algumas medidas protetivas a serem tomadas pelas agências reguladoras.

De fato, a participação popular é o mecanismo principal de combate à captura das agências reguladoras. Como já demonstrado, a participação popular é não só um instrumento que legitima democraticamente, mas também proporciona um controle social essencial à atividade regulatória.

Outra forma de diminuir esse risco é no tocante da escolha dos diretores das agências reguladoras. Quando se torna a seleção pública e se diminui a quantidade de cargos comissionados, priorizando os profissionais de carreira (que foram selecionados por regular processo de concurso público), se reduz a possibilidade de captura tanto política como econômica.

É o que trata a matéria da PEC nº 156/2015, do Senador José Serra, que prevê a seguinte alteração:

Art. 37[...]

§ 13. Os diretores de agências reguladoras serão escolhidos dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. 2004.

- I – mais de trinta e cinco anos de idade;
- II – idoneidade moral e reputação ilibada;
- III – notórios conhecimentos técnicos sobre o setor regulado, comprovados mediante títulos acadêmicos ou publicações especializadas;
- IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso III;
- V – aprovação pelo Poder Legislativo, observado, na esfera federal, o disposto na alínea f do inciso III do art. 52.

§ 14. A escolha dos diretores de agências reguladoras **será realizada mediante processo seletivo público**, na forma da lei do respectivo ente federativo, que assegurará:

- I – a transparência do procedimento;
- II – a imparcialidade dos avaliadores;
- III – **a reserva de vagas a serem preenchidas por servidores de carreira da agência.**

§ 15. **Nas agências reguladoras, a quantidade de cargos em comissão não poderá superar um décimo dos cargos efetivos.**⁷⁹ (o grifo é nosso)

É notório o objetivo de preservar os princípios da impessoalidade, eficiência e moralidade, na medida em que: (a) existirá um processo seletivo com requisitos definidos no próprio texto constitucional e com condições semelhantes às existentes na seleção de Ministros do Tribunal de Contas da União, além da (b) valorização dos servidores de carreira, por delimitar uma reserva de vagas e, por último, (c) haverá uma limitação de vagas para cargos em comissão, o que diminui consideravelmente a incidência de indicações duvidosas e que não levam em conta os interesses coletivos.

Enquanto a referida proposta de emenda à Constituição encontra-se ainda em tramitação, não se pode olvidar do controle judicial, calcado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que o Estado-Juiz poderá evitar a captura das agências, desde que não invada a competência da Administração Pública, por respeitar o mérito administrativo, tão caro à atividade regulatória.

Entretanto, cabe destacar que o controle não acontece só na esfera judiciária e social (por meio da participação popular), mas também administrativa e legislativa. Todos estes controles serão esmiuçados no próximo capítulo.

⁷⁹ BRASIL, Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 156/2015.**

CAPÍTULO 4 – LIMITES DO PODER REGULADOR

4.1. Considerações iniciais

Inicialmente, o controle da função regulatória tem fundamento no princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, estabelecendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A harmonia entre os poderes é garantida por meio do sistema de freios e contrapesos – *check and balances*, que evita a sobreposição de uma função em outra, conforme atesta SILVA:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdade a que mutuamente todos tem direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁸⁰

Desta forma, essa divisão tripartite possibilita que as funções possuam características dominantes e outras em menor grau, por exemplo, o Legislativo tem com prerrogativa principal a atividade legislativa, mas também exerce atuação judicante quando instaura as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI – ou quando baixa regulamentos administrativos internos.

Entretanto, tal interpenetração não deve dar azo para o arbítrio, e, portanto, o que se busca evitar a todo custo é a “concentração de funções em um poder ou, consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”⁸¹, prejudicando assim a independência dos poderes e danos à coletividade, conforme leciona Alexandre de Moraes:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110. In: COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011.

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2º. Ed. São Paulo: Saraiva. p.175.

garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.⁸²

No caso das agências reguladoras, o controle é primordial, visto que, embora sejam autarquias vinculadas ao Executivo, são dotadas de prerrogativas típicas das outras Funções de Estado, v.g. a normativa e a judicante conforme já demonstradas anteriormente no presente trabalho e, portanto, passa-se a discorrer pormenorizadamente o controle de cada uma das funções estatais exercido nas agências reguladoras.

4.2. Controle legislativo

4.2.1 Controle típico do Legislativo

A Constituição Federal de 1988 estabelece a base do controle legislativo no artigo 49, X, ao garantir como competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle direto ou indiretamente, “ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

Assim, poderá o Legislativo, além de controlar os atos das agências reguladoras, também exigir justificativas ou esclarecimentos sobre as decisões tomadas, incluindo de caráter técnico pelo controle externo por meio do Tribunal de Contas da União, como será detalhado posteriormente.

Como já tratado anteriormente, as agências reguladoras extraem a sua estrutura, objetivos, ou seja, os *standards* da lei instituidora. Essa delegação de hierarquia normativa possibilita um ampliado poder normativo técnico, o que necessariamente deve ser monitorado pelo Legislativo, porque se sujeita ao comando expresso no artigo 49, XI da Constituição da República que atribui a dever de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes,” uma vez que não há que se falar em delegação legislativa inominada às agências reguladoras.

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

Ademais, deve o Legislativo, além de monitorar e fiscalizar a atividade regulatória, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa,”⁸³ o que sem dúvida inclui os atos normativos de entes da Administração Pública Indireta, tais como as agências reguladoras.

Além disso, o controle legislativo possui um alcance maior, sendo o mais amplo entre todos os tipos de controle, pois também abrange a verificação realizada por intermédio da Comissão Parlamentar de Inquérito, seja permanente ou temporária, criadas pelo Congresso Nacional ou por cada uma de suas Casas independentemente, conforme o disposto no artigo 58 da *Magna Carta*.

No caso das agências reguladoras, as comissões parlamentares podem atingir a atividade regulatória como um todo, inclusive as ações futuras, mas devendo preservar o sigilo das matérias reguladas, conforme registra Marçal Justen Filho:

Essas comissões parlamentares possuem poderes de investigação, o que possibilita a realização de interrogatórios, intimações, acareações, solicitar perícias, determinar quebra de sigilo e até mesmo prisões. “O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.”⁸⁴

Cabe destacar que esse controle não afronta o princípio da separação de poderes e nem sequer a autonomia das agências reguladoras.

4.2.2 Controle externo do TCU

Primeiramente, devem as agências reguladoras em obediência à Constituição Federal, prestar contas aos Tribunais de Contas, no que se refere ao uso dos recursos públicos nos seus

⁸³ Artigo 49, V da CRFB/88.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo, 2002. p. 588.

misteres, uma vez que são autarquias pertencentes à Administração Indireta, conforme é estabelecido no artigo 70 da CRFB/88, nos termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

No entanto, o controle não se resume somente nesse aspecto, mas também com respeito aos atos administrativos regulatórios e, no que diz respeito a possibilidade desse controle, a doutrina diverge.

Parte da doutrina entende que como tais atos regulatórios não resultam em gastos para os cofres públicos, tais atividades não estariam contempladas entre aquelas a serem fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, por falta de clara previsão legal. Também, seria uma violação ao mérito administrativo, o que resultaria numa grave diminuição da autonomia própria das agências reguladoras.

Nesse sentido, Luiz Ricardo Trindade Barcellar, *in verbis*:

Entendemos como correta a segunda corrente, eis que: (1) escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades autárquicas que não impliquem em dispêndio de recursos públicos, como se pretende. Isso porque as investidas do Tribunal de Contas que venham a se imiscuir em atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, desnaturariam a razão da criação da própria agência reguladora, sendo o limite da atribuição do Tribunal de Contas o controle financeiro; (2) não há previsão constitucional ou legal que autorize a investigação do mérito das decisões de uma agência reguladora faltando-lhe, assim, competência para tanto. Logo, o limite de investigação do Tribunal de Contas cinge-se aos encargos administrativos e honorários dos árbitros e/ou mediadores.”⁸⁵

Entretanto, a questão se aprofunda quando a possibilidade de controle externo incide sobre atos referentes às tarifas ou que visem restabelecer o reequilíbrio-financeiro de uma determinada concessão.

Alexandre Santos de Aragão entende de forma diversa ao afirmar que o “Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou

⁸⁵ BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 169-170.

mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário.”⁸⁶

Assim, para o ilustre doutrinador, havendo uma ineficiência na fiscalização ou até mesmo ausência desta por parte da agência, ou ainda, um aumento indevido de tarifa que quebre o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, não só a sociedade seria afetada, mas também os próprios cofres públicos, além da necessidade de verificação constante quanto à modicidade das tarifas dos serviços prestados pelas concessionárias no setor regulado, de acordo com o artigo 6º, §1º da Lei n.º 8.987/95 nos termos:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ademais, não há que se falar em substituição das agências pelo Tribunal de Contas, na verdade, o que se busca é “zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação dos serviços públicos à população. Entretanto, percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade.”⁸⁷

Nessa esteira, importa colacionar algumas questões enfrentadas pelo Tribunal de Contas da União no decorrer do tempo:

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União teve que responder à consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da possibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) como instrumento de financiamento de democratização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Ao responder a consulta no Acórdão nº 1.107/2003 Plenário, o Tribunal decidiu que deveria ser contratada empresa para implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

Outra importante intervenção do TCU foi a Representação formulada por um de seus auditores em que questiona os coeficientes utilizados na planilha de cálculo dos reajustes anuais das tarifas dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Acórdão nº 865/2003 Plenário). Foi determinado à ANTT que realizasse estudo para atualizar os coeficientes tarifários tendo em vista as transformações tecnológicas, administrativas, legais e econômicas verificadas no

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 364.

país desde a última revisão dos cálculos dos coeficientes tarifários efetuada em 1989. Como resultado, em julho de 2003, as tarifas, que segundo a planilha antiga deveriam sofrer um reajuste da ordem de 30%, foram majoradas em 17,48%.⁸⁸

Concluindo, o controle legislativo, seja exercido pelas Casas do Congresso ou no âmbito externo pelo TCU é de fundamental importância para uma atuação regulatória eficiente, sujeita aos ditames legais, que proporcione um ambiente em que os concessionários possam ter segurança jurídica para explorarem as atividades econômicas e que, por fim, os cidadãos possam ter acesso a serviços públicos de qualidade com preços módicos.

A seguir, será tratado o controle exercido pelo Judiciário nas agências reguladoras.

4.3. Controle judicial

No que tange à esfera jurisdicional, importa mencionar que a jurisdição é uma e indivisível, ou seja, essa função é monopólio do Estado, sendo a Função Judiciária a única capacitada a fazer coisa julgada material e, assim, dizer o direito.

Além disso, sua atuação é pautada pela preservação da tripartição dos poderes previstos na Constituição Federal, no artigo 2º, que dispõe:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Judiciário também não pode se afastar de sua prerrogativa jurisdicional, conforme previsão constitucional e, dessa forma, assegura a garantia de acesso dos cidadãos ao judiciário por meio de um devido processo legal, em que será preservado o direito à ampla defesa e do contraditório, conforme previsto também na Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. In: **SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**. 2002. Brasília. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU. 2002 p. 17-36.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização. 2008. p. 64-65. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05.11.2016.

XXXV - a **lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**;[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (o grifo é nosso).

Ademais, cabe ao Judiciário a importante missão de fiscalizar os atos das três funções estatais. Essa verificação deve se concentrar no exame da constitucionalidade e legalidade dos atos emitidos por todas as entidades estatais.

No que se refere às agências reguladoras, objeto desse trabalho, esse controle abrange todos os atos administrativos que causam lesões ou ameaçam direitos de toda a sociedade. Assim, o Judiciário analisa a legalidade e moralidade dos atos, princípios esses esculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal que estabelece:

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

Porém, o controle judicial não se limita apenas ao âmbito interno, mas também no momento em que a sociedade invoca o Judiciário em razão de controvérsias em que qualquer dos envolvidos no setor regulado, sejam os agentes econômicos regulados, os usuários e até a Administração Pública.

O Judiciário pode suspender, por meio de medidas liminares ou anular os atos administrativos eivados de vícios, além de poderem impor obrigações às agências reguladoras. Todas essas prerrogativas citadas têm apenas um objetivo, a defesa dos interesses coletivos e estatais, na medida em que resolve os conflitos e protege o patrimônio público, de forma independente de interesses políticos e econômicos.

Para ilustrar a incidência do controle judicial nas agências reguladoras, é oportuno tratar de um caso envolvendo a ANP e o Município de Imbé na Apelação Cível nº 377050/RJ.

O Município de Imbé ajuizou uma demanda em face à ANP, após ter o repasse de sua parcela dos royalties suspenso, sob a alegação de que as estruturas existentes no município

não estariam enquadradas naquelas dispostas na portaria para fins de recebimento do percentual pretendido, baseado em uma interpretação errônea dos dispositivos legais.

No caso em questão, as estruturas não foram consideradas como instalações de embarque e desembarque de óleo bruto e gás natural, tratando-se de mera infraestrutura de apoio. Tal entendimento foi o mesmo da sentença de 1º grau.

Além disso, foi questionada a parcela dos royalties que vinha sendo paga que, segundo o juiz de primeiro grau, estava em desacordo com os critérios de repartição estabelecido no Decreto nº 1/1991.

Irresignado com a sentença, o Município de Imbé apelou, postulando a reforma integral da sentença para o fim de declarar o ato da ANP que suspendeu o pagamento de royalties ilegal.

Ao analisar a decisão em comento, verificou-se que foi mantido o entendimento jurisprudencial corrente do tribunal, garantindo o repasse da parcela de royalties sobre o valor de produção de óleo bruto e gás natural, além de declarar a ilegalidade do ato administrativo.

Ora, a participação no resultado da exploração petrolífera ou de gás natural é prevista primeiramente na Constituição Federal no art. 20, §1º,⁸⁹ além da Lei nº 7990/89,⁹⁰ que

⁸⁹ Art. 20 §1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

⁹⁰ Art. 7º. O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: [...]

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

determinou os valores de repasse aos entes federados que tenham instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural.

Quanto aos critérios de divisão e distribuição dos royalties, estes são disciplinados na Lei nº 9478/97, cujo pagamento poderá ser de até 5% da produção de petróleo ou gás natural ou do montante entre 5% a 10% da produção.

Desde então, o critério determinado no artigo 27 da Lei nº 7990/89 (produção até 5%) vinha sendo adotado para o Município de Imbé, pois não havia ocorrido nenhuma alteração legislativa.

Ademais, a lei não adentrava na definição de instalação de embarque e desembarque de petróleo e o Decreto nº 1/91, que continha a descrição exemplificativa de instalações de embarque e desembarque, não poderia ser interpretada como rol taxativo, inovando no ordenamento jurídico além da reserva de lei, uma vez que os dispositivos legais de hierarquia superior não sofreram nenhuma alteração nesse sentido.

De fato, a ANP ao mudar a interpretação das referidas leis e normativos, ultrapassou os limites da legalidade, razoabilidade, devido processo legal, entre outros.

A jurisprudência é farta nesse sentido, conforme descrito no próprio acórdão, de que os critérios de distribuição dos royalties não podem ser modificados pela agência reguladora, sendo imprescindível a autorização legal.

Portanto, além de descaracterizar as instalações existentes em Imbé, alegando que não se enquadravam na hipótese legal por meio de interpretação equivocada, a ANP incluiu a condição de que as instalações de embarque e desembarque fossem necessariamente localizadas em áreas de concessão contratadas com a ANP, sendo uma clara situação de exorbitância do poder regulador, uma vez que resta ausente qualquer disposição legal neste sentido.

De fato, o controle judicial foi fundamental no caso apresentado. Não invadiu o mérito administrativo, apenas pautando-se pela legalidade da questão.

Por fim, a última modalidade de controle a ser analisada é o administrativo, que ocorre dentro da própria Função Executiva.

4.4. Controle administrativo

O controle administrativo tem por objetivo ratificar, rever ou alterar os atos internos, sob à luz do princípio da legalidade e do mérito administrativo (conveniência e oportunidade). Ainda que o ato administrativo possua legitimidade *iuris tantum*, pode ser corrigido ou alterado, pois é legítimo até que se prove a sua ilegalidade.⁹¹

Portanto, as agências reguladoras podem, ao considerar certa decisão ou medida ilegal, corrigir por remover do ordenamento jurídico e substituir por uma nova conduta mais adequada aos preceitos legais, ou alterar parte do ato que considerar ilegal ou inconveniente, conforme delineado nas Súmulas 346⁹² e 473⁹³ do STF

Isso ocorre porque as agências, assim como os outros entes administrativos, possuem a capacidade e o dever da autotutela, o que permite as revisões e alterações ser executadas de ofício, visando o cumprimento da lei e a proteção da segurança jurídica em alguns casos, bem como poderá ser também por meio de provocação pelos agentes econômicos regulados e usuários, quando estes não se conformarem com as decisões tomadas pela autarquia reguladora.

Os agentes regulados e usuários dos serviços regulados buscam a reconsideração de um ato administrativo das agências por intermédio de recursos. Os recursos são instrumentos formais que tramitam na via administrativa sem qualquer interferência jurisdicional e materializam o direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, que assim estabelece:

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.35.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Súmula 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.

⁹³ BRASIL. 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.

Art. 5º, XXXIV. São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Considerando que a Administração Pública é fundamentada no conceito de hierarquia e que não há que se falar em ingerência do Judiciário no âmbito do processo administrativo, os recursos tramitam no próprio órgão que executou o ato ou tomou uma determinada decisão, sendo denominado pela doutrina como *recurso hierárquico próprio*.

Por outro lado, existem os recursos que são dirigidos a órgãos ou autoridades distintas daquele em que teve como origem o ato impugnado. Esse tipo de recurso é chamado de recurso hierárquico impróprio e é chamado dessa forma porque, entre a entidade que realizou a medida questionada e o ente recursal, não há nenhum grau de subordinação, mas apenas mera de vinculação.

Há quem diga que, mesmo que esses recursos dependam de previsão legal expressa, também entendem que não haveria nenhum óbice em um reexame do ato “mesmo diante do silêncio da lei, até porque, se não for a postulação reconhecida como recurso, deverá sê-lo como exercício regular do direito de petição, o qual há de merecer a resposta da Administração”, não sendo possível apenas a interposição de recursos a uma Função contra ato de outra, em razão da independência garantida no artigo 2º da Constituição Federal.⁹⁴

Na verdade, não há nenhuma previsão legal expressa, no que tange às agências reguladoras, que possibilite a interposição dessa espécie de recurso. As leis instituidoras das agências, quando não silenciam sobre o assunto, não expressam claramente o destinatário dos recursos hierárquicos.⁹⁵

Além disso, segundo Alexandre Santos de Aragão, a ‘admissão de recurso hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para a agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração ad nutum dos seus dirigentes.’⁹⁶

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 990.

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. pp. 372/3.

⁹⁶ Id. Ibidem p. 374

Portanto, admite-se o reexame da matéria administrativa em apenas duas possibilidades, administrativa por meio dos recursos hierárquicos próprios e na via judicial por meio do controle jurisdicional como já analisado no item anterior do presente trabalho.⁹⁷

Porém, embora a autonomia das agências reguladoras e a falta de determinação legal expressam tornem inviáveis a interferência de entes estranhos ou até mesmo de subordinação política, existe o instituto da supervisão ministerial.

Considerando que as agências são sempre vinculadas a um Ministério específico ligado à área de atuação a ser regulada no mercado, o controle ministerial tem caráter finalístico e financeiro, preservando a autonomia das agências, conforme expresso no artigo 26 do Decreto-Lei 200/67, que é aplicado subsidiariamente às leis instituidoras das agências, nos termos:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;

⁹⁷ Item 4.3.

- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público.

Dessa forma, a supervisão ministerial não viola a autonomia administrativa, desde que não desfigure a natureza das agências, verdadeiros instrumentos de concretização das políticas públicas, com caráter técnico e independente de interesses políticos e econômicos.

CONCLUSÃO

Com base em tudo que foi exposto e discutido nesta monografia, conclui-se que:

1) As agências reguladoras são instrumentos do Estado no exercício da intervenção indireta na economia. O surgimento no Brasil teve como fator preponderante a mudança de paradigma na interação entre o Estado e a ordem econômica na década de 90, após grave crise econômica e gerencial. O modelo foi importado dos Estados Unidos da América e a sua implantação no Brasil foi possível em razão da descentralização da Administração Pública, além da visão neoliberal que promoveu a desestatização de setores da economia.

2) Por serem as agências reguladoras autarquias sob regime especial, possuem uma autonomia reforçada, sendo: normativa, administrativa, econômico-financeira e decisória, fundamental para o exercício da atividade regulatória.

3) A autonomia garantida à agência reguladora não tem caráter absoluto, pois tal ente da Administração Pública Indireta devem sujeitar-se sempre ao arcabouço legal pátrio.

4) Quanto à autonomia normativa, possuem as agências reguladoras a capacidade de editar normas para o seu funcionamento interno, bem como para o setor regulado, atingindo toda a coletividade.

5) O poder normativo, embora atacado quanto à sua constitucionalidade, fundamenta-se não em uma mera delegação inominada, como alega parcela minoritária da doutrina, mas em uma delegação legislativa que rebaixa hierarquicamente a matéria regulada, possibilitando que a agência possa, de forma mais eficiente, regular o seu âmbito de atuação assim definido em lei.

6) Não há que se falar em inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal prevê a figura dos órgãos reguladores e estes são criados por lei específica, que delimita os *standards* da atuação e as características.

7) Também não merece prosperar a tese do déficit democrático das agências, pois o ordenamento jurídico confere às agências formas de participação social. Embora tais medidas

ainda precisem de aprimoramento para que seja conferida mais legitimidade democrática, a participação popular existe mesmo que não seja ainda no grau desejado, o que não fundamenta a ideia de déficit democrático dessas instituições.

8) As agências reguladoras, no cumprimento de seus objetivos, devem ser imunes aos interesses políticos e econômicos, o que caracterizaria o risco de captura.

9) A captura é um ato imoral e afronta princípios administrativos norteadores da Administração Pública. Portanto, a participação popular efetiva, a transparência, a diminuição da quantidade de cargos comissionados e o controle exercido pelas Funções de Estado, são algumas das medidas eficazes para o afastamento do risco de captura.

10) Além do controle do próprio ente administrativo, merece destaque os controle judicial e legislativo. Tais controles não invadem a competência das agências, não substituem as decisões de conveniência e oportunidade da agência, não afrontam princípios da separação de poderes e da legalidade, nem sequer quando ocorre finalisticamente exercido pelo controle externo (TCU).

11) Pelo contrário, os referidos controles protegem e garantem a autonomia das agências, colaborando com o atendimento dos princípios da eficiência e resguarda de possíveis ilegalidades que podem vir a causar danos à segurança jurídica, tão cara para as atividades econômicas, além de interesses dos consumidores.

12) Por conseguinte, as agências reguladoras são entidades vitais no desempenho da intervenção indireta do Estado, sua existência e atuação estão de acordo com os comandos constitucionais e infraconstitucionais. Com a evolução do debate sobre a atividade regulatória e medidas efetivas, acredita-se que a pluralidade de interesses coletivos da sociedade será cada vez mais assegurada e toda a coletividade se beneficiará com uma prestação eficiente e satisfatória dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2.** Brasília: MP. SEGES. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

_____. **As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor.** In: Revista de direito público da economia – RDPE, Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 07, jul/set., 2004. Disponível em: Acesso em:

_____. **A regulação dos monopólios, quando a competição.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 10, maio/junho/julho. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 25.11.2016.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 169-170.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo.** 26º ed. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 363.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2º. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BERGUER, Marshall J.; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: The Responsibilities of Public Lawyers.** Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=scholar> Acesso em 13.11.2016.

_____. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. nº 1. fevereiro. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 15.10.2016.

BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3. agosto/setembro/outubro. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016. Rio de Janeiro: Renovar. 2016.

_____. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº13. março/abril/maio. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 15.11.2016. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar. 2008 p. 107.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2013.

BRASIL, Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 156/2015.**

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União.** Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização. 2008. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05.11.2016.

_____. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro.** Brasília: 2003. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 20.11.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADI 4568** .Voto: Ministro Luiz Fux.

_____. Tribunal Regional Federal 5º Região, **AC 342.739/PE.** Relator Ministro Francisco Cavalcanti.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10.10.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9º ed. São Paulo, Atlas, 2015.

_____. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **500 Anos de Direito Administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Administrativo - RBDA, Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2005.

_____. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº7. setembro/outubro/novembro. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf>>. Acesso em: 02.10.2016

EUA, Library of Congress. **President Franklin Delano Roosevelt and the New Deal, 1933-1945**. Disponível em: < <http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwii/newdeal>>. Acesso em: 13.11.2016.

EUA, **U.S. Securities and Exchange Commission**, Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em: 13.10.2016.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **O poder normativo estatal originário e o fenômeno da deslegalização**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12246&revista_caderno=4> . Acesso em: 01.10.2016.

FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. Rio de Janeiro: 2007. p.48. Disponível em:<<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2007/3-lugar-tema-2-estudantes>>. Acesso em: 02.11.2016.

FORTES, Daniel. **A Teoria da Captura nas Agências Reguladoras e sua aplicação na Lei nº 12.846/2013**. Salvador: 2015. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>. Acesso em: 08.11.2016.

GARCIA, Emerson. **A Autonomia Financeira do Ministério Público**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4282>>. Acesso em: 08.11.2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. nº 6. mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13.11.2016.

GUERRA, Sérgio. **Atualidade Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 21. fevereiro/março/abril. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

JUSTA, Mauro. **O significado de “accountability” em gestão pública**. Disponível em: <<http://oruamconhecimentos.blogspot.com.br/2011/07/o-significado-de-accountability-em.html>> Acesso em: 07.12.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.) **Regulação e desenvolvimento, Malheiros**. Editores. São Paulo: 2002, pag. 182-230.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível

em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: 03.11.2016.

_____. **Controle ministerial sobre as agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8882>. Acesso em: 15.11.2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n° 12. novembro/dezembro/janeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em: 02.11.2016.

_____. **Consideraciones sobre la participación en el Derecho comparado Brasil-España.** In: *Revista de administración pública*. n° 152. 2000. pp 73-92. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17494>>. Acesso em: 01.12.2016.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública.** Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor.** 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.

_____. **Governança regulatória e o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras.** Dúvida

RAMALHO, Renato José Ramalho Alves. **Teoria da captura e independência das agências reguladoras.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4413, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40743>>. Acesso em: 20.11.2016.

ROCH, Joyce Michelle de Melo. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências Reguladoras e o “Aparente Conflito” com a Tripartição dos Poderes.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. N° 27. agosto/setembro/outubro. 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-JOYCE-ROCH-ROCCO-NELSON.pdf>>. Acesso em: 10.11.2016.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad.** Buenos Aires: Manatíal, 2010.

SANTOS, Roberto Mizuki. **Deslegalização e a função reguladora da administração pública.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13506>>. Acesso em: 07.11.2016

SOARES, Deborah Maria de Vasconcelos Gomes. **Teoria do risco da captura.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55156&seo=1>>. Acesso em: 20.11.2016

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

_____. **Função Regulatória.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 13. fevereiro/março/abril. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em:

SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em: 18.10.2016.

TAYLOR JUNIOR, Quintard. **Survey of the History of the United States.** New Deal Agencies. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/qtaylor/Courses/101_USH/new_deal.htm> Acesso em: 13.11.2016

ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras.** In: **SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.** 2002. Brasília. **O controle externo da regulação de serviços públicos.** Brasília: TCU. 2002 p. 17-36. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/file/fileDownload.jsp?fileId=/opt/lumisportal/www/backup/bd/2059166.PDF>>. Acesso em: 01.10.2016.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2016/2

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correia Sousa de Oliveira**.

RIO DE JANEIRO

2016/2

CIP - Catalogação na Publicação

S586p Silva, Hilquias Fernandes da
Poder Regulador: fundamentos e limites /
Hilquias Fernandes da Silva. -- Rio de Janeiro,
2016.

75 f.

Orientador: Fabio Corrêia Sousa de Oliveira.
Coorientador: Farlei Martins Riccio de
Oliveira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder Regulador.
3. Poder Normativo. 4. Teoria da Captura. 5.
Regulação. I. Oliveira, Fabio Corrêia Sousa de,
orient. II. Oliveira, Farlei Martins Riccio de,
coorient. III. Título.

CDD 341.3221

HILQUIAS FERNANDES DA SILVA

O PODER REGULADOR: FUNDAMENTOS E LIMITES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correa Sousa de Oliveira.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016/2

DEDICATÓRIA

Dedico à minha esposa Anne Trentin, que acreditou em mim desde o início dessa trajetória. Sem seu incentivo e apoio nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos à minha querida esposa Anne, pela compreensão e apoio durante essa importante etapa acadêmica.

Agradeço ao professor Fábio Oliveira pela orientação durante o trabalho.

Também agradeço aos grandes amigos William Novaes, Osvaldo Mateos, Carolina Schabbach, Viviane Souza, Maria Felipe, pela ajuda indispensável ao longo da confecção da monografia.

E por fim, expresso a minha gratidão ao professor Farlei Oliveira pelos ensinamentos e contribuições para o desenvolvimento do conhecimento necessário ao presente trabalho.

EPÍGRAFE

“A adversidade desperta em nós capacidades que, em circunstâncias favoráveis, teriam ficado adormecidas.”

Horácio

RESUMO

Esta pesquisa pretende analisar os fundamentos e limites das agências reguladoras, tomando como ponto de partida o contexto histórico de sua criação, e em seguida verificando a sua natureza jurídica, prerrogativas e limitações. Serão também analisadas as divergências doutrinárias sobre o poder normativo e da sua subespécie o poder regulador, especificamente quanto a possível afronta à Constituição Federal, em razão de um suposto déficit democrático na atuação regulatória. Outro ponto que será analisado é a possibilidade de captura política e econômica das agências reguladoras, fenômeno que causa graves prejuízos ao setor regulado e que requer medidas para a prevenção por meio do controle constante, cujas formas serão demonstradas com a apresentação de casos concretos. Considerando que a intervenção indireta exercida pelo Estado é um caminho sem retorno, na medida em que o Estado não pode, por questões econômicas, arcar com todo o custo dos serviços públicos oferecidos à população, a atividade regulatória é instrumento primordial na busca pela eficiência.

Palavras-Chave: Agências reguladoras; poder regulador; controle; Teoria da Captura; poder normativo; regulação.

ABSTRACT

This research intends to analyze the foundations and limits of regulatory agencies, taking as a starting point the historical context of their creation, and then verifying their legal nature, prerogatives and limitations. It will also analyze the doctrinal divergences on the normative power and its subspecies the regulatory power, specifically regarding the possible affront to the Federal Constitution, due to a supposed democratic deficit in the regulatory action. Another point that will be analyzed is the possibility of political and economic capture by regulatory agencies, a phenomenon that causes serious damage to the regulated sector and requires measures for prevention through constant control, whose forms will be demonstrated with the presentation of concrete cases. Considering that indirect intervention by the State is a path of no return, insofar as the State can not, for economic reasons, bear the full cost of public services offered to the population, regulatory activity is a primordial instrument in the quest for efficiency.

Keywords: Regulatory agencies; Regulatory power; Control; Capture Theory; Normative power; Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS | 16 |
| 1.1. Considerações gerais | 16 |
| 1.2. Breve histórico do surgimento das Agências Reguladoras | 17 |
| 1.3. Do conceito e da natureza jurídica das agências reguladoras | 22 |
| 1.3.1. Da descentralização..... | 23 |
| 1.3.2. Das autarquias..... | 23 |
| 1.4. A autonomia das Agências Reguladoras | 25 |
| 1.4.1. Autonomia normativa | 25 |
| 1.4.2. Autonomia administrativa..... | 26 |
| 1.4.3. Autonomia econômico-financeira..... | 27 |
| 1.4.4. Autonomia decisória | 28 |
| CAPÍTULO 2 – O PODER NORMATIVO | 29 |
| 2.1. Considerações gerais..... | 29 |
| 2.1. Conceito e natureza jurídica..... | 29 |
| 2.3. Das controvérsias doutrinárias..... | 30 |
| CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR..... | 34 |
| 3.1. Considerações iniciais..... | 34 |
| 3.3. A função reguladora..... | 36 |
| 3.3.1 Do suposto déficit democrático | 38 |
| 3.3.1.1 Consultas públicas..... | 42 |
| 3.3.1.2 Audiências públicas | 43 |
| 3.3.1.3 Conselhos consultivos | 44 |
| 3.4. Teoria da Captura | 45 |
| 3.4.1. A captura pela iniciativa privada..... | 46 |
| 3.4.2. A captura pelo poder público..... | 49 |
| 3.4.3. Medidas de proteção ante ao risco de captura | 53 |
| CAPÍTULO 4 – LIMITES DO PODER REGULADOR..... | 55 |
| 4.1. Considerações iniciais..... | 55 |
| 4.2. Controle legislativo | 56 |
| 4.2.1 Controle típico do Legislativo | 56 |
| 4.2.2 Controle externo do TCU..... | 57 |
| 4.3. Controle judicial | 60 |
| 4.4. Controle administrativo | 64 |

| | |
|-------------------|----|
| CONCLUSÃO | 68 |
| REFERÊNCIAS | 70 |

INTRODUÇÃO

O Estado, no decorrer de sua história, adotou diversos modelos de intervenção econômica. Por vezes foi ausente, permitindo que o mercado se autorregulasse, o que com o passar do tempo provou-se ser uma forma ineficiente de gestão, pois aumentava as desigualdades e permitia abusos de grandes grupos econômicos.

Por outro lado, em alguns momentos foi grande interventor da economia, passando a atuar diretamente no mercado, seja por explorar os serviços públicos ou por monopolizar os bens de produção, fortalecendo assim o aspecto burocrático na gestão da coisa pública. No Brasil, tal efeito foi desastroso e como consequência acarretou um engessamento prejudicial da atuação estatal.

No Brasil, com o advento da crise fiscal e da própria forma de intervenção econômica que vinha desempenhando, a economia sofreu fortes revezes, especialmente no fim da década de 80. Logo, percebeu-se a necessidade de mudar os rumos da intervenção estatal na economia, no sentido de que era necessário um aprimoramento da formulação e execução das políticas públicas, ampliando a participação de entes privados.

Assim, sob a ótica neoliberal, várias medidas de desestatização foram tomadas pelo Governo. O Estado se retirou de atividades econômicas, que passaram ao protagonismo da iniciativa privada, trazendo economicidade e eficiência aos serviços públicos. Começa a era da regulação, criando-se entidades autárquicas para delimitar orientações, fiscalizar e impor obrigações aos novos agentes econômicos.

Com isso, alguns problemas começam a ocorrer, como o desvio da busca do interesse coletivo para interesses privados, na medida em que os agentes econômicos subjugam as novas agências. Ao mesmo tempo crescem interesses políticos no seio dessas autarquias, afrontando a autonomia, característica central desses entes.

Aumentam as críticas quanto à constitucionalidade desse instituto, além da ocorrência de casos de extrapolação das normas e atos promovidos pelas agências, só para mencionar alguns dos desafios enfrentados por esse novo modelo de intervenção indireta.

Tendo esse cenário em mente, esta pesquisa almeja analisar o poder das Agências Reguladoras, seus fundamentos e limites.

Ao longo do presente trabalho, esses objetos serão analisados à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, tendo como alvo o debate e uma melhor compreensão deste importante tema.

A escolha do tema justifica-se pela relevância social do exercício do poder regulador, uma vez que as normas técnicas por ele emanadas disciplinam o funcionamento de setores econômicos essenciais.

Além de produzir forte impacto no ordenamento jurídico, essa prerrogativa das agências reguladoras afeta diretamente toda a sociedade, controlando dois setores sensíveis executados pela iniciativa privada: os serviços públicos (geralmente delegados por meio das concessões) e atividades econômicas de grande importância social.

Registre-se que tal atuação possui limites, submetendo-se aos controles legislativo, administrativo e jurisdicional como qualquer outro poder da Administração Pública.

Especificamente quanto ao âmbito jurisdicional, verifica-se a grande quantidade de demandas que chegam às portas do Judiciário, não só por parte dos usuários dos serviços públicos e demais atividades econômicas, como também das pessoas jurídicas que exercem tais atividades por meio de delegação e Entes da Federação.

Entretanto, mesmo com a existência desses controles nas agências, o exercício do poder regulador é polêmico, pois severas críticas são levantadas com base na suposta afronta aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da indelegabilidade da função legislativa.

Reconhecendo o papel destas entidades para o desenvolvimento e otimização do exercício da atividade administrativa pelo Estado brasileiro, este trabalho tem por objetivo discorrer sobre as agências reguladoras, especialmente no que se refere ao exercício do poder regulador por tais entes, para verificar se existe ou não necessidade de seu controle, bem como a forma em que ele pode ser concretizado.

O primeiro capítulo detalha aspectos estruturais e gerais da evolução das agências reguladoras, desde o seu surgimento até sua implantação no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, será estudada a sua natureza jurídica, bem como um dos seus atributos fundamentais, a autonomia indispensável para o exercício da atividade regulatória e a contextualização quanto aos conceitos de descentralização da estrutura administrativa do Estado e da autarquia, forma escolhida pelo legislador para a criação das agências reguladoras.

No segundo capítulo será avaliado o poder normativo das agências reguladoras, instituto que origina o poder regulador. Serão apresentadas as correntes doutrinárias que abordam a legalidade dessa prerrogativa, ou seja, se seria inconstitucional por falta de previsão expressa (sendo assim uma delegação inominada), ou um caso de deslegalização em que apenas se rebaixa a hierarquia normativa da matéria técnica a ser regulada pelas agências.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda os diversos aspectos do poder regulador propriamente dito, seu conceito, natureza jurídica, fundamentos e distinções entre regulação e regulamentação. Serão também analisados o suposto déficit democrático e as medidas possíveis para suprir a legitimidade democrática, bem como os desafios na efetivação dessas medidas. Outro tema importante a ser avaliado no terceiro capítulo é a Teoria da Captura, abordando-se a sua definição e as formas pelas quais as agências podem ser capturadas, política ou economicamente.

O quarto e último capítulo abordará os limites do poder regulador e como as poderes legislativo, judiciário e executivo exercem o controle sobre os atos das agências reguladoras. Também será demonstrado, por meio do precedente Município de Imbé x Agência Nacional de Petróleo¹, como um caso de extrapolação de ato de uma agência reguladora pode causar prejuízos, devendo ser controlado pelo Estado na busca de proteção do setor regulado contra possíveis abusos.

Assim, o presente trabalho contribui com o debate sobre o poder regulador das agências, posicionando-se pela proteção de sua autonomia em face de interesses econômicos e políticos, pois é por meio destes entes que o Estado intervém indiretamente na ordem econômica de

¹ Apelação Cível nº 377050/RJ.

forma eficiente e proporcional, garantindo o bem-estar da coletividade e o estímulo à concorrência e um mercado saudável.

CAPÍTULO 1 – AS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1. Considerações gerais

A partir da década de 90, especialmente durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, foi importando para o Brasil o *New Public Management* (novo gerencialismo), que promoveu uma série de transformações no âmbito público. Dentre as suas características mais marcantes pode-se destacar a redução da intervenção do Estado, a primazia pelos valores da livre iniciativa e do mercado na produção, circulação e distribuição de riqueza, bem como a execução pelo Estado da chamada função regulatória como principal agente de intervenção indireta.

No Brasil, esta nova maneira de gerenciar a atividade pública contemplou diversas ações baseadas na perspectiva teórica de que era preciso uma revisão da forma como o Estado interagia com o mercado.

Medidas como a privatização de sociedades empresárias e do exercício de atividades públicas, a desestatização (ato de remover a titularidade do Estado de certas atividades constitucionalmente consagradas e transferi-las para a iniciativa privada) e a terceirização (contratação de pessoas jurídicas privadas para a execução de atividades-meio) foram implantadas visando maior economicidade e eficiência.

A partir de 1991, vários setores sofreram privatizações parciais (como, por exemplo, o energético) ou até mesmo totais (como os de telefonia e ferroviário). Embora o setor petrolífero não tenha sido privatizado, ocorreu a autorização, por intermédio de permissão específica que possibilitou o ingresso de empresas privadas no setor ou a quebra do monopólio.

Além disso, a economia foi aquecida e fortalecida no setor de transporte (aéreo e rodoviário), na medida em que foi permitido o ingresso de novos atores no mercado. Portanto, no período compreendido entre 1991-2000 presenciou-se um dos maiores processos de privatização no país, sendo comercializados ativos que totalizaram mais de R\$ 90 bilhões².

² MELO, M. A. **As Agências Reguladoras: gênese, desenho institucional e governança** In: ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2**. Brasília: MP. SEGES. 2002. p.5.

Nesse cenário de grandes mudanças na função do Estado no que tange à sua atuação no mercado, as agências reguladoras se tornam protagonistas e, desde então, assumiram papel fundamental na regulação da atividade pública prestada por entes privados, conforme atesta o festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, (...) sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle.

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.³

Desta forma, cabe a análise desse instituto, sua história, natureza jurídica e características, como será exposto a seguir.

1.2. Breve histórico do surgimento das Agências Reguladoras

Antes de abordar o surgimento das agências reguladoras no Brasil, cabe mencionar os marcos históricos que envolvem as agências reguladoras, desde o seu início até a implantação no ordenamento jurídico pátrio.

A agência reguladora é um instituto antigo que surgiu nos Estados Unidos no início do século XIX, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, cuja missão era regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário⁴. Essa regulação envolvia a criação de regras para as práticas tarifárias das companhias ferroviárias, além da execução das sanções, evitando abusos e discriminações na atuação daquelas companhias⁵.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 510/511.

⁴ Embora seja amplamente compreendida como a primeira agência reguladora da história, não se pode olvidar da grande influência inglesa, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. p. 94, nota 9.

⁵ ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Buenos Aires: Manatíal, 2010. pp: 119-122.

Entendeu-se à época que era preciso uma instituição forte o suficiente para regular o setor ferroviário, sendo indispensável a autonomia em face à função executiva, bem como o conhecimento técnico específico, do qual carecia o Estado naquele momento.

Ademais, observou-se que a atividade regulamentar deveria ser célere, para acompanhar os avanços do setor regulado, diferentemente da anterior atuação estatal caracterizada pela morosidade da burocracia, que dificultava a fruição de serviços de melhor qualidade para a sociedade.

Porém, para alcançar tais objetivos, era de suma importância que a agência não sofresse pressões políticas e, dessa forma, pudesse instituir e executar as políticas públicas necessárias e suficientes para a prestação exemplar dos serviços públicos. A alternância do poder democrático não poderia obstar ou comprometer as medidas em curso e, para tanto, fazia-se mister uma atuação menos política e mais técnica.

Em um segundo momento, no período compreendido entre 1930 e 1945, ocorreu uma nova atuação regulatória nos EUA em decorrência do advento da Grande Depressão, iniciada em 1929 e se estendendo até o fim da Segunda Guerra Mundial.

Nesse período foram criadas quinze agências federais com finalidades que variavam desde a recuperação, reforma e fomento aos diversos setores econômicos abalados com a crise administrativas foram criadas com o fim de intervir numa economia desgastada em profunda crise⁶.

A insatisfação com a incapacidade do mercado se reestruturar era grande, e o grau de liberdade de atuação econômica foi reduzido pela intervenção realizada pelo Estado por meio da política do *New Deal*⁷, implantada pelo presidente Roosevelt em 1933⁸.

⁶ TAYLOR JUNIOR, Quintard. **Survey of the History of the United States**. New Deal Agencies. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/qtaylor/Courses/101_USH/new_deal.htm> Acesso em: 13.11.2016.

⁷ Foi o conjunto de medidas econômicas, administrativas e sociais exercidas pela administração Roosevelt, no período de 1933 a 1937, com o objetivo de recuperar a economia dos Estados Unidos da Grande Depressão (1929).

⁸ EUA, Library of Congress. **President Franklin Delano Roosevelt and the New Deal, 1933-1945**. Disponível em: <<http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwi/newdeal>>. Acesso em: 13.11.2016.

Com efeito, foi conferida às agências ampla autonomia durante esse período, v.g. a *Securities and Exchange Commission* – SEC, criada em 1934 com o intuito de proteger os investimentos privados e públicos de fraudes cometidas no mercado de ações, além de regular o setor de valores imobiliários e outros mercados de valores eletrônicos.⁹

Nesse período também foi instituído o *President's Committee on Administrative Management* (1936), que após análise concluiu que as agências não eram responsabilizadas adequadamente, pois tinham recebido “poderes descoordenados”, chegando até a chamar as agências de uma espécie de “quarto ramo sem cabeça do governo”¹⁰.

Dentro deste contexto, iniciou-se um extenso debate acerca da distinção entre as funções legislativas e executivas e o referido comitê recomendava que as agências fossem subordinadas ao Executivo e que sua prerrogativa judicante fosse reduzida.

Assim, no ano de 1941 uma comissão encarregada pelo presidente Roosevelt da revisão das críticas aos processos administrativos e da criação de processos para a melhoria da atuação das agências, recomendou um detalhado relatório que fundamentou a edição do *Administrative Procedure Act* (APA) em 1946, com o objetivo de regulamentar as agências federais criadas a partir do *New Deal*.

O APA conferiu flexibilidade às agências quanto ao desempenho de suas funções, além de fornecer normas processuais mínimas. Estabeleceu e regulamentou também as formas de função administrativa das agências federais, a saber: agência de regulamentação e agência adjudicação. A primeira forma se vinculava ao conceito de atos normativos, e a segunda se assemelhava com o poder judicante.¹¹ O APA uniformizou, assim, o “processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade”¹².

⁹ EUA, **U.S. Securities and Exchange Commission**, Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em: 13.10.2016.

¹⁰ BERGUER, Marshall J.; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: The Responsibilities of Public Lawyers**. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=scholar> Acesso em 13.11.2016.

¹¹ *Ibidem*

¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. nº 6. mai/jun/jul de 2006. p.2.

Porém, um novo fenômeno surgiu no cenário da atividade regulatória a partir de 1965, estendendo-se até o ano de 1985, qual seja captura das agências reguladoras pela iniciativa privada.

Destacando o mecanismo desta perigosa captura trazemos a colação trecho elucidativo da obra de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.¹³

Assim, desde 1985 a atividade regulatória vem sendo aprimorada em face dos desafios, buscando uma maior efetividade e independência das agências reguladoras.

Com o passar do tempo, o modelo norte-americano das agências reguladoras se fortaleceu e foi exportado para outros países da Europa e também para o Brasil.

No Brasil as agências reguladoras tiveram um surgimento tardio. Somente no final do século XX formou-se o cenário político e social favorável para que o Estado deixasse de intervir diretamente na economia e assumisse a função regulatória por meio de suas entidades.

Diferentemente do que ocorreu nos EUA no período do *New Deal*, em que o anseio era por mais intervenção estatal na economia, em razão da Grande Depressão que assolou o mercado e o tornou incapaz de reestruturar-se através de uma política puramente liberal, no Brasil a insatisfação recaía sobre o modelo de administração burocrática enrijecida e ineficiente, que ao intervir na atividade econômica acabava por aprofundar a crise que se arrastava desde a década de 80, fortalecendo o ideal liberalizante da economia.

Verificou-se que enquanto na economia norte-americana a regulação baseava-se na intervenção direta estatal no mercado, ou seja, no fortalecimento da atuação, no Brasil a forma de intervenção foi indireta por meio do exercício da função regulatória, utilizando as agências

¹³ Id. Ibidem

reguladoras. Buscava-se a diminuição do Estado por meio da transferência de diversas atividades à iniciativa privada.¹⁴

Em consequência disso, foi preciso remodelar o ordenamento jurídico para acomodar este novo ideal. A Magna Carta de 88 lançou as bases para a mudança de paradigma na administração pública, permitindo a descentralização e a busca por eficiência e celeridade da máquina estatal.

Com efeito, a exploração direta da atividade econômica foi vedada, com vistas à redução do papel do Estado-Empresário, e a intervenção econômica passou a ser realizada de forma indireta, com o Estado limitando-se a disciplinar, exercer a fiscalização e reprimir abusos na atividade econômica.

O art. 174 da Constituição Federal limitou ao Estado a exploração direta apenas de setores estratégicos para a segurança nacional ou aquelas atividades de interesse coletivo, exigindo, em ambos os casos, a existência de lei específica, nos moldes do art. 173 da CF, que dispõe:

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

Destaca-se também a criação do Plano Nacional de Desestatização – PND, pela Lei nº 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97 que, ao alterar o PND, manteve algumas das normas anteriores e promoveu um maior entendimento quanto à nova visão sobre a prestação do serviço público e exercício da atividade econômica.

Dentre as alterações no texto constitucional realizadas para implantar o novo projeto de descentralização administrativa, que visava uma administração pública menos burocrática e eficiente, pode ser destacada a Emenda Constitucional nº 8, de 04 de junho de 1995.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. pp.102/103.

Essa emenda pode ser considerada como o marco regulatório brasileiro, pois extinguiu o monopólio estatal da área das telecomunicações e possibilitou a criação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, com forte influência do modelo norte-americano.¹⁵

Desde então, diversas agências reguladoras foram criadas nesse mesmo modelo. Tal importação é alvo de críticas, pois foi feita de forma incompleta e sem uma plena acomodação desse instituto com o direito nacional.

1.3. Do conceito e da natureza jurídica das agências reguladoras

Conforme assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto, as agências reguladoras são criadas por lei na forma de autarquias, ou seja, órgãos administrativamente autônomos destinados a administrar certos setores econômicos e sociais em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público.¹⁶

Assim, o legislador optou pela escolha das autarquias, conforme se verifica nos termos do art. 8º da Lei nº 9.472/1997, que trata da criação e do funcionamento de uma entidade reguladora própria para a organização dos serviços de telecomunicações¹⁷:

Art. 8º. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Contudo, as agências reguladoras são submetidas ao um regime especial, que as torna diferenciadas das demais autarquias, na medida em que possuem uma autonomia reforçada, qualificada por ter autonomia normativa, administrativa, decisória e econômico-financeira.

¹⁵ Embora seja a EC nº 8/95 considerada como o marco regulatório no Brasil, não foi a ANATEL a primeira agência reguladora a ser criada. Antes, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica foi instituída pela Lei nº 9.427/96.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 367.

¹⁷ Não existe uma previsão constitucional que obrigue a constituição das agências reguladoras sob a forma de autarquias especiais, cabendo a lei infraconstitucional estabelecer a natureza jurídica destes entes. Portanto, além de ANATEL e da ANP (Lei 9478/97), as demais agências reguladoras foram criadas sob o mesmo regime.

Ademais, importa mencionar que tais entidades são pertencentes à Administração Pública Indireta, sendo a elas delegadas a atividade de regulação.

1.3.1. Da Descentralização

A Administração Pública é entendida como um conjunto de órgãos e pessoas (sentido subjetivo) que exercem a função administrativa, caracteriza-se como responsável pela gestão do interesse público e coletivo (sentido objetivo) e se organiza administrativamente por intermédio de um ordenamento jurídico denominado organização administrativa, exercida predominantemente pelo Executivo.¹⁸

De acordo com a organização vigente, o Estado exerce a atividade administrativa de três formas: a centralização, a descentralização e a desconcentração¹⁹.

A descentralização é a delegação do exercício da atividade administrativa na busca do interesse público da Administração Pública Direta para uma entidade da Administração Indireta, que por fim se torna a responsável pela prestação do serviço público ou atividade.

No que tange às Agências Reguladoras, podemos afirmar que a descentralização deve ser compreendida “no sentido material, estando nela embutida uma administração independente, dispendo de poderes decisórios regulamentares e individuais”.²⁰

Portanto, verifica-se que estes entes são entidades da Administração Indireta que recebem a delegação para exercer a regulação de alguns setores econômicos, promovendo a intervenção indireta do Estado no mercado.

1.3.2. Das Autarquias

O vocábulo autarquia vem do grego e etimologicamente significa “comando próprio, direção própria, auto-governo”.²¹ As autarquias são entidades pertencentes à Administração

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 473.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. pp. 211-218.

²¹ CRETELA JÚNIOR *appud* DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 498.

Indireta que possuem personalidade jurídica e são criadas por lei específica para desempenhar as atividades administrativas do Estado sem interesse econômico, porque visam o atendimento do interesse público, conforme dispõe o art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200/1967²²:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - 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 descentralizada.

Entretanto, com a evolução do direito administrativo, esse conceito não abrange somente as autarquias *strictu sensu* porque novas modalidades de entidades surgiram e, por desempenharem a gestão da coisa pública, também possuem natureza assemelhada com a autarquia, como é o caso das agências reguladoras²³.

Desta forma, as autarquias se subdividem em comuns (ou ordinárias) e especiais²⁴. As autarquias comuns são aquelas que exercem a atividade estatal nos moldes do art. 5º, I do Decreto-Lei 200/1967.

Por outro lado, as autarquias sob regime especial possuem, além das características e prerrogativas das autarquias ordinárias, maior autonomia em relação à Administração Pública, sendo isto evidenciado pelo poder normativo mais amplo (podem editar normas específicas para o setor regulado) garantido na forma da lei instituidora, bem como a prerrogativa da resolução de conflitos no âmbito administrativo.²⁵

Como demonstrado, as agências reguladoras possuem prerrogativas ampliadas em razão de sua atividade regulatória, garantida pelo regime especial definido em lei.

²² Art. 37, XIX, c/c art. 61, § 1.º, II, “b” e “e”, da Constituição Federal.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.488.

²⁴ REZENDE, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p.124.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.181.

1.4. A autonomia das Agências Reguladoras

Como já foi mencionado anteriormente, as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, sendo assim “regidas por disciplina específica, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias”²⁶.

Tais prerrogativas especiais e diferenciadas devem-se ao fato de que tais autarquias regulam de forma técnica a atividade econômica ou do serviço público prestado, garantindo a eficiência por meio de um controle, que em princípio, deveria ser relativamente imune às constantes alterações no cenário político.

Ademais, é sabido que as funções legislativa e judiciária não são capazes de acompanhar o ritmo dinâmico desses setores, o que justifica a necessidade de que as agências reguladoras possuam um poder normativo, além dos poderes decisórios, executórios e sancionatórios²⁷.

Cabe também ressaltar que, além da autonomia normativa supracitada, têm as agências reguladoras, dentre as suas prerrogativas, a autonomia administrativa e a financeira-orçamentária, primordiais para a fiel execução dos comandos constitucionais na ordem econômica.

1.4.1. Autonomia normativa

A autonomia normativa é, em apertada síntese, a capacidade de edição de normas técnicas no âmbito de sua competência, desde que previamente autorizada em lei e com base, segundo parcela da doutrina, na deslegalização promovida pela função legislativa.²⁸

O fenômeno da deslegalização é a transferência de matérias que eram originariamente atribuídas ao Legislativo para as entidades regulatórias da Administração Indireta, em razão do caráter técnico. A análise desse instituto será aprofundada na sequência deste trabalho.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.498.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p.105.

²⁸ Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José dos Santos Carvalho Filho e Marcus Juruena Vilela Souto.

1.4.2. Autonomia administrativa

A autonomia administrativa, por sua vez, pode ser caracterizada pela vedação à incidência do recurso hierárquico impróprio, ou seja, à interposição a órgão ou autoridade estranha à qual se acha vinculado o ente que editou o ato objeto de impugnação. Portanto, será impróprio o recurso remetido ao órgão, autoridade ou ente da Administração Indireta em relação ao qual não tenha relação de hierarquia.

Outro traço da autonomia administrativa é a investidura de dirigentes no cargo a termo, mediante indicação do Presidente da República e posterior aprovação do Senado Federal²⁹. Assim, o dirigente contará com uma estabilidade mais robusta, uma vez que não poderá ser exonerado *ad nutum*, pois o tempo do exercício no cargo é previsto em lei, garantindo maior independência na atuação, e evitando interferências externas na formulação e execução das políticas da agência reguladora, uma vez que o mandato é não coincidente com o do agente político³⁰.

Percebe-se também que o legislador não procurou apenas impedir a intromissão do Poder Público nas agências reguladoras, mas também por parte da iniciativa privada, especialmente das pessoas jurídicas do setor regulado. Isso porque o ex-dirigente se torna impedido de exercer atividades afins com o setor regulado pela agência que dirigiu, no período de seis meses (período de quarentena)³¹.

Além disso, os dirigentes das agências reguladoras podem ser destituídos de seus cargos ao final do curso do mandato, pela renúncia, por intermédio de um processo administrativo ou devido a sentença transitada em julgado.³²

²⁹ Vide art. 5º. da Lei nº. 9986/2000: Art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CDI) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

³⁰ Art. 6º. da Lei nº 9.986/2000: O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

³¹ Art. 8º. da Lei nº 9986/200: O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

³² Art. 9º. da Lei nº 9.986/2000: Os conselheiros e os diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

É importante salientar que nos casos de processo administrativo ou no judiciário, devem ser respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, ambos expressos na Constituição Federal.³³

Desta forma, embora as agências possuam autonomia administrativa reforçada, elas também têm limites estabelecidos pelo legislador, visando não só a eficiência, mas também a probidade dessas instituições e o respeito aos princípios constitucionais concretizados na Magna Carta.

1.4.3. Autonomia econômico-financeira

A autonomia financeira-orçamentária pode ser compreendida como a capacidade das agências para “arrecadar, dispor e remanejar as dotações orçamentárias de forma eficiente e livre no mister da atividade regulatória.”³⁴

A autonomia financeira das agências reguladoras, é atribuída pelo legislador, na possibilidade de instituição de taxas regulatórias próprias, cujos contribuintes são as pessoas jurídicas reguladas, além de receberem dotações orçamentárias.³⁵

A taxa de fiscalização é um exemplo de receita própria atribuída às agências reguladoras. Conforme atesta Marçal Justen Filho, a taxa de fiscalização constitui um “mecanismo para assegurar a captação pela agência de recursos para sua manutenção. Mais do que isso, assegura-se a autonomia financeiro-orçamentária que impede a redução da autonomia da agência em face de outras instituições estatais ou de empresas privadas”.³⁶

Além da autonomia financeira, detém as agências reguladoras a autonomia de enviar propostas orçamentárias ao ministério ao qual estejam relacionadas³⁷.

³³ Art. 5º da CRFB/88.

³⁴ GARCIA Emerson. A Autonomia Financeira do Ministério Público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003.p.1.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo: 2002. p. 480.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cf. art. 49 da Lei n.º 9.472/1997.

1.4.4. Autonomia decisória

As agências reguladoras também possuem a autonomia decisória, ou seja, a função judicante para resolver conflitos do setor regulado, seja entre os executores da atividade econômica delegada ou com os usuários dos serviços e atividades.

Contudo, tal prerrogativa não é absoluta, pois não afasta a apreciação da função judiciária, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição nos termos do art. 5º, XXXV, da Magna Carta: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ademais, em razão de a jurisdição ser una, o monopólio da atividade jurisdicional é da função judiciária do Estado. Em nenhum momento o Estado-Administração por meio de suas agências reguladoras exerce a jurisdição nos conflitos da seara administrativa.

Frise-se que é possível a discussão da lide em sede do Judiciário, momento que tanto a Administração Pública, concessionários e os usuários estarão em pé de igualdade, se submeterão à decisão prolatada em sentença.

Portanto, analisada a natureza jurídica da agência reguladora e suas peculiaridades em razão de seu regime especial chega o momento de verificar o poder normativo, prerrogativa essa tão importante em que a doutrina diverge quanto a sua constitucionalidade, sendo de vital importância para a compreensão do poder regulador e seus desdobramentos.

CAPÍTULO 2 – O PODER NORMATIVO

2.1. Considerações gerais

Como já demonstrado no capítulo anterior, as agências reguladoras possuem prerrogativas especiais necessárias para a execução plena e eficiente da atividade regulatória. De todas as características, o poder normativo destaca-se por sua natureza controversa.

Este poder normativo atribuído às agências reguladoras foi bastante criticado quanto à sua constitucionalidade, pois carece de fundamentação expressa na Constituição Federal. As críticas giravam em torno da possível violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Portanto, vale a consideração do referido instituto, quanto ao seu conceito, natureza jurídica e uma breve exposição do conflito doutrinário que, atualmente, vem sendo entendido majoritariamente pela constitucionalidade com base nos precedentes mais recentes.

2.1. Conceito e natureza jurídica

Inicialmente cabe destacar que o poder normativo é gênero, cujas espécies são o poder regulador e o regulamentar.

Ademais, o poder normativo é uma função atribuída aos entes da Administração Pública com o desígnio de editar atos normativos que visam a explicitar determinados preceitos legais e reger situações gerais³⁸.

A Constituição Federal estabelece a forma em que tais normas se materializam no art. 84, IV, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Administrativo - RBDA, Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2005. pp. 91/92.

Com o advento da EC nº 32/01, foi incluído o inciso VI no art. 84 da Constituição Federal, que por sua vez atribuiu ao Presidente da República a competência para editar normas, por meio de decretos, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.”

Portanto, no âmbito da atividade regulatória, tais normas são de cunho técnico e respeitam os parâmetros legais, evitando a influência do caráter político presente nas leis. Tal despolitização se faz necessária em virtude da própria natureza da atuação regulatória das agências, pois é sabido que o Legislativo não possui o conhecimento técnico para regular certas situações que ocorrem no setor econômico regulado.

2.3. Das controvérsias doutrinárias

O estudo da função normativa à luz da Constituição Federal, inicialmente, levanta sérios questionamentos em torno dos princípios da separação de poderes, da legalidade e da indelegabilidade da função legislativa.

Parte da doutrina se posiciona pela inconstitucionalidade, por alegar que o poder normativo é uma transferência ilegítima do poder legiferante por parte do Legislativo às agências reguladoras.

Segundo a referida corrente, a transferência seria na verdade uma espécie de delegação legislativa inominada, ou seja, estaria o Executivo habilitado a editar normas que criariam direitos e obrigações por meio de regulamentos de forma originária, em clara afronta ao princípio da legalidade, pois a Carta Política de 1988 estabeleceu apenas duas hipóteses, a saber: medidas provisórias (artigo 62 da CRFB/88) e leis delegadas (artigo 68 da CRFB/88).

Portanto, esse processo de deslegalização, do ponto de vista formal, possibilita ao legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que na opinião de Gustavo Binimbojm é inadmissível.³⁹

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008 p. 107.

Dessa forma, os atos normativos das agências reguladoras são infralegais e seu âmbito limita-se apenas ao funcionamento interno e organização. Para essa corrente, nem mesmo a menção de um órgão regulador nos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição Federal, que se referem à ANATEL e à ANP, é suficiente para ampliar o poder normativo ou considerar-se uma exceção delimitada na própria Constituição.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre os regulamentos administrativos atesta que:

[...] os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) **limitar a discricionariedade administrativa**, seja para (a) dispor sobre o **modus procedendi** da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) **caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos** cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações **técnicas** segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) **decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos**, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.⁴⁰ (grifos do autor)

Ressalte-se que, mesmo seguindo essa corrente de pensamento, DI PIETRO reconhece a excepcionalidade das agências reguladoras das telecomunicações (ANATEL) e do petróleo (ANP), com base nos artigos 21, XI e 177, §2º, III da Constituição Federal, que preveem os órgãos reguladores expressamente.⁴¹

Por outra banda, há aqueles que entendem pela constitucionalidade do poder normativo, afirmando que esta prerrogativa não afronta os princípios da legalidade e da separação dos poderes, desde que tais atos normativos não ultrapassem os *standards* ou parâmetros legais.

Portanto, para essa corrente não há que se falar em delegação legislativa inominada, porque a própria lei instituidora da agência reguladora, expressamente, promove a

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 26ª ed. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 363.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p. 116.

“transferência da disciplina de determinadas matérias ou atividades da esfera legislativa para aquela regulamentar do Governo”.⁴²

Além da transferência entre as esferas, Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que a deslegalização consiste na “retirada, **pelo próprio legislador**, de certas matérias, do **domínio da lei** (*domaine de la loi*) **passando-as ao domínio do regulamento** (*domaine de l’ordonnance*)”.⁴³(o grifo é nosso). Noutras palavras, o legislador rebaixa hierarquicamente a matéria regulatória para que possa ser tratada mediante regulamento pelas agências reguladoras.

Com efeito, não se trata de uma transferência inconstitucional da função legislativa que acarretaria numa violação do princípio da separação dos poderes, mas tão somente é a “adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria”.⁴⁴

Ademais, isto não quer dizer que a lei instituidora seria uma espécie de lei inominada que resultaria na edição de regulamentos autônomos pelas agências reguladoras. A uma, porque na prática é inviável a concepção de atuação administrativa isenta de inovação no ordenamento jurídico em razão da própria natureza da atividade. A duas, porque a norma da seara regulatória é de caráter executivo e, como tal, exige a existência prévia de lei para a regular atuação do Estado Administrador, diferentemente dos regulamentos autônomos, que prescindem de lei anterior e têm previsão excepcional no próprio texto constitucional.

Por fim, percebe-se pela leitura das leis instituidoras um caráter de baixa densidade normativa, que por sua vez proporciona um grau de discricionariedade necessário para a atuação das agências. Essa margem discricionária possibilita uma melhor negociação entre as agências e os agentes econômicos e sociais no âmbito do setor regulado.⁴⁵

⁴² VERGOTTINI, Giuseppe de. A “delegificação” e a sua incidência no sistema das fontes do Direito. In OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015. p. 117.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.451.

⁴⁴ Idem p. 454, 455.

⁴⁵ Idem. p. 439.

Porém, em que pese tais divergências doutrinárias, a jurisprudência vem se firmando quanto à constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. Um exemplo disso é um recente julgado do STF, a ADI 4568, em que se verificava a possibilidade de uma norma permitir o aumento e reajuste do salário mínimo mediante a edição de um decreto.

Embora não seja o decreto expedido por uma agência reguladora, vemos na prática o Executivo, por intermédio do exercício do poder normativo, intervir indiretamente na economia. O art. 3º caput e parágrafo único da Lei nº 12.382/11 foi questionado quanto à sua constitucionalidade, sob a alegação de que seria delegada ao Presidente da República a capacidade de fixar o valor do salário mínimo mediante decreto, violando o inc. IV do art. 7º da Constituição Federal que a fixação do valor do salário mínimo por lei.

O Plenário do STF entendeu que a lei era constitucional. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Luiz Fux, que ao acompanhar o voto vencedor da Ministra Relatora Cármen Lúcia, atestou que não ocorreu uma:

renúncia por parte do Legislativo quanto à sua competência normativa, mas, sim, a criação de um diálogo institucional que busca colher frutos das virtudes dos dois Poderes políticos. A representatividade plural do parlamento para delinear as diretrizes da política pública no setor com o conhecimento técnico, o dinamismo do Poder Executivo, a quem caberá implementar e concretizar as diretrizes da lei à luz da apuração dos elementos de fato a que ela faz alusão.

Em última análise, o que se pretende é preservar o status constitucional da garantia do salário mínimo, cuja relevância restou proclamada por este Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's nºs 1.439 e 1.458, que transcrevo *ipsis litteris*.

Gostaria de fazer também uma pequena abordagem, rapidamente conceitual, é que, na realidade, a hipótese do caso se amolda ao novel fenômeno da deslegalização, estudada com maestria pelos professores de Direito Administrativo e que consiste exatamente na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-se ao domínio do regulamento.

Cito aqui as lições do professor Diogo Moreira Neto, que tem um trabalho específico, para concluir que, assim, a maior ou menor margem de atuação do Poder Executivo não descaracteriza o rebaixamento do status normativo da matéria, justamente porque configura o fenômeno da deslegalização.⁴⁶

Logo, o poder normativo nada mais é do que a evolução das técnicas legislativas, e não um processo ilegítimo e inconstitucional, que proporciona ao Estado a eficiência e a celeridade necessárias para a atividade regulatória.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4568.Voto: Ministro Luiz Fux.

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR

3.1. Considerações iniciais

O poder regulador encontra fundamento no instituto da deslegalização. Como já mencionado, a deslegalização é a transferência de uma parte limitada da competência natural da Função Legislativa para as agências reguladoras, para que estas possam editar normas gerais e abstratas com força de lei, respeitados os *standards* da lei instituidora, cujos objetivos e funções estão definidos para a regulação de um setor econômico específico.

Nessa esteira, afirma Gustavo Binembojm, que “tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação.”⁴⁷

Diferentemente do poder normativo, que é de caráter geral (natureza política), o poder regulador é a prerrogativa específica da agência reguladora, cujo objetivo é editar forma célere e eficiente normas técnicas, respeitados os princípios da legalidade e separação de poderes, ou seja, este poder encontra limites materiais (normas de matéria técnicas) e formais (arcabouço legal vigente).

Um exemplo disso é o que ocorre com a ANP – Agência Nacional de Petróleo, que teve a sua lei instituidora (Lei nº 9.478/97) alterada pelas leis nº 11.097/05 e nº 11.909/09. Ambas modificaram os *standards* da ANP, trazendo também algumas limitações.

Entretanto, mesmo com as modificações promovidas pelo Legislativo e Executivo (exercício do poder normativo de cunho político), a ANP ainda possui a prerrogativa de edição de normas técnicas para a regulação do setor petrolífero, além de lhe ser facultada a importação de práticas e costumes do âmbito internacional, conforme exposto no artigo 44, inciso VI da Lei nº 9.478/97, nos seguintes termos:

Art. 44, VI - adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 108.

quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.⁴⁸

Por conseguinte, a ANP será a responsável pela implantação das políticas públicas gerais do setor energético instituídas pelo Legislativo, por meio de normas técnicas específicas.

Dessa forma, cria-se aparentemente uma diferença entre as normas regulamentares e regulatórias, numa tentativa de compreender o momento de atuação de cada um dos envolvidos nessa complexa atividade que é a regulação.

3.2. Distinção entre regulação e regulamentação

Alguns doutrinadores discorrem sobre a diferença entre regulação e regulamentação, pois consideram um requisito indispensável para o entendimento do tema. Diversas são as premissas que fundamentam a distinção entre tais institutos conforme cada doutrinador.

Para ilustrar uma dessas visões sobre o assunto, Marcos Juruena Villela Souto define a regulamentação como a função exercida privativamente pelo Chefe do Executivo, por meio de decretos que visam apenas o exato cumprimento de leis, sendo uma atividade política isenta de neutralidade.

Por outro lado, para esse doutrinador a função regulatória encontra previsão no artigo 174 da Constituição Federal, e tem como objetivo a edição de normas técnicas sem o caráter político comum da função regulamentar, resultado de estudos e análises de custo e benefício para o setor regulado.⁴⁹

Respeitadas as perspectivas contrárias acerca da distinção entre regulação e regulamentação, muitas vezes reunidos no conceito de *regulação* ou classificados quanto à margem de inovação no ordenamento jurídico, a melhor doutrina se fundamenta em um

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. p. 295.

⁴⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.p. 28.

conceito mais amplo do que a mera limitação da natureza da norma, por utilizar a ideia cunhada por Alexandre Santos de Aragão, denominada *regulação estatal da economia*.⁵⁰

De fato, segundo o ilustre doutrinador, a atuação regulatória será positiva no sentido de estabelecer requisitos a serem cumpridos pelos *players* do setor regulado, a fim de conseguirem acesso a certas vantagens oferecidas pelo Estado, e em certas situações é negativa quando reprime e sanciona, quando “*persuade o agente econômico a observar determinado preceito regulatório*.”⁵¹

Desta forma, tendo em conta o cenário normativo mais flexível, vislumbra-se uma regulação estatal da economia também flexível, abrangendo tanto o aspecto normativo como o interventivo. Deve a regulação estatal primar pela eficiência, pelos valores humanos, econômicos e sociais, além de buscar o diálogo com o setor regulado e usuários dos serviços públicos e atividades prestados pelos concessionários.

Nesta senda, ao tratar dos processos decisórios das agências reguladoras Diogo Figueiredo Moreira Neto atesta que deve existir a “possibilidade de admissão dos administrados e de terceiros ao debate e negociação, abrindo espaço jurídico ao ajuste de interesses entre a Administração e administrados e uma nova alternativa à via contenciosa”.⁵²

Por conseguinte, a dicotomia regulação *versus* regulamentação não se faz mais necessária, pois o controle da adequação entre os meios e os fins da atividade regulatória deve ser feito de forma integral e não compartimentalizada, uma vez que a natureza é a mesma, havendo apenas uma diferenciação quanto ao grau de intervenção (menor quando no âmbito interno da agência e maior quando atingir o setor regulado).

3.3. A função reguladora

Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, o Estado vem diminuindo a sua interferência direta na ordem econômica, delegando certos serviços públicos e atuando cada

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. p. 31.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Consideraciones sobre la participación en el Derecho comparado Brasil-España**. In: Revista de administración pública. n° 152. 2000. p.81

vez mais como um regulador, sendo responsável por orientar e fiscalizar tais serviços, o que possibilita mais qualidade, eficiência e celeridade na prestação à coletividade.

Com esse objetivo e em virtude de sua natureza híbrida, a regulação conta com uma gama de prerrogativas específicas, que incluem a produção de normas, fiscalização, composição de conflitos e até mesmo a possibilidade de aplicação de sanções, de acordo com o tipo da atividade⁵³.

Ademais, essa intervenção indireta realizada pelas agências reguladoras tem, na lição do ilustre doutrinador Alexandre Santos de Aragão, os seguintes âmbitos de atuação:

(a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar livre concorrência no setor privado e, nos casos de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.⁵⁴

Para tanto, deverão as agências reguladoras ponderar os interesses de todos os envolvidos no setor regulado, demonstrando assim uma verdadeira mitigação do princípio clássico da supremacia do interesse público, conforme salienta Diogo Figueiredo Moreira Neto:

Não se trata, portanto, da tradicional aplicação direta de uma **definição legal vinculadora de certo interesse público específico**, nem, tampouco, e muito menos, de chegar a uma **definição legal discricionária**, que é a que deve ser integrada pelo administrador por subsunção, à feição da administração tradicional, isso porque **o interesse específico que deverá prevalecer nas relações submetidas à função reguladora não estará predeterminado**, senão que deverá ser deduzido dos fatos, pelo exercício qualificado, negociado e ponderado dessa função.⁵⁵ (grifos no original)

Portanto, observa-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem nortear não só as decisões, mas também as normas editadas pelas agências. Deve-se avaliar o

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n.º 1. fevereiro. 2005. p. 11.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A regulação dos monopólios, quando a competição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n.º 10, maio/junho/julho. 2007. p. 3, nota 6.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. In: SANTOS, Roberto Mizuki. Deslegalização e a função reguladora da administração pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13506>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

custo benefício dos atos regulatórios, proporcionando a facilitação do ingresso no mercado regulado, além da proteção contra danos ambientais e ao consumidor.

A função regulatória deve pautar-se também pelos princípios da transparência (sem a qual é inviável o controle) e da participação popular. É imprescindível que todos os interessados e afetados pela regulação de uma determinada agência tenham a oportunidade de manifestar-se e contribuir com sugestões e ideais no processo regulatório.

Especialmente sobre o fator democrático na função regulatória muitas críticas são levantadas. Por ser um assunto relevante, o presente trabalho tratará sobre a polêmica questão do suposto déficit democrático.

3.3.1. Do suposto déficit democrático

Muitas são as críticas quanto ao exercício da atividade regulatória pelas agências reguladoras, fundadas em um suposto déficit democrático. Para parcela da doutrina, a garantia da vedação de exoneração sem justa causa (*ad nutum*) dos dirigentes das agências reguladoras possui um problema de legitimidade democrática.

Considerando que as medidas tomadas pelos dirigentes das autarquias regulatórias, na busca de concretizar as políticas públicas, afetam toda a sociedade e não somente as empresas privadas reguladas, e que tais dirigentes não são eleitos pelo sufrágio universal, como são os chefes do Executivo e Legislativo e outros detentores de mandato político, questiona-se a possibilidade de uma afronta ao princípio da soberania popular expresso no artigo 1º, §1º da Carta Política de 1988, que em outras palavras, prevê que a origem do poder é no povo, sendo exercido diretamente por meio de seus representantes.

Ademais, é possível que o mandato do Chefe do Executivo não coincida com o mandato do dirigente da agência, causando tensões no que tange à formulação e a execução das políticas regulatórias, políticas essas pertencentes a um programa de governo que foi majoritariamente aprovado pela população por meio do voto.

Por fim, outro fator digno de consideração é o trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que, no âmbito das agências reguladoras,

[...]as normas são elaboradas sem expressa autorização constitucional, e no uso de um poder regulamentar que, ademais de se exercer em relação a leis por demais genéricas (ao estilo dos standards da legislação norteamericana), para muitos, é expressão de usurpação do poder regulamentar do Presidente da República, muito embora contando com o seu beneplácito.⁵⁶

Portanto, essa falta de previsão constitucional (exceto no caso da ANATEL e ANP) causaria uma diminuição de legitimidade, além de afronta aos princípios da reserva legal e legalidade. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, restaria às agências apenas a competência de editar normas que cumpram as previsões legais, diminuindo a abrangência de seu poder normativo.

Em síntese, alega-se que as agências possuem demasiado poder na sua atuação, o que não seria legitimado democraticamente, seja em razão da estabilidade temporária dos dirigentes das agências, pelos possíveis conflitos com programas de governo ou quanto à carência de previsão constitucional do poder normativo.

No que tange a essa carência de previsão constitucional, o presente trabalho já discorreu sobre a divergência doutrinária e o entendimento jurisprudencial consolidado em contrário, quando reconhece a legalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Entretanto, há aqueles que entendem que os mesmos fatores que levam à um suposto déficit democrático, são os mesmos capazes de garantir a democracia e os interesses coletivos da sociedade.

Alexandre Santos de Aragão, afirma que o problema central do alegado déficit democrático é “causado por razões gerais decorrentes da administrativização do Direito Público e específicas oriundas da *estabilidade temporária* dos seus dirigentes, que não pode ser exonerados ad nutum pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições.”⁵⁷

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.364.

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 465.

Para solucionar esse problema, o supracitado autor acredita que por intermédio da Teoria dos Poderes Neutrais, seria possível a solução do déficit democrático. Entende-se dessa teoria ser necessária a criação de entidades que atuariam como uma espécie de barreira ao uso desmedido do poder político que prejudica a persecução do atendimento aos interesses coletivos, quando o Estado, por meio dos representantes democraticamente constituídos, passa a desrespeitar os direitos fundamentais da sociedade.

Para exemplificar, não são somente as os dirigentes das agências reguladoras que não possuem mandato político, mas os membros do Judiciário e do Tribunal de Contas também, e nem por isso a forma de ingresso invalida a atuação importante na proteção ao interesse público e à democracia.

Nesse sentido, o Ministério Público também exerce a representação da sociedade por intermédio de ação civil pública e, assim, protege direitos e garantias dos cidadãos sem que seus procuradores tenham sido empossados pela via eleitoral.

Logo, não há que se falar em atuação anti-democrática dos dirigentes e membros de conselhos das agências reguladoras em razão da estabilidade temporária, sendo na verdade uma autonomia necessária para que haja um distanciamento do caráter político, o que permitirá uma atuação livre para tutelar os valores constitucionais e proteger, por meio de uma atuação técnica protegida das mudanças político-eleitorais, o “pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo.”⁵⁸

Além disso, o que se vê na prática é que o medo de queda nas pesquisas de intenção de voto e a possibilidade de não reeleição movem muitos detentores de mandato político a não promoverem políticas públicas difíceis e não tão agradáveis à população. Esse é um ônus trazido pela participação popular, que não é técnica na sua natureza.

Em síntese, o poder neutral é capaz de reunir o pluralismo dos interesses coletivos com o princípio democrático, conforme assinala Alexandre Santos de Aragão:

⁵⁸ Idem. p.474.

Estes poderes neutrais do Estado, especialmente as agências reguladoras independentes, infensos ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo. São, assim, uma feliz combinação do pluralismo (propiciado por sua autonomia “reforçada”) com o princípio majoritário (os vínculos que mantêm com o Poder Legislativo e com a Administração central).⁵⁹

Assim, a legitimidade democrática da agência reguladora passa pela garantia de sua autonomia e por medidas que garantam o aspecto democrático nas decisões. A própria Constituição Federal, em vários artigos, dispõe sobre a participação popular nas atividades exercidas nas funções judiciária e legislativa.⁶⁰

Referente à Administração Pública, importa destacar o disposto no artigo 37, §3º da CRFB/88, que estabelece:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

De fato, o princípio participativo permeia toda a atuação pública, pois como já foi mencionado anteriormente, “todo o poder emana do Povo” e especialmente quanto à Administração Pública, percebe-se um distanciamento da antiga visão burocrática do Estado, com pouco ou nenhum controle exercido pelos administrados. É o que ensina Gustavo Binenbojm:

Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade [com base em institutos como o da supremacia dos interesses ‘alegadamente’ públicos, das prerrogativas jurídicas da Administração, da discricionariedade, entre outros], sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*,

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Para ilustrar, a Constituição Federal garante a participação popular por meio dos projetos de lei de iniciativa popular (artigo 61, § 2º da CRFB/88), plebiscitos e referendos (artigo 14, I, II da CRFB/88) no âmbito legislativo. Na esfera judicial, existe o instrumento processual da ação popular (artigo 5º, LXXIII da CRFB/88), em que os cidadãos podem questionar no Judiciário acerca de validade dos atos que ocasionem lesão ao patrimônio público, cultural, histórico e ambiental.

caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.⁶¹

Por conseguinte, existem atualmente medidas que possibilitam a participação popular, em que tanto as empresas reguladas como os particulares podem contribuir com a atividade regulatória, lembrando que tal atuação prima pela ponderação dos interesses envolvidos no setor regulado. Essas medidas são as consultas públicas, audiências públicas e conselhos consultivos, todos analisados a seguir.

3.3.1.1 Consultas públicas

A consulta pública é um mecanismo que possibilita a exposição da opinião pública quando tratar-se de assuntos relevantes para coletividade e geralmente acontece antes da edição das normas pelas agências reguladoras.

Por intermédio desse instrumento é possível o questionamento a respeito das regras as serem formuladas pela agência reguladora. Assim, tanto a rejeição como a adoção dessas propostas devem respeitar o princípio da motivação estabelecido no artigo 50, I, da Lei nº 9.784/99, nos seguintes termos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

Além disso, devem também ser expostas à opinião pública de forma transparente, assim como deve ser a atuação administrativa delineada nos moldes do artigo 37 da Magna Carta, auferindo maior controle pelos particulares.

Alerta Gustavo Binenbojm que “não pode haver mudança na matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora dessa hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento”.⁶²

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3.

Além disso, se a consulta pública tiver caráter obrigatório, a participação popular torna-se elemento de validade do ato, sendo possível a utilização da falta desta como base em futuro controle judicial.

Portanto, é de vital importância que seja a obrigatoriedade da consulta pública definida em lei previamente.⁶³

Por fim, embora a consulta pública seja por padrão um procedimento prévio, em casos de urgência poderá ser realizado posteriormente, tal qual as audiências públicas, que serão expostas em seguida.

3.3.1.2 Audiências públicas

As audiências públicas são mecanismos que possibilitam a participação dos particulares em sessões abertas criadas pelas agências reguladoras, com o objetivo de expor ideias e sugestões sobre um determinado processo administrativo em curso.

Durante essas audiências são debatidos os temas referentes ao setor regulado, bem como de projetos de lei propostos pelas agências reguladoras. Após as deliberações, o resultado não poderá ser alterado sem aviso prévio e sem a realização de um novo procedimento, assim como ocorre com as consultas públicas, sendo assim, um fator essencial para a validade do ato.⁶⁴

Embora seja um importante mecanismo no processo democrático de tomada de decisões das agências, verifica-se a relevância da análise dos custos e do tempo a serem consumidos ao longo desse procedimento, para que não se inviabilize a atividade regulatória, contrariando assim a sua natureza técnica e célere.

Ademais, a sociedade deve utilizar com mais frequência, não só esse mecanismo, mas também os demais colocados à disposição pelas agências reguladoras, evitando assim que um

agosto/setembro/outubro. 2005. p.16. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016.

⁶³ Idem p.17.

⁶⁴ Ibidem.

baixo grau de mobilização mitigue o controle social na tomada de decisões e edição das normas regulatórias.

Nesse sentido, Paulo Todescan Lessa Mattos adverte:

“se temos uma esfera pública pouco ativa (ou uma ‘esfera pública em repouso’) ou a participação privilegiada de determinados grupos em detrimento de outros, os problemas de legitimação aparece. As condições efetivas de participação são, nessa perspectiva, um bom critério para avaliar o potencial democrático dos mecanismos de participação pública institucionalizados por meio de normas”.⁶⁵

Para tanto, devem as agências reguladoras aprimorar cada vez mais a sua transparência, por disponibilizar informações relevantes de forma que se preserve não somente a tecnicidade, mas também a inteligibilidade, incentivando assim cada vez o controle social nas agências.⁶⁶

Considerando o pluralismo de interesses da sociedade no setor regulado e os variados atores desse contexto, cabe o estudo breve sobre outra ferramenta democratizante, a saber, os conselhos consultivos.⁶⁷

3.3.1.3 Conselhos consultivos

Finalmente, o último instrumento para a proteção da participação popular é o instituto do conselho consultivo. Esses conselhos são formados por representantes de diversos grupos interessados na atuação regulatória, oriundos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Executivo, entidades representativas como associações de usuários dos serviços prestados, representantes das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público e atividade econômica, entre outros grupos representativos da sociedade.

⁶⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento**. p. 203. In: FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. Rio de Janeiro: 2007. p.48. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2007/3-lugar-tema-2-estudantes>>. Acesso em: 02.11.2016.

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3. agosto/setembro/outubro. 2005. pp 19/20. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016.

⁶⁷ Idem.

Os conselhos consultivos possuem como prerrogativas não apenas a consultiva, mas também a de fiscalizar os atos regulatórios, por meio da apreciação de relatórios e propostas de edição de normas pelas agências.

Conforme exposto, as agências reguladoras possuem a necessidade de *accountability*⁶⁸ em sua atividade constantemente. Embora as medidas citadas anteriormente tenham problemas e precisem de aperfeiçoamento, conseguem suprir essa necessidade, na busca de uma atuação menos política e mais técnica, mas sem comprometer o pluralismo de interesses e os princípios constitucionais.

Entretanto, não é só o risco de déficit democrático que ameaça a atuação regulatória. Existe também a possibilidade de captura das agências reguladoras, no sentido de que interesses externos (mercado) e não tão externos (Estado), possam influenciar de maneira tão violenta, que transformem as agências em subalternos sem autonomia nas suas decisões e normas.

3.4. Teoria da Captura

A autonomia reforçada garantida às agências reguladoras é prerrogativa *sine qua non* para o regular exercício da função regulatória. Essa autonomia confere um grau de discricionariedade nos misteres das agências que não é encontrada nas demais autarquias, suprimindo o clamor de eficiência e celeridade na atuação regulatória.

Entretanto, a mesma independência necessária para a função regulatória pode ampliar o risco de apropriação dos interesses regulados pelos agentes atuantes no mercado econômico, ou seja, a captura da agência reguladora. Tais agentes podem se beneficiar com privilégios indevidos, transformando as agências reguladoras em subordinadas que se afastam do interesse coletivo, por servir a interesses privados.

Além disso, a influência política na administração das agências e a baixa participação popular nas decisões e no processo de formulação dos regulamentos, também são fatores de

⁶⁸ *Accountability* é um estrangeirismo que significa a prestação de contas do gestor público calcada na transparência e na boa-fé, respeitadas as obrigações por meio de ações responsáveis e de uma governança ética e proba. JUSTA, Mauro. **O significado de “accountability” em gestão pública.** Disponível em: <<http://oruamconhecimentos.blogspot.com.br/2011/07/o-significado-de-accountability-em.html>> Acesso em: 07.12.2016.

risco que elevam as chances de que as agências reguladoras venham a ser capturadas, resultando em uma “vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.”⁶⁹

A captura também é evidenciada quando acontece a simples assimetria de informações entre os agentes econômicos regulados e a agência, a ocorrência de ex-dirigentes de agências reguladoras em postos estratégicos no setor regulado em um curto espaço de tempo e até mesmo o excesso de cargos comissionados nas agências, o que possibilita a entrada de pessoas cooptadas pelas empresas reguladas para que seus interesses sejam privilegiados.⁷⁰

Portanto, captura é um fenômeno imoral e danoso não só à agência reguladora, mas também à ordem econômica, devendo ser fortemente reprimida, nos termos do art. 173, § 4º da Constituição Federal, nos termos:

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Deveras, muitas são os fatores de risco de deturpação da finalidade regulatória econômica estatal. Na prática, a captura poderá ocorrer pelo setor privado ou público, conforme será exposto a seguir.

3.4.1. A captura pela iniciativa privada

A captura pela iniciativa privada acontece quando os agentes regulados, em razão de sua força econômica e elevada influência política, interferem na atividade regulatória, ou seja, “quando a agência perde a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse público e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados.”⁷¹

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.567.

⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.p.148.

⁷¹ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.p. 51.

Para ilustrar, convém destacar uma decisão do TRF 5º Região, na apelação cível de nº 342.739/PE, em que se discutia à época acerca da nomeação para o cargo de Conselheiro consultivo da ANATEL de um particular que, no momento da nomeação era presidente da TELEBRASIL, uma associação que reunia grandes empresas do setor regulado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

(...)16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. **In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.** 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura

da agência pelos interesses regulados. 18. **Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados”.** 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. art. 37 do Regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. **É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.** 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (os grifos são nossos).⁷²

Como demonstrado na brilhante decisão acima, houve um conflito de interesses, na medida em que um particular ligado aos agentes econômicos regulados seria nomeado ao cargo de conselheiro do órgão regulador, sendo flagrante a influência externa.

De fato, o ingresso de representantes oriundos de grandes conglomerados econômicos em um conselho que tem por objetivo dar voz à sociedade, não é a melhor forma de garantir a pluralidade de interesses, pois penderá fatalmente apenas para um dos lados da balança, a saber, dos interesses dos agentes econômicos.

⁷² BRASIL, Tribunal Regional Federal 5º Região, AC 342.739/PE. Relator: Francisco Cavalcanti

Não significa isto que os interesses dos agentes econômicos devam ser menosprezados, entretanto, devem ser preponderados com os interesses da Administração e da coletividade como um todo.

Assim, na visão do magistrado, os apelantes não poderiam representar de forma imparcial os usuários e a sociedade no segmento das telecomunicações, sendo flagrante o conflito de interesses.

Ademais, tal designação agravaria o risco constante que as agências reguladoras sofrem de captura econômica, o que foi delineado no voto do Relator.

Entretanto, essa não é a única maneira de contaminação em uma agência reguladora. Existe a possibilidade de que um indivíduo já pertencente a estrutura da autarquia reguladora vir a ser cooptado por um agente econômico, com o intuito de promover interesses privados e não mais os da coletividade.

Assim, a captura da agência pelos agentes econômicos configura afronta aos princípios basilares da administração pública, como da impessoalidade e moralidade.

Frise-se que, embora seja a atividade econômica e/ou serviço público delegado à iniciativa privada, estas continuarão a ser de interesse coletivo da sociedade e como tal, devem ser protegidas pelo Estado.

Porém, existem situações em que o Estado resguarda a atividade regulatória de interesses econômicos externos, mas corrompe politicamente, comprometendo a eficiência técnica das agências reguladoras e assim ocorre a chamada *captura política*.

3.4.2. A captura pelo poder público

Essa modalidade de captura das agências se dá quando é criada uma espécie de vinculação da atividade regulatória com os interesses políticos, principalmente quando se tratar de captura realizada por detentor de mandato no âmbito da Função Executiva.

Segundo Floriano Azevedo Marques Neto, seria “uma captura extremamente perigosa, uma vez que levaria a uma inviabilização da agência em função de um processo de deslegitimação, perante os operadores e os próprios usuários.”⁷³

Para exemplificar, mesmo que a Constituição Federal tenha definido no artigo 52, III, f, que os dirigentes dos órgãos reguladores indicados pelo Chefe do Executivo, sejam aprovados previamente pelo Legislativo, por intermédio de lei ordinária e por voto secreto, o que acontece na prática é que a aprovação dos indivíduos é meramente formal, pois a indicação já é acertada antes.

Lamentavelmente, o mecanismo que serve para a garantia da impessoalidade e da imparcialidade, tão necessária para a atividade técnica regulatória, acaba por ser corrompida para garantir interesses nada coletivos.

Outro exemplo de captura política foi a tentativa ocorrida no ano de 2003, por meio da criação de um Grupo Interministerial de Trabalho, que visava aperfeiçoar a atuação das agências reguladoras.

Naquela ocasião, o Chefe do Executivo era o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, porém, os diretores das recém-criadas agências reguladoras foram indicados na presidência de Fernando Henrique Cardoso.

Então, ao fim do trabalho, foi gerado o Relatório de Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro,⁷⁴ que concluiu, dentre outras considerações, que embora as agências reguladoras fossem indispensáveis para bom funcionamento dos setores regulados, tinham um grande risco de captura e que a sua independência poderia criar dificuldades para o mercado.

Para o referido grupo de trabalho, a independência das agências poderia ocasionar no comprometimento da eficiência da atuação regulatória, por meio da redução da:

⁷³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília: 2003. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 20.11.2016.

[..]confiança na força da entidade e na significância do seu trabalho. A ausência de confiança do mercado na instituição, cujo propósito é sobrepujar as deficiências do mercado. Por sua vez, impede-o de supervisionar e regular o mercado efetivamente. Em segundo lugar, pode ser argumentado que, sendo menor e mais focalizada que um ministério, **a instituição regulatória independente é mais vulnerável à captura**. Isso, mais uma vez, pode ser uma questão de percepção, mais do que realidade [...]

Uma terceira fraqueza de estruturas regulatórias independentes é, paradoxalmente, relacionada a sua força. **Há possibilidade de uma agência independente poder tornar-se tão forte, ou ‘tão independente’ que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado**. Se não contida, uma entidade independente pode ir além do papel visado para ela ao tempo de sua criação, ensejando a necessidade de medidas restritivas e corretivas por parte do legislador.⁷⁵

De fato, é surpreendente considerar que a autonomia reforçada garantida pelo regime especial das agências reguladoras pode ser um motivo para a subordinação total ao Executivo, o que caracterizaria em verdade na captura política realizada pelo próprio Estado, que alegou preocupar-se com o risco de captura econômica.

É verdade que podem ocorrer conflitos entre a agência reguladora e o Poder Executivo Central, no sentido de que as políticas regulatórias delineadas pelos diretores das agências venham a divergir com as políticas públicas dos Ministérios.

Mas tal possibilidade não justifica a supremacia dos governos sobre as políticas públicas, ainda que não coincidam os mandatos eletivos com os mandatos dos diretores, o que poderia contribuir com as diferenças já mencionadas.

Afinal, a própria lei instituidora da agência reguladora garante a autonomia para a execução da atividade regulatória, que possui nuances próprias em razão das características também especiais de cada setor regulado. Remover tais prerrogativas seria o mesmo que desnaturar o próprio conceito de regulação e de intervenção indireta por parte do Estado.

No entanto, essa autonomia não pode ser invocada para que as políticas setoriais não venham a ser adequadas às políticas governamentais para uma determinada área regulada, gerando assim um conflito que minimize os benefícios a serem alcançadas, uma vez que a atividade regulatória visa à eficiência.

⁷⁵ Id. Ibidem. p.11

Portanto, a relação entre as Agências e os Ministérios deve ser pautada pelo respeito mútuo às prerrogativas de cada um desses entes. As agências contribuem com informações técnicas vitais para que o Estado possa articular da melhor forma possível as relações com todos os setores regulados.

Por outro lado, são as agências reguladoras que materializam de forma técnica as políticas instituídas pelo Estado, restando configurada a relação de parceria e colaboração. O conhecimento técnico das agências reguladoras é o grande diferencial que justifica a transferência da sede normativa do Legislativo, desde que respeitados os parâmetros definidos na lei instituidora.⁷⁶

Dessa forma, o papel das agências reguladoras é fundamental na formulação e execução das políticas públicas, pois proporciona o Estado intervir indiretamente na economia por estimular a concorrência e as melhores práticas dos setores regulados.

Atesta Calixto Salomão Filho:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos de desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. **Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.**” (o grifo é nosso).⁷⁷

Assim, o caberá às agências reguladoras uma autonomia limitada, porque uma agência reguladora sem autonomia se tornará nada mais que um órgão autômato, cuja criatividade técnica tão valiosa para a regulação será desperdiçada.

Alexandre Santos de Aragão afirma corretamente que a autonomia das agências é limitada e esses limites integram a natureza da autonomia das agências. Não é possível uma

⁷⁶ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: 08.10.2016.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. In MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. p.

entidade pertencente à Administração Pública agir de forma totalmente independente em afronta à Constituição Federal.⁷⁸

Repise-se, o que se defende é o respeito aos limites constitucionais e legais, de maneira que a captura política não venha a ser um entrave para os fins últimos da atividade regulatória.

Mas, pergunta-se: Existem medidas que possibilitem a proteção das agências reguladoras ante ao risco da captura, seja privada ou política? É o que se tratará a seguir.

3.4.3. Medidas de proteção ante ao risco de captura

Considerando o risco de captura e os malefícios decorrentes dessa conduta imoral e ilegal, são necessárias algumas medidas protetivas a serem tomadas pelas agências reguladoras.

De fato, a participação popular é o mecanismo principal de combate à captura das agências reguladoras. Como já demonstrado, a participação popular é não só um instrumento que legitima democraticamente, mas também proporciona um controle social essencial à atividade regulatória.

Outra forma de diminuir esse risco é no tocante da escolha dos diretores das agências reguladoras. Quando se torna a seleção pública e se diminui a quantidade de cargos comissionados, priorizando os profissionais de carreira (que foram selecionados por regular processo de concurso público), se reduz a possibilidade de captura tanto política como econômica.

É o que trata a matéria da PEC nº 156/2015, do Senador José Serra, que prevê a seguinte alteração:

Art. 37[...]

§ 13. Os diretores de agências reguladoras serão escolhidos dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. Revista de Direito Público da Economia, v. 2, n. 6, p. 9-26, abr./jun. 2004.

- I – mais de trinta e cinco anos de idade;
- II – idoneidade moral e reputação ilibada;
- III – notórios conhecimentos técnicos sobre o setor regulado, comprovados mediante títulos acadêmicos ou publicações especializadas;
- IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso III;
- V – aprovação pelo Poder Legislativo, observado, na esfera federal, o disposto na alínea f do inciso III do art. 52.

§ 14. A escolha dos diretores de agências reguladoras **será realizada mediante processo seletivo público**, na forma da lei do respectivo ente federativo, que assegurará:

- I – a transparência do procedimento;
- II – a imparcialidade dos avaliadores;
- III – **a reserva de vagas a serem preenchidas por servidores de carreira da agência.**

§ 15. **Nas agências reguladoras, a quantidade de cargos em comissão não poderá superar um décimo dos cargos efetivos.**⁷⁹ (o grifo é nosso)

É notório o objetivo de preservar os princípios da impessoalidade, eficiência e moralidade, na medida em que: (a) existirá um processo seletivo com requisitos definidos no próprio texto constitucional e com condições semelhantes às existentes na seleção de Ministros do Tribunal de Contas da União, além da (b) valorização dos servidores de carreira, por delimitar uma reserva de vagas e, por último, (c) haverá uma limitação de vagas para cargos em comissão, o que diminui consideravelmente a incidência de indicações duvidosas e que não levam em conta os interesses coletivos.

Enquanto a referida proposta de emenda à Constituição encontra-se ainda em tramitação, não se pode olvidar do controle judicial, calcado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que o Estado-Juiz poderá evitar a captura das agências, desde que não invada a competência da Administração Pública, por respeitar o mérito administrativo, tão caro à atividade regulatória.

Entretanto, cabe destacar que o controle não acontece só na esfera judiciária e social (por meio da participação popular), mas também administrativa e legislativa. Todos estes controles serão esmiuçados no próximo capítulo.

⁷⁹ BRASIL, Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 156/2015.**

CAPÍTULO 4 – LIMITES DO PODER REGULADOR

4.1. Considerações iniciais

Inicialmente, o controle da função regulatória tem fundamento no princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, estabelecendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A harmonia entre os poderes é garantida por meio do sistema de freios e contrapesos – *check and balances*, que evita a sobreposição de uma função em outra, conforme atesta SILVA:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdade a que mutuamente todos tem direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁸⁰

Desta forma, essa divisão tripartite possibilita que as funções possuam características dominantes e outras em menor grau, por exemplo, o Legislativo tem com prerrogativa principal a atividade legislativa, mas também exerce atuação judicante quando instaura as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI – ou quando baixa regulamentos administrativos internos.

Entretanto, tal interpenetração não deve dar azo para o arbítrio, e, portanto, o que se busca evitar a todo custo é a “concentração de funções em um poder ou, consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”⁸¹, prejudicando assim a independência dos poderes e danos à coletividade, conforme leciona Alexandre de Moraes:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110. In: COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011.

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2º. Ed. São Paulo: Saraiva. p.175.

garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.⁸²

No caso das agências reguladoras, o controle é primordial, visto que, embora sejam autarquias vinculadas ao Executivo, são dotadas de prerrogativas típicas das outras Funções de Estado, v.g. a normativa e a judicante conforme já demonstradas anteriormente no presente trabalho e, portanto, passa-se a discorrer pormenorizadamente o controle de cada uma das funções estatais exercido nas agências reguladoras.

4.2. Controle legislativo

4.2.1 Controle típico do Legislativo

A Constituição Federal de 1988 estabelece a base do controle legislativo no artigo 49, X, ao garantir como competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle direto ou indiretamente, “ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”

Assim, poderá o Legislativo, além de controlar os atos das agências reguladoras, também exigir justificativas ou esclarecimentos sobre as decisões tomadas, incluindo de caráter técnico pelo controle externo por meio do Tribunal de Contas da União, como será detalhado posteriormente.

Como já tratado anteriormente, as agências reguladoras extraem a sua estrutura, objetivos, ou seja, os *standards* da lei instituidora. Essa delegação de hierarquia normativa possibilita um ampliado poder normativo técnico, o que necessariamente deve ser monitorado pelo Legislativo, porque se sujeita ao comando expresso no artigo 49, XI da Constituição da República que atribui a dever de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes,” uma vez que não há que se falar em delegação legislativa inominada às agências reguladoras.

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

Ademais, deve o Legislativo, além de monitorar e fiscalizar a atividade regulatória, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa,”⁸³ o que sem dúvida inclui os atos normativos de entes da Administração Pública Indireta, tais como as agências reguladoras.

Além disso, o controle legislativo possui um alcance maior, sendo o mais amplo entre todos os tipos de controle, pois também abrange a verificação realizada por intermédio da Comissão Parlamentar de Inquérito, seja permanente ou temporária, criadas pelo Congresso Nacional ou por cada uma de suas Casas independentemente, conforme o disposto no artigo 58 da *Magna Carta*.

No caso das agências reguladoras, as comissões parlamentares podem atingir a atividade regulatória como um todo, inclusive as ações futuras, mas devendo preservar o sigilo das matérias reguladas, conforme registra Marçal Justen Filho:

Essas comissões parlamentares possuem poderes de investigação, o que possibilita a realização de interrogatórios, intimações, acareações, solicitar perícias, determinar quebra de sigilo e até mesmo prisões. “O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.”⁸⁴

Cabe destacar que esse controle não afronta o princípio da separação de poderes e nem sequer a autonomia das agências reguladoras.

4.2.2 Controle externo do TCU

Primeiramente, devem as agências reguladoras em obediência à Constituição Federal, prestar contas aos Tribunais de Contas, no que se refere ao uso dos recursos públicos nos seus

⁸³ Artigo 49, V da CRFB/88.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo, 2002. p. 588.

misteres, uma vez que são autarquias pertencentes à Administração Indireta, conforme é estabelecido no artigo 70 da CRFB/88, nos termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

No entanto, o controle não se resume somente nesse aspecto, mas também com respeito aos atos administrativos regulatórios e, no que diz respeito a possibilidade desse controle, a doutrina diverge.

Parte da doutrina entende que como tais atos regulatórios não resultam em gastos para os cofres públicos, tais atividades não estariam contempladas entre aquelas a serem fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, por falta de clara previsão legal. Também, seria uma violação ao mérito administrativo, o que resultaria numa grave diminuição da autonomia própria das agências reguladoras.

Nesse sentido, Luiz Ricardo Trindade Barcellar, *in verbis*:

Entendemos como correta a segunda corrente, eis que: (1) escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades autárquicas que não impliquem em dispêndio de recursos públicos, como se pretende. Isso porque as investidas do Tribunal de Contas que venham a se imiscuir em atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, desnaturariam a razão da criação da própria agência reguladora, sendo o limite da atribuição do Tribunal de Contas o controle financeiro; (2) não há previsão constitucional ou legal que autorize a investigação do mérito das decisões de uma agência reguladora faltando-lhe, assim, competência para tanto. Logo, o limite de investigação do Tribunal de Contas cinge-se aos encargos administrativos e honorários dos árbitros e/ou mediadores.”⁸⁵

Entretanto, a questão se aprofunda quando a possibilidade de controle externo incide sobre atos referentes às tarifas ou que visem restabelecer o reequilíbrio-financeiro de uma determinada concessão.

Alexandre Santos de Aragão entende de forma diversa ao afirmar que o “Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou

⁸⁵ BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 169-170.

mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário.”⁸⁶

Assim, para o ilustre doutrinador, havendo uma ineficiência na fiscalização ou até mesmo ausência desta por parte da agência, ou ainda, um aumento indevido de tarifa que quebre o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, não só a sociedade seria afetada, mas também os próprios cofres públicos, além da necessidade de verificação constante quanto à modicidade das tarifas dos serviços prestados pelas concessionárias no setor regulado, de acordo com o artigo 6º, §1º da Lei n.º 8.987/95 nos termos:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ademais, não há que se falar em substituição das agências pelo Tribunal de Contas, na verdade, o que se busca é “zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação dos serviços públicos à população. Entretanto, percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade.”⁸⁷

Nessa esteira, importa colacionar algumas questões enfrentadas pelo Tribunal de Contas da União no decorrer do tempo:

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União teve que responder à consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da possibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) como instrumento de financiamento de democratização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Ao responder a consulta no Acórdão nº 1.107/2003 Plenário, o Tribunal decidiu que deveria ser contratada empresa para implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

Outra importante intervenção do TCU foi a Representação formulada por um de seus auditores em que questiona os coeficientes utilizados na planilha de cálculo dos reajustes anuais das tarifas dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Acórdão nº 865/2003 Plenário). Foi determinado à ANTT que realizasse estudo para atualizar os coeficientes tarifários tendo em vista as transformações tecnológicas, administrativas, legais e econômicas verificadas no

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 364.

país desde a última revisão dos cálculos dos coeficientes tarifários efetuada em 1989. Como resultado, em julho de 2003, as tarifas, que segundo a planilha antiga deveriam sofrer um reajuste da ordem de 30%, foram majoradas em 17,48%.⁸⁸

Concluindo, o controle legislativo, seja exercido pelas Casas do Congresso ou no âmbito externo pelo TCU é de fundamental importância para uma atuação regulatória eficiente, sujeita aos ditames legais, que proporcione um ambiente em que os concessionários possam ter segurança jurídica para explorarem as atividades econômicas e que, por fim, os cidadãos possam ter acesso a serviços públicos de qualidade com preços módicos.

A seguir, será tratado o controle exercido pelo Judiciário nas agências reguladoras.

4.3. Controle judicial

No que tange à esfera jurisdicional, importa mencionar que a jurisdição é uma e indivisível, ou seja, essa função é monopólio do Estado, sendo a Função Judiciária a única capacitada a fazer coisa julgada material e, assim, dizer o direito.

Além disso, sua atuação é pautada pela preservação da tripartição dos poderes previstos na Constituição Federal, no artigo 2º, que dispõe:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Judiciário também não pode se afastar de sua prerrogativa jurisdicional, conforme previsão constitucional e, dessa forma, assegura a garantia de acesso dos cidadãos ao judiciário por meio de um devido processo legal, em que será preservado o direito à ampla defesa e do contraditório, conforme previsto também na Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. In: **SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**. 2002. Brasília. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU. 2002 p. 17-36.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização. 2008. p. 64-65. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05.11.2016.

XXXV - a **lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**;[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (o grifo é nosso).

Ademais, cabe ao Judiciário a importante missão de fiscalizar os atos das três funções estatais. Essa verificação deve se concentrar no exame da constitucionalidade e legalidade dos atos emitidos por todas as entidades estatais.

No que se refere às agências reguladoras, objeto desse trabalho, esse controle abrange todos os atos administrativos que causam lesões ou ameaçam direitos de toda a sociedade. Assim, o Judiciário analisa a legalidade e moralidade dos atos, princípios esses esculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal que estabelece:

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

Porém, o controle judicial não se limita apenas ao âmbito interno, mas também no momento em que a sociedade invoca o Judiciário em razão de controvérsias em que qualquer dos envolvidos no setor regulado, sejam os agentes econômicos regulados, os usuários e até a Administração Pública.

O Judiciário pode suspender, por meio de medidas liminares ou anular os atos administrativos eivados de vícios, além de poderem impor obrigações às agências reguladoras. Todas essas prerrogativas citadas têm apenas um objetivo, a defesa dos interesses coletivos e estatais, na medida em que resolve os conflitos e protege o patrimônio público, de forma independente de interesses políticos e econômicos.

Para ilustrar a incidência do controle judicial nas agências reguladoras, é oportuno tratar de um caso envolvendo a ANP e o Município de Imbé na Apelação Cível nº 377050/RJ.

O Município de Imbé ajuizou uma demanda em face à ANP, após ter o repasse de sua parcela dos royalties suspenso, sob a alegação de que as estruturas existentes no município

não estariam enquadradas naquelas dispostas na portaria para fins de recebimento do percentual pretendido, baseado em uma interpretação errônea dos dispositivos legais.

No caso em questão, as estruturas não foram consideradas como instalações de embarque e desembarque de óleo bruto e gás natural, tratando-se de mera infraestrutura de apoio. Tal entendimento foi o mesmo da sentença de 1º grau.

Além disso, foi questionada a parcela dos royalties que vinha sendo paga que, segundo o juiz de primeiro grau, estava em desacordo com os critérios de repartição estabelecido no Decreto nº 1/1991.

Irresignado com a sentença, o Município de Imbé apelou, postulando a reforma integral da sentença para o fim de declarar o ato da ANP que suspendeu o pagamento de royalties ilegal.

Ao analisar a decisão em comento, verificou-se que foi mantido o entendimento jurisprudencial corrente do tribunal, garantindo o repasse da parcela de royalties sobre o valor de produção de óleo bruto e gás natural, além de declarar a ilegalidade do ato administrativo.

Ora, a participação no resultado da exploração petrolífera ou de gás natural é prevista primeiramente na Constituição Federal no art. 20, §1º,⁸⁹ além da Lei nº 7990/89,⁹⁰ que

⁸⁹ Art. 20 §1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

⁹⁰ Art. 7º. O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: [...]

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

determinou os valores de repasse aos entes federados que tenham instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural.

Quanto aos critérios de divisão e distribuição dos royalties, estes são disciplinados na Lei nº 9478/97, cujo pagamento poderá ser de até 5% da produção de petróleo ou gás natural ou do montante entre 5% a 10% da produção.

Desde então, o critério determinado no artigo 27 da Lei nº 7990/89 (produção até 5%) vinha sendo adotado para o Município de Imbé, pois não havia ocorrido nenhuma alteração legislativa.

Ademais, a lei não adentrava na definição de instalação de embarque e desembarque de petróleo e o Decreto nº 1/91, que continha a descrição exemplificativa de instalações de embarque e desembarque, não poderia ser interpretada como rol taxativo, inovando no ordenamento jurídico além da reserva de lei, uma vez que os dispositivos legais de hierarquia superior não sofreram nenhuma alteração nesse sentido.

De fato, a ANP ao mudar a interpretação das referidas leis e normativos, ultrapassou os limites da legalidade, razoabilidade, devido processo legal, entre outros.

A jurisprudência é farta nesse sentido, conforme descrito no próprio acórdão, de que os critérios de distribuição dos royalties não podem ser modificados pela agência reguladora, sendo imprescindível a autorização legal.

Portanto, além de descaracterizar as instalações existentes em Imbé, alegando que não se enquadravam na hipótese legal por meio de interpretação equivocada, a ANP incluiu a condição de que as instalações de embarque e desembarque fossem necessariamente localizadas em áreas de concessão contratadas com a ANP, sendo uma clara situação de exorbitância do poder regulador, uma vez que resta ausente qualquer disposição legal neste sentido.

De fato, o controle judicial foi fundamental no caso apresentado. Não invadiu o mérito administrativo, apenas pautando-se pela legalidade da questão.

Por fim, a última modalidade de controle a ser analisada é o administrativo, que ocorre dentro da própria Função Executiva.

4.4. Controle administrativo

O controle administrativo tem por objetivo ratificar, rever ou alterar os atos internos, sob à luz do princípio da legalidade e do mérito administrativo (conveniência e oportunidade). Ainda que o ato administrativo possua legitimidade *iuris tantum*, pode ser corrigido ou alterado, pois é legítimo até que se prove a sua ilegalidade.⁹¹

Portanto, as agências reguladoras podem, ao considerar certa decisão ou medida ilegal, corrigir por remover do ordenamento jurídico e substituir por uma nova conduta mais adequada aos preceitos legais, ou alterar parte do ato que considerar ilegal ou inconveniente, conforme delineado nas Súmulas 346⁹² e 473⁹³ do STF

Isso ocorre porque as agências, assim como os outros entes administrativos, possuem a capacidade e o dever da autotutela, o que permite as revisões e alterações ser executadas de ofício, visando o cumprimento da lei e a proteção da segurança jurídica em alguns casos, bem como poderá ser também por meio de provocação pelos agentes econômicos regulados e usuários, quando estes não se conformarem com as decisões tomadas pela autarquia reguladora.

Os agentes regulados e usuários dos serviços regulados buscam a reconsideração de um ato administrativo das agências por intermédio de recursos. Os recursos são instrumentos formais que tramitam na via administrativa sem qualquer interferência jurisdicional e materializam o direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, que assim estabelece:

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.35.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Súmula 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.

⁹³ BRASIL. 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.

Art. 5º, XXXIV. São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Considerando que a Administração Pública é fundamentada no conceito de hierarquia e que não há que se falar em ingerência do Judiciário no âmbito do processo administrativo, os recursos tramitam no próprio órgão que executou o ato ou tomou uma determinada decisão, sendo denominado pela doutrina como *recurso hierárquico próprio*.

Por outro lado, existem os recursos que são dirigidos a órgãos ou autoridades distintas daquele em que teve como origem o ato impugnado. Esse tipo de recurso é chamado de recurso hierárquico impróprio e é chamado dessa forma porque, entre a entidade que realizou a medida questionada e o ente recursal, não há nenhum grau de subordinação, mas apenas mera de vinculação.

Há quem diga que, mesmo que esses recursos dependam de previsão legal expressa, também entendem que não haveria nenhum óbice em um reexame do ato “mesmo diante do silêncio da lei, até porque, se não for a postulação reconhecida como recurso, deverá sê-lo como exercício regular do direito de petição, o qual há de merecer a resposta da Administração”, não sendo possível apenas a interposição de recursos a uma Função contra ato de outra, em razão da independência garantida no artigo 2º da Constituição Federal.⁹⁴

Na verdade, não há nenhuma previsão legal expressa, no que tange às agências reguladoras, que possibilite a interposição dessa espécie de recurso. As leis instituidoras das agências, quando não silenciam sobre o assunto, não expressam claramente o destinatário dos recursos hierárquicos.⁹⁵

Além disso, segundo Alexandre Santos de Aragão, a ‘admissão de recurso hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para a agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração ad nutum dos seus dirigentes.’⁹⁶

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 990.

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. pp. 372/3.

⁹⁶ Id. Ibidem p. 374

Portanto, admite-se o reexame da matéria administrativa em apenas duas possibilidades, administrativa por meio dos recursos hierárquicos próprios e na via judicial por meio do controle jurisdicional como já analisado no item anterior do presente trabalho.⁹⁷

Porém, embora a autonomia das agências reguladoras e a falta de determinação legal expressam tornem inviáveis a interferência de entes estranhos ou até mesmo de subordinação política, existe o instituto da supervisão ministerial.

Considerando que as agências são sempre vinculadas a um Ministério específico ligado à área de atuação a ser regulada no mercado, o controle ministerial tem caráter finalístico e financeiro, preservando a autonomia das agências, conforme expresso no artigo 26 do Decreto-Lei 200/67, que é aplicado subsidiariamente às leis instituidoras das agências, nos termos:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;

⁹⁷ Item 4.3.

- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público.

Dessa forma, a supervisão ministerial não viola a autonomia administrativa, desde que não desfigure a natureza das agências, verdadeiros instrumentos de concretização das políticas públicas, com caráter técnico e independente de interesses políticos e econômicos.

CONCLUSÃO

Com base em tudo que foi exposto e discutido nesta monografia, conclui-se que:

1) As agências reguladoras são instrumentos do Estado no exercício da intervenção indireta na economia. O surgimento no Brasil teve como fator preponderante a mudança de paradigma na interação entre o Estado e a ordem econômica na década de 90, após grave crise econômica e gerencial. O modelo foi importado dos Estados Unidos da América e a sua implantação no Brasil foi possível em razão da descentralização da Administração Pública, além da visão neoliberal que promoveu a desestatização de setores da economia.

2) Por serem as agências reguladoras autarquias sob regime especial, possuem uma autonomia reforçada, sendo: normativa, administrativa, econômico-financeira e decisória, fundamental para o exercício da atividade regulatória.

3) A autonomia garantida à agência reguladora não tem caráter absoluto, pois tal ente da Administração Pública Indireta devem sujeitar-se sempre ao arcabouço legal pátrio.

4) Quanto à autonomia normativa, possuem as agências reguladoras a capacidade de editar normas para o seu funcionamento interno, bem como para o setor regulado, atingindo toda a coletividade.

5) O poder normativo, embora atacado quanto à sua constitucionalidade, fundamenta-se não em uma mera delegação inominada, como alega parcela minoritária da doutrina, mas em uma delegação legislativa que rebaixa hierarquicamente a matéria regulada, possibilitando que a agência possa, de forma mais eficiente, regular o seu âmbito de atuação assim definido em lei.

6) Não há que se falar em inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal prevê a figura dos órgãos reguladores e estes são criados por lei específica, que delimita os *standards* da atuação e as características.

7) Também não merece prosperar a tese do déficit democrático das agências, pois o ordenamento jurídico confere às agências formas de participação social. Embora tais medidas

ainda precisem de aprimoramento para que seja conferida mais legitimidade democrática, a participação popular existe mesmo que não seja ainda no grau desejado, o que não fundamenta a ideia de déficit democrático dessas instituições.

8) As agências reguladoras, no cumprimento de seus objetivos, devem ser imunes aos interesses políticos e econômicos, o que caracterizaria o risco de captura.

9) A captura é um ato imoral e afronta princípios administrativos norteadores da Administração Pública. Portanto, a participação popular efetiva, a transparência, a diminuição da quantidade de cargos comissionados e o controle exercido pelas Funções de Estado, são algumas das medidas eficazes para o afastamento do risco de captura.

10) Além do controle do próprio ente administrativo, merece destaque os controle judicial e legislativo. Tais controles não invadem a competência das agências, não substituem as decisões de conveniência e oportunidade da agência, não afrontam princípios da separação de poderes e da legalidade, nem sequer quando ocorre finalisticamente exercido pelo controle externo (TCU).

11) Pelo contrário, os referidos controles protegem e garantem a autonomia das agências, colaborando com o atendimento dos princípios da eficiência e resguarda de possíveis ilegalidades que podem vir a causar danos à segurança jurídica, tão cara para as atividades econômicas, além de interesses dos consumidores.

12) Por conseguinte, as agências reguladoras são entidades vitais no desempenho da intervenção indireta do Estado, sua existência e atuação estão de acordo com os comandos constitucionais e infraconstitucionais. Com a evolução do debate sobre a atividade regulatória e medidas efetivas, acredita-se que a pluralidade de interesses coletivos da sociedade será cada vez mais assegurada e toda a coletividade se beneficiará com uma prestação eficiente e satisfatória dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2.** Brasília: MP. SEGES. 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

_____. **As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor.** In: Revista de direito público da economia – RDPE, Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 07, jul/set., 2004. Disponível em: Acesso em:

_____. **A regulação dos monopólios, quando a competição.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 10, maio/junho/julho. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 25.11.2016.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 169-170.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo.** 26º ed. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 363.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2º. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BERGUER, Marshall J.; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: The Responsibilities of Public Lawyers.** Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=scholar> Acesso em 13.11.2016.

_____. **Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. nº 1. fevereiro. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 15.10.2016.

BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia. nº 3. agosto/setembro/outubro. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15.11.2016. Rio de Janeiro: Renovar. 2016.

_____. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. nº13. março/abril/maio. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 15.11.2016. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar. 2008 p. 107.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2013.

BRASIL, Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 156/2015.**

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União.** Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização. 2008. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05.11.2016.

_____. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro.** Brasília: 2003. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 20.11.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADI 4568** .Voto: Ministro Luiz Fux.

_____. Tribunal Regional Federal 5º Região, **AC 342.739/PE.** Relator Ministro Francisco Cavalcanti.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10.10.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9º ed. São Paulo, Atlas, 2015.

_____. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **500 Anos de Direito Administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Administrativo - RBDA, Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2005.

_____. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº7. setembro/outubro/novembro. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf>>. Acesso em: 02.10.2016

EUA, Library of Congress. **President Franklin Delano Roosevelt and the New Deal, 1933-1945**. Disponível em: < <http://www.loc.gov/teachers/classroommaterials/presentationsandactivities/presentations/timeline/depwwii/newdeal>>. Acesso em: 13.11.2016.

EUA, **U.S. Securities and Exchange Commission**, Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em: 13.10.2016.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **O poder normativo estatal originário e o fenômeno da deslegalização**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12246&revista_caderno=4> . Acesso em: 01.10.2016.

FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. Rio de Janeiro: 2007. p.48. Disponível em:<<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2007/3-lugar-tema-2-estudantes>>. Acesso em: 02.11.2016.

FORTES, Daniel. **A Teoria da Captura nas Agências Reguladoras e sua aplicação na Lei nº 12.846/2013**. Salvador: 2015. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>. Acesso em: 08.11.2016.

GARCIA, Emerson. **A Autonomia Financeira do Ministério Público**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4282>>. Acesso em: 08.11.2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. nº 6. mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13.11.2016.

GUERRA, Sérgio. **Atualidade Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 21. fevereiro/março/abril. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

JUSTA, Mauro. **O significado de “accountability” em gestão pública**. Disponível em: <<http://oruamconhecimentos.blogspot.com.br/2011/07/o-significado-de-accountability-em.html>> Acesso em: 07.12.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Ed. Dialética, São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.) **Regulação e desenvolvimento, Malheiros**. Editores. São Paulo: 2002, pag. 182-230.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O reforço da legitimidade democrática das agências reguladoras**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível

em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8881>. Acesso em: 03.11.2016.

_____. **Controle ministerial sobre as agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8882>. Acesso em: 15.11.2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n° 12. novembro/dezembro/janeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em: 02.11.2016.

_____. **Consideraciones sobre la participación en el Derecho comparado Brasil-España.** In: *Revista de administración pública*. n° 152. 2000. pp 73-92. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17494>>. Acesso em: 01.12.2016.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública.** Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor.** 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.

_____. **Governança regulatória e o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras.** Dúvida

RAMALHO, Renato José Ramalho Alves. **Teoria da captura e independência das agências reguladoras.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4413, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40743>>. Acesso em: 20.11.2016.

ROCH, Joyce Michelle de Melo. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências Reguladoras e o “Aparente Conflito” com a Tripartição dos Poderes.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. N° 27. agosto/setembro/outubro. 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-JOYCE-ROCH-ROCCO-NELSON.pdf>>. Acesso em: 10.11.2016.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad.** Buenos Aires: Manatíal, 2010.

SANTOS, Roberto Mizuki. **Deslegalização e a função reguladora da administração pública.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13506>>. Acesso em: 07.11.2016

SOARES, Deborah Maria de Vasconcelos Gomes. **Teoria do risco da captura.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55156&seo=1>>. Acesso em: 20.11.2016

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

_____. **Função Regulatória.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 13. fevereiro/março/abril. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em:

SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em: 18.10.2016.

TAYLOR JUNIOR, Quintard. **Survey of the History of the United States.** New Deal Agencies. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/qtaylor/Courses/101_USH/new_deal.htm> Acesso em: 13.11.2016

ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras.** In: **SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.** 2002. Brasília. **O controle externo da regulação de serviços públicos.** Brasília: TCU. 2002 p. 17-36. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/file/fileDownload.jsp?fileId=/opt/lumisportal/www/backup/bd/2059166.PDF>>. Acesso em: 01.10.2016.