

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
BACHARELADO EM DIREITO**

ALAN CARLOS MARQUES DOS SANTOS

**O BRASIL E AS AGÊNCIAS REGULADORAS - DE ESTADO CENTRALIZADOR A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA**

Campina Grande – PB

2014

ALAN CARLOS MARQUES DOS SANTOS

**O BRASIL E AS AGÊNCIAS REGULADORAS - DE ESTADO CENTRALIZADOR A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Rodrigo Araújo Reül

Campina Grande – PB

2014

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

S237b Santos, Alan Carlos Marques dos.
O Brasil e as agências reguladoras: de Estado centralizador a administração pública policêntrica / Alan Carlos Marques dos Santos. – Campina Grande, 2014.
70 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.
Orientador: Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reül.

1. Administração Pública. 2. Estado. 3. Agências Reguladoras - Reforma Administrativa. I. Título.

CDU 35(043)

ALAN CARLOS MARQUES DOS SANTOS

**O BRASIL E AS AGÊNCIAS REGULADORAS - DE ESTADO CENTRALIZADOR A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA**

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Esp. Rodrigo Araújo Reül
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)

Esp. Floriano Brito Junior
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)

Esp. Yuzianni Rebeca de Melo Sales Marmhoud Coury
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

Dedico esta monografia à minha maravilhosa
mãe, pelo amor incondicional e pelo
total apoio durante essa minha jornada,
bem como ao meu pai, que mesmo tendo
partido em novembro de 2013, não podendo
ver seu filho se graduar, foi meu aporte
e meu grande torcedor. Foram os dois que
me ofereceram o forte alicerce
para tornar possível
a construção do meu futuro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor e orientador Rodrigo Araújo Reül pelo apoio e contribuição à pesquisa, e aos ilustres Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Faculdade Reinaldo Ramos, pelo apoio institucional.

Agradeço aos professores da banca, pela honra de tê-los presentes nesse momento tão importante, a fim de avaliarem a defesa desta monografia.

Agradeço aos colegas da faculdade, pelo companheirismo e apoio durante o curso, em especial Ellen Eloi, Resenildo Junior, Anderson Marinho, Priscila Freire, Walber Félix, e Pastor Joab.

Agradeço ainda meus amigos/irmão que a vida me deu, Micael Rosendo, Danillo Macedo e Mateus Freitas, pela convivência no regime de irmandade durante essa jornada, pelos momentos de curtição e desestresse, e pelo incentivo e apoio.

Agradeço a Angélica Cruz, Sama Vieira, Fabrício Barreto e Maricleia Rodrigues pela torcida.

Agradeço também a Helena Albuquerque, pelo apoio moral e por contatar uma amiga sua, que gentilmente ajudou na elaboração do “Abstract” desta monografia.

“Eu tenho uma porção
de coisas grandes pra conquistar
e eu não posso ficar aí parado.”

Raul Seixas

RESUMO

Esta monografia versa sobre a evolução do modelo de Estado no mundo e posteriormente no Brasil. O Estado passou de liberal, com o total distanciamento das questões sociais e econômicas, deixando-as para a livre iniciativa, evoluindo para um modelo de Estado-social, no qual abrangeu totalmente a execução e exclusividade de serviços públicos, passando a produzir diretamente como empresário, e invadindo setores onde não deveria, causando desequilíbrios e queda na economia. Evoluiu-se para o modelo democrático neoliberal, no qual se atém ao básico para o seu funcionamento, sem se ausentar da preocupação e promoção das questões sociais. O Brasil, iniciando-se no governo Collor e tendo seu estopim no governo FHC, passou por privatizações e desestatizações, transferindo-se a execução de serviços públicos a particulares por permissão ou concessão. Nesse cenário surgem as agências reguladoras, autarquias em regime especial, detentoras de autonomia administrativa, bem como autonomia financeira, dirigidas por colegiado de diretores com mandatos fixos, sem possibilidade de exoneração *ad nutum*, o que a torna politicamente neutra e imparcial, garantindo a sua independência de atuação, para controlar a prestação dos serviços, agora sob execução de particulares. Criadas por lei específica, dotadas de personalidade jurídica de direito público interno, com natureza jurídica de autarquia e possuindo patrimônio próprio. Assim, as agências são dotadas de competência para regular determinado setor, sendo detentoras de função regulamentar e arbitrar conflitos de particulares sujeitos à sua regulação. As agências regulam, fiscalizam, e sancionam os agentes regulados, buscando levar um serviço público, célere, eficiente, e menos oneroso a todos.

Palavras-chave: Evolução do Estado. Reforma da Administração Pública. Agências reguladoras.

ABSTRACT

This monograph is about the evolution of the model state in the world and afterwards in Brazil. The state have gone from liberal, with total detachment from social and economic issues, leaving them for free enterprise, evolving to a model of state-social, in which fully covered the implementation and exclusivity of public services, starting to produce directly as entrepreneur, and invading areas where it should not, causing imbalances and economic downturn. Evolves to the neo-liberal democratic model, which sticks to the basics for their operation, without be absent of concern and promotion of social issues. The Brazil, starting with Collor government and having your peak in the FHC government, went through privatizations, by moving the execution of public services to private individuals for permission or granting. In this scene arise regulatory agencies, municipalities on special regime, holders of administrative autonomy, as well as financial autonomy, run by a collective of directors with fixed mandates without possibility of resignation *ad nutum*, making it politically neutral and impartial, ensuring their independence of action, to monitor the provision of services, now under implementation by particular individuals. Created by specific law, with legal personality of public law with legal nature of authority and having its own patrimony. Thus, agencies are endowed with powers to regulate certain sector, being in possession of a regulatory function and to arbitrate conflicts of individuals subject to their regulatory. The agencies regulates, supervises and sanction the regulated agents, seeking to provide a public service, speedy, efficient service, less costly to everyone.

Keywords: Evolution of State. Public Administration reform. Regulatory agencies.

ABREVIATURAS/SIGLAS

amp. – ampliada

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANM – Agência Nacional de Mineração

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

atual. – atualizada

BCB – Banco Central do Brasil

BNDE – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

EC – Emenda Constitucional

ed. – edição

FHC – Fernando Henrique Cardoso

FMI – Fundo Monetário Internacional

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

PDRE – Plano Diretor da Reforma do Estado

Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A.

PIB – Produto Interno Bruto

PND – Plano Nacional de Desestatização

rev. – revisada

STF – Supremo Tribunal Federal

vol. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO E REFORMA DO ESTADO	12
1.1 LIBERALISMO	12
1.2 ESTADO SOCIAL	15
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO.....	18
1.4 NEOLIBERALISMO.....	20
1.5 BRASIL – DE ESTADO-EMPRESÁRIO A ESTADO DEMOCRÁTICO NEOLIBERAL.....	22
CAPÍTULO II – O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	25
2.1 ORIGEM.....	25
2.2 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	26
CAPÍTULO III – AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	32
3.1 NATUREZA JURÍDICA	32
3.2 CONCEITO	36
3.3 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	39
3.4 CLASSIFICAÇÃO.....	41
3.5 AUTONOMIA OU INDEPENDÊNCIA.....	43
3.5.1 Autonomia administrativa e estrutural.....	47
3.5.2 Autonomia financeira	49
3.6 ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	50
3.7 FUNÇÃO NORMATIVA.....	51
3.8 FUNÇÃO REGULADORA	53
3.9 FUNÇÕES FISCALIZADORA E SANCIONATÓRIA	56
3.10 O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS.....	58
3.10.1 Controle administrativo ou interno	60
3.10.2 Controle do Tribunal de Contas	61
3.10.3 Controle pelo Poder Legislativo	61
3.10.4 Controle pelo Poder Judiciário	62
3.10.5 Controle pelo Ministério Público.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

As relações entre o Estado e a sua intervenção na prestação de serviços públicos e na economia de modo geral passou por grandes transições durante a história moderna, partindo de um total liberalismo e chegando até uma extrema intervenção.

O que ocorreu foi que o Estado passou a assumir a responsabilidade pelo exercício de atividades de diversos setores da sociedade, causando um inchaço na máquina estatal, o que resultou numa má administração pública.

Neste contexto surge um impasse, pois não se podia deixar a sociedade completamente à mercê da iniciativa privada, como ocorria no liberalismo, mas também não cabia mais o total intervencionismo.

A solução se deu justamente com a evolução do antigo Estado-produtor para o moderno Estado-regulador.

Desta forma é que surgiram as agências reguladoras, onde ao invés de abster-se totalmente do controle econômico e social ou de centralizar todas as suas execuções para si, o Estado transfere parte para a iniciativa privada e cria as agências para regularem essas atividades.

No Brasil, as primeiras agências reguladoras surgem na segunda metade da década de noventa, paralelamente ao período de desestatização, ocorrendo conseqüentemente a descentralização administrativa, onde o Estado decide transferir parte dos serviços públicos e do monopólio estatal para serem executados pela iniciativa privada.

Assim, pareceu conveniente trazer para o cenário brasileiro o instituto já bastante utilizado no direito anglo-saxão que é o das agências reguladoras. Inspirando-se no modelo norte-americano, foram criadas, através de lei própria, como autarquias especiais, possuindo capacidade jurídica e técnica especializada em determinado setor. Apesar de manterem vínculos com os Ministérios superiores, as agências reguladoras possuem uma autonomia bastante reforçada, além de serem independentes de poderes políticos.

Esta monografia objetiva analisar a evolução do papel intervencionista do Estado, com as particularidades do Brasil, além de enfatizar a importância da criação e do funcionamento das agências reguladoras no país após a evolução do

Estado para o neoliberalismo, necessitando assumir uma postura reguladora, além de analisar o processo evolutivo histórico que levou a sua criação.

Serão abordadas ainda a natureza jurídica das agências reguladoras, o conceito, a classificação, a autonomia ou independência, as atribuições e funções, e as formas de controlá-las, além de serem elencadas todas as agências criadas no âmbito federal até hoje.

Por fim, destaca-se que a presente monografia será desenvolvida na forma de revisão bibliográfica.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO E REFORMA DO ESTADO

Neste primeiro capítulo será traçado um panorama da evolução e reforma do Estado, desde o liberalismo, evoluindo-se este para o chamado Estado-social, e posteriormente para Estado democrático de direito, tendo sido este ainda sofrido modificações no que tange à sua intervenção na economia e na prestação de serviços público, através da implantação da filosofia neoliberal.

Feito isso, em seguida será ainda desenvolvida uma abordagem breve sobre a evolução dos modelos de Estado que passou o Brasil, tendo esta explanação fundamental importância para contextualizar as agências reguladoras no cenário brasileiro, as quais serão esmiuçadas em detalhes posteriormente.

1.1 LIBERALISMO

O liberalismo, uma filosofia de Estado criada a partir de ideais de liberdade política e econômica e de igualdade, surgiu no século XVII, baseado em obras de ciência política do filósofo inglês John Locke (1632-1704), sendo fortemente difundido no mundo a partir do século XVIII, através do filósofo e economista escocês Adam Smith, durante e após a Revolução Francesa.

A fim de se conceituar o liberalismo, não é possível deixar de citar Norberto Bobbio, filósofo político, historiador do pensamento político e senador vitalício italiano, que em sua obra “Liberalismo e Democracia”¹, versa que o liberalismo “é uma concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto, quanto ao Estado que hoje chamamos de social”, sendo este último contextualizado adiante (BOBBIO, 1988).

Assim, é possível compreender a princípio um Estado liberal como totalmente avesso àquele Estado absolutista, o qual prevaleceu durante parte da Idade Média e da Idade Moderna, onde a concentração da totalidade dos poderes estatais concentrava-se em uma só pessoa, em caráter perpétuo.

Conforme dito, o Estado liberal foi idealizado por John Locke, onde em sua concepção o homem surge antes mesmo da sociedade, tendo intrinsecamente a liberdade e a igualdade como partes de seu Estado de natureza. O que se contrapõe

¹ Livro “Liberalismo e Democracia”, de Norberto Bobbio (1988), traduzido para o português por Marco Aurélio Nogueira. 4ª reimpressão da obra traduzida e publicada pela Editora Brasiliense no ano 2000.

totalmente com ao conceito de Thomas Hobbes (1588 - 1679) de Estado de natureza, pois para ele, as pessoas mantendo a sensação permanente de liberdade e igualdade, conduzir-se-ia a sociedade a um estado de guerra constante (MARCONDES, 2008).

Insta salientar que a natureza humana é o alicerce do que se tem como direitos e liberdades individuais, dando origem a um modelo de ordem social que se contrapunha ao feudalismo, que predominou no período medieval, e ao absolutismo.

O cientista político Francisco Weffort, um dos pensadores mais respeitados do país, aduz em sua obra "Formação do Pensamento Político Brasileiro" (2006) que a pacificidade do contrato social de Locke já se caracterizava pela existência de uma sociedade e que haviam propriedades, além de serem atribuídos ao ser humano a vida, a liberdade e os bens como seus direitos naturais. Ou seja, nesse estado de natureza, o homem era possuidor de vários direitos naturais, os quais não possuía por vontade própria, o que se conotava em um estado de perfeita liberdade e igualdade, e que a propriedade seria um instituto anterior à sociedade civil, sendo esta objeto da criação do Estado, e, portanto, parte integrante do conjunto de direitos naturais do indivíduo, e que não poderia o Estado intervir na propriedade, bem como nos outros direitos (WEFFORT, 2006).

Neste ínterim, surge um questionamento quanto à necessidade de poder conciliar as liberdades e os direitos inerentes aos indivíduos, conjunto do estado de natureza do ser humano, com as exigências do convívio em comunidade, a qual requer necessariamente o respeito ao direito do outro (a fim de se evitar o Estado de guerra de Hobbes), o que é imprescindível para se adquirir a harmonia social. Assim surge contrato social, oriundo da necessidade de criação de um novo modelo social, onde o homem consentiria ao Estado o poder político com o escopo de consolidar e preservar os direitos individuais de cada homem, os mesmo já possuídos e seu estado de natureza, entretanto com o poder estatal de fundo para garantir-lhes esses direitos (MARCONDES, 2008).

Locke idealizava que os indivíduos reuniam-se em sociedade, mas preservavam seu estado de natureza, não perdendo, portanto, seu direito à vida, à liberdade e à propriedade, cabendo ao Estado comprometer-se a preservá-los. Neste contexto, o contrato social, trouxe a esse novo modelo de sociedade a necessidade de se delegar a uma assembleia ou a um soberano, o exercício desta função, após o consentimento dos indivíduos de se agruparem, cabendo a estes

retirarem do poder aqueles que não governassem atendendo aos interesses da coletividade, assegurando-lhes os seus direitos naturais (MARCONDES, 2008).

Neste sentido, WEFFORT (2006) entende que os direitos naturais à vida, à liberdade e aos bens independem da vontade dos indivíduos, sendo, portanto inalienáveis, mesmo no Estado civil, cabendo a este criar leis e usar a força para protegê-los, pois este seria o real sentido e a necessidade de se formar um Estado, a garantia aos direitos naturais.

A doutrina de John Locke o fez ser conhecido e estudado em todo o mundo como o pai do individualismo liberal, servindo o mundo de suas ideias que serviram de base para formação do pensamento liberal ao longo do século XVIII, além de terem sido utilizadas nas Declarações dos Direitos dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1789).

Retomando a concepção de Estado liberal, BOBBIO (1988) versa que, em uma análise filosófica, o mesmo é limitado e se contrapõe ao Estado absoluto, vez que possui guarita na escola do direito natural, onde o homem possui direitos fundamentais que estão além da sua própria vontade e que também não podem estar nas mãos de alguns poucos ou de um, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à felicidade. Neste sentido, Bobbio entende que no liberalismo o Estado não pode intervir nesses direitos, devendo apenas zelar para que ninguém invada os pertencentes aos outros, através da força, quando necessário.

Durante o liberalismo, havia um amplo distanciamento do controle estatal, onde a sociedade galgava pelos caminhos da livre iniciativa e da livre concorrência, baseando suas relações em uma regulação privada, limitando-se o Estado apenas a gerar garantias necessárias ao funcionamento do mercado e a prestar serviços essenciais, além da defesa da sua soberania e à segurança interna.

Assim, no que tange aos aspectos econômicos do liberalismo, este se baseia na propriedade privada e em uma economia de mercado livre de controles estatais, ou seja, caberia ao Estado proporcionar a liberdade civil, pessoal e econômica aos indivíduos, mantendo a ordem e a segurança, cuidando para que os conflitos fossem dirimidos por juízo imparcial.

Bobbio, magnificamente sintetiza que, apesar do liberalismo abranger tanto um Estado de direito quanto um Estado mínimo, um Estado de direito pode não ser mínimo, como é o caso do Estado social, e por outro lado o Estado mínimo também pode não ser de direito, como ocorrera no Estado Leviatã de Hobbes. Assim, o

Estado liberal se resume à luta contra o Estado absoluto e à defesa do Estado de direito (BOBBIO, 1988).

Por tudo isso, é possível observar-se que o liberalismo abrange muitos aspectos e contextos, mas o que se pode concluir é que se trata de uma ideia em que há diversas liberdades aos indivíduos, paralelamente com os limites de atuação do Estado.

Entretanto, o modelo liberal, como foi formulado, não foi capaz de resolver os problemas de ordem econômica das camadas base da sociedade, as proletárias, e por isso entrou em crise irreversível (BONAVIDES, 2007).

1.2 ESTADO SOCIAL

Ocorre que, a partir do fim do século XIX e início do século XX, a busca pela chamada "justiça social" tomaram força, fazendo com que ocorressem diversas reivindicações. Nesse período de transição, os liberais Europeus passavam por drásticas modificações sociais, políticas e econômicas, concomitantemente com o fim da escravidão, o surgimento das ideias de tolerância religiosa, de liberdade de imprensa, bem como de associação e manifestação, de ampliação do alcance da educação, além do exercício do sufrágio universal, através do voto, inclusive de mulheres, o que levou o Estado mínimo a intervir onde até então eram típicos da iniciativa privada (STRECK e MORAIS, 2003).

Durante o liberalismo, as constituições geralmente eram sintetizadas de forma a abranger apenas o que se refere à estrutura básica do Estado, além de abarcar conceitos como direitos individuais e políticos. Por outro lado, com o advento das Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, surge então o conceito de *Welfare State*, ou Estado Social, onde as cartas constitucionais passaram a elencar outros assuntos como ordem econômica, relações familiares, cultura, etc. Assim, as constituições passaram de leis básicas do Estado, adstritas apenas à temática do direito público, para uma base fundamental do Estado e da sociedade, o que desencadeou um conflito entre direito público e direito privado, pois passou-se a um intervencionismo exacerbado na sociedade, onde toda a ordem jurídica encontrava-se submissa aos ditames e valores do documento magna. (BINENBOJM, 2008)

Desta forma, após séculos de retirada da participação do Estado na organização da economia, dando espaço para os particulares, com uma maior

liberdade ao mercado, sem a regulamentação do Estado, se estendendo até o início do século XX. Mas após a derrocada da economia 1929, onde houve superprodução que o mercado não conseguiu absorver, surgida após o advento da Primeira Guerra Mundial, que, dentre outros propósitos, era resultado de grandes disputas por áreas comerciais e por mercados, digladiada por países europeus, foi o estopim para a necessidade de se discutir e se implementar um novo modelo de Estado. Objetava-se então a retirada do Estado da regulamentação econômica, entretanto o que ocorreu foi o inverso, o Estado passou a retomar tais atividades.

Já não havia mais espaço para o Estado liberal, e seu distanciamento de áreas que, apesar de se distanciarem a princípio dos direitos naturais dos indivíduos, como a regulação do mercado, por exemplo, eram essenciais para o fortalecimento do Estado, fazendo com que este posteriormente pudesse assegurar às pessoas o efetivo exercício dos seus direitos.

Esses ideais são totalmente contrários ao pensamento liberal, pois para o liberalismo, a intervenção do Estado na economia e em políticas sociais seria maléfica para a sociedade e para a própria economia.

O Estado liberal passou a mostrar-se extremamente inconstante, não conseguindo mais manter o equilíbrio entre mercado, economia e sociedade, e sua abstenção não garantiam mais uma boa qualidade de vida aos indivíduos.

Neste período, o Estado passou a organizar a sua política e economia, além de incumbir-se da prestação e defesa dos interesses sociais, atuando junto a sindicatos e empresas privadas para buscar, conforme características específicas de cada país, garantir a prestação de serviços públicos, além de promover a proteção à população.

Desta forma, o Estado passou a controlar mais as esferas social e econômica, e passou a buscar gerir o serviço público de forma diferenciada, a fim de se obter melhores resultados, invadindo o campo de atividade privada, especialmente as de natureza comercial e industrial, em alguns países, como a Alemanha, objetivando-se a socialização, já em outros, como nos Subdesenvolvidos, almejava-se desenvolvimento econômico. (DI PIETRO, 2012)

Diante da realidade do capitalismo, o qual é característico pela acumulação de capital, havia-se a necessidade de relacioná-lo com a distribuição de renda de forma igualitária em toda a sociedade, e então o Estado passa a voltar-se com maior

afinco às questões sociais, tornando-se estas as principais características do conceito de Estado de bem-estar Social.

Este modelo de Estado visava na verdade garantir que a economia não despenhasse mais, através da redução do distanciamento em que o Estado liberal se encontrava, para buscar a preservação do capital e a sua acumulação.

No Estado Social, o Poder Público alterou sua postura abstencionista para atuar mais ativamente no controle social e econômico, tomando para si a responsabilidade pela execução de inúmeros serviços. Desta forma, o Estado passou a exercer infindáveis atribuições, resultando no inchaço da máquina estatal, tornando-a lenta, burocratizada e ineficiente.

Importante destacar a série de benefícios que o Estado Social trouxe à sociedade, os quais, de tamanha importância para o desenvolvimento de mecanismos para a promoção da justiça social, se estendem até hoje, com o atual Estado Democrático de Direito.

Neste íterim, destaca Paulo Bonavides que o Estado passou a atuar de forma muito mais abrangente, lidando com os direitos do trabalho, da previdência e do salário, da educação, atua ativamente na economia como produtor e distribuidor, controla a moeda e a regulação dos preços. Ademais buscou o combate ao desemprego, a proteção dos enfermos, e concedeu crédito ao proletariado para compra da casa própria e exercia o controle de profissões, comprava a produção e financiava as exportações, concedendo crédito. Entretanto, o Estado Social passa estabelecer em todas as classes uma dependência econômica, política e social, através da expansão de sua atuação, abrangendo o domínio de áreas que antes eram pertencentes à iniciativa privada. Passou a nacionalizar e dirigir indústrias e a concorrer com a aos particulares e a expandir a quantidade de empresas sob seu poder e controle, o que causava grande impacto no setor privado, ponde em xeque o salutar funcionamento da economia (BONAVIDES, 2007).

O Estado social seria a representação de uma transformação supraestrutural em relação ao antigo Estado liberal. Foram Estados sociais: a Alemanha nazista; a Espanha franquista, o Portugal salazarista; a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos de Roosevelt; a França da Quarta República; e o Brasil depois da Revolução de 1930. (BONAVIDES, 2007)

O jurista Luís Flávio Gomes versa que nos países escandinavos (conhecidos como países nórdicos), como Noruega, Suécia, Dinamarca, Finlândia, além do

Canadá, são os únicos do planeta a resistirem com o Estado do bem-estar social. Estes países possuem hodiernamente relativa prosperidade, diferentemente do que ocorria antigamente, em virtude da última crise econômica mundial, entretanto resistem até hoje aos excessos do neoliberalismo norte-americano (GOMES, 2013).

Apesar das afirmações do nobre jurista, é importante salientar que no *ranking* mundial do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da Organização das Nações Unidas (ONU)² de 2012, os países supramencionados que ainda adotam o Estado social, encontravam-se à época, no topo da lista de melhor IDH.

Assim, apesar deste perfil de Estado parecer promissor, na América Latina o Welfare State não alcançou os objetivos que as constituições de seus países previam, tendo em vista as particularidades das nações latino-americanas que sofreram com longos períodos de colonização, séculos de governos autoritários, além de terem demorado muito para se tornarem efetivamente industrializados, o que tornou inconsistente a ascensão do Estado de bem-estar. Segundo Streck e Moraes, o “intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o acesso da idéia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações.” (STRECK; MORAIS, 2003).

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO

Após essas acepções, entendendo-se os antagonismos entre o abstencionismo e o intervencionismo estatal, resulta em uma insustentabilidade do Estado Social, e ensejava-se por uma menor intervenção do Estado, entretanto sem deixar de lado a sua preocupação com a justiça social.

Neste íterim, se desenvolve um novo conceito de Estado na maior parte do mundo, a fim de superar a derrocada do Welfare State, com a ascensão dos ideais democráticos, na busca pelas garantias do Estado de Direito, sem se abster dos interesses sociais da população.

² Segundo o sítio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, “o objetivo da criação do Índice de Desenvolvimento Humano foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. (...) Atualmente, os três pilares que constituem o IDH (saúde, educação e renda)...”.

Entretanto, há de se enfatizar que esse novo modelo não se confunde ao Estado Social, ou a melhorias nas condições sociais. No Estado Democrático, há um anseio por transformações ainda maiores, não apenas as condições materiais, e de existência, mas também de proporcionar a todos um Estado que possa transformar a realidade.

O Estado Democrático baseia-se em uma vinculação a uma Constituição, como forma de garantir sua soberania, e de instituir uma norma básica de garantia jurídica. Ademais, há uma necessidade de se garantir mecanismos a preservação dos direitos fundamentais individuais e coletivos, seja com características do Estado liberal, onde há o distanciamento do poder público a fim de se respeitar a autonomia do homem para exercício dos seus direitos naturais, seja por um Estado atuante, com características de Estado Social, objetivando garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, de forma ativa na defesa e garantia da vida, da liberdade e do patrimônio dos indivíduos (STRECK; MORAIS, 2003).

O alicerce do Estado Democrático de Direito é a soberania popular, onde o povo tem participação ativa e concreta na coisa pública. Baseia-se nos fundamentos de proporcionar a todos uma sociedade livre, justa e solidária, onde todo o poder deve emanar do povo.

Neste sentido, numa democracia deve haver o respeito às diversidades, buscando um tratamento igualitário (igualdade material). Antagonicamente aos regimes totalitários, há num regime democrático a liberdade da pessoa humana, a qual deve ser isenta de qualquer forma de opressão.

Além disso, o Estado Democrático deve buscar garantir a Justiça Social, com vista a reduzir as desigualdades, bem como garantir a igualdade material, atentando-se para as características de cada grupo, a fim de que possam ter oportunidades, sendo tratados às vezes de forma desigual para que se possa alcançar tais objetivos. É extremamente necessário em qualquer Estado Democrático a garantia da Segurança e Certeza Jurídicas, com o respeito ao Estado de Direito, ou à legalidade, o que traz uma organização social de respeito e cumprimento das leis (STRECK; MORAIS, 2003).

O que fica evidente é que o Estado Democrático possui características de Estado Liberal, como também de Estado Social, modernizando tais sistemas de forma a colher o que há de melhor em cada um deles, através do aprendizado de décadas experiências durante o liberalismo e o Welfare State, buscando trazer uma

nova realidade ao Estado, onde ao mesmo tempo em que o há um distanciamento do Poder Público, tal como no liberalismo, preservando e garantindo o exercício dos direitos naturais dos indivíduos, tal como no Estado Social, pois há o objetivo constante de alcançar uma Justiça Social, tornando o acesso aos direitos sociais garantidos pelo texto constitucional. Porém o que se busca no Estado Democrático é algo além do que já fora experimentado pelos outros sistemas, pois se busca um Estado forte, atuante, mas sempre respeitando os direitos individuais e coletivos, almejando-se, além disso, uma sociedade justa e com oportunidades para todos.

Ou seja, no Estado liberal, há uma limitação mais extrema de atuação estatal, sendo a ele acrescentados os ideais de Estado Social, onde surgiu o conteúdo social, ao qual tal restrição diminuiria, para que o poder público pudesse oferecer o acesso a direitos sociais proporcionados e garantidos pelo próprio Estado.

Entretanto, é necessário destacar que nestas duas filosofias de Estado, havia certa imposição estatal, obrigando a todos a aceitarem tal sistema como sendo o melhor, onde todos deveriam se adaptar à ordem estabelecida.

Na concepção de Jürgen Habermas, diferente da visão liberal, no processo democrático não deve haver a separação entre o aparelho do Estado e a sociedade (HABERMAS, 1997).

A diferença cristalina do Estado Democrático encontra-se no fato de que este busca algo além, pois há a observância e a tentativa de se garantir a igualdade material, com a criação de uma ordem legal a atender tais anseios, colocando-se a Constituição no ápice da pirâmide normativa, criando assim uma segurança jurídica capaz de garantir o mínimo de ordem e respeito ao seu texto, o qual, repita-se, busca atender aos interesses de todos.

1.4 NEOLIBERALISMO

Conforme demonstrado, o Estado social não teve condições de atender de forma satisfatória a multiplicidade de serviços públicos e de interesse coletivo que lhe cabem, mas também não era possível a regressão total ao liberalismo, haja vista que os clamores populares não acatavam mais tamanho distanciamento do poder público dos direitos sociais que devem ser fornecidos pelo Estado, a fim de se obter uma maior justiça social.

Eis que nesse contexto ressurgiu a concepção liberal, entretanto, com uma nova roupagem, sendo denominado de "neoliberalismo". Neste ínterim, o Estado deixa de ser liberal ou social, passando a assumir a qualidade de democrático (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010).

A concepção neoliberal teve origem em 1947, formulada por Friedrich August Von Hayek, em um texto chamado "O Caminho da Servidão", e baseava-se no princípio de que o mercado deveria basear a organização social. Na teoria de Hayek, o neoliberalismo se caracterizaria pela retirada do Estado da economia, pela abertura da economia, pelas necessidades de realização de privatizações, além da desregulamentação da economia. As consequências de tais medidas seriam o aumento do fluxo de capitais, mercadorias e informações, além da redução da capacidade de intervenção e controle do Estado em relação a esses fluxos. (PAREJO, 2007).

Entretanto, foi na década de oitenta que surge o surto da ideologia neoliberal, após a vitória de Margaret Thatcher para primeira-ministra da Inglaterra e de Ronald Reagan para presidente dos Estados Unidos. Foram adotadas medidas no sentido de reduzir os impostos sobre a parcela da população mais rica, além de serem cortados muitos gastos sociais.

Ademais, o cerne principal do neoliberalismo é o distanciamento da economia, onde o poder público age com controle menos rígido nas atividades econômicas do Estado. Ademais, para alcançar esses objetivos, o Estado passa a privatizar as empresas estatais, as indústrias de base, a construção e administração e estradas, a administração de portos, bem como parte de setores como saúde e educação. Ou seja, reduzindo os gastos públicos com políticas sociais e obras públicas, seria possível a diminuição da carga tributária incidente sobre os particulares, e incentivar as atividades produtivas. Desta forma, no neoliberalismo deveria haver o livre funcionamento do mercado, sem o demasiado controle estatal, desencadeando em uma elevação da produção e consequente geração de emprego e renda (SANTOS, 1999).

Diante desse cenário, no início da década 1990 a ideologia neoliberal, alavancada na década anterior, tomou força, estendendo-se para países subdesenvolvidos da América Latina, como Chile, Bolívia, Argentina e Brasil. O neoliberalismo trouxe para esses Estados um processo inicial de crescimento

econômico e industrial, além de conseguirem alcançar uma maior estabilidade financeira.

1.5 BRASIL – DE ESTADO-EMPRESÁRIO A ESTADO DEMOCRÁTICO NEOLIBERAL

A princípio, é importante ressaltar a origem no Brasil do chamado Estado-empresário, que se remonta à década de 40, período em que se buscava suprir deficiências do mercado interno, após o descaso que vários países se encontraram depois da Segunda Guerra Mundial, que provocou uma abrupta queda na produção industrial nacional e tornou-a inepta para atender o consumo interno, ocasionando a necessidade de aumento das importações, e é sabido que mais importações do que exportações geram o chamado déficit da balança comercial o que põe em risco toda a economia de qualquer país.

Desta forma, a fim de diminuir a necessidade de tantas importações, o Brasil passou a industrializar-se, na busca de suprir as fragilidades da iniciativa privada, o que foi fundamental para impulsionar o país rumo às melhorias em políticas públicas para o desenvolvimento do país.

Eis que desse período em diante surgem no país as grandes empresas estatais, como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE, este passando posteriormente a se chamar Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, além da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás, e de outras tantas empresas estatais estaduais que foram criadas.

Posteriormente, o Brasil passou um período negro na sua história contemporânea, uma Ditadura Militar. Esta se iniciou em 31 de março de 1964 com o Golpe Militar que derrubou o então presidente João Goulart, e durou até 15 de janeiro de 1985, quando houve a eleição de Tancredo Neves.

Durante o Regime Militar, o país passou por grandes transformações. Ocorreram inúmeras cassações de direitos políticos de quem se opunha ao Regime, e grande repressão aos movimentos sociais e às manifestações dos opositores, através de métodos violentos, com uso de tortura e até assassinatos. Ademais, houve grande censura aos meios de comunicação e aos artistas em geral e a

implantação de um sistema bipartidário, onde só poderia haver dois partidos: ARENA, do governo e MDB da oposição.

Nesse período houve o conhecido "Milagre Econômico Brasileiro", onde ocorreu grande crescimento econômico entre 1969 e 1973, com o crescimento do PIB (Produto Interno Bruto), grandes investimentos e infraestrutura, o que acarretou um grande aumento de emprego nesse setor. Houve ainda fortes investimentos em siderurgia, geração de eletricidade e siderurgia. Houve nesse período um grande fortalecimento das empresas estatais (SANTOS, 1999).

Ocorre que o tal "milagre" não era tão bom assim, pois acarretaram altas exorbitantes na inflação, o aumento da dívida externa o que prejudicou imensamente o país em anos futuros, pois parte do orçamento passou a ser destinado ao pagamento de juros da dívida, criando uma dependência aos credores e ao FMI.

Eis que em 1974 o Brasil vê o fim do "milagre", a partir da crise mundial do petróleo, que o encareceu bastante, fazendo o país importá-lo a preços exorbitantes, causando déficit na balança comercial e ainda mais elevados níveis de inflação, o que levou à diminuição do consumo interno e prejudicou as empresas nacionais voltadas para este mercado.

Com o Plano Nacional de Desestatização - PND - inaugura um novo panorama institucional no Brasil, reduzindo a participação do Estado na produção que é dirigida ao mercado. Assim, houve a redução da presença do estatal em relação à prestação de serviços não exclusivos, objetivando a obtenção de maior eficiência em sua execução.

Em 1983 iniciou-se o movimento civil das "Diretas já", o qual reivindicava eleições diretas para presidente. Apesar da comoção nacional e das manifestações populares se espalharem por todo o país, foi eleito de forma indireta pelo Colégio Eleitoral, em 1984, o presidente Tancredo Neves, o que foi o marco para o fim da Ditadura Militar. O presidente eleito adoeceu antes de ocupar o cargo, vindo a falecer um mês depois, cedendo espaço para seu vice, José Sarney.

O Brasil foi redemocratizado a partir de 1985, após terem sido acarretados grandes dificuldades econômicas e altos níveis de inflação.

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal durante o governo Sarney, sendo a mais democrática da história do país e considerada uma das mais democráticas do mundo. Após a nova constituição é que houveram as primeiras

eleições diretas para presidente após o Regime Militar, tendo sido eleito Fernando Collor de Mello.

A desregulamentação, a livre ação do mercado, a privatização, a exportação, dentre outras medidas, foram utilizadas no Período Militar, bem como nos seis anos de transição democrática ou Nova República, período em que o país foi comandado por presidente da ditadura, José Sarney. Instalou-se no país um governo "neoliberal", sob a égide da ideologia neoliberal de Fernando Collor, o qual era herdeiro da ditadura, deixando o Brasil em contínua dependência do Banco Mundial e do FMI, que orientam a política econômica nacional desde 1964. Após o impeachment do presidente Fernando Collor de Mello e um interregno – o governo Itamar Franco –, em 1994 ressurgiu a maioria conservadora no governo, com a diferença de que o cabeça nesse momento seria Fernando Henrique Cardoso, dando seguimento às mesmas políticas do período anterior. (SANTOS, 1999).

Nesse sentido, o Brasil passou a adotar uma série de medidas neoliberais, se ausentando de setores onde não deve intervir, entretanto sem se abster do seu papel de Estado Social.

Assim, entende MENEZELLO (2002) que: “atualmente, vivenciamos uma dinâmica a cada dia em que o Estado controla os setores-chaves ou estratégicos (...), e abstém-se na prestação do serviço para ser presente na regulação e na fiscalização da operação dessas atividades”.

Ao entendimento desse contexto, é plausível a análise do que versam ALEXANDRINO E PAULO (2011) sobre como se deu o a transformação do Estado brasileiro. Vejamos:

a nova orientação econômica do Estado brasileiro, iniciada na década de 90, repousa na tese central de que o Estado é muito menos eficiente do que o setor privado quando desenvolve diretamente atividades econômicas em sentido amplo, abrangendo a prestação de serviços públicos propriamente ditos, a prestação de serviços de natureza puramente econômica e a exploração de atividades industriais e comerciais. Vale dizer, entende-se que o Estado não é eficiente quando produz, diretamente, bens ou utilidades.

Desta forma, o Estado passou por importantes transformações em seu modelo, com a evolução para o neoliberalismo, principalmente no que tange a sua intervenção na economia e na prestação de serviços públicos.

CAPÍTULO II – O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Após serem analisados os modelos de Estado essenciais à contextualização e ao entendimento da temática, traremos a seguir uma abordagem sobre o surgimento das agências reguladoras no mundo e em seguida no Brasil, para que então no próximo capítulo sejam elas tratadas em todas as especificidades dentro ordenamento jurídico pátrio.

2.1 ORIGEM

Remonta-se a origem do primeiro conceito de agência a 1834, quando na Inglaterra foi pela primeira vez utilizado tal termo para definir um ente regulador de alguma atividade econômica, criadas para concretizar as previsões legais e resoluções de controvérsias resultantes delas.

Entretanto, as primeiras agências reguladoras independentes, que serão esmiuçadas no próximo capítulo, surgiram nos Estados Unidos, nas últimas décadas do século XIX (1887), atingindo seu ápice durante o *New Deal*³. Tal instituto passou a se alastrar por toda a na Europa ocidental especificamente a partir das décadas de setenta e oitenta do século XX, a partir de projetos de governança comunitária transnacional, criada pela União Europeia, a fim de criar uma autoridade administrativa independente (BINENBOJM, 2008).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 134) aduz em seu trabalho sobre as agências que:

Nos Estados Unidos, desde o século XIX surgiram entes descentralizados, de função regulatória de atividades específicas. O primeiro destes foi a *Interstate Commerce Commission*, instituída em 1887. (...) São genericamente chamadas de *agencies*. Esse termo, segundo define a Lei dos Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedures Act*, de 1946), designa todo ente que participe da “autoridade do Governo dos Estados Unidos (...) com exclusão do Congresso e dos Tribunais”.

³ O *New Deal* foi um conjunto de programas que os Estado Unidos implementaram no período de 1933 a 1937, objetivando a recuperação da economia, que até então era balizada pelo liberalismo, e dos prejudicados após a Grande Depressão (também chamada de “Crise de 1929”).

Nos Estados Unidos, a primeira agência reguladora criada com todas as características de autonomia que se encontra atualmente foi a ICC – Interstate Commerce Commission (Comissão de Comércio Interestadual), criada em 1887. Esta agência tinha como principal objetivo a regulação do setor ferroviário norte-americano, haja vista que havia um enorme oligopólio de grandes ferrovias que possuíam por isso um gigantesco poder econômico na segunda metade do século XIX, o que trazia uma enorme disparidade destes em relação aos pequenos transportadores, fazendo com que estes fossem tratados de forma diferente pela política de preços do setor, havendo um privilégio para as transportadoras maiores que transportavam grandes fretes. Assim, a ICC, composta por profissionais especializados em ferrovias, passou a regular o setor de forma independente (LIMA, 2012).

Nesse modelo americano, as agências reguladoras até hoje possuem grande relevância no modelo regulatório independente, haja vista que possuem uma gama de poderes a fim de lhe fornecerem competência suficiente para edição normativa, além de poderem decidir conflitos de caráter econômico, e possuírem responsabilidade para executar leis, o que para alguns juristas norte americanos as fazem parecer um quarto ramo do governo.

Por outro lado, no modelo regulatório francês, as agências reguladoras foram oriundas de um processo de desestatização, permanecendo ligados à administração pública, através dos Ministérios, tendo a função de regular além da esfera econômica, podendo chegar à proteção de direitos fundamentais, mas diferentemente do modelo americano, sua força normativa encontra-se sempre abaixo da lei numa escala hierárquica vertical.

2.2 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

A partir da segunda metade da década de 90 o Brasil passava por uma fase chamada desestatização ou privatizações, a então Reforma do Estado.

Neste sentido, Dinorá Grotti (2006) apud DI PIETRO (2002), consigna que as privatizações visam diminuir a presença do Estado através: a) da desmonopolização de atividades econômicas; b) da concessão de serviços públicos; c) da terceirização, através de parcerias da Administração Pública com o setor privado; d) da diminuição

da intervenção do Estado no domínio econômico; e) além da desestatização ou desnacionalização, por meio da venda de empresas estatais ao setor privado.

Trazendo uma nova realidade institucional ao país com o surgimento de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, as quais foram denominadas agências reguladoras independentes, levando-se em consideração o direito anglo-saxônico. Assim, apesar de possuírem as características inerentes às velhas conhecidas autarquias, as agências se valem de um conjunto de mecanismos institucionais que lhes conferem uma maior garantia de efetividade, tornando-as uma notável revolução histórica da Administração Pública brasileira (BINENBOJM, 2008).

Após o período de globalização intensa no mundo no século XX, surgiram uma série de mudanças na economia mundial, após a ascensão e dinâmica do capitalismo fazendo com que fosse possível a comunicação entre mercados de diferentes países, o que resultou na necessidade de mudanças na prestação dos serviços públicos.

Neste sentido, a fim de situar o Brasil no então modelo econômico predominante no mundo, o neoliberalismo, no governo de Fernando Collor iniciou-se o famoso Programa Nacional de Desestatização – PND -, tendo sido criado através da Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990, a qual foi posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97, com pode ser observado em seu art. 1º, a que se propunha:

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

Para que as medidas constantes no PND com fossem implementadas, faziam-se necessárias algumas mudanças no texto constitucional, a fim de tornar

possível a modificação da atuação do Estado, o que permitiu a implementação do processo de privatização e concessão de serviços públicos, após um forte movimento global pelo neoliberalismo como forma de atuação do Estado, através da intervenção mínima, e assumindo o papel de regulador.

Para que pudesse haver essa transformação do Estado brasileiro em neoliberal, a reforma constitucional foi fundamental para a adequação desse programa de liberação de vários setores da economia pertencentes anteriormente ao Estado, e isso se deu alterando-se o texto da Constituição para que pudessem se entregues à execução da iniciativa privada (MENEZELLO, 2002).

O PND possuía como norte uma série de princípios e definiu vários objetivos e diretrizes que tornaram possível a implementação da reforma da administração pública.

Em 1995 foi elaborado por determinação do presidente Fernando Henrique Cardoso, o Plano Diretor da Reforma do Estado – PDRE, que objetivava trazer à administração pública brasileira novos objetivos e diretrizes, para se consolidar, estabilizar e assegurar o crescimento econômico. Para isso, baseava-se na ideia neoliberal de privatizações, ou seja, a transferência para o setor privado das atividades produtivas, o qual poderia exercê-las de forma mais eficiente, para que então o Estado reduzisse seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mas não se ausentando do papel de regulador e provedor ou promotor de tais serviços.

Desta forma, o PDRE almejava a ruptura dos anéis burocráticos do modelo administrativo ora vigente, de forma a retirar dos Ministérios a sobrecarga de atribuições, criando um sistema regulatório funcional e despolitizado, ou seja, sem as amarras políticas que as tornariam marionetes do chefe do Executivo. Nesse sentido, o tal sistema regulatório não estaria diretamente ligado a uma lógica político-eleitoral, sendo dotadas de autonomia e dirigentes com mandato fixo, e com técnica e gestão profissional imparciais.

O PDRE serviu de base para a elaboração de propostas de Emendas Constitucionais necessárias para essas mudanças, principalmente no modelo administrativo vigente até então, trazido pela Constituição Federal de 1988.

Assim, o governo FHC conseguiu inserir no ordenamento jurídico brasileiro várias Emendas Constitucionais, as de nº, 5, 6, 8 e 9 de 1995, trazendo grandes modificações na estrutura do Estado, extinguindo restrições que o país empunhava

quanto à entrada de capital estrangeiro, além da ter sido flexibilizada a questão da monopolização estatal, o que alicerçou a criação de algumas agências reguladoras, e deram a possibilidade da edição de leis a fim de se autorizar e permitir o exercício de atividades de determinados setores ao setor privado.

Sobre as Emendas, aduz MAZZA (2013, p. 137) que:

- 1) Emenda Constitucional n. 5, de 15-8-1995, que decretou o fim da exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado.
- 2) Emenda Constitucional n. 6, de 15-8-1995, responsável pela extinção do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional, especialmente quanto à pesquisa e à lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.
- 3) Emenda Constitucional n. 8, de 15-8-1995, que determinou o fim da exclusividade estatal na prestação dos serviços de telecomunicação.
- 4) Emenda Constitucional n. 9, de 9-11-1995, que determinou a quebra do monopólio estatal das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos.

Das Emendas Constitucionais, as mais importantes foram as de nº 8 e 9, pois estas foram responsáveis pela alteração constitucional que retirou das empresas de controle acionário do Estado a exclusividade pela exploração de serviços públicos, tornando possível as então privatizações ocorridas durante o governo FHC, o que trouxe a possibilidade do sistema de competição. Aí então é que há a mudança do chamado Estado-provedor ou Estado-empresário para Estado-regulador.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 8/95, o inciso XI do art. 21 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

Compete à União: (...)
XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Ademais, a EC nº 9/95 alterou o texto do inciso III do § 2º do art. 177 da Constituição Federal, que passou a ser o seguinte: “A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

Segundo Binenbojm (2008), o modelo regulatório brasileiro é fruto de um amplo processo de privatizações e desestatizações, que visa uma reforma do Estado como requisito essencial para alcançar uma maior entrada no país de capital

internacional, com atração do setor privado para investimentos nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos que foram alvo das privatizações e desestatizações. No momento em que o STF – Supremo Tribunal Federal apreciou cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº L949-RS, determinou que a constitucionalidade referente ao novo modelo regulatório existente, nos moldes de agências independentes, o que tornaram válidas as transformações trazidas para a lógica de funcionamento da administração pública, bem como das estruturas do Estado democrático de direito.

Assim, o Estado brasileiro passou a ter em sua administração pública a figura das agências independentes, que se desvinculam da hierarquia administrativa, sem estar submetidas aos ditames políticos do chefe do executivo, passando a atuar de forma exterior. Tal autonomia das agências dá, entre outras características a serem analisadas adiante, principalmente por possuir dirigentes com mandatos fixos e autônomos em relação ao chefe da Administração central, o que traz a todo sistema administrativo brasileiro uma ruptura do modelo tradicional.

Segundo MAZZA (2013, p. 137):

A criação das agências reguladoras brasileiras teve uma direta relação com o processo de privatizações e a reforma do Estado iniciados no Brasil na metade dos anos 1990. Inevitável ligar sua origem a uma concepção neoliberal de política econômica voltada a reduzir a participação estatal em diversos setores da economia.

Basicamente, as agências foram introduzidas no direito brasileiro para fiscalizar e controlar a atuação de investidores privados que passaram a exercer as tarefas desempenhadas, antes da privatização, pelo próprio Estado.

O novo modelo da administração pública brasileira deixa de possuir um só corpo, pois não apenas uma única pirâmide hierárquica, passando-se assim a um novo modelo possuidor de vários centros.

Assim versa CUNHA JUNIOR (2012, p.p. 187-188):

Deveras, de novidade mesmo é o inédito papel que essas agências reguladoras vêm desempenhando, de assumir os poderes que, na concessão, permissão e autorização de serviços públicos, eram outrora exercidos diretamente pela própria entidade estatal, através de seus órgãos, na qualidade de poder concedente.

Assim, foram atribuídos às agências reguladoras os poderes de regular os serviços delegados, realizar a licitação para a contratação dos delegados dos serviços, definir os valores das tarifas e a sua revisão, controlar a execução dos serviços, impor sanções, intervir, proceder a rescisão dos contratos de delegação, examinar as reclamações dos usuários dos

serviços delegados, entre outras prerrogativas. Mas além desse papel referir-se aos serviços públicos, especialmente nas hipóteses relacionadas no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, ele vem associado também com a exploração de algumas atividades econômicas monopolizadas, como nas hipóteses do art. 177.

Por tudo isso, foi possível observar que o surgimento das agências reguladoras no Brasil se deu por conta do movimento de privatização, além da quebra do monopólio estatal de alguns serviços públicos de forma parcial ou mesmo total. Desta forma, foram transferidos, em grande parte, a particulares a execução destes serviços, por meio de autorização, permissão ou concessão. Cabem então às agências reguladoras as funções de regulação, fiscalização, mediação e arbitragem dos conflitos dentro de suas respectivas áreas de atuação (HOVARTH, 2011).

Assim, a evolução do Brasil para o modelo neoliberal trouxe a então mudança de Estado-produtor ou Estado-provedor, para o moderno Estado-regulador, no qual as privatizações e a retirada da exclusividade do Estado na exploração de determinados setores abriram precedentes para a criação das agências reguladoras, as quais são objeto principal deste estudo.

CAPÍTULO III – AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Eis que se chega ao ápice da presente monografia, onde neste capítulo serão abordadas as agências reguladoras em suas particularidades, através de um detalhamento de sua natureza jurídica, além de serem abordados conceito, classificação, autonomia ou independência, atribuições e funções, formas de controlá-las, bem como serão demonstradas todas as agências criadas na esfera federal até hoje.

3.1 NATUREZA JURÍDICA

Para demonstrar a natureza jurídica das agências reguladoras, faz-se necessário situar esse instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, é importante enfatizar que a Administração Pública, ao exercer suas atividades típicas e atípicas se divide em Direta e Indireta.

Tendo essa primeira divisão em mente, cabe esclarecer ainda que Administração Direta é exercida pelos entes federativos, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma centralizada e direta, através de seus órgãos, o que lhe confere responsabilidade exclusiva pelos seus atos.

Por outro lado, a Administração Indireta é a essência da chamada descentralização da Administração Pública, tendo em vista que há uma transferência de competências administrativas, ou até mesmo a sua própria titularidade ou execução, através de outorga ou delegação, para as autarquias, fundações, empresas estatais (são as empresas públicas e as sociedades de economia mista), além de empresas privadas ou particulares de forma individual. Então, para que o Estado outorgue a titularidade de determinado serviço público, é necessária a edição de lei para isso, porém para o caso de delegação, o Estado transfere apenas a execução do serviço através de contrato ou ato unilateral, para serem assumidos os riscos pelo delegado, através de condições específicas, mas sempre sobre o manto do controle estatal.

A partir de então parte-se para esclarecer que as agências reguladoras são entidades que compõem a Administração Pública Indireta, sendo uma autarquia

federal, de personalidade jurídica de direito público, o que é percebido nas leis que criaram as agências reguladoras existentes no Brasil.

As agências reguladoras não foram criadas por uma única lei, mas foram instituídas por diversas leis. O modelo que vem sendo adotado por essas leis é o de criação de agências como autarquias em regime especial, o que as sujeita à constituição que as disciplinam. Nesse sentido, as agências são dotadas de autonomia em relação à Administração Direta, tendo dirigentes com mandato fixo o que lhes garante estabilidade, sujeita apenas a algumas hipóteses previstas na lei que criou a agência, assim sem a possibilidade de ser exonerado de forma *ad nutum*. Ademais as agências tem em suas decisões o caráter final, o que não possibilita a apreciação por outros órgãos ou entidades que compõem a Administração Pública (DI PIETRO, 2012).

Assim, as agências reguladoras tem como natureza jurídica uma autarquia, inclusive pelo fato próprio legislador terem assim as definido, mas também porque as agências desenvolvem atividades que eminentemente próprias do Estado (MAZZA, 2005).

Há, portanto que se falar no que são autarquias, porém nas leis que criam as autarquias não se fala especificamente no que são autarquias. Para ajudar a compreender, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 419), brilhantemente define uma autarquia como uma “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”.

Nesta linha, segundo Di Pietro (2012, p. 428), são características das autarquias:

1 – Criação por lei

Segundo o disposto na Constituição Federal em seu artigo 37, XIX:

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

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

2 – Personalidade jurídica pública

As autarquias são pessoas jurídicas, logo possuem direitos e deveres próprios que não devem se confundir com o daqueles que as instituíram ou à administram e representam;

3 – Capacidade de Auto administração Possuem administração, pessoal, receita e patrimônio próprios;

- 4 – Especialização dos fins ou atividades Desenvolvem capacidade específica para prestação de serviços em determinada área, não podendo exercer atividades diversas nas demais áreas de atuação;
- 5 – Sujeição a controle ou tutela Forma de garantir que não haverá abuso ou desvios dos fins para qual a autarquia foi criada.

O que se observa de relevante é que as agências reguladoras são autarquias criadas para realizar ainda mais a descentralização, pois são entidades que foram criadas para exercer funções típicas de Estado, entre essas atividades uma agência realiza a regulação, a fiscalização e ainda intervém na economia e em determinados serviços públicos.

Para versar sobre a natureza jurídica das agências reguladoras CARVALHO FILHO (2012, p. 484) aduz que:

trata-se de autarquias - categoria inserida em nosso ordenamento desde a década de 1940. A inovação reside apenas, como consignamos, na relativa independência que a ordem jurídica lhes conferiu em aspectos técnicos, administrativos e financeiros.

As agências reguladoras foram incluídas primeiramente no sistema jurídico brasileiro pelas Emendas Constitucionais números 8 e 9 de 1995, onde se inseriu em seu texto o no art. 21, XI, que a lei deve dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, através da criação de um órgão de regulação. Ainda encontra-se na Carta Magna, no art. 177, §2º, III, determinação para que lei verse sobre a estruturação de órgão regulador no âmbito da União, de forma monopolizada, sobre petróleo. Destaca-se que o fato da Constituição dispor a respeito de órgão, esse seria em sentido amplo, e não apenas como um órgão despersonalizado da administração pública direta, sendo estes órgãos em sentido estrito (ALEXANDRINO E PAULO, 2011).

Foram então criadas agências reguladoras na forma de autarquia especial para regulamentar a previsão constitucional, através da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), tendo nessa norma sido criada Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, além da Lei n. 9.478/1997, a qual foi responsável pela criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP.

A ANATEL e a ANP são as únicas duas agências reguladoras no Brasil que possuem previsão constitucional. As outras agências foram criadas seguindo o mesmo princípio, entretanto posteriormente por lei específica, sem nenhuma referência direta na Constituição.

Assim, por necessitarem de atuação técnica especializada e autonomia para exercer livremente suas atividades, sem intervenção, as agências reguladoras foram criadas com natureza jurídica de autarquia.

Entretanto, conforme dito, as agências foram criadas com forma de autarquia em regime especial, tendo essa característica lhe conferido alguns privilégios em relação a uma autarquia comum, a fim de lhe garantirem uma autonomia necessária para o seu salutar desenvolvimento. Dentre outras características a serem abordadas de forma mais detalhadas adiante, frisa-se o fato das agências serem revertidas de autonomia política, financeira administrativa, o que permite que elas tenham liberdade de atuação, sem se submeterem a controle da Administração Direta.

Nesse contexto, MORAES (2002, p. 24) dispõe que:

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão ad nutum de seus dirigentes e autonomia financeira.

As agências reguladoras então foram criadas de forma a possuir a natureza autárquica tendo em vista que isso traria uma maior confiabilidade à regulação, fazendo com que os particulares que exercessem a atividade autorizada ou concedida, sentissem que seriam regulados por pessoa jurídica de direito público, que tivesse autonomia em relação à administração direta, sendo então integrantes da administração indireta.

Portanto, a independência que as agências possuem é fundamental para a sua força perante o controle das atividades que seriam eminentemente estatais, sem que haja a interferência política do poder público, fazendo que elas tenham certa blindagem à influência de atos políticos praticados por governantes, sem permitir que o setor regulado sofra tais consequências de interesses políticos que desvirtuariam a autonomia das agências, direcionando-as para uma regulação que atendesse aos interesses do governo, e assim seja possível alcançar os objetivos essenciais para qualquer ente regulador poder cumpri-los.

Assim, o legislador adotou para as agências reguladoras a forma de autarquia, o que trouxe a elas todo o regime jurídico geral que se aplica às entidades

que compõe a Administração Pública Indireta. Por isso, estão sujeitas ao controle legislativo, ao controle judicial e também ao controle administrativo finalístico. Este último controle é exercido pelo Poder executivo, que pode ser efetuado conforme prevê a CF, art. 87, parágrafo único, I, em que dispõe sobre o controle ministerial, além estarem sujeitas à direção superior da administração federal, a qual compete ao Presidente da República, conforme anota o art. 84, II, da Constituição, que se aplica, pelo princípio da simetria, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios (ALEXANDRINO E PAULO, 2011).

Ademais, a respeito da necessidade de fortalecimento da autonomia das agências reguladoras, CARVALHO FILHO (2012, p. 485) afirma que:

tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. A Constituição já caracterizou essas formas de abuso (art. 173, § 4º), cabendo, dessa maneira, às novas agências autárquicas a relevante função de controle dos serviços e atividades exercidos sob o regime da concessão.

As agências reguladoras são possuidoras de representação jurídica e orçamentária própria, o que lhes confere um elevado grau de independência em relação ao Governo, isso faz com que sejam diferentes das autarquias convencionais, pois estas se vinculam única e exclusivamente a quem lhes instituiu, o que as torna dependentes das suas determinações.

3.2 CONCEITO

Conceituar agências reguladoras não se mostrou uma tarefa fácil, levando-se em consideração que a legislação vigente não traz um conceito claro sobre esse instituto. O que os doutrinadores administrativistas fazem é uma conceituação baseada nas principais características das mais importantes agências.

Para ARAGÃO (2009, p. 275):

Autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração direta centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum.

ALEXANDRINO E PAULO (2011, p. 163), traçam o seguinte conceito de agências reguladoras:

trata-se de entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da administração pública, instituídas como autarquias sob regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).

O que se observa é que define-se agências, principalmente, pelo fato de serem detentoras autonomia e elevado grau especializadas, dentre outras características importantes. Alguns doutrinadores procuram enfatizar ainda tal autonomia, enaltecendo o fato dos dirigentes das agências possuírem mandato fixo.

Segundo a lição de JUSTEN FILHO (2002, p. 344), agência reguladora:

é uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.

Assim, as agências reguladoras são autarquias em regimes especial, criadas com o escopo de se inserir no atual tendência regulatória em que o Estado se converge frente aos mercados e à atividade econômica empresarial. Para isso, contam com autonomia administrativa e financeira, tendo dirigentes com mandato fixo, necessitando obrigatoriamente de licitação para a celebração dos seus contratos, sendo seus atos tidos como atos administrativos (GOMES, 2006).

O ponto principal que caracteriza a independência política das agências, e que traz a elas uma autonomia reforçada é justamente o fato de seus dirigentes terem mandatos fixos, os quais precisam ser indicados pelo Chefe do Poder Executivo e ainda aprovados pelo Legislativo, para o exercício de mandato estável, o que não permite que os mesmos sejam exonerados ao bel prazer do presidente.

Para MOTTA (2003, p. 101):

Uma agência reguladora deve ser conceituada como um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio

próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador daquela.

Nesse mesmo sentido é possível observar o entendimento de Fernando Quadros Silva (2002, p. 97):

As agências reguladoras brasileiras são, em essência, autarquias especiais que recebem do legislador a autonomia administrativa e são dirigidas por colegiado cujos membros não são demissíveis livremente pelo Presidente da República, o que garantiria a independência de atuação.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as agências reguladoras são: “autarquias sob regime especial, unicamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades” (MELLO, 2009, p. 169).

Ademais, DI PIETRO (2010) aduz que as agências são conceituadas a partir da ideia de que são entidades que compõem a Administração Pública Indireta, exercendo determinados serviços característicos de Estado.

Desta forma também entende FIGUEIREDO (2009, p. 150):

Podemos conceituar as agências reguladoras como sendo as entidades públicas encarregadas da regulação, politicamente neutra e imparcial, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses políticos, coletivos e privados.

Assim, é possível compreender que as agências reguladoras foram criadas com o escopo de realizar a normatização de determinados segmentos, sendo possuidora de grau de especialização elevado do seu corpo técnico. Mas se destaca mesmo pela sua independência, não podem ser alvo de manobras políticas para benefício do governo.

Por fim, CUNHA JUNIOR (2012, p. 188) versa que:

A agência reguladora foi concebida para exercer a disciplina e o controle administrativo sobre os atos e contratos que dizem respeito à prestação de um serviço público específico ou a alguma atividade econômica, cumprindo-lhe a função de regular essa prestação e atividade.

Diante do exposto, resta evidente que a conceituação de agências reguladoras geralmente permeia pela descrição de suas principais características, as mesmas que as definem.

3.3 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Existem atualmente no âmbito federal dez agências reguladoras criadas, tendo todas elas sido implantadas entre 1996 e 2005⁴.

No Brasil, a primeira agência Reguladora foi a **ANEEL - Agência Nacional de Energia** elétrica, criada pela Lei nº 9.427 de 1996, de 26 de dezembro de 1996, a fim de realizar a atividade de regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no país. Assim, a norma criadora da ANEEL estipula nos seus art. 1º a 3º-A, todas as atribuições da agência, que é uma autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Ademais, frisa-se que é dirigida por órgão colegiado, composto por um diretor-geral e mais outros quatro diretores, sendo todos eles investidos por nomeação do Chefe do Executivo.

Posteriormente, em 16 de julho de 1997, fora editada a Lei nº 9.472, que cria a **ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações**, autarquia em regime especial vinculada ao Ministério das Comunicações, dotada de autonomia que visa regulamentar ou regular, outorgar e fiscalizar as telecomunicações. É dirigida por conselho diretor, o qual também é de nomeação do Presidente da República.

Neste mesmo sentido foi criada a **ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**, pela Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, sendo também uma autarquia em regime especial, incumbida de regular, contratar e fiscalizar atividades econômicas ligadas à indústria de petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Vale destacar que as primeiras três agências criadas no país, ANEEL, ANATEL e ANP, representam o marco da chamada regulação, o que abriu margem para a criação posterior de todas as outras agências existentes até hoje.

⁴ Destaca-se a existência do Projeto de Lei 5.807/2013, de iniciativa do Governo Federal, que dispõe sobre a criação da **ANM - Agência Nacional de Mineração**, no qual consta que esta será uma autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, visando substituir o atual Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, extinguindo-o. Terá como principais objetivos planejar a exploração e o aproveitamento dos recursos minerais. Ademais, será incumbida a ANM de controlar e fiscalizar o uso dos recursos minerais e o exercício das atividades de mineração que forem de domínio da União, a fim de se buscar o aproveitamento e a racionalidade dos bens minerais, a concessão do subsolo, bem como a possibilidade de reparação financeira e estrutural à sociedade pelas atividades de mineração, além de sempre buscar a exploração sustentável, preservando-se o meio ambiente.

Além das já mencionadas, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, criou a **ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, responsável pelo controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária. Assim, efetua a fiscalização de ambientes, de processos, de insumos e de tecnologia aplicada na produção, além do controle sanitário portuário e aeroportuário, bem como em fronteiras. A ANVISA é detentora de poder de polícia, e sua direção é exercida por órgão colegiado de cinco diretores, escolhidos pelo Chefe do Executivo.

Já em 28 de janeiro de 2000, por força da Lei nº 9.961, foi criada a **ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar**, autarquia sob regime especial, e também vinculada ao Ministério da Saúde, com o escopo de regular e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde de iniciativa privada, promovendo assim a defesa do interesse público referente à assistência à saúde suplementar decorrendo a relação entre prestadoras e consumidores, além de buscar desenvolver ações de saúde no país. Sua direção é exercida órgão colegiado de cinco diretores.

Há também a chamada **ANA - Agência Nacional de Águas**, tendo sido criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, entidade federal sob regime de autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos. Percebe-se que a ANA não visa a regulação na prestação de um serviço público, e sim regula o uso do bem público. Como nas outras citadas, a ANA também é dirigida por órgão colegiado de cinco membros.

No ano seguinte, em 05 de junho de 2001, a Lei nº 10.233, cria na mesma norma duas agências reguladoras, a **ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres** e a **ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários**, ambas autarquias em regime especial, vinculadas ao Ministério dos Transportes, para atuar, dentro de suas áreas de atuação, com o objetivo principal de garantir que o transporte de passageiros seja realizado de forma eficiente, segura, confortável, pontual e com a prática de tarifas e fretes módicos. A ANTAQ visa regular, supervisionar e fiscalizar a prestação de serviços de transportes Aquaviários, e a exploração da infraestrutura portuária e aquaviária que for exercida por particulares. Já a ANTT atua na regulação dos transportes terrestres ferroviário e rodoviário. A

ANTAQ possui direção por órgão colegiado com três diretores, por outro lado, na ANTT o órgão colegiado de direção é formado por cinco diretores.

Em 06 de setembro de 2001 ocorre então algo novo, pois a **ANCINE – Agência Nacional do Cinema** foi criada através de uma Medida Provisória, a de nº 2.228-1, tendo sido alvo de muitas críticas por parte dos doutrinadores, haja vista ter sido criada uma autarquia em regime especial por MP e não por Lei, como exige qualquer autarquia, alegando-se inconstitucionalidade, pois a Carta Magna versa no art. 37, XIX, que a criação de autarquia se dá por lei. Entretanto, em 13 de maio de 2002 foi regulamentada a ANCINE pela lei 10.233. Apesar de ter sido criada originalmente pela MP para ser vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, passou a posteriormente a estar vinculada ao Ministério da Cultura, objetiva regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica no país. É dirigida por órgão colegiado de três diretores.

Por fim, a última agência criada no Brasil foi a **ANAC - Agência Nacional da Aviação Civil**, através da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Defesa, tendo como objetivo regular e fiscalizar as atividades da aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

Como dito a princípio, essas são as dez agências reguladoras criadas no Brasil, mas no âmbito federal, ou seja, os Estados e os Municípios podem criar agências em sua estrutura administrativa, com competência restrita a seus territórios. Nesse sentido é o entendimento de CARVALHO FILHO (2012, p. 486):

Como a instituição de tais autarquias resulta de processo de descentralização administrativa, e tendo em vista ainda a autonomia que lhes confere a Constituição, é lícito a Estados, Distrito Federal e Municípios criar suas próprias agências autárquicas quando se tratar de serviço público de sua respectiva competência, cuja execução tenha sido delegada a pessoas do setor privado, inclusive e principalmente concessionários e permissionários. O que se exige, obviamente, é que a entidade seja instituída por lei, como impõe o art. 37, XIX, da CF, nela sendo definidas a organização, as competências e a devida função controladora nas hipóteses do art. 177.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 170) classifica as agências reguladoras quanto às atividades relacionadas à disciplina e controle delas, que são:

- a) **serviços públicos propriamente ditos.** É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, criada pela Lei 9.427, de 26.12.1996, e da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, criada pela Lei 9.472, de 16.7.1997, da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, criadas pela Lei 10.233, de 5.6.2001, e da Agência Nacional da Aviação Civil - ANAC, criada pela Lei 11.182, de 27.9.2005;
- b) **atividades de fomento e fiscalização de atividade privada,** caso da Agência Nacional do Cinema - ANCINE, criada pela inconstitucional Medida Provisória 2.281-1, de 6.9.2001, alterada pela Lei 10.454, de 13.5.2002;
- c) **atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo,** cuja disciplina e controle competem à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ANP, criada pela Lei 9.478, de 6.8.1997;
- d) **atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares.** É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVS, criada pela Lei 9.782, de 26.1.1999 (hoje denominada ANVISA, por força da Medida Provisória 2190-34, de 23.8.2001), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar _ ANS, criada pela Lei 9.961, de 28.1.2000.
- e) **Finalmente, há, ainda, agência reguladora do uso de bem público,** que é o que sucede com a Agência Nacional de Aguas - ANA, criada pela Lei 9.984, de 17.7.2000.

(negrito nosso)

Essa classificação é considerada atualmente a mais completa, e vem sendo a mesma utilizada por outros doutrinadores, como é o caso de FERNANDA MARINELA (2012), que classifica as agências nos mesmos grupos que MELO (2009), nomeando-as também quanto as suas atividades da seguinte forma: a) **serviços públicos propriamente ditos;** b) **atividades de fomento e fiscalização de atividade privada;** c) **atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo;** d) **atividades que o Estado e o particular prestam;** e) **regulação do uso de bem público.**

Porém, há ainda uma classificação mais expansiva apresentada por MAZZA (2013), onde classifica as agências, além do modelo apresentado anteriormente, ou seja, se referindo à **classificação quanto às atividades desempenhadas pelas agências.** Versa que é possível classificar-se as agências também quanto a sua origem, pois elas podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais, e destaca que as agências federais possuem o caráter de especialidade, atuando especificamente em determinado setor, enquanto que na maioria dos casos de agências dos demais entes federativos, uma agência é responsável pela regulação de todos os serviços públicos de que aquele é titular.

Ademais, MAZZA (2013) ainda classifica as agências **quanto à previsão constitucional**, na qual fazem parte das previstas a Anatel (art. 21, XI, da CF) e a ANP (art. 177, § 2º, III, da CF). Além da classificação **quanto ao momento da criação**, que pode ser: a) de primeira geração (1996 a 1999), ou seja, as que foram instituídas próximo ao período de privatizações, que são a ANATEL, ANEEL E ANP; b) de segunda geração (2000 a 2004), que não possuem ligação direta com as privatizações, sendo integrantes ANS, ANA, ANVISA, ANTT, ANTAQ E ANCINE; e c) terceira geração (2005 a 2007), as quais são dotadas de poder de polícia, fomento e atribuições típicas de poder concedente, como é o caso da ANAC.

3.5 AUTONOMIA OU INDEPENDÊNCIA

Já foi observado que as agências reguladoras autarquias, e como tal, são dotadas de autonomia. Entretanto, é importante frisar que as agências tem uma autonomia reforçada, tendo em vista que possui uma maior independência na sua atuação.

Segundo BINENBOJM (2005, p. 7):

A pedra-de-toque desse regime especial é a independência (ou autonomia reforçada) da agência em relação aos Poderes do Estado. Tal independência assume os seguintes aspectos:

1º) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de sua exoneração ad nutum pelo Presidente.

2º) independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente.

3º) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores.

4º) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

As agências são então criadas a fim de proporcionar ao Estado a possibilidade da chamada intervenção, pois assim conseguem regular determinados setores.

As agências reguladoras, como sendo dotadas de especialidade, compostas por corpo técnico de alta qualidade, possuem ainda outras características, como o fato de não serem politizadas, e serem detentoras de competência para versar sobre vários setores na regulação, fiscalização e sanção.

Neste sentido o Estado cria as agências para intervir de forma indireta, através de uma atuação especializada, cada uma delas trata de determinada área para que foram criadas.

Não há uma uniformização do entendimento das agências reguladoras, pois cada lei que as cria trata de pontos específicos diversos, mas sempre mantem-se pontos em comum a todas.

Houve uma iniciativa no sentido de uniformizar o entendimento face às agências, através da Lei nº 9.968/00, a qual versa sobre a investidura nos cargos das agências reguladoras, reforçando a importância constitucional do concurso público, mas deixando claro que o regime de trabalho seria com base na CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas. Ademais a lei versa sobre a direção das agências, a qual deve ser através de órgão colegiado, dispondo sobre os requisitos para a investidura no cargo de dirigente, onde para isso é necessário a nomeação pelo Chefe do Executivo, devendo-se antes passar pela aprovação do Senado Federal.

Alguns doutrinadores preferem o termo independência à autonomia, como é o caso de DI PIETRO (2012, p. 141). Senão vejamos:

Sua independência, contudo, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro.

Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa, mas isso não impede e não pode ter o condão de impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição, em cujos termos 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Esse dispositivo significa a adoção, no direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição. Qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Independência em relação ao Poder Legislativo também não existe, tendo em vista que seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais. Além disso, estão sujeitas ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsto no art. 70 e seguintes da Constituição.

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias que são, estão sujeitas à tutela ou controle

administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas. Todavia, como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de ARAGÃO (2002, p. 30):

Em relação ao Poder Judiciário, a independência dos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais não pode, pelo menos em sistemas que, como o nosso (art. 5º, XXXV, C.F.), adotam a unidade de jurisdição, ser afirmada plenamente. Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as suas decisões. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário. O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação.

Vale dizer aqui sobre a tal independência das agências reguladoras, e já se diz a princípio que a independência em relação ao Poder Judiciário praticamente nula, pois apesar da agência realizar a sua função no âmbito administrativo inclusive dirimindo conflitos, mas isso não as exime de reapreciação pelo poder Judiciário, pois segundo o art. 5º, XXXV da Constituição “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Neste sentido, não há que se falar nessa tal independência, quando se fala do judiciário, pois no Brasil é utilizado o chamado sistema único de jurisdição. Desta forma, caso as agências reguladoras causem lesão ou ameaça de lesão a direito, pode ser provocado o Poder Judiciário para apreciar tal fato.

Quanto à independência face ao Poder Legislativo é inexistente, pois os atos normativos praticados pelas agências reguladoras são hierarquicamente inferiores à lei na pirâmide normativa do Brasil, e por isso não podem ser contrário às normas legais, e muito menos à Constituição, tendo em vista que todo ato administrativo deve estar de acordo com o princípio da legalidade.

Ademais, no que tange o controle exercido pelo Congresso Nacional, o art. 49, X, da CF, cabe a este “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, **incluídos os da administração indireta**” (*grifo nosso*), bem como o controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo

Legislativo, através do Tribunal de Contas, o que se encontra disposto no art. 70 e ss. da CF.

Por outro lado, há sim uma maior independência das agências reguladoras em relação ao Poder Executivo, diante do que a lei delimitar, apesar de esse entendimento ser variável de acordo com cada agência.

Mas apesar disso, por serem autarquias, sendo parte da Administração Pública Indireta, as agências sujeitam-se aos ditames constitucionais e por isso cabe também a elas a tutela ou controle administrativo, o qual pode ser exercido pelo Ministério ao qual estejam vinculadas, sem deixar de citar o controle chamado de direção superior da administração federal, que cabe ao Presidente da República, nos moldes do que dispõe o art. 84, da CF.

Cabe a importante ressalva de que as agências, por não serem autarquias comuns, e serem dotadas do chamado regime especial, seus atos não podem ser revistos ou modificados pelo Executivo. Isso serve para lhe dar maior independência, que não ocorre com as entidades comuns da administração indireta.

Um exemplo de lei criadora de agência reguladora que versa sobre a autonomia da agência é o caso da Lei das Telecomunicações e Instituidora da ANATEL, nº 9.472/97, a qual dispõe da seguinte forma:

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.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por **independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.**

Art. 9º **A Agência atuará como autoridade administrativa** independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência. (grifo nosso)

Sobre a tal autonomia que as agências reguladoras são detentoras, o STF decidiu de forma unânime sobre o seu reconhecimento, não conhecendo de ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 8º e 9º da lei supramencionada.

De acordo com o entendimento de CUNHA JUNIOR (2012, p. 188):

essas novas agências reguladoras vêm sendo criadas como autarquias em regime especial. A elas são conferidas maior estabilidade e independência em relação ao ente que as criou. Seus dirigentes se submetem a investidura

especial (são nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado) e exercem mandatos fixos, somente podendo perdê-los em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (Lei nº 9.986/2000, arts. 5º, 6º e 9º), além de outras hipóteses fixadas na Lei instituidora.

3.5.1 Autonomia administrativa e estrutural

A autonomia administrativa das agências reguladoras decorre do fato desses entes serem dotados de personalidade jurídica, como as leis que as criaram assim determinaram, o que lhes confere a capacidade de contrair obrigações e adquirir direitos ou mesmo realizar contratos, tendo em vista que as agências possuem a chamada independência gerencial, além de lhes serem asseguradas a nomeação de dirigentes pelo Presidente da República, para que exerçam mandato fixo, garantindo-lhes a não possibilidade de exoneração *ad nutum*, o que lhes garante uma mais segurança no exercício das suas atribuições, ficando livres de perseguições e pressões políticas, exceto claro em caso de falta grave a ser apurada por processo administrativo próprio, assegurado o direito de defesa.

Nesse sentido, ao se falar em independência gerencial, trata-se do fato de que as agências reguladoras estão isentas da atividade política do Chefe do Poder Executivo, sendo, portanto, conhecidas como entes do Estado e não entes do Governo. Ou seja, tal autonomia gerencial é de extrema importância para o salutar funcionamento das agências, tendo em vista estarem isentas da tal intervenção política, buscando exercer suas atividades de forma mais eficiente, a fim de se trazer o retorno esperado que a sociedade precisa.

A questão da estabilidade que os dirigentes das agências possuem é o que faz com que se eleve essa autonomia administrativa, haja vista a impossibilidade da exoneração *ad nutum*, assegura ainda mais sua independência, garantindo uma segurança jurídica para os agentes que serão regulados, pois estes não podem alegar intervenção política na regulação a que estão sujeitas, preservando-se assim os atos regulatórios.

Ademais, os dirigentes são detentores de mandatos fixos, que são estipulados pela lei que cria cada agência, o que lhes garante tranquilidade e autonomia no exercício de suas atribuições, não se sujeitando aos ditames do governo, ou mesmo a mudança de governo não pode interferir no trabalho da

agência, mudando os rumos da entidade, e por isso só podem ser exonerados em caso de cometimento de falta grave. Assim dispõe Araújo (2002, p. 50):

Característica das agências reguladoras que as diferencia das demais autarquias seria o fato de seus dirigentes serem detentores de mandato. Isso significa que não são exoneráveis ad nutum pelo Chefe do executivo, o que configura certa independência “política” em relação ao governante, pois só poderiam deixar tais cargos voluntariamente, ou ao final do mandato, ou por destituição, nos termos da lei e de seus estatutos, como nas empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações.

Sobre esta característica de reforço da autonomia administrativa, dispõe MAZZA (2013, p. 141) que:

mandatos fixos: diferentemente do que ocorre com as demais autarquias, nas agências reguladoras os dirigentes permanecem na função por prazo determinado sendo desligados automaticamente após o encerramento do mandato. A duração dos mandatos varia entre as diversas agências reguladoras, que pode ser de:

- 1) 3 anos: no caso da Anvisa e da ANS;
- 2) 4 anos: para a Aneel, ANP, ANA, ANTT, Antaq e Ancine;
- 3) 5 anos: na Anatel.

Ademais, há ainda outra característica importante da tal autonomia administrativa, é o fato de que as leis que criam as agências determinam um período em que os dirigentes ficam impedidos de prestarem serviço direto ou indireto para empresas que tenham se submetido a sua regulação ou fiscalização, por um prazo de pelo menos um ano. Neste sentido, o que se busca é ainda mais autonomia e imparcialidade das agências, pois enquanto o ex-dirigente se mantém impedido de trabalhar em empresas ligadas à sua área de atuação como diretor de agência, ficam recebendo remuneração igual ao que recebiam enquanto do exercício das suas funções.

Para regulamentar e tentar uniformizar o entendimento quanto aos recursos humanos das agências reguladoras, conforme dito anteriormente, criou-se a Lei nº 9.986/00, a qual dispõe que o regime de trabalho das pessoas ligadas às agências reguladoras seria o da CLT e legislações correlatas, pois os cargos são preenchidos através do regime jurídico de emprego público. Posteriormente fora criada a Lei nº 10.817/2004, que propõe a criação de carreiras e organização de cargos dentro da estrutura das agências reguladoras, mas não altera o disposto sobre o a investidura dos empregados. Vale ressaltar que o STF declarou inconstitucional alteração do

art. 39, da CF, feita pela EC 19/98, que permitia a possibilidade da contratação na forma da CLT para entes da Administração Direta, bem como das autarquias e fundações.

Além do exposto, a Lei nº 9.986/00 reforça a ideia do que era aplicado anteriormente, pois os diretores das agências continuam a ser nomeados pelo Chefe do Executivo, sendo necessária a aprovação do Senado Federal, além de estabelecer os requisitos para investidura do cargo. Dispõe ainda sobre o período de quarentena, no qual o ex-dirigente fica impedido de trabalhar direta ou indiretamente para as empresas que foram reguladas durante suas atividades. Ainda ficou evidente a manutenção da estabilidade dos diretores, que estão livres da exoneração ad nutum, só saindo do cargo se quiser renunciar, ou após o cometimento de falta grave, com o devido processo administrativo ou mesmo por decisão judicial transitada em julgado, nesses dois últimos casos, sempre se respeitando o devido processo e assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

As agências reguladoras possuem uma autonomia estrutural no sentido de que não se subordinam hierarquicamente ao Governo. Nesse sentido, essa autonomia também seria chamada de autonomia política. Assim, as agências exercem suas atividades com independência dos ditames políticos governamentais, seguindo algumas diretrizes estabelecidas pelo Ministério a qual se encontra vinculada, mas é detentora de discricionariedade em sua atuação.

Para esse fortalecimento de sua autonomia estrutural, as agências reguladoras possuem um corpo técnico especializado, a fim de desempenhar suas funções de forma segmentada e específica. Ademais os seus agentes são estatutários, ingressando no emprego público através de concurso, excetuando-se os seus dirigentes que são nomeados pelo Presidente da República, passando pela sabatina do Senado Federal, o que lhes proporcionam prerrogativas oriundas do exercício do cargo.

3.5.2 Autonomia financeira

Quanto à autonomia financeira que as agências reguladoras possuem, esta se dá devido ao fato de serem dotadas de orçamentos gerais e possuírem arrecadação de rendas, as quais podem ser oriundas da sua atividade regulatória e fiscalizatória, com a cobrança de taxas das empresas reguladas, ou mesmo através

da participação em determinados contratos, frutos de convênios celebrados. Para isso, aos instituírem as agências, as leis podem determinar a possibilidade de arrecadação de taxas de fiscalização a serem cobradas das empresas reguladas durante a vigência do contrato de concessão. Neste sentido entende Menezello (2002, p. 84):

A autonomia financeira, evidenciada pela cobrança da taxa de fiscalização dos agentes fiscalizados, ou seja, as empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas e, no caso da ANP, pelo recebimento de parcela das participações governamentais.

É importante frisar que as agências reguladoras, por serem autarquias, tem-se que todos os seus bens são considerados bens públicos, e que no caso de causarem danos a terceiro, a sua responsabilidade é objetiva, de acordo com o que prevê o art. 37, §6º, da CF. Por isso, no caso da responsabilização objetiva das agências ocorre quando seus agentes causarem danos a terceiros no exercício de suas atividades a pretexto delas, do forma comissiva ou omissiva. Assim prevê a CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É possível então perceber como a autonomia financeira das agências reguladoras lhes garante maior liberdade para a atividade regulatória, tudo isso sem onerar o Estado para a obtenção de recursos necessários ao seu desenvolvimento e manutenção, pois os mesmos são obtidos através de todos os usuários e terceiros beneficiados pela regulação.

3.6 ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são dotadas de uma gama de competências, o que as denota em uma atividade que não se confunde com outro tipo de entidade do Estado. Há nesse contexto, um conjunto de atribuições que são mescladas, a fim de lhes garantir um papel importante na administração pública, e que chega a se

assemelhar com as típicas dos três poderes, ou seja, a funções de normatizar, administrar ou executar, e decidir.

3.7 FUNÇÃO NORMATIVA

O poder normativo das agências reguladoras advém do fato de que elas são dotadas de competência para o estabelecimento de determinadas normas, a fim de disciplinar os setores em que atuam. Desta forma, é que se dá o poder normativo das agências, podendo-se constatar tal previsão como no previsto pelo art. 22, inc. IV, da Lei da ANATEL que aduz o seguinte: “compete ao Conselho Diretor: (...) IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência”.

O poder normativo das agências não é indiscriminado, devendo sempre respeito ao princípio da legalidade, onde os atos normativos que forem expedidos por elas, são considerados numa escala hierárquica como inferiores às leis, e conseqüentemente à Constituição.

Vale ainda destacar que o poder normativo das agências esbarra com a competência normativa do Presidente da República, cabendo a este a edição de regulamentos com características de generalidade e abstração, o que difere dos atos praticados pelas agências que são restritos à sua atuação e com especificidades. Assim deixa claro MAZZA (2013, p. 143), quando aduz que:

é fundamental não perder de vista dois limites ao exercício do poder normativo decorrentes do caráter infralegal dessa atribuição:

- a) os atos normativos não podem contrariar regras fixadas na legislação ou tratar de temas que não foram objeto de lei anterior;
- b) é vedada a edição, pelas agências, de atos administrativos gerais e abstratos.

Entretanto, vale ressaltar que esse não é um entendimento pacífico, pois segundo Justen Filho, o que dispõe art. 84, IV, da Constituição de 1988, é que apesar da edição de regulamentos ser atividade privativa do Chefe do Executivo, a leitura do texto constitucional deve ser mais abrangente, no sentido de ter distribuído tal competência pelos integrantes da Administração Pública, e não no sentido de restringir estritamente ao Presidente tal atribuição (JUSTEN FILHO, 2002, p. 519).

Na mesma linha é o entendimento de Leila Cuéllar, onde essa alega que:

É imperioso observar que, embora os artigos 84, IV, e 87, II da Constituição Federal atribuam competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado para expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel execução das leis, o exercício de função regulamentar não é exclusivo daquelas autoridades. O rol apresentado pelo texto constitucional não é exaustivo, estando outras entidades da Administração Pública autorizadas a emanar regulamentos (CUÉLLAR, 2001, p. 116).

Assim, CUÉLLAR (2001) alega que atualmente o poder regulamentar pode ser exercido pelos Ministérios, bem como pelas entidades autárquicas, como o caso das agências reguladoras, não somente sendo atribuição do Presidente da República.

Entretanto, para a devida separação das competências atribuídas pela Constituição, é necessário discordarmos da autora, pois a constituição versa claramente que o poder regulamentar do Poder Executivo, deve ser exercido pelo Presidente da República de forma indelegável. Senão vejamos:

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;

Nesse sentido, a questão da atividade normativa das agências reguladoras é um ponto polêmico, que divide doutrinadores. O que se entende a princípio como uma das características intrínsecas das agências, o fato ter o poder normativo, ou seja, poder atuar de forma mais abrangente que as autarquias convencionais, levando-se em consideração o seu regime especial, o que lhes permite, além disso, julgar e sancionar as empresas sob sua regulação.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a função normativa das agências estaria adstrita a aspectos puramente técnicos, sendo todo o mais reserva de Lei. Para ela, as agências possuem poder normativo limitado, podendo, caso contrário, haver vício de inconstitucionalidade nos seus atos, pois as agências não são detentoras de independência em relação ao Poder Legislativo, e dessa forma seus atos não podem entrar em conflito com o aparato legal do Estado, e conseqüentemente nem com a Constituição Federal. Ademais, dispõe sobre a já mencionada anteriormente neste estudo submissão dos atos normativos das agências em relação aos controles dispostos nos arts. 49, X, 70 e seguintes da Constituição Federal (DI PIETRO, 2012).

3.8 FUNÇÃO REGULADORA

Antes de se falar da função reguladora das agências, insta salientar que a o alicerce de todo o ordenamento jurídico do Estado de Direito é a Constituição, a qual normatiza e orienta tudo que dela decorrer, na qual está incluída a forma com a Administração Pública deve atuar. Nesse sentido, a Carta Magna versa sobre todos os caminhos a serem traçados pelos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, a fim de se ter uma base para sólida para seu exercício.

A introdução supra se fez necessária para que seja possível então afirmar que o poder regulador que foi atribuído às agências reguladoras, é oriundo da Constituição, a qual o conferiu aos órgãos da Administração Pública Direta e às entidades da Administração Pública Indireta, sendo todas estas parte a estrutura estatal, cabendo-lhes, nesse sentido, regular o setor a que lhes competir. Desta forma, estes órgãos e entidades não são dotados do poder de editar normas de capazes de inovar no ordenamento jurídico, entretanto, são incumbidas de editar normas, contendo caráter geral e abstrato, porém, que não inovem no ordenamento jurídico, ou seja, podendo apenas versar sobre características técnicas para a aplicabilidade práticas das normas legais e constitucionais.

Diante disso, afirma-se aqui que a atividade reguladora é uma das formas de normatização presentes no ordenamento jurídico, onde o Estado se utiliza de entes dotados de capacidade técnica suficiente para pormenorizar a legislação vigente, conferindo uma intervenção no mercado, buscando criar mecanismos para o estabelecimento de requisitos de atuação dos agentes econômicos.

Assim, define-se regulação como uma forma de estabelecer regras, capazes de gerar harmonias na atividade econômica, ou seja, no mercado, através de edição de normas com caráter geral e abstrato, sem inovar no ordenamento jurídico, mas que atribuem características técnicas e ditames práticos às normas vigentes, com poder de influenciar a atividade do mercado, além de evitar a atuação desenfreada de empresários que possam agir de forma irregular, deturpando o equilíbrio do mercado.

Conforme visto no decorrer deste estudo, houve a transição do chamado Estado-produtor ou Estado-empresário para o atual Estado regulador, que atua de forma a interferir em alguns setores para equilibrar a economia e o mercado.

A doutrina moderna tende a acreditar que o modelo regulador adotado pelo Brasil se expandirá ainda mais, como é o caso de CARVALHO (2008), levando-se em consideração que há um distanciamento do legislador das especificidades dos casos concretos na hora da edição das normas, respeitando-se o caráter abstrato e geral destas, objetivando-se evitar que ocorram injustiças futuras na hora de aplicá-las a determinados casos. Esta tendência carrega a nomenclatura de administrativização do Direito Público.

O Estado se utiliza da regulação como mecanismo de luta pela diminuição das desigualdades que acometem os particulares e os usuários de determinados serviços ou bens públicos, e busca, através da solução de conflitos, suprir as deficiências da legislação, pois, como visto, estas são em regra distantes da realidade dos acontecimentos sociais. Assim, o Estado regulador almeja o exercício do controle de atividades privadas para o fim específico de diminuir as desigualdades e injustiças sociais.

Nesse contexto, e para esse fim, foram criadas as agências reguladoras, que são entidades desenvolvidas no ordenamento jurídico logo após o período de desestatização e privatizações, conforme amplamente esmiuçado anteriormente nessa monografia, a fim de regular diversos setores, inclusive alguns ligados direta ou indiretamente à economia. Para isso, utiliza-se de normas técnicas que elas mesmas produzem, as quais determinam a melhor forma que os agentes ligados a cada setor devam atuar.

A competência regulatória não é exercida apenas pelo Estado através das agências, pois a maioria da doutrina versa que também compete a outras autarquias, como o caso do Banco Central do Brasil - BCB e o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, visto que essas exercem também atividade normativa no ordenamento jurídico, no mesmo âmbito inferior hierarquicamente à lei, como o caso das agências reguladoras.

Como o próprio nome já aduz, as agências reguladoras são dotadas da função reguladora, a qual assim lhes atribui à lei que as cria, podendo atuar no âmbito administrativo, estritamente dentro dos limites impostos pela mesma norma criadora, o que faz com elas não conflitem em suas atividades com as competências exclusivas dos Poderes Executivo ou Legislativo. Ademais, a atuação das agências deve sempre estar em conformidade com a legislação vigente, bem como aos

princípios e ditames constitucionais. Desta forma é o entendimento de MENEZELLO (2002), onde:

Cada ato normativo ou individual emitido deve ser legal, legítimo, obrigatório, visar ao interesse público, ter motivação necessária e suficiente, ou seja, estar em absoluta concordância com todo o sistema jurídico, incluindo principalmente os princípios constitucionais e legais.

A atuação reguladora das agências atinge a particulares que exerçam atividades submetidas à regulação das agências, conforme assim atribuem as leis que estas criaram, a fim de buscar o desenvolvimento do setor, ademais atingem ainda os entes federativos e entidades administrativas, além dos contratados pela administração pública, além dos servidores públicos.

Neste sentido, é importante observar que as agências devem sempre atuar de forma a atender aos interesses e ditames do Estado de Direito, pois é uma entidade que permeia os interesses de agentes regulados, usuários e consumidores, tendo essas relações em certos momentos desencadeando conflitos e demandas, cabendo às agências saná-los, além de buscar o desenvolvimento de setores econômicos, agindo de forma a evitar que toda a força do Estado seja direcionada para tais relações através de outros setores da máquina estatal, o que resulta uma maior eficiência e agilidade a estas relações jurídicas.

A função regulatória no Estado brasileiro é exercida por entidades que a lei assim legitima, devendo para tal utilizar como norte os preceitos legais e constitucionais, com a edição de normas que versem a respeito de concorrência, qualidade e universalidade dos serviços, e presam para que a sociedade não seja lesada.

Aqui é possível notar o abordado no primeiro capítulo dessa monografia, onde foi constatada a transformação do Estado, que passou de burocratizado, centralizador, lento e prestador de serviço, ou que chamamos de Estado-empresário ou Estado produtor, para um Estado Regulador, o qual participa de forma indireta na qualidade da prestação dos serviços, tendo a execução de parte destes sido transferida a particulares. O que se alcançou foi a função dada às agências de resolução de questões envolvidas entre os agentes regulados e mesmo entre estes e os consumidores, atuando como verdadeiros instrumentos de efetivação do bom funcionamento de tais serviços, pelo bem da sociedade como um todo.

Diante do exposto, foi possível visualizar a importante função reguladora que fora conferidas às agências, com o objetivo de realizar na administração pública o chamado policentrismo, ou seja, retirar do corpo central da Administração pública tal exercício, criando uma entidade com tal função, a fim de se obter um poder público dinâmico e célere, sendo mais fácil de se manter atualizado e eficiente, mantendo uma relação direta com o controle dos setores a que regulam, editando normas hierarquicamente inferiores às leis, mas que trazem minúcias e aplicabilidade técnica a estas, as quais obrigam os entes regulados ao seu cumprimento, dentro dos ditames expostos na lei.

Vale observar o que aduz DI PIETRO (2012, Op. Cit., p. 500, nota 5):

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência. Nos dois tipos de agências reguladoras, a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, a elas estão sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, standards nela contidos.

O que se observa diante do que fora abordado até aqui é que a função reguladora não pode se dar de forma a inovar no ordenamento jurídico, mas sim na edição de normas que obrigando os entes regulados através da edição de normas gerais e abstratas, mas sem inovação no sistema jurídico, apenas a fim de esmiuçar o conteúdo de leis, princípios e normas constitucionais, trazendo de forma objetiva a aplicabilidade técnica de tais normas anteriores, não havendo, portanto, discricionariedade quando se fala em regulação, pois esta só cabe às agências no momento da escolha de determinadas soluções técnico-científicas cabíveis à solução do caso concreto, levando-se em consideração a complexidade. Entretanto, o que se nota na doutrina é que quando há discricionariedade técnica no exercício da atividade regulatória, as agências podem sofrer com a interferência política em suas decisões (CARVALHO, 2008).

3.9 FUNÇÕES FISCALIZADORA E SANCIONATÓRIA

Em um Estado de Direito deve haver sempre a preocupação em manter um chamado bem-estar de todos, e para alcançar esse feito, o Poder Público pode

impor limitações e regular direitos individuais previstos em todo ordenamento jurídico. Esse controle é exercido através de atos preventivos, nos quais há a previsão de penalidades para os infratores de determinada proibição, além de haver em alguns casos a coação direta, tendo ambas as formas o objetivo de preservar os interesses sociais.

Essa forma de controle que o Estado tem nas mãos, é o conhecido poder de polícia. CARVALHO (2002, p. 327) define o poder de polícia do Estado como: “a competência do Estado de restringir o exercício de direitos e liberdades individuais a fim de evitar danos ao bem comum”.

Desta forma, entende-se que poder de polícia tem como principal objetivo a preservação do interesse geral da coletividade, inclusive da vida dos indivíduos, e mesmo a manutenção do próprio Estado.

Ademais, o poder de polícia não se restringe a limitar e coagir a autonomia privada, expande-se a mais além, pois é aplicado aos entes políticos e públicos, por basear-se no princípio mais importante que rege toda a Administração Pública, o da supremacia do interesse público, e por isso, não há relevância se a autonomia atingida pelo poder de polícia seja privada, política ou administrativa.

Em sentido amplamente analisado, o poder de polícia pode se estender até os atos legislativos, visto que podem regular práticas lesivas à coletividade, inclusive a atos normativos e concretos praticados pela Administração Pública, havendo então a restrição de direitos individuais face ao bem maior, que é o interesse público. Neste contexto, estão abrangidos tanto as leis, quanto atos regulamentares ou regulatórios exercidos pela Administração, contanto que objetivem a restrição de interesses ou direitos individuais.

Em se falando de poder de polícia no sentido estrito, esse se atém somente aos atos regulamentares exercidos pelo Presidente da República, além dos atos regulatórios praticados pelas entidades da Administração indireta, como também os atos concretos efetuados pelos agentes públicos integrantes da administração pública. Nesse sentido, a doutrina entende como sendo a polícia administrativa, onde pode haver a exigência de uma obrigação de fazer, não fazer, ou suportar, tudo com o objetivo maior de atender ao interesse público.

Insta salientar que à polícia administrativa não cabe apenas o atributo de fiscalizar e penalizar, pois é também parte de seu exercício a implementação de

determinadas medidas, a fim de se promover formas de se evitar que práticas sujeitas a tais penalidades deixem de ser realizadas.

Entrando-se no cerne da questão, cabe às agências reguladoras a função de fiscalizar o cumprimento das normas que regulam o setor específico que a elas se sujeitam. Desta forma, a atividade reguladora das agências consiste em analisar se há essa obediência dos agentes regulados ao conjunto normativo se aplicam a sua atividade. Assim, a função reguladora está no fato das agências poderem fiscalizar a observância ao cumprimento das obrigações que forem impostas pelo ordenamento jurídico e pelas normas regulatórias, a fim de se alcançar a preservação do interesse coletivo. Nesse sentido, para ARAGÃO (2002, p. 317):

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

Desta forma, cabe às agências a função de fiscalizar a atividade dos agentes regulados, responsabilizando-os, quando for o caso, pela inobservância de condições de atuação previstas, a fim de se atender o interesse social.

Cabe frisar, por fim, que a função de fiscalização não exclusivamente exercida pelas agências reguladoras, pois quando se trata de economia, meio ambiente e urbanismo, principalmente, esta função encontra-se presente em outros setores da administração pública.

3.10 O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS

Para controlar a atuação das agências reguladoras o Estado deve se valer de instrumentos necessários que o mesmo seja possível. Vale sempre enfatizar que, apesar da tal autonomia ou independência que possui as agências, deve sempre ser ponderada quando houver a iminência dos atos das agências reguladoras se evadirem ao interesse público.

Por possuírem natureza jurídica autárquica, os atos das agências reguladoras sempre estão submetidos à adequação ao regime jurídico administrativo próprio que é submetida.

Assim, o controle sobre o exercício das atividades das agências reguladoras não se encontra no escopo de retirar-lhe autonomia ou independência, mas sim no fato de proporcionar à coletividade uma melhor prestação do serviço público a ela conferido para regulação, proporcionando uma análise da atividade realizada, a fim sempre de que as agências atendam aos preceitos legais.

O controle sobre as agências pode variar em cada tipo de agências, pois a lei que as cria, dispõe de mecanismos específicos para controlá-las, devendo sempre ser analisado se a atuação das agências encontra-se em conformidade com seu diploma legal criador. Assim versa MELLO (2009, p. 126):

Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos.

Entretanto, diante do que fora amplamente abordado no tópico da natureza jurídica das agências, estas, apesar de possuírem natureza de autarquias, foram criadas sob regime especial, e assim, são detentoras de autonomia administrativa, não cabendo a elas o chamado controle ministerial. Entretanto, salienta-se que ao Ministério supervisor de cada agência, se na lei instituidora desta assim constar expressamente, cabe a função de tutelar a sua atividade, Como melhor explica MOTTA (2003, p. 130):

...o controle interno fica mitigado, visto que, se as agências reguladoras possuem ampla autonomia administrativa, é evidente que este controle, de caráter político-administrativo, ficará deveras prejudicado, visto que os objetivos do Ministério, por razões políticas, podem ser divergentes dos objetivos de determinada agência reguladora. Pode-se, em conclusão, dizer que quanto maior for a intensidade do controle hierárquico, ou do interno, menor será a autonomia desfrutada pela agência reguladora.

Desta forma, apesar das agências reguladoras serem autarquias em regime especial, e por isso, dotadas de ampla autonomia, não estão imunes a vários tipos de controle, como financeiro, exercido pelo Tribunal de contas, bem como o controle do exercício de suas funções, cabendo este ao Poder Judiciário ou Ministério Público.

3.10.1 Controle administrativo ou interno

O controle administrativo sobre as agências, também denominado de controle interno, ocorre pelo fato de dentro da própria agência ser possível reexaminar a matéria objeto de decisão administrativa, a fim de se verificar uma possível reconsideração do órgão perante a decisão proferida, manifestando uma posição de caráter recursal administrativo, em uma escala hierárquica dentro da própria agência.

Esse tipo de controle administrativo se manifesta de ofício, ou após provocação dos agentes regulados ou dos usuários do serviço, após a inconformidade destes com as decisões administrativas proferidas. Desta forma, destaca-se que ao decidir administrativamente, as agências realizam ato administrativo, o qual acarreta em direitos e obrigações para elas e para todos os alcançados por tal decisão.

Neste sentido, retomando-se o entendimento da autonomia de que as agências reguladoras são dotadas, em face do seu regime especial, os recursos administrativos de decisões proferidas por elas, não cabe ao conhecimento do Ministério ao qual se encontra vinculada, exceto se tal procedimento estiver expressamente previsto na lei que cria a agência.

Há ainda o controle interno desenvolvido por conselhos consultivos, os quais são órgãos pertencentes às próprias agências, contando com a participação popular em seu funcionamento, tendo em vista que em seu cerne há uma composição mista.

Os conselhos consultivos das agências reguladoras são compostos por representantes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, dos agentes regulados, de entidades representativas de usuários e da sociedade como um todo. Eles são incumbidos de funcionar em caráter consultivo, ao fiscalizarem a prestação do serviço, bem como para fiscalizar a atuação do Conselho Diretor da agência. Ademais, possuem competência para a emissão de pareceres a respeito de projetos a serem realizados pelas agências, bem como de aconselhar no que tange a prestação dos serviços públicos, além de elaborarem relatórios e propostas referentes à atuação do Conselho Diretor.

3.10.2 Controle do Tribunal de Contas

Há também a forma de controle das agências reguladoras exercido pelo Tribunal de contas, o qual se encontra previsto na Constituição Federal, em seu art. 70, no qual, o qual é realizado diretamente, por intermédio de fiscalização contábil, financeira e orçamentária das agências, a fim de se verificar a eficiência, a legalidade, a legitimidade e a economicidade de seus atos, durante o desenvolvimento regular de suas atribuições e competências. Nesse sentido, segundo JUSTEN FILHO (2002, p. 588):

Esse controle versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar serão os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização das agências reguladoras enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias.

O controle pelo Tribunal de Contas pode se dar de ofício ou mesmo através de provocação dos cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos, bem como através de quaisquer pessoas interessadas, inclusive os agentes regulados, ao se verificar qualquer tipo de irregularidade ou ilegalidade durante o exercício das atividades das agências reguladoras.

3.10.3 Controle pelo Poder Legislativo

O Poder Legislativo exerce o controle perante as agências reguladoras desde que são instituídas, pois para serem criadas, dependem da edição de lei própria, competência essa da casa legiferante. Assim, o Legislativo fixa previamente alguns padrões de funcionamento e atuação às agências, além de atribuir-lhes determinada competência normativa no ato de sua criação.

Ademais, o controle exercido sobre as agências reguladoras oriundo do Poder Legislativo se dá também por previsão expressa da Constituição Federal, em seu art. 49, X, onde se versa que cabe ao Poder Legiferante a fiscalização e controle dos atos praticados no âmbito do Poder Executivo, dentre os quais podem ser incluídos os praticados pelas entidades que integram a administração pública indireta.

O Legislativo pode exercer tal controle por meio de fiscalização dos atos emanados das agências reguladoras, podendo-se exigir ainda pedido escrito de informação, além de constituir Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs, bem como de exercer a fiscalização quanto às finanças e orçamento das entidades, com o auxílio do Tribunal de Contas, conforme abordado no tópico anterior.

Assim, asseveram ALEXANDRINO & PAULO (2011, p. 64):

O amplo poder normativo conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras exige que o Congresso Nacional esteja permanentemente monitorando os atos normativos por elas editados, uma vez que é seu dever, por força de comando constitucional expreso, zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes. Sempre que o Congresso Nacional verificar que houve excesso no exercício do poder normativo por parte da agência reguladora, compete a ele suspender o ato da agência.

Por tudo isso, observa-se que o controle do Poder Legislativo vai desde a criação das agências, de forma preventiva, até o controle posterior de suas atividades, tudo com respaldo constitucional.

3.10.4 Controle pelo Poder Judiciário

O controle do Poder Judiciário em face das agências reguladoras se dá devido ao sistema constitucional de tripartição de poderes, pois exerce a função jurisdicional, resolvendo-se conflitos e analisando-se a constitucionalidade.

Nesse sentido, qualquer ato praticado em discordância com o ordenamento jurídico pátrio, que acarretem lesão ou ameaça de lesão a direito, não pode eximir-se o Poder Judiciário de sua apreciação, em decorrência do sistema adotado pela Constituição Federal da chamada jurisdição una, consagrando o princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário.

Assim, quaisquer decisões proferidas pelas agências reguladoras, recorridas ou não no âmbito administrativo, mesmo com trânsito em julgado administrativo, poderão ser apreciadas pelo Poder Judiciário, sempre mediante provocação dos interessados, em face do princípio da inércia do Poder Judicante, sempre se assegurando o contraditório e a ampla defesa, bem como o devido processo legal. Nesse sentido, versa MAZZA (2005, Op. Cit., p. 204, nota 4):

Ao Poder Judiciário compete controlar as atividades das agências reguladoras e de seus agentes públicos quando questionadas, mediante provocação dos interessados, por meio de ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, habeas data, ação de improbidade administrativa, ou qualquer outra ação judicial visando a prevenir ou reprimir atos e omissões atentatórias às normas e princípios pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio.

3.10.5 Controle pelo Ministério Público

O controle exercido pelo Ministério Público sobre as agências reguladoras ocorre pelo fato do Ministério Público ser instituição essencial à administração da justiça, o qual é de suma importância na sociedade contemporânea.

Cabe ao Ministério Público, segundo o que versa art. 129, III, da Constituição Federal, a instauração de inquérito civil e de ação civil pública. Pode ainda o MP promover ações cautelares. A instituição é incumbida de promover a proteção da ordem jurídica, do regime democrático de direito, bem do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, o MP tem o poder de investigação das agências reguladoras, sobre os atos praticados por essas, podendo inclusive promover ação a fim de responsabilizar civil e criminalmente por atos praticados por seus agentes.

Ademais, pode ainda o Ministério Público exercer o controle sobre as agências de forma direta, em virtude de poder verificar a legalidade e a legitimidade das decisões emanadas, haja vista zelar por um bem maior, que é o interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de abordar uma temática tão instigante, seria possível escrever mais inúmeras páginas, visto a imensidão de particularidades que abarcam as agências reguladoras, sendo objeto de estudo e discussões por vários doutrinadores, tendo permeado de várias formas o meio acadêmico.

Longe de esgotarmos o tema, objetivou-se com essa sucinta monografia aduzir em seu primeiro capítulo contextualizar o tema para o nobre leitor, a fim de demonstrar em que momento da história e em que modelo de Estado se viu necessária a criação das agências reguladoras.

Após a evolução do Estado brasileiro, acompanhando as mudanças ocorridas no mundo, desde o modelo de Estado-empresário ou Estado-produtor, para o atual Estado-regulador ou policêntrico, levando-se em consideração que a atual administração pública pátria não busca mais a centralização de todas as atribuições que lhe competem, abrindo-se assim um leque de entes da administração indireta, para que estes, diante de seu campo de atuação e contando com uma maior especialidade, possam tornar a administração pública mais funcional, célere, eficiente e menos burocrática.

Posteriormente, buscou-se demonstrar como esse instituto fora adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuindo em sua essência, os resquícios do modelo norte-americano neoliberal, trazido para o país desde na década de 90, fazendo com que o país passasse por uma grande transformação, que foi o processo de desestatização ou privatizações.

Assim, o governo do então presidente Fernando Collor de Melo iniciou por aqui o Programa Nacional de Desestatização - PND, que dentre outros objetivos, trouxe precedentes para as privatizações de estatais e as concessões de serviços públicos a particulares. Esses princípios e diretrizes trazidos pelo PND foram a base para a posterior reforma do Estado.

Já no Governo FHC, em 1995, por ordem dele, fora elaborado o Plano Diretor de Reforma do Estado - PDRE, tendo sido este o alicerce para as reformas que o governo pretendia para a Administração Pública.

Eis que foram efetuadas algumas reformas no texto constitucional, através de Emendas, que levaram à Carta Magna a possibilidade das privatizações e

concessões, retirando do Estado a exclusividade na exploração de determinados serviços públicos.

Neste íterim, ao se transferir a execução serviços públicos a particulares, o Estado passou a não ser mais um Estado-produtor, abraçando de vez o modelo neoliberal, e passando se tornar regulador, ou seja, deixou de executar determinados serviços, mas criou entidades que pudessem ser dotadas de autonomia e poder suficiente para controlar tal execução, agora realizada pela iniciativa privada, na busca de manter-se uma prestação dos serviços de forma eficiente, e que possam atender ao interesse público de forma satisfatória.

O modelo regulatório no Brasil vem resistindo desde então, e as agências reguladoras continuam desempenhando um papel importante no que diz respeito à fiscalização dos agentes regulados, pois, apesar das concessões e permissões serem alvo até hoje de duras críticas, atualmente tem se mostrado que fora um processo necessário, que retirou das entranhas da lenta e burocratizada administração pública, serviços que de fato não necessariamente deveriam ser feito por ela, o que os tornavam caros, desatualizados e ineficientes.

Atualmente, em regra geral, os serviços públicos concedidos ou permitidos a particulares têm sido executados de forma satisfatória, obviamente com a fiscalização rigorosa das agências reguladoras, que regula, fiscaliza e sanciona os agentes regulados, levando à coletividade serviços públicos com menor onerosidade em sua utilização, eficientes e modernos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes**: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

ARAUJO, Edmir Netto de. **A Aparente autonomia das agências reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, ordem econômica e Agências Reguladoras**. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-ordem-economica-e-agenciasreguladoras>>. Acesso em: 25/04/2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Dos Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

BOBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4ª reimpr. da 6. ed. de 1994. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/04/2014.

_____. Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em: 20/04/2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Jus Podium, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. amp. atual. até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev. amp. atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Reforma do Estado**: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Fabio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. Barueri, SP: Manole, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Que se entende por Estado de Bem-Estar social?**. *Jornal do Brasil*, 27 jul. 2013. Disponível em: <<http://http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2013/07/27/que-se-entende-por-estado-de-bem-estar-social/>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

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/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. **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/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2014. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOVARTH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Direito Administrativo**. São Paulo: Manole, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas. **Agências reguladoras nos EUA e considerações sobre o direito comparado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3290, 4 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22159>>. Acesso em: 2 maio 2014.

LOPES, Nairo José Borges. **Direito, Constituição e Estado de bem-estar Social: algumas aproximações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3865, 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26563>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da Filosofia**. 12. ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2008.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 5.7.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri SP: Editora Manole, 2003.

PAREJO, Luiz Carlos. **Neoliberalismo**: Entenda a doutrina econômica capitalista. Uol Educação. 30 jun. 2007. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/neoliberalismo-entenda-a-doutrina-economica-capitalista.htm>>

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível na internet: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Ranking IDH Global 2012**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2012.aspx>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

SANTOS, Theotônio. **O neoliberalismo como doutrina econômica**. Revista Econômica [online]. Volume 1, número 1. 1999. Disponível em:

<http://www.proppi.uff.br/revistaeconomica/sites/default/files/V.1_N.1_Theotonio_dos_Santos.pdf>

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de; **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WEFFORT, F. C. **Formação do Pensamento Político Brasileiro**. São Paulo: ÁTICA, 2006.