



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Controvertidos das Agências Reguladoras

Ricardo dos Santos Quintela

Rio de Janeiro
2012

RICARDO DOS SANTOS QUINTELA

Aspectos Controvertidos das Agências Reguladoras

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Kátia Araújo da Silva

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nélson C. Tavares Junior

Rafael Iorio

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ricardo dos Santos Quintela

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

Resumo: Na ordem econômica, o Estado passou de liberal para intervencionista, e nos últimos anos para Estado-gestor. Essa evolução foi possível diante do fracasso dos sistemas anteriores de atuação estatal, que gerou insatisfação social e impulsionou, no Brasil, os ideais de liberalização da economia. No entanto, a recente alteração encontra resistência de movimentos socialistas, além de dificuldades jurídicas criadas por entendimentos e interpretações retrógradas. Nesse cenário, as Agências Reguladoras, criadas para viabilizar a nova forma de Estado, são incompreendidas, gerando discussões e polêmicas, objeto do presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Agências Reguladoras. Evolução histórica. Funções, poderes e limites. Polêmicas.

Sumário: Introdução. 1. Histórico das Agências Reguladoras. 1.1 Evolução brasileira do Estado Gestor. 1.2 Surgimento das agências no Brasil. 2. Natureza e características. 3. Aspectos polêmicos. 3.1 Constitucionalidade do poder normativo. 3.1.1 Natureza dos atos normativos 3.2 Controle democrático dos regulamentos. 3.3 Fixação de taxas de regulação. 4. A relação com a eficiência dos serviços públicos. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática das agências reguladoras e seus aspectos controvertidos no ambiente jurídico e político brasileiro, uma vez que são entidades indispensáveis para o momento de descentralização vivido pelo país, pelo qual ocorre a transferência de atividades estatais à iniciativa privada.

Com a crise mundial provocada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, o Brasil passou a adotar modelo interventor existindo órgãos, inicialmente criados por Getúlio Vargas, que exerciam diretamente diversas atividades econômicas e controlavam outras. Na

década de 90 ocorre a alteração para Estado-gestor ou gerencial, quando a ordem econômica e a prestação de serviços públicos passam a serem exercidas com o auxílio do setor privado, cabendo à atuação estatal a orientação, o que é feito através das agências reguladoras.

Assim a “Reforma do Estado”, que pretendia reduzir o tamanho do Estado a partir da transferência de atividades, como serviços públicos, ao mercado, não importou na volta ao clássico modelo liberal, uma vez que surgiu a função de regulação.

Fundamental para o Estado brasileiro moderno, a organização das atividades econômicas e sociais de determinados setores passou a ser exercida pelas agências reguladoras.

Importante saber até onde suas funções não afetam aquelas dos Ministérios, e entender os poderes desses órgãos, para definirmos se há excesso de atribuições, e se a própria regulação, a fixação tarifária para os setores são adequadas. Dessa forma, verificaremos se tais agências estão a descuidar dos interesses dos maiores interessados, que são os cidadãos, usuários dos serviços e dependentes do sucesso da economia.

As funções, os limites, os poderes, a natureza dessas agências, bem como sua importância e evolução no campo jurídico e político do Brasil, serão abordados no trabalho.

1. HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Analisando o modelo de organização política de outros países, verifica-se que não é recente a criação de órgãos autônomos inseridos na estrutura administrativa. O parlamento inglês, a partir de 1834, utilizou de entes administrativos com autonomia para dar efetiva aplicação às disposições legislativas de maior relevância, bem como para esclarecer eventuais controvérsias na interpretação textual da norma. Assim, para cada norma disciplinadora de assunto de relevo, criava-se um ente.

Nos Estados Unidos a tendência inglesa foi seguida e, a partir de 1887, os nortes

americanos passam a utilizar largamente de entes, denominados *agencies*, para regular atividades setoriais, através da imposição de normas e da aplicação de sanções.

Nessa data, quando vigorava o liberalismo puro, os transportadores ferroviários e os estabelecimentos de depósito de grãos estabeleciam de forma abusiva os valores, objetivando o lucro máximo, por saberem que os fazendeiros produtores do oeste não teriam outra alternativa para escoar a produção. Percebeu-se, então, a necessidade impor normas para evitar as práticas não competitivas dos grandes monopólios. Diante da pressão dos produtores, as assembleias estaduais daquele país estabeleceram órgão de controle do preço das tarifas ferroviárias e de armazenagem.

Na ocasião criaram a *Interstate Commerce Commission* – ICC, e após, também com o fim de regular condutas abusivas praticadas pelas corporações monopolistas, foi instituída a *Federal Trade Commission* – FTC.

Com a crise do modelo liberal clássico, que culminou com a grande depressão de 1930, visando buscar a compensação de falhas do mercado, ganharam força nos Estados Unidos as agências reguladoras, utilizadas como instrumento para minimizar a exacerbação do direito a propriedade e a liberdade de contratar. A partir daí, restringiu-se princípios liberalistas e as agências receberam maior autonomia para intervirem na economia, sendo fundamental para a política do *New Deal* implementada pelo então Presidente *Franklin Roosevelt*.

Com a globalização, a experiência vivenciada pelos norte-americanos influenciou inúmeros países, inclusive o Brasil, resultando na proliferação das agências.

Salienta-se, apenas, que o vocábulo “agência” nos Estados Unidos recebeu sentido amplo, significando toda e qualquer autoridade pública integrante da organização administrativa, excluídos os três poderes do Estado.

1.1 EVOLUÇÃO BRASILEIRA DO ESTADO-GESTOR

Ao fim do século XX o Estado brasileiro encontrava-se no auge de uma crise iniciada pelo inchaço da máquina estatal, que durante o século tentou sem sucesso exercer diretamente funções econômicas e prestar serviços sociais. Tal ineficiência gerava transtornos à economia do país e era proveniente da morosidade nas tomadas de decisões e da burocracia da arcaica gestão empresarial desenvolvida pelo Estado.

Tal processo de concentração das atividades no Estado iniciou-se na década de 1940, quando o governo buscou independência das importações e criou grandes empresas estatais como Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia Vale do Rio Doce, Fábrica Nacional de Motores, entre outras. Naquela ocasião, diante de frágil iniciativa privada, buscou-se impulsionar a economia unicamente com iniciativa estatal.

Na década de 1960, com a tomada do poder pelos militares, o investimento estatal e a exploração econômica direta continuou, e criou-se mais de trezentas empresas estatais, tais como Eletrobrás, Siderbrás, Nuclebrás.

Assim, o Estado brasileiro encontrava-se em um sistema centralizador, intervencionista, exercendo diretamente a atividade econômica, o que provocou verdadeira estagnação da economia, ocorrida em virtude da falta de investimento em pessoal capacitado, da demora decisões de gestão, e da burocracia das operações.

Tal modelo revelou-se inadequado, sendo fator para a crise que assolava o Brasil, e impossibilitava a persecução dos objetivos maiores como a diminuição da pobreza, o melhoramento da saúde, enfim o desenvolvimento da nação. A insatisfeita sociedade cobrava mudanças e irritava-se com a desastrosa administração, principalmente no controle das grandes estatais, que apesar do enorme potencial não conseguia trazer bons resultados.

O modelo gestor do Estado brasileiro demonstrava exaurimento, que se refletia no crescimento da pobreza, no atraso social e na concentração de riqueza.

Por isso colocou-se em pauta a discussão acerca de novos rumos para a economia, a

postura do Estado e seu tamanho, que para muitos encontrava-se inchado, isto é, concentrando mais funções do que poderia com eficiência exercer.

Tal discussão ganhou novos impulsos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que punha fim a administração militar, que se demonstrava arcaica e gerava revoltas no campo sócio-cultural. Com a nova Carta política, a sociedade viu-se livre para manifestar opiniões e o ambiente de transformações refletiu a tendência mundial, surgindo o Estado regulador.

Pôs-se fim a era intervencionista, na qual a atuação estatal era direta (Estado-empresário). Isto é, a produção de bens e prestação de serviços deixam de ser exercidas unicamente pelas mãos do Estado, que agora assumem o papel de controladoras.

O novo ideal de Estado, que se manifesta indiretamente na economia, é reverenciado pelos arts. 173 e 174 da Constituição, nos quais se afirma a subsidiariedade da atuação estatal e se dispõe sobre a posição gerencial.

A instituição do Programa nacional de Desestatização, previsto inicialmente pela Lei nº. 8.031/1990, substituída mais tarde pela Lei nº. 9.941/1997, inicia a reforma do Estado brasileiro. Na mesma época, emendas constitucionais nº. 5, 6, 7, 8 e 9, elaboradas a partir de 1995, sedimentam a nova fase do Estado brasileiro.

A abertura ao setor privado se iniciava e como exigência desse novo “mercado” estavam as agências reguladoras, independentes e autônomas, sem subordinação ao governo. Tal exigência se deve ao fato de serem de grande monta os investimentos realizados e tais órgãos servem de garantia da transparência e lisura dos procedimentos regulatórios.

Como consequência do desenvolvimento da reforma estatal despontam como grandes transformações o fim de restrições ao capital estrangeiro, o fim do monopólio estatal e a desestatização da economia.

1.2 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS NO BRASIL

As agências reguladoras no Brasil, em sentido amplo, são qualquer órgão da administração direta ou indireta com função de regular matéria que lhe está afeta. Assim, verifica-se que a ideia de órgão regulador já existia no direito brasileiro desde a segunda década do século XX, com a instituição do Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), entre outros. Tais órgãos, ainda que sem o nome de agência, desenvolviam tarefa semelhante, de regulação do setor e diminuição da liberdade negocial das empresas monopolizadoras, da mesma forma que ocorreu nos Estados Unidos.

No entanto, foi a partir da última década do século XX que surgiram as agências reguladoras como sendo órgãos setoriais de regulação, possuindo autonomia e especialização, vinculadas a atual concepção de função estatal que exige a separação da política com a disciplina de determinadas atividades.

2. NATUREZA E CARACTERÍSTICAS.

No Brasil, as agências reguladoras são autarquias de regime especial, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, integrantes da Administração Pública Indireta, instituídas para o desempenho de funções típicas de Estado, e criadas somente através de lei específica, conforme exigência constitucional – art. 37, XIX da Constituição Federal de 1988.

Como autarquias, as agências se submetem ao regime de direito público e têm a possibilidade de desenvolver atividades eminentemente estatais. No entanto, a autonomia precípua para a função regulatória não se encontra nas autarquias (puras), pois, como integrante da Administração Indireta, essas entidades estão submetidas ao controle pelo Poder Executivo, precisamente à supervisão ministerial (art. 87, parágrafo único, I, CRFB/88) e ao Presidente da República, a quem compete, de forma privativa e indelegável, a direção da

Administração Federal (art. 84, II, CRFB/88).

Por isso, a solução encontrada foi que a lei instituidora estabelecesse às agências reguladoras o status de autarquia de regime especial. Dessa forma, contorna-se a subordinação típica de entidade da administração, e confere-se às agências prerrogativas especiais, geralmente referente à ampliação de sua autonomia financeira e administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ ao ensinar sobre as agências reguladoras afirma:

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

Em que se pese as agências reguladoras se diferenciarem conforme a lei instituidora e as peculiaridades do setor a ser regulado, é possível afirmar que todas possuem traços característicos comuns. Sempre irão, desenvolvendo atividade tipicamente estatal, exercer função regulatória sobre determinado setor da economia. Possuem especial *status* que assegura autonomia relativa perante o Poder Executivo. Dispõem de amplo poder normativo para o setor objeto da regulação. Por fim, é comum às agências reguladoras a possibilidade de seus atos serem objeto de controle por parte do Judiciário e do Legislativo.

3. ASPECTOS POLÊMICOS

A sociedade brasileira encontra dificuldade em entender a nova postura do Estado, como sendo o gestor, e não mais o executor. Essas dificuldades são transportadas para o entendimento das agências reguladoras, seja pelo ordenamento jurídico não estar totalmente emparelhado com a novidade, seja por questões de discordância com o novo rumo político.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 469.

3.1 CONSITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO

Fundamental para a existência das agências reguladoras é, obviamente, o seu poder de regulação que é desenvolvido a partir de atos normativos. No entanto, por estarem inseridas na Administração Pública Indireta, discute-se se tal função normativa não viola a Separação dos Poderes, mais precisamente a atuação típica do Poder Legislativo.

A atribuição conferida a estas autarquias especiais de editar normas gerais sobre o setor sobre determinado setor causa, então, polêmica na doutrina.

Desde o surgimento da ANEEL, instituída pela Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que disciplina sobre o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica, foi atribuído o poder normativo. Dispõe a referida Lei que compete a ANEEL “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei 9074/95” e “regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação” - art. 3º, I e XIX, respectivamente.

A Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que, dispendo sobre serviços de telecomunicações, institui a ANATEL, da mesma forma atribui função de “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”, “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem”, “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” - art. 19, incisos X, XII e XIV, respectivamente.

Em seguida, na instituição da ANP, a Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, em seu artigo 8º, caput, atribui a esta agência a “finalidade promover a regulação, a contratação e a

fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis”.

Às agências criadas posteriormente também foi atribuída função regulatória por meio da edição de normas gerais, impessoais e abstratas. Daí restou a dúvida de constitucionalidade de tais atribuições frente à Separação de Poderes e ao Princípio da Reserva Legal – art. 5º, II da Constituição Federal.

Indiscutível é a necessidade de celeridade na edição de normas reguladoras para os setores, uma vez que o mercado, bem como a própria sociedade, se altera de forma muito ágil e imprevisível. Desta forma, depender do árduo e complexo processo legislativo seria prejudicial ao setor, e principalmente contrário aos interesses da sociedade, que espera por resultados eficientes.

Além disso, não se pode exigir do legislador que tenha conhecimentos técnicos específicos dos complexos setores, como por exemplo o de energia, de petróleo, de telecomunicações. É como dispõe José dos Santos Carvalho Filho²:

No que tange ao âmbito da disciplina, é imperioso reconhecer o amplo espectro de incidência das respectivas normas. Nem poderia ser de outra maneira. Como o legislador não tem qualificação para dispor sobre matérias de grande especificidade e complexidade, como é o que se sucede, para exemplificar, em setores como os de energia elétrica, telecomunicações e petrolífero, toda a disciplina de ordem técnica fica a cargo das agências e, é claro, tem caráter *erga omnes*, como o teria se a disciplina fosse instituída por lei.

Assim, a maior parte da doutrina afirma ser imprescindível a atribuição normativa às agências, sob pena de não poder exercer a função regulatória, motivo de sua criação, sobre determinados setores através da edição de normas.

Trata-se de distinguir dois poderes do fundamentais do Estado: o poder legiferante e o

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp> acesso em: 02 abr. 2012.

poder regulamentar, conforme José dos Santos Carvalho Filho³. Enquanto aquele se origina diretamente da Constituição, sendo primário, o poder regulamentar é secundário, pois busca seu fundamento de validade nos atos decorrentes da manifestação do primeiro.

Assim, pode-se afirmar que do poder legiferante derivam as leis, diferentemente dos atos administrativos decorrentes do poder regulamentar, chamados de decretos, resoluções, portarias.

Como ato administrativo, a manifestação do poder regulamentar deverá respeitar os limites legais, sob pena de nulidade, conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles⁴: “Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento fugir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade”.

Dessa forma, com o poder regulamentar conferido às agências, estas irão editar normas respeitando os parâmetros conferidos pela lei permissiva, fruto do poder legiferante. Por tal razão, afirma-se que a delegação legislativa é limitada aos parâmetros, aos princípios definidos na lei.

A Constituição Federal não está violada com o poder normativo conferido às agências, tendo em vista que, sob o aspecto da separação dos poderes, tal delegação é fruto da própria manifestação do Poder Legislativo. Outra razão é o fato de, normalmente, todos poderes exercerem, atipicamente, as funções administrativa, legislativa e judicante, não se tratando de inovação das agências reguladoras. Por fim, a própria Magna Carta excepciona tal Princípio, inclusive quando dispõe acerca de órgãos reguladores.

Em relação ao Princípio da Legalidade, art. 5º, II, CRFB/88, que estabelece ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, e as normas emanadas pelas agências reguladoras, que geram efeitos para todos os administrados, a doutrina afirma não haver colisão.

³ Ibidem.

⁴ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Conforme Luis Roberto Barroso⁵, há uma flexibilização no Princípio da Legalidade admitindo-se a delegação, desde que existe previsão constitucional ou, ao menos, haja a imposição de parâmetros para a edição das normas:

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da *deslegalização*, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.

Tal compatibilidade verifica-se porque é legítima porque além das normas primárias, oriundas do poder legiferante, o administrado deverá pautar suas condutas inclusive nas normas de caráter subsidiário, fruto do poder regulamentar estatal. Desse modo, as obrigações estabelecidas por normas derivadas deverão ser igualmente respeitadas como aquelas fruto da lei em sentido estrito.

Para Marcos Juruena Villela Souto⁶, a atividade administrativa de regulação poderá se dar diante da edição de atos normativos que restrinjam ou condicionem direitos, sem ferir a legalidade:

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

No entanto, não serão legítimas se contrariarem os parâmetros (*standards*) de delegação normativa, ou se existirem vícios em algum dos elementos para o ato administrativo, inclusive a motivação válida, afastada de fundamentos políticos ou subjetivos.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1º out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3209>>. Acesso em: 03 de abril de 2012.

⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Organizador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 129.

Isso porque, a regulação como atividade administrativa, que visa à eficiência da intervenção Estado na economia, pauta-se sempre na Lei e na Constituição.

3.1.1 NATUREZA DOS ATOS NORMATIVOS

Essencial para tema, cumpre destacar a posição dos atos normativos originários das agências reguladoras no ordenamento jurídico. Sobre o assunto, três correntes doutrinárias se formaram: natureza de lei, de regulamento, e de ato normativo-administrativo.

Inicialmente, a primeira posição coloca o ato normativo no mesmo patamar das leis ordinárias, com o poder, por isso, de revogá-las. Tal posicionamento, cabível em ordenamentos estrangeiros, a exemplo de Espanha e Itália, compreende a teoria da deslegalização, pela qual a lei indicará qual órgão terá a competência para disciplinar determinadas relações jurídicas.

Para tal orientação, a Constituição Federal estabeleceu uma atribuição originária de competência normativa, ao prever a regulação pela intervenção estatal na economia, de maneira que às agências seriam conferidos poder para editar normas com força de lei.

Alexandre dos Santos Aragão⁷ defende a teoria, afirmando:

Por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸:

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 422-423.

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agência Reguladora: legalidade e constitucionalidade*. In: Revista

Condicional à previsão legal (legalidade no sentido de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações de fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional.

Em outro sentido, uma segunda orientação doutrinária afirma que a deslegalização não encontra validade no ordenamento jurídico pátrio, vez que a Carta Política restringe as hipóteses de delegação legislativa ao Poder Executivo aos casos de disposição sobre organização e funcionamento da administração pública federal e à extinção funções ou cargos públicos quando vagos. Assim, seria uma afronta ao Processo Legislativo, que é previsto pela Constituição para afastar os administrados de manifestações autoritárias que possam atentar contra as garantias fundamentais.

Nesse sentido, assevera o Professor Gustavo Binimbojm⁹:

Com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou a sua revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento administrativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante uma delegação legislativa inominada, incompatível com a sistemática da Carta da República. Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 estabelece taxativamente as hipóteses e instrumentos por meio dos quais o Poder executivo está autorizado a editar normas com força de lei. Este é o caso, v.g., das medidas provisórias e das lei delegadas, expressamente previstas nos artigos 62 e 68 do texto fundamental.

Tal posicionamento rechaça o argumento anterior no sentido de que a CRFB teria concedido às Agências Reguladoras o poder legiferante, vez que inexistente disposição expressa para tanto, e em se tratando de exceção não pode ser extraído por interpretação.

Tributária de Finanças Públicas, nº 35, ano 08, novembro-dezembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>> Acesso em: 03 abr 2012

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil*. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 3, agosto/setembro/outubro, 2005. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp> acesso em: 06 abr 2012.

Dessa maneira, afirma-se que a natureza das normas tem natureza infra-legal, possuindo posição hierárquica mesma que a dos regulamentos editados pelo chefe do poder executivo. No entanto, deverá respeitar as delimitações fixadas pelas leis ordinárias, conforme Professor Gustavo Binenbojm¹⁰:

A dignidade da lei deve ser preservada como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. De outro lado, tais parâmetros ou standards funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente sua atuação.

No mesmo sentido, o Professor Marçal Justen Filho¹¹ assevera que “uma agência reguladora não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa”.

No mesmo sentido da natureza infralegal, os Tribunais Superiores vêm se manifestando:

(...)3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; b) quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regênciam, vencido o Min. Moreria Alves, que o indeferia;(...)¹²

Contemplando da mesma forma a natureza infra-legal o STJ¹³ já decidiu:

PROCESSUAL - COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS NATURAIS - ISENÇÃO DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DA SAÚDE - PREVALÊNCIA DA LEI 6.360/76 SOBRE A RESOLUÇÃO RDC 23-ANVS/MS/99, DE HIERARQUIA

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 540.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.668. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 20/08/1998, Publicado no DJ de 16.04.2004. Disponível em <www.stf.jus.br> acesso em 05 abr. 2012

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 434.303. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgado em 05.09.2002. Publicado no DJ de 30.09.2002. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em 05 abr. 2012

INFERIOR -INSERÇÃO DOS PRODUTOS NO COMÉRCIO. Negar provimento ao recurso especial.”

Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro as normas oriundas do poder normativo das agências estão em um nível inferior ao regulamentos do Poder executivo, isto é, infra-regulamentar.

A autora afirma que a deslegalização não se aplica ao Brasil, vez que a Constituição deveria prever tal supressão de competência do Legislativo, não sendo cabível lei ordinária para tanto. Além disso, a regulação seria uma espécie de novo tipo de direito, mais flexível e negociado para atender a velocidade das mudanças no setor. Dessa forma, deverá respeitar a hierarquia das normas emanadas do Poder Executivo¹⁴.

3.2 CONTROLE DEMOCRÁTICO DOS REGULAMENTOS

As agências reguladoras, como todas as autarquias, são criadas por lei, fruto da manifestação do Poder Legislativo, que indiretamente manifesta a vontade dos administrados. Como já visto, pode-se afirmar que além da lei criadora, todo o ordenamento jurídico servirá de parâmetro para a atuação dessas autarquias. Ademais, é o Presidente da República, eleito pelo povo, quem irá nomear o seu Diretor.

Assim, percebe-se que indiretamente a agência reguladora desde sua criação é controlada pelos administrados, por intermédio daqueles que possuem legitimação popular para tanto.

No entanto, discute-se se o controle das agências poderia ser realizado diretamente pelo chefe do Executivo ou seus Ministros quando verificado desvirtuamento na execução de suas atividades.

A Advocacia Geral da União se manifestou no Parecer nº51/2006 no sentido que é

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*. Minas Gerais: Fórum, 2003, p. 57.

cabível o controle presidencial, vez que a Administração Pública se submete à gestão do Presidente da República. Veja:

Em suma, não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. Por isso, se afirma que a autonomia existe apenas para o perfeito cumprimento de suas finalidades legais.¹⁵

No presente caso, criticou-se pela inexistência de previsão legal para o recurso hierárquico que possibilitou a revisão da decisão da Agência. Mas há quem o defenda tendo em vista a imprescindibilidade de manter a soberania, em casos de atos da agência que supere os seus limites legais de atuação ou usurpado função de elaboração de políticas públicas do Ministério.

Na esfera doutrinária o posicionamento mais firme é no sentido de dever-se manter a autonomia da agência, pois tal característica é fundamental para manter separados a regulação do setor das flutuações políticas, garantindo a independência dessa autarquia e dando segurança ao mercado. Somente sendo cabível o controle em raras hipóteses de manifesta contradição à lei ou em usurpação de competência.

É possível, ainda, outras duas formas de controle social das atividades das agências: a consulta pública e audiência pública. Em relação a esta, ocorre a participação popular diretamente na deliberação de decisões e produção de atos das agências, consistente no comparecimento do cidadão no local onde se irá deliberar sobre determinado tema para expor suas considerações. Enquanto naquela, consulta pública, a própria agência reguladora que formula quesito específico e o publica para, que durante certo prazo a opinião pública se manifeste.

¹⁵ Advocacia Geral da União. Processo Nº 50000.029371/2004-83 Interessado : Ministério dos Transportes Assunto : Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Parecer nº AC – 051. Aprovado pelo Senhor Presidente da República em 10.06.2006.

3.3 FIXAÇÃO DE TAXAS DE REGULAÇÃO.

Decorrencia das prerrogativas fundamentais à garantia da independência destas autarquias de regime especial, a autonomia econômico financeira possibilita que obtenham recursos próprios e recebam dotação orçamentária para gestão conforme os fins legais para os quais foram criadas.

Daí, a instituição de taxas que decorre do exercício do poder de polícia, que no caso é a fiscalização do setor. Essas taxas são instituídas por lei, possuem caráter compulsório e não constituem sanção por ato ilícito, vez que são cobradas mediante atividade vinculada e tem por objetivo custear os serviços de regulação.

Autorizada doutrina¹⁶ ressalta que o custeio sendo do fiscalizado pode gerar situações que afrontem a autonomia da agência. No entanto, devido a supracitada coercitividade da taxa de regulação, prevalece a higidez da fonte de custeio para a atividade regulatória¹⁷.

4. A RELAÇÃO COM A EFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Hoje, as agências reguladoras se tornaram fundamentais para a efetivação do objetivo visado pela reforma do Estado brasileiro que era diminuir, enxugar a Administração Pública e prestar serviços públicos de maior qualidade.

Isso porque, além de resolverem conflitos e normatizarem o setor, as agências fiscalizam a atividade prestada ao administrado e o fiel cumprimento do contrato de concessão dos serviços públicos.

Apesar de não faltarem ferramentas para se obter a melhora na eficiência das

¹⁶ SOUTO, Op. cit., p. 268.

¹⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*, Tomo II. 11 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 56.

prestações, a doutrina critica a ausência de melhora no plano prático.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as agências reguladoras e, após discorrer sobre seu histórico, suas características, apresentou os principais aspectos doutrinários e as posições jurisprudenciais que norteiam o instituto jurídico.

Afirmou-se que o poder normativo dessas agências, essencial para conseguir a regulação setorial, não viola a Constituição, vez que é oriundo da flexibilização do Princípio da Legalidade, pela qual se entende possível a edição de atos após a expressa delegação legislativa e a observância de parâmetros à regulação.

Como analisamos, melhor posicionamento da doutrina, seguido pelos Tribunais é o de atribuir caráter de regulamento às normas editadas pelas agências, com hierarquia inferior à lei, jamais sendo capaz de revogá-la.

A atuação das agências poderá ser melhor direcionada aos interesses públicos se, além da participação indireta por intermédio dos representantes legitimados pelo voto popular, houver a participação nas audiências e consultas públicas.

Ademais, as agências reguladoras são independentes econômica e financeiramente, sendo custeada pela instituição legal de taxa, que decorre do poder de polícia exercido na atividade de regulação, e é devida pelos próprios fiscalizados, sem interferir na necessária autonomia, vez que é compulsória.

Diante do exposto, pode-se afirmar que as agências reguladoras, essenciais para o novo Estado-gestor, demonstram ser capazes de aumentar a qualidade dos serviços públicos prestados, bem como dar segurança ao investidor privado. No entanto, toda essa produção legislativa e doutrinária pode se revelar insuficiente para o aumento da satisfação do interesse público.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática, *in* Agências Reguladoras e Democracia – org. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 3, agosto/setembro/outubro, 2005. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.
- CUËLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- DE MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*. Minas Gerais: Fórum, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agência Reguladora: legalidade e constitucionalidade. *In: Revista Tributária de Finanças Públicas*, nº 35, ano 08, novembro-dezembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em 05 abr. 2012.

- FERRREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agência Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia – Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado, *in* *Agências Reguladoras e Democracia – org. Gustavo Binenbojm*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial, *in* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*, Tomo II. 11 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras, *in* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.