



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As Agências Reguladoras à luz dos Princípios da Moralidade e da Probidade –
uma necessária ponderação de interesses e princípios

Fernanda de Lima Peixoto da Silva

Rio de Janeiro
2013

FERNANDA DE LIMA PEIXOTO DA SILVA

**As Agências Reguladoras à luz dos Princípios da Moralidade e da Probidade –
uma necessária ponderação de interesses e princípios**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.
Professora Orientadora:
Lilian Dias Coelho Guerra

Rio de Janeiro
2013

AS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE – UMA NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE INTERESSES E PRINCÍPIOS

Fernanda de Lima Peixoto da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Servidora Pública da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O processo de descentralização vivido nas últimas décadas pela Administração Pública brasileira demandou a criação de novas estruturas que exercessem um controle sobre as atividades que passaram ao exercício da iniciativa privada. As agências reguladoras, instituídas neste cenário, são autarquias dotadas de prerrogativas visando a fiscalização e organização dos setores econômico-sociais a que se vinculam. Entretanto, há limitações e dificuldades que enfrentam no desempenho de suas tarefas institucionais. O presente trabalho analisará estas questões passando por uma análise contextualizada do histórico, das teorias e dos princípios que fundamentam a sua criação e atuação.

Palavras-chave: Administrativo. Administração Pública. Desestatização. Função Regulatória. Agências Reguladoras.

Sumário: Introdução. 1. Origem e objetivos fundamentais das Agências Reguladoras. 1.1. Conceito e Introdução no Direito Brasileiro. 1.2. Inspiração no Direito Comparado e Teorias da Regulação. 1.3. Características e Objetivos Fundamentais. 2. Princípios da Moralidade e da Probidade Administrativa e a Função Regulatória. 3. Prerrogativas x Limitações. Desafios enfrentados pelas Agências Reguladoras no implemento de suas finalidades institucionais. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a temática das Agências Reguladoras. Tratam-se de autarquias com poderes especiais criadas no contexto de Reforma do Estado, pós década de 80. Neste cenário buscava-se uma desburocratização da Administração Pública, que se mostrava ultrapassada e ineficiente em diversos aspectos, e a sua transição para um modelo gerencial com

maior autonomia e apostando em um controle de resultados. A este movimento os especialistas chamaram de Desestatização.

As Agências Reguladoras foram criadas com o objetivo de garantir a fiscalização e a regulação de setores cujas atividades antes eram monopolizadas pelo Estado e que em face do processo de privatização passaram ao exercício da iniciativa privada. Buscou-se garantir a regularidade da prestação de serviços, agora delegados a empresas privadas; a manutenção de um equilíbrio concorrencial e um afastamento da forte ingerência até então exercida pelo Estado.

Para garantir a isenção dessas entidades foram a elas conferidas diversas prerrogativas, tais como a fixação dos mandatos de seus dirigentes, a autonomia financeira, a competência regulamentar, dentre outras que serão melhor desenvolvidas ao longo deste trabalho.

Por outro lado, tais agências enfrentam diversas dificuldades para implementar seus objetivos funcionais. A herança burocrática da administração nacional reflete diretamente na atuação regulatória, seja através da interferência do Poder Concedente nas suas decisões, seja pelas tentativas do próprio mercado de impor as suas regras.

Este artigo terá como viés a análise da constituição destas agências, a referência aos seus objetivos e peculiaridades e as limitações que a elas se impõem no exercício de suas finalidades. A análise passará obrigatoriamente pela observância dos princípios administrativos, em especial da moralidade e da probidade administrativa, que nortearão todo o trabalho.

No primeiro capítulo serão abordadas origem, conceito, características e teorias que justificam a atividade regulatória. No capítulo seguinte, será dada ênfase aos princípios administrativos da probidade e da moralidade administrativa e sua relação com a atividade das agências. Fechando o trabalho, será realizado um contraponto entre as prerrogativas das agências com as suas limitações estruturais e as dificuldades para implementar os seus objetivos funcionais.

1. ORIGEM E OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Fundamental para que se possam discutir os pontos relevantes e as problemáticas por que passam as agências reguladoras é discutir, inicialmente, o que são, para que foram criadas e o contexto histórico em que foram introduzidas no Estado brasileiro.

1.1. CONCEITO E INTRODUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Após a instauração do Estado Social de Direito – estabelecido para tentar solucionar as distorções oriundas do Estado Liberal, tais como a criação de grandes monopólios e o surgimento de uma nova classe social, o Proletariado – a máquina pública sofreu um processo de “inchaço” caracterizado pela centralização de diversas atividades anteriormente desenvolvidas pela iniciativa privada.

As formas de intervenção estatais diferenciavam-se por sua intensidade. O Estado incorporou algumas destas atividades como serviços públicos, criando para tanto empresas públicas e fundações. Em outros casos, manteve a natureza privada da atividade, mas passou a exercê-la por meio da intervenção no domínio econômico, através de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras empresas sob controle acionário estatal. E, ainda, o Estado optou em outras hipóteses por exercer a atividade de fomento à iniciativa privada por via da concessão de auxílios, subvenções, isenções, prêmios, privilégios *etc.*¹

As conseqüências negativas do Estado Social também puderam ser sentidas pela sociedade. Constatou-se um processo de burocratização administrativa e ineficiência na prestação

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9-10.

dos serviços em virtude da dificuldade do Estado em gerir todas as atividades que passara a concentrar.

No Brasil, atrelada a estas questões, havia toda uma situação de crise econômica que impedia o Estado de exercer suas atividades a contento. Foi neste contexto histórico, a partir da década de 1980, que se introduziu um movimento chamado de Reforma do Estado. Caracterizadora desse momento foi a criação do Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12.4.1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9.9.1997.

Carvalho Filho² aponta quatro aspectos relevantes do Programa:

O primeiro diz respeito aos objetivos fundamentais do Programa, e entre estes merece relevo o de “*reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*” (art 1º, I), mostrando que a busca desse objetivo acarretará, por via de consequência, a redução da dívida pública líquida (art. 1º, II) e a concentração da Administração Pública em atividades nas quais seja fundamental a presença do Estado em vista das prioridades nacionais (art. 1º, V). Assim agindo, será possível “*permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada*” (art. 1º, III), propiciando o fortalecimento do mercado de capitais pela oferta de valores mobiliários (art. 1º, VI) e a reestruturação do setor privado para aumentar sua competitividade e modernizar sua infraestrutura (art. 1º, IV).

Sob a égide do Plano de Desestatização o Estado passou a delegar diversas atividades antes sob seu controle para a iniciativa privada, dentre outras formas, mediante a celebração de contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Diante desta nova realidade foram surgindo as primeiras Agências Reguladoras.

Agência Reguladora Independente na definição de Marçal Justen Filho³ “[...] é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta que é investida de competência para a regulação setorial”.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 347.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 707.

Alexandre Mazza⁴ sustenta que as “Agências Reguladoras são autarquias com autonomia qualificada frente à Administração Direta, criadas para atuar no controle, fiscalização ou fomento de determinados setores”.

Destrinchando o conceito, cumpre esclarecer que se trata de uma *autarquia* por consistir em uma entidade integrante da Administração Indireta que é dotada de personalidade jurídica de direito público.

Por outro lado, se sujeita a *regime jurídico especial* tendo em vista que a lei que a institui prevê algumas peculiaridades ao regime que lhe é aplicável, o que lhe confere uma margem de autonomia diferenciada com relação às demais entidades autárquicas, com uma redução do grau de subordinação da entidade em face da Administração Indireta a que se vincula.

Ademais, são investidas de competência para a regulação setorial. Isto quer dizer que elas detêm:

[...] o poder de editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos num setor econômico. Esse setor pode abranger serviços públicos e (ou) atividades econômicas propriamente ditas. E as decisões adotadas são vinculantes para os diversos setores estatais e não estatais, ressalvada a revisão jurisdicional.⁵

Há na Constituição Federal dois dispositivos que autorizam expressamente a criação de duas agências. O art. 21, XI define que cabe a lei criar um órgão regulador dos serviços de telecomunicações. E o art. 177, § 2º, III, que fixa a instituição de um órgão regulador do monopólio federal sobre as atividades afetas ao petróleo. Outras agências, não obstante, foram e podem ser instituídas unicamente pela atividade legislativa, tendo em vista que não existe vedação constitucional neste sentido. É a lei instituidora que define o regime aplicável à agência.

⁴ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, vol. 13, 2005, p. 39.

⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 708.

1.2. INSPIRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO E TEORIAS DA REGULAÇÃO

As Agências Reguladoras não são uma novidade introduzida pelo Direito Brasileiro. Ao contrário, trata-se de um modelo já conhecido de outros Estados e inspirado na experiência norte-americana.

O termo *agência*, nos Estados Unidos tem conceito bastante amplo, abrangendo qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de uma outra agência, excluindo apenas o Congresso e os Tribunais. Ou seja, a compreensão do que seja *agência* nesse Estado em muito se aproxima do que entendemos aqui ser um ente administrativo. Costuma-se dizer que o direito administrativo norte-americano seria o *direito das agências*, tamanha a sua importância.⁶

Segundo consta, a primeira agência teria sido criada em 1887, para regular o transporte ferroviário estadual e recebeu o nome de *Interstate Commerce Commission*.

Diferentemente do Brasil, as agências norte-americanas não foram criadas no contexto das privatizações, são decorrência do Estado Liberal que tem grande influência na história desse país.

Alexandre Mazza⁷ aponta as justificativas para a atribuição da independência às essas agências:

- a) uma necessária imparcialidade na atuação de alguns setores;
- b) a desconfiança do Congresso em relação ao Presidente;
- c) a exigência de profissionalização das atividades, que só seria possível mediante o distanciamento do jogo político;
- d) maior controle do Congresso sobre a Administração.

Outro ponto relevante a ser destacado é a questão das teorias que justificam a regulação. Inicialmente traremos a baila as três linhas de concepção do que seja regulação segundo o autor português Vital Moreira⁸:

⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 183.

⁷ MAZZA, op. cit., p. 78.

- a) no sentido amplo, toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins;
- b) no sentido menos abrangente, a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e
- c) no sentido restrito, somente o condicionamento normativo da atividade privada, seja por lei ou qualquer outro instrumento normativo.

Já adentrando na análise das teorias, a primeira a ser destacada é a *Teoria do Interesse Público*. Para esta, a regulação seria a resposta aos conflitos existentes entre os agentes econômicos privados e o interesse público. A regulação seria, pois, o contraponto às distorções de mercado, fazendo prevalecer o interesse público. As duas premissas econômicas básicas em que se funda são: 1) o mercado é extremamente frágil exigindo por isso a regulação estatal para que possa funcionar de modo eficiente e adequado; 2) a regulação estatal tem baixo custo para a sociedade.

A segunda teoria posta para análise é a *Teoria da Falha Regulatória*. Tem ela ligação direta com a Teoria do Interesse Público diferindo desta, pela razão de que a busca da defesa do interesse público estaria ligada à sua origem, mas não ao seu desenvolvimento. Para essa escola, a evolução da regulação ocasionaria uma deturpação dos fundamentos de interesse público destacando uma tendência de favorecimento dos interesses privados. A deturpação decorreria dos modelos influência, quais sejam: o instrumental (decorrente da troca de pessoal e da relação entre profissionais das indústrias e da agência); o estrutural (relacionado à lógica de condução dos dirigentes aos cargos dessas agências, que tem viés político; sendo os entes regulados grandes empresas, muitas vezes patrocinadoras de campanhas eleitorais, elas exigirão como recompensa regulamentações que lhes sejam favoráveis); e o da captura⁹ (de modo que as agências que

⁸ MOREIRA, Vital. *Autorregulamentação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

⁹ A Teoria da Captura (*Capture Theory*) está relacionada, na visão de Marver Bernstein, ao modelo de ciclo de vida das agências. Este seria composto de quatro fases, quais sejam: a gestação, a juventude, a maturidade e a velhice. Durante a fase de gestação, se formariam diferentes grupos que demandariam a regulação para compor os seus interesses. A ênfase seria na regulação de curto prazo. Na juventude, a agência ainda inexperiente em muitos aspectos e com falta de objetividade na regulação, testaria o seu poder de polícia com relação às indústrias, gerando

fossem sistematicamente capturadas iriam favorecer, por meio de suas regulamentações, o setor da economia em detrimento da sociedade).

A Teoria Econômica da Regulação se aproxima em parte da Teoria da Falha Regulatória. Ambas entendem que a regulação vem a atender interesses particulares. Entretanto, a primeira admite a captura das agências por outros grupos que não somente as indústrias. Ademais, observa que o desenvolvimento do modelo se funda em dois custos básicos, quais sejam, a informação e a organização. Para esta teoria, grupos menores por apresentarem menores custos, pela facilitação na distribuição das informações e de organização, seriam naturalmente favorecidos.

Encerrando, a *Teoria da Organização Administrativa* é calcada na idéia de que como a tarefa regulatória ocasiona alto custo para o governo, seria lógico entender que as agências estariam voltadas para a produção de uma regulação eficiente sobrepondo-se ao interesse das indústrias. Neste diapasão, a tendência seria das agências produzirem cada vez mais regulamentos (muitas vezes desnecessários sob a ótica de custo-benefício) e do governo em criar mais agências com o fito de tentar solucionar os problemas econômicos e sociais.

1.3. CARACTERÍSTICAS E OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

As agências no Brasil foram criadas, em princípio, para regular atividades econômicas a cargo do Estado, com ou sem a natureza de serviço público, e que foram objeto de concessão, permissão ou autorização.

um gradativo desgaste público e político. Na maturidade se constataria também a perda desse suporte público e político, com as agências funcionando agora como mediadoras da regulação, restringindo a utilização do poder de polícia e as aproximando das indústrias reguladas, passando a condição de mera afirmação de precedentes já criados, muitas vezes em benefício dessas indústrias. E, finalmente, na velhice, as agências tomariam uma posição meramente passiva e burocrática, apenas mantendo a situação existente, com a afirmação de precedentes favoráveis ao setor regulado.

Tais entidades apresentam no geral uma dupla função. A primeira se caracteriza pela assunção das responsabilidades do Poder Concedente nos contratos de concessão e afins, tais como: licitar, contratar, fiscalizar, sancionar, alterar, rescindir, encampar, dentre outras.

A segunda função se apresenta como a atividade de regulação propriamente dita, de modo que agências deverão fixar regras de conduta, fiscalizar, reprimir, punir, solucionar conflitos, não apenas no contexto da concessão, mas também na relação com demais prestadores de serviço, visando garantir a salutar competição.

Num segundo momento, foram criadas agências com atribuição basicamente voltada para o exercício do poder de polícia em outras atividades privadas que não a econômica. As agências em questão se responsabilizam pela imposição de limitações administrativas previstas em lei, por fiscalizar, reprimir, aplicar penalidades etc. Como exemplos temos a Agência Nacional de Águas (ANA)¹⁰, a Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹¹ e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)¹².

2. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A FUNÇÃO REGULATÓRIA

A atividade regulatória está atrelada à observância de diversos princípios administrativos. Dois deles têm especial relevância por estarem relacionados a padrões de conduta e à lisura no exercício da atividade administrativa, são eles: a Moralidade e a Proibidade.

O princípio da moralidade tem assento constitucional, estando expressamente mencionado no art. 37, da CRFB/88. De difícil conceituação, o princípio em questão é mencionado em quase

¹⁰ Criada pela lei nº 9.984/2000 (art. 1º).

¹¹ Criada pela lei nº 9.782/1999 (art. 3º).

¹² Criada pela lei nº 9.961/2000 (art. 1º).

todas as obras de Direito Administrativo, sempre relacionado à busca por uma atuação ética e razoável dos gestores públicos.

Alexandre de Moraes¹³ defende que:

[...] não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade. Deverá ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Rafael Oliveira¹⁴, reconhecendo a dificuldade terminológica menciona que “[...] a moralidade está relacionada com a atuação administrativa ética, leal e séria.”

Já Carvalho Filho¹⁵ ensina que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, com também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

O princípio da probidade, por sua vez, tem conteúdo muito próximo ao da moralidade administrativa, podendo mesmo se dizer que se trata de um consectário deste. Apresenta, entretanto, conteúdo mais definido por se tratar de um princípio específico das licitações públicas e por ser a base que fundamenta a lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/1992), um dos instrumentos de tutela do interesse público.

Outros instrumentos apontados pela doutrina para a defesa da moralidade administrativa são a *ação civil pública* e *ação popular*.

No que tange à função regulatória os princípios em questão tem repercussão fundamental. Sabe-se que cabe às agências organizarem e fiscalizarem os setores da economia e sociais a que

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 101.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 98.

¹⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 21.

se referem tais como, o setor energético, de telefonia, de transportes (terrestres, aquaviários, *etc*), petrolífero, de saúde.

Decisões emanadas pelas agências reguladoras irão interferir não só na atuação do setor econômico correspondente (concessionárias e permissionárias de serviços públicos, por exemplo), mas também na vida dos usuários dos serviços.

Não se pode esquecer ainda que as agências são autarquias especiais e, portanto, se sujeitam aos princípios que regem a Administração Pública, ainda que por suas prerrogativas institucionais tenham recebido certa autonomia.

Logo, deverão as agências observar os padrões de conduta que pautam a moralidade e probidade administrativas como forma de garantir que a gestão dos interesses sob guarda destas entidades alcance o melhor resultado possível.

3. PRERROGATIVAS X LIMITAÇÕES. DESAFIOS ENFRENTADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO IMPLEMENTO DE SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS

Para a persecução de suas tarefas institucionais foram conferidas às agências algumas prerrogativas que serão melhor analisadas neste capítulo.

Cumpra inicialmente ressaltar que em se tratando de uma espécie de autarquia a ela se aplica o regime jurídico administrativo e, desta primeira digressão aparecem diversas conseqüências. Destacam-se¹⁶:

¹⁶ MAZZA, *op.cit.*, p. 108-120.

- a) Os atos praticados pelas agências se enquadram na categoria dos atos administrativos, gozando de presunção de legitimidade e veracidade, sendo imperativos, exigíveis e auto-executórios;
- b) Essas entidades detém imunidade tributária com relação aos impostos no que se refere ao patrimônio, renda ou serviços relacionados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, VI, “a” c/c art. 150, § 2º CRFB/88);
- c) Aplica-se a prescrição quinquenal aos direitos e às ações movidas em face das agências, com base no art. 1º do Dec. nº 20.910/1932;
- d) A cobrança de seus créditos segue regra especial, por meio de inscrição em dívida ativa, de acordo com a Lei nº 6.830/1980;
- e) Seus bens são impenhoráveis e imprescritíveis;
- f) No que se referem às prerrogativas processuais, as citações, intimações e notificações são pessoais, detém prazos multiplicados, são inaplicáveis os efeitos da revelia e as sentenças em seu desfavor se sujeitam ao reexame necessário.

Além disso¹⁷, para garantir a sua independência orgânica (não subordinação dos agentes reguladores à vontade política do ente central), foi conferida a estabilidade aos seus dirigentes¹⁸ que são investidos para cumprimento de mandato fixo, sendo vedada a exoneração *ad nutum* e sem prévio contraditório; a forma de nomeação do seu colegiado diretor também obedece procedimento especial, com a prévia aprovação pelo Poder Legislativo dos nomes indicados pelo Poder Executivo; e há também a ausência do controle hierárquico de modo que os atos por elas

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73-79.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC – 051*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, vol. 245, mai./jun./jul./ago. 2007, p. 239.

praticados não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte da Administração central a que se vincula.

Já a sua independência administrativa é garantida pela capacidade da agência de organizar e gerir os seus orçamentos; pela autonomia financeira, caracterizada pelo fato de que seus recursos independem de gestão do tesouro; pela liberdade para organizar os seus serviços; e ainda pelo regime de pessoal estatutário para os servidores encarregados do exercício da atividade regulatória.

Finalizando, as agências são dotadas ainda de Poder Normativo (ou Regulamentar, a doutrina diverge), editando regulamentos que complementam a legislação referente ao setor correspondente.

Paralelamente às prerrogativas, as agências reguladoras enfrentam algumas limitações que repercutem no exercício das suas finalidades.

Inicialmente, há que se falar da intervenção ministerial. Embora exista uma autonomia nas decisões das agências, esta é frustrada muitas vezes em face da admissão do chamado recurso hierárquico impróprio ou da revisão *ex officio*, previstos em algumas leis instituidoras. Tais recursos são decorrentes da vinculação/tutela (controle finalístico) existente entre a agência e a Administração, de modo que em casos excepcionais seria cabível a revisão das decisões proferidas pelas agências pelo Poder Central (ministério correspondente ou chefe do Poder Executivo).

A idéia em questão foi corroborada em âmbito federal após a edição do Parecer da Advocacia Geral da União (Parecer AGU nº AC – 051) que, em linhas gerais, sustenta a possibilidade de intervenção ministerial sempre que as agências violarem as políticas públicas fixadas pelo Poder Executivo, posto que estariam excedendo as suas competências institucionais.

Outra questão que se aponta é existência de um déficit democrático na atuação das agências reguladoras. Isto porque estas entidades assumiram papéis centrais nos setores econômicos e sociais a que se vinculam, entretanto, sua direção não é composta por representantes eleitos pelo voto popular. Contrapondo-se a este entendimento há quem sustente que a aprovação pelo Legislativo dos indicados pelo Poder executivo supriria a falta de legitimação. Outros sustentam ainda a tese da legitimação pelo procedimento de modo que “a submissão do exercício do poder decisório a um estrito procedimento geraria efeitos de legitimação semelhantes aos derivados do processo eleitoral.¹⁹”

Finalmente, há o problema da captura, abordado no item 1.2 do presente trabalho, no qual a agência acaba por sucumbir aos interesses do setor que pretendia regular. A questão é diametralmente oposta à intervenção ministerial, pois nesta a ação se reporta ao Poder Central enquanto que na captura é o setor regulado o responsável pela falha na regulação.

CONCLUSÃO

Após as análises histórica, estrutural, conceitual e comparativa do fenômeno das agências reguladoras é possível perceber que se tratam de entidades que na atual conjuntura organizacional brasileira detêm papel fundamental.

A figura de um Estado centralizador vem diminuindo consideravelmente no cenário nacional de modo que muitas atividades antes sob a sua gestão foram transferidas ou devolvidas ao setor privado fazendo necessária à existência de alguma forma de controle da sua adequada execução. As agências se encaixam nesta tarefa.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 245.

A ação regulatória deve estar adstrita à observância dos princípios administrativos. Pelo papel que exercem na estrutura econômico social e por serem, em última *ratio*, órgãos integrantes da Administração Indireta, devem obediência às normas a que se submetem a Administração Pública. A moralidade e a probidade administrativas são nortes obrigatórios para a lisura e ética no desempenho das suas tarefas institucionais.

Quanto às suas prerrogativas, nota-se um grande passo dado pelo Direito Administrativo brasileiro. São muitos os mecanismos conferidos a estas entidades com o fito de que lhe conferir uma margem considerável de autonomia na atividade regulatória. Destacam-se o Poder Normativo e a forma de indicação dos seus dirigentes e a fixação de um mandato, que confere maior grau de distanciamento de influências políticas.

Entretanto, as agências reguladoras ainda terão um longo caminho a percorrer na busca de sua efetiva independência. A tradição centralizadora sempre será um “calcanhar de Aquiles” na sua atividade. Como garantir, por exemplo, que a não observância das políticas públicas não seja apenas um subterfúgio adotado pelo Poder Central para interferir nas decisões adotadas pelas agências que contrariem seus interesses?

Por outro lado, a pressão exercida pelos setores regulados tem repercussão direta sobre a ação das agências uma vez que eles detêm o conhecimento técnico e ainda são alguns dos responsáveis pela movimentação da economia. A captura é um dos desafios que as agências têm de evitar para garantir a fiel execução de suas atividades.

Como se pode perceber, apesar dos avanços há ainda muita coisa a se aperfeiçoar para que efetivamente a idéia de regulação saia dos livros jurídicos e dos regulamentos setoriais e efetivamente alcance o resultado prático que se espera.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC – 051*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, vol. 245, mai./jun./jul./ago, p.237-262, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, vol. 13, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Vital. *Autorregulamentação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.