



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE DIREITO**

LAODICÉIA GOMES DE ARAÚJO

**AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA,
ORGANIZAÇÃO E PODERES**

CAMPINA GRANDE

2016

LAODICÉIA GOMES DE ARAÚJO

**AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA,
ORGANIZAÇÃO E PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Ednaldo da Costa Agra.

CAMPINA GRANDE

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A658a Araújo, Laodicéia Gomes de.
Agências reguladoras: origem, natureza jurídica, organização e poderes [manuscrito] / Laodicéia Gomes de Araújo. - 2016.
51 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

"Orientação: Prof. Esp. Ednaldo da Costa Agra, Departamento de Direito Público".

1. Agências reguladoras. 2. Autonomia. 3. Controle. I.
Título.

21. ed. CDD 340

LAODICÉIA GOMES DE ARAÚJO

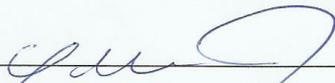
**AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA,
ORGANIZAÇÃO E PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

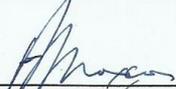
Área de Concentração: Direito
Administrativo.

Aprovada em: 27/10/2016.

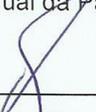
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ednaldo da Costa Agra (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Francisco Ramos de Brito
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Senhor Deus, pela graça da minha vida, pelo cuidado e proteção, por ter me dado saúde, força e perseverança para superar os desafios.

Aos meus pais, Júnior e Inácia, pelo amor, carinho e ensinamentos, por estarem ao meu lado em todos os momentos, sempre me apoiando e incentivando.

Aos meus irmãos, companheiros de todas as horas, pelo apoio e carinho.

Ao meu esposo, Almir, pelo amor e paciência, por estar comigo em todos os momentos, não me deixando desistir.

Aos meus filhos, Anthony e Maria Alice, por serem minhas inspirações e por me fazerem conhecer o melhor que havia em mim.

Aos meus colegas de curso, pela amizade e companheirismo, em especial a Maria Agricélia, pelo apoio e carinho de todas as horas.

Ao professor Ednaldo Agra, pela orientação e ajuda no desenvolvimento desse trabalho.

A todos os funcionários da Universidade, pelo carinho e dedicação.

RESUMO

As agências reguladoras são órgãos da Administração Pública Indireta, podendo, apenas, ser criadas mediante lei, que estabelecerá suas competências e o setor econômico que será regulado. Entre essas competências pode-se destacar regulação, normatização, controle e fiscalização de atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista sempre o interesse público. Possuem natureza jurídica de autarquia especial em razão da autonomia administrativa, financeira e técnica que possuem. São administradas por uma diretoria colegiada, e os seus participantes possuem estabilidade no cargo em que ocupam, pois não podem sofrer exoneração *ad nutum*, tem a incumbência de fiscalizar as atividades funcionais e acompanha permanentemente o desempenho dos servidores da agência, avaliando sua eficiência e o cumprimento dos deveres funcionais. No desempenho de suas atribuições, destaca-se a capacidade de emitir atos e decisões que versam sobre o setor econômico por elas regulados, configurando o Poder Regulador. No desempenho desse Poder elas condicionam, corrigem e alteram parâmetros de mercado, impondo existências ou requisitos para a atuação dos agentes econômicos regulados. Para que esses entes não pratiquem atos abusivos e contrários a legislação vigente, é necessário que se tenha controle sobre sua atuação. O controle é exercido internamente pela sua diretoria e externamente pelo Tribunal de Contas, Ministério Público, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e pela sociedade. Esse controle não elimina a autonomia dos entes reguladores, pelo contrário, assegura à sociedade, que as agências atuarão dentro do limite da legalidade, objetivando uma prestação de serviço público cada vez mais eficiente.

Palavras-chave: Autonomia. Regulação. Controle.

ABSTRACT

Regulatory agencies are organs of government Indirectly, however, it can be created by law, which shall establish its powers and the economic sector to be regulated. Among these skills can highlight regulation, standardization, control and surveillance activities carried out by individuals, always bearing in mind the public interest. They have legal special authority because of administrative, financial and technical feature. Are managed by an executive board, and its participants have stability in the post they occupy, they can't suffer dismissal ad nutum, is responsible for monitoring the functional activities and permanently monitors the performance of the agency's servers, assessing their efficiency and discharge of official duties. In the performance of its duties, there is the ability to issue acts and decisions that deal with the economic sector regulated by them, setting the regulatory power. In the performance of this power they condition, correct and alter market parameters, imposing stocks or requirements for the performance of regulated economic agents. For these entities do not engage in abusive acts and contrary to current legislation, it is necessary to have control over its operations. The control is exercised by its board internally and externally by the Court, the Public Ministry, Legislative, Executive and Judiciary and society. This control does not eliminate the autonomy of regulatory bodies, on the contrary, it assures the company that will act agencies within the legal limit, aiming for a public service increasingly efficient.

Keywords: Autonomy. Regulation. Control.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ANA	Agência Nacional da Água
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional de Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Complementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquáticos
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
FMI	Fundo Monetário Internacional
PDN	Programa Nacional de Desestatização

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 AGÊNCIAS REGULADORAS.....	11
2.1 HISTÓRICO.....	11
2.1.1 O neoliberalismo.....	11
2.1.2 Privatização no Brasil.....	13
2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	15
2.3 CLASSIFICAÇÃO.....	16
2.4 NATUREZA AUTÁRQUICA ESPECIAL.....	17
2.4.1 Personalidade de Direito Público.....	18
2.4.2 Criação através de lei.....	19
2.4.3 Capacidade auto administrativa.....	19
2.4.4 Exercício de atividade própria do Estado.....	20
2.5 CRIAÇÃO, INSTITUIÇÃO E EXTINÇÃO	21
2.5.1 Criação.....	21
2.5.2 Instituição.....	24
2.5.3 Extinção.....	24
2.5.4 Regime Jurídico Especial.....	25
3 COMPETÊNCIAS, AUTONOMIAS, DIREÇÃO, DECISÕES E ATOS EMITIDOS.....	26
3.1 AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	26
3.1.1 Autonomia Administrativa.....	27
3.1.2 Autonomia Financeira.....	27
3.1.3 Autonomia Técnica.....	28
3.2 DIREÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	29
3.2.1 Diretoria Colegiada.....	29
3.2.2 Mandato dos Dirigentes.....	30
3.3 DECISÕES ADMINISTRATIVAS E ESPÉCIES DE ATOS EMITIDOS.....	32
3.3.1 Decisões Administrativas.....	32
3.3.2 Espécies dos Atos Emitidos.....	33
4 PODERES E FORMAS DE CONTROLES.....	35
4.1 PODERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	35
4.1.1 Poder de Fiscalizar e Sancionar.....	35
4.1.2 Poder Regulador.....	36
4.2 CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	39
4.2.1 Controle Administrativo.....	39
4.2.2 Controle do Tribunal de Contas.....	40
4.2.3 Controle do Ministério Público.....	41
4.2.4 Controle Jurisdicional.....	42
4.2.5 Controle do Poder Legislativo.....	43
4.2.6 Controle do Poder Executivo.....	44
4.2.7 Controle Social	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo, o Estado brasileiro percebeu que administrar as funções e serviços públicos, de forma adequada e eficiente, para satisfazer as necessidades básicas dos cidadãos, era uma tarefa difícil e complexa. Por isso, o nosso ordenamento jurídico tentou resolver esse problema, efetivando o princípio da descentralização da Administração Pública. Nesse contexto, foram criadas várias entidades que passaram a auxiliar a Administração Pública no desempenho dessas funções, entre as quais encontramos as Agências Reguladoras.

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, caracterizando-se como autarquias especiais, pois diferentemente de outras autarquias, possuem função de regulamentar, fiscalizar e decidir com autonomia, sobre assuntos de determinados setores da atividade social e econômica do país, de grande interesse público, como telecomunicação, saúde complementar, eletricidade, transportes, entre outros. E por serem autarquias, para que possam existir, é necessário que sejam criadas por lei, como determina o art. 37, XIX da Constituição Federal. E também, para que possam ser extintas, é necessário um motivo de interesse público e uma lei específica que a extinga.

Os entes reguladores foram criados com o objetivo de regular a economia, de forma a contornar os efeitos maléficos causados pelas falhas no mercado, como o comportamento não competitivo das empresas, configurando monopólios, oligopólios e a concorrência monopolística; a assimetria de informação, onde uma das partes da relação possui mais informações que a outra, gerando assim distorções no mercado, entre outros.

As agências reguladoras possuem autonomia e independência decisórias; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre investidores e consumidores; livre participação, em audiências públicas, de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentadoras; e possuem limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos.

Essas figuras envolvem o exercício de um amplo Poder Regulatório, que é, o poder de ditar regras, com mesma força de lei, além dos poderes fiscalizatório, sancionatório, o de dirimir conflitos. Também desenvolvem uma tripla regulação:

regulação dos monopólios, com o objetivo de controlar os preços e a qualidade dos serviços; regulação para a competição, a fim de criar condições para uma concorrência justa; e regulação social, que tem por objetivo a universalização dos serviços.

A atividade regulatória é uma função estatal exercida com elevado grau de autonomia, porém isso não significa que seria aceitável que esta atividade venha a afrontar as determinações legais e constitucionais. Assim, surgem em nosso ordenamento diversos mecanismos aptos a exercer uma espécie de controle da atividade das agências; sempre, contudo, nos expressos limites constitucionalmente estabelecidos.

Esse controle se dá no âmbito interno, através do controle Administrativo, onde as próprias agências reguladoras devem ser responsáveis pelo controle de legalidade dos seus próprios atos. Não sendo suficientes os meios de controle interno, o Poder Público controla os atos regulatórios emitidos pelas agências reguladoras, por meio do controle externo.

O controle externo sobre os entes reguladores é desempenhado pelo Poder Legislativo, que fiscaliza a legalidade de seus atos; pelo Tribunal de Contas da União, responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; pelo Poder Judiciário, que exercer forte controle quanto ao aspecto da constitucionalidade e legalidade dos atos das agências; pelo Ministério Público, que atua na defesa dos interesses sociais; e pelo controle social, que permite a participação direta e efetiva de particulares nas atividades desempenhadas pelas agências.

Assim, o presente trabalho tem como objetivos observar o cenário político-econômico do Brasil, na década de 90, para entender os motivos que levaram a implantação do modelo regulador na Administração Pública, através das Agências Reguladoras, dando ênfase à sua atuação na defesa do interesse social, abordando as suas características principais e peculiares, para compreender a organização e as atribuições dessas autarquias especiais no desempenho da atividade administrativa, além de mostrar como o Estado atua para controlar os atos e decisões emitidas por esses entes reguladores.

A pesquisa adotou o método de abordagem dedutivo, pois “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a

conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.” (GIL, 2008, p. 9).

A presente pesquisa se enquadrou no procedimento histórico, pois se fez necessário pesquisar a estrutura econômica do Brasil, nos anos 90 (noventa), para entender o motivo da criação das agências reguladoras; e no gênero: teórico, pois está embasada em dados teóricos que são utilizados para explicar o assunto a ser pesquisado. Para Demo (2000, p. 13), a pesquisa teórica se dedica “[...] a formular quadros de referência, a estudar teorias, a burilar conceitos”.

Por meio do procedimento estruturalista, a pesquisa buscou explicar as ações e relações sociais que surgem com a atuação das agências reguladoras. Nesse ponto, fica claro que os agentes envolvidos nessa relação, possuem atribuições determinadas. Os entes reguladores são responsáveis em fazer a regulação, através de normas, dos serviços públicos e atividades econômicas que são prestados por particulares, buscado sempre o interesse social. Os entes regulados devem seguir as regras emitidas pelos entes reguladores, para que prestem serviços de qualidade, porém, se entenderem que existe abuso de poder nas decisões proferidas por aqueles, podem acionar o Estado, que vai interferir, como ente controlador. O Estado faz esse controle para que não ocorra violação do ordenamento jurídico, por parte das agências reguladoras. Por fim, o usuário dos serviços prestados pelos os entes regulados. Aqueles devem atuar como fiscais destes e, em caso de não eficiência prestação de serviços, podem acionar tanto os órgãos reguladores como o Estado, que vão atuar na busca de soluções para esses problemas.

É uma pesquisa exploratória e indireta, pois buscou-se ter mais proximidade com o tema, através de pesquisa e levantamento bibliográficos e de documentação indireta, por ser baseada em pesquisa documental, encontrada em documentos (leis, sentenças, pareceres, etc.) presente em artigos e *site da internet*.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 HISTÓRICO

As agências reguladoras surgiram na Inglaterra, a partir de 1834, com a criação de órgãos autônomos. Em 1887, esse modelo de regulação espalhou-se nos Estados Unidos, com a criação da *Interstates Commerce Commission* e da *Federal Trade Commission*, criadas para regulamentar os serviços de transporte ferroviário interestadual. Na Itália, o primeiro órgão regulador foi criado em 1974, a *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* e, a partir da década de 80 outros órgãos foram criados. Já, na França, as agências reguladoras surgem nos anos 70, mas se dinamizam nos anos 80.

As agências reguladoras foram adotadas no Brasil a aproximadamente 20 (vinte) anos, como consequência de alterações na Constituição Federal destinadas a abrir a economia e o mercado brasileiro à ação do capital estrangeiro, estimuladas pelos países desenvolvidos e intermediadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial, instituições de grande prestígio internacional. E por serem os setores mais atraentes, do ponto de vista econômico, a exploração de recursos naturais e o setor de prestação de serviços públicos, foram os principais alvos desse processo.

De acordo com Alexandre Mazza (2005, p.18), a escolha dessas instituições foi resultado das grandes transformações que ocorreram na economia mundial nas últimas décadas que, teve como consequências o surgimento do neoliberalismo e privatizações, principalmente em países subdesenvolvidos, como o Brasil.

2.1.1 O neoliberalismo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo ficou dividido entre dois blocos antagônicos: de um lado o socialismo, liderado pela União Soviética, do outro o capitalismo, sob o comando dos Estados Unidos, que disputaram em todas as áreas (economia, política, tecnologia, etc.) durante várias décadas.

Ao termino da Guerra Fria, “a pregação do neoliberalismo ganhou força com a derroca do império comunista e a afirmação dos Estados Unidos como potência capitalista homogênea” (MAZZA, 2005, p. 18).

O conceito de neoliberalismo, segundo Reinaldo Gonçalves (2000, p.17):

Dá-se o nome de “neoliberalismo” à teoria econômica que defende: a) hegemonia de esferas políticas e economia de uma maior liberdade para forças de mercado; b) menor intervenção do Estado; c) privatização do patrimônio público; e) preferência relevada pela propriedade privada; f) abertura para o exterior; g) ênfase na competitividade internacional; h) menor compromisso com a proteção social.

O objetivo dos países desenvolvidos em instalar o neoliberalismo nos países subdesenvolvidos, é muito bem explicado por João Paulo de Almeida Magalhães (2000, p.17):

[...] o neoliberalismo, no que se refere aos países subdesenvolvidos, tem como fundamento o chamado Consenso de Washington, decididamente apoiado pelo FMI e pelo Banco Mundial. Trata-se de um documento divulgado em 1990 e que pretende definir o comportamento desejável das economias retardatárias. Parte dele, de forma doutrinária, neutra, limitando-se a pressupostos básicos de qualquer política de desenvolvimento, tais como equilíbrios monetário, fiscal e cambial. O matiz ideológico surge na proposta de irrestrita abertura às importações e ao capital estrangeiro, complementada pela defesa do mercado como regulador exclusivo da economia.

Como foi observado, que o neoliberalismo, para os países com economia retardatária, foi uma série de metas que deveriam ser alcançadas, para que pudessem atrair investimentos ou contrair empréstimos internacionais. No entanto, para as grandes economias mundiais, representou um rol de medidas que potencializava ainda mais oportunidade de lucro e ao mesmo tempo impedia o surgimento de novos adversários na economia mundial.

Aqui no Brasil, a adesão político-ideológica do Consenso de Washington, que se deu no governo de Fernando Henrique Cardoso, fez com que este tomasse providências - como acesso de grande capital estrangeiro à exploração das riquezas naturais e ao cobiçado setor de serviços - que eram contrárias ao nosso texto constitucional, como bem retrata Mazza:

[...] E não eram dois ou três dispositivos que impediam a abertura econômica mas todo modelo de Estado pressuposto pelo ordenamento jurídico e assentados em um conjunto de diretrizes e normas constitucionais. A começar pelos princípios fundamentais da República

Federativa Brasileira (Título I). O art, 1º inaugura o rol de fundamentos da República com o princípio da soberania nacional (inc. I), valor reafirmado também como princípio geral da ordem econômica (art. 170, I). No art. 3º, a garantia do desenvolvimento nacional (inc. II), a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (inc. III) e a promoção do bem de todos (inc. IV) (...) Havia ainda previsão de: a) tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional (art, 170, IX, antes da Emenda n. 6/1995); b) monopólio estatal sobre a pesquisa, lavra, refinação, importação e transporte de petróleo e seus derivados (art, 177, antes da Emenda n. 9/1995); c) exclusividade estatal no serviço de gás canalizado (art.45, § 2º, antes da Emenda n. 5/1995), na telefonia e nas telecomunicações (art. 21, XI, antes da Emenda n. 8/1995) (2005, p.22).

Foi nesse cenário, de sucessivas emendas constitucionais, que tendiam a eliminar qualquer norma jurídica que pudesse ir contra os interesses econômicos envolvidos, que aconteceram as privatizações no Estado brasileiro.

2.1.2 Privatização no Brasil

Em 1990, menos de dois anos depois da promulgação da Constituição Federal, o então presidente Fernando Collor promulgou a Lei n. 8.031/1990, chamada de Programa Nacional de Desestatização (PND). Essa lei abriu as portas para o processo de privatização do nosso país, que ocorreu cinco anos mais tarde, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. A privatização de empresas e serviços brasileiros, teve sustentação em uma série de emendas constitucionais, nitidamente tendentes a eliminar qualquer norma jurídica que fosse de encontro aos interesses econômicos dos envolvidos.

O termo privatização pode ter vários significados, como bem nos mostra Paulo Otero (1999, p. 11):

[...] a) privatização como um processo de desregulação, devolvendo à sociedade civil o poder de autorregulação; b) privatização no sentido de sujeitar entidade pública a certas regras de direito privado; c) privatização enquanto transformação de entidades com personalidade de direito público em pessoas de direito privado; d) privatização querendo significar delegação da prestação de serviços públicos à particulares (concessionários); e) privatização denotando a abertura do capital de entidades públicas à iniciativa privada.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro haveria fundamentalmente dois sentidos para o termo “privatizar”, o primeiro, mais amplo, abarcando todas as medidas adotadas com objetivo de diminuir o tamanho do Estado; o segundo,

restrito, abrange apenas a transferência de ativos ou ações de empresa estatal para o setor privado (1999, p. 11).

As sucessivas emendas constitucionais aprovadas a partir de 1995, implementaram basicamente dois tipos de privatização no Brasil: a privatização-delegação, onde o Estado transfere a particulares a prestação de serviços públicos sem que se altere sua titularidade, como ocorre nas concessões e permissões; e a privatização-desregulação, onde o Estado diminui os controles normativos sobre determinado setor ampliando a esfera da autonomia da vontade dos indivíduos (MAZZA, 2005, p. 23).

As Emendas Constitucionais de 15 de agosto de 1995 mostram como o nosso país abriu as suas portas para a privatização. Essas Emendas Constitucionais foram: a Emenda n. 5 (privatização-delegação), que quebrou a exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado ao abrir a possibilidade de concessão a empresas privadas; a Emenda n. 6 (privatização-desregulação), que extinguiu o tratamento favorecido as empresas brasileiras de capital nacional; a Emenda n.7 (privatização-desregulação), que abriu o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior para embarcações estrangeiras; a Emenda n. 8 (privatização-delegação), que eliminou a exclusividade do Estado na prestação dos serviços de telecomunicações, além de prevê a criação de um órgão regulador pra o setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); e a de n. 9 (privatização-delegação), que quebrou o monopólio estatal das atividades de pesquisa e lavra das jazidas, bem como a refinação, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, além de criar um órgão regulador para o setor de petróleo, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), (MAZZA, 2005, pp. 24-25).

Após essa onda de Emendas Constitucionais, inúmeras empresas estatais foram vendidas a grupos estrangeiros, por valores, absurdamente, subestimados, fazendo com que nosso patrimônio fosse dilapidado em um processo de escândalos e denúncias.

Foi nesse contexto, de desprezo pelo Direito, que as agências reguladoras brasileiras surgiram aqui no Brasil.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Analisando o termo agência reguladora separadamente, observamos que a palavra “agência” deriva do termo latino *agentia*, mas em nosso ordenamento jurídico não possui significado específico, é na verdade “uma importação direta do direito administrativo dos Estados Unidos” (MAZZA, 2005, pp. 29-30 apud FERRAZ JR., 2000, p. 143) e, apesar de ser modismo, não existe obstáculo no seu uso pelo legislador.

Já o termo ‘reguladora’, significa que pode regulamentar, ou seja, que pode “expedir regulamentos, atos administrativos infra legais, gerais ou abstratos, que são privativos do Chefe do Executivo, e servem para dar fiel execução à lei” (MAZZA, 2005, p. 33), conforme está previsto no art. 84, IV, da Constituição Federal.

Como nosso ordenamento jurídico não define o conceito de agência reguladora, iremos observar o conceito de diferentes doutrinadores:

[...] as agências reguladoras são definidas como autarquias especiais porque o legislador lhes conferiu, desde o momento da constituição, um conjunto de garantias em face da Administração Direta suficientes para caracterizar uma peculiar ampliação da autonomia decisória, administrativa ou financeira dessas entidades em relação às demais autarquias existentes (MAZZA, 2005, p. 33 apud MODESTO, 2002, p.76).

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “as agências, todavia, são autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público” (2003, p. 37).

As Agências Reguladoras são, em essência, organismos típicos do estado de bem-estar, voltados a monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico, atividades que realizam por meio do poder regulamentar que lhes é atribuído, mas também pela função contenciosa e de fiscalização, segundo Joaquim Gomes B. Barbosa, que as conceitua como:

Agência Reguladora, no direito brasileiro, é uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inserido no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central. (2005, pp. 44-45)

Conforme dispõe Alexandre de Moraes (2002, p. 24), as agências reguladoras são:

[...] 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.

Ao analisarmos os conceitos dos autores supracitados, concluímos que as agências reguladoras são autarquias sob o regime especial, por isso devem ser criadas por lei específica; possuem personalidade jurídica de direito público interno, porque desenvolvem atividades que são próprias do Estado; gozam de autonomia decisória, financeira, administrativa e de ausência de subordinação hierárquica, estabilidade e mandato fixo; com função de regulamentar, fiscalizar e decidir em caráter descentralizado em determinado setor da atividade econômica e social de interesse público. Submetendo-se assim, às normas constitucionais do regime jurídico administrativo, em especial o art. 37, da Constituição Federal.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

De acordo com Alexandre Mazza (2005, pp. 76-77), as agências reguladoras podem ser classificadas segundo vários critérios, como: quanto à origem; quanto à atividade preponderante; quanto à abrangência: quanto à espécie legislativa utilizada para criação; e quanto à referência.

Quanto à esfera, as agências reguladoras podem ser federais, estaduais ou municipais, já que não existe nenhuma restrição para as três esferas do Poder Executivo.

Com relação à atividade preponderante, podem ser agências reguladoras de serviços públicos: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agências Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ); agência de fomento: Agência Nacional de Cinema (ANCINE); agências reguladoras de polícia: Agência Nacional de Saúde

Complementar (ANS) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); ou agências reguladoras do uso de bens públicos: Agência Nacional da Água (ANA).

A respeito da abrangência de ação, as agências reguladoras podem ser de atuação especializada (ANEEL, ANP, ANVISA, ANATEL, ANA, ANS, ANTT, ANTAQ, ANCINE E ANAC) ou agências de atuação genérica (AGERBA – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicação da Bahia).

De acordo com a espécie legislativa utilizada para a criação, as agências reguladoras podem ser criadas por lei (ANEEL, ANATEL, ANVISA) ou criadas por medida provisória (ACINE).

E por fim, com relação à referência, as agências reguladoras podem ser constitucionais, ainda que mediata (ANATEL e ANP – arts. 21, XI e 177, § 2º, III, CF, respectivamente) e as com referência exclusivamente na própria lei que as criou (todas as demais agências reguladoras).

2.4 NATUREZA AUTÁRQUICA ESPECIAL

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, foram criadas as Agências Reguladoras, sob a forma de autarquias de regime especial, tendo como atribuição essencial o exercício da função regulatória.

As autarquias sempre foram criadas para a execução de tarefas estatais, mesmo antes das atuais Agências, sendo que outras autarquias existiam com função de controle. A novidade decorreu do inevitável entrelaçamento do programa de desestatização e as novas autarquias, atualmente denominadas de Agências Reguladoras (ARAGÃO, 2006, p. 81)

No Brasil as agências reguladoras são consideradas autarquias, como expressam as normas criadoras das mesmas:

Art. 1º da Lei n. 9.427/1996 (Aneel); art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.472/1997 (Anatel); art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.478/1997 (ANP); art. 3º, *caput*, da Lei n. 9.782/1999 (Anvisa); art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.961/2000 (ANS); art. 1º da Lei n. 9.984/2000 (ANA); art. 21, *caput*, da Lei n. 10.233/2001 (ANTT e Antaq); art. 11, *caput*, da Medida Provisória n. 2.156-5/2001 (Adene); art. 11, *caput*, da Medida Provisória n. 2.157-5/2001 (ADA); e art. 5º, *caput*, da Medida Provisória n. 2.228-1/2001 (Ancine) (MAZZA, 2005, p. 83).

A natureza de autarquia das agências reguladoras, também está mencionada no art. 23 da Lei n. 9.986/2000: “os regulamentos próprios das Agências referidas nessa lei serão aprovados por decisão da instância de liberação superior de cada Autarquia, com ampla divulgação interna e publicação no *Diário Oficial da União*”.

Pelo fato de realizarem atividades típicas do Estado, as agências reguladoras são instituições sujeitas à incidência obrigatória de princípios e normas do Direito Público (celeridade, legalidade, finalidade, razoabilidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade, moralidade, etc.), para ao mesmo tempo, munir quem os desempenha, de mecanismos específicos que viabilizem sua boa execução e, impor controles adequados à proteção dos indivíduos atingidos por tais ações (MAZZA, 2005, p. 83).

2.4.1 Personalidade de Direito Público

As agências reguladoras por serem autarquias, possuem personalidade jurídica de Direito Público interno, conforme prevê o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), em seu art. 41: “São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.”

De acordo com Pontes Miranda (2000, p. 209), “personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções”.

Para Lúcia Valle Figueiredo, “*ter personalidade de direito público* implicam que sejam carreadas as regras nucleares do regime de Direito Público” (2003, p. 128).

Alexandre Mazza (2005, p. 91), afirma que:

[...] se ter personalidade jurídica pública é estar habilitado a centralizar direitos e deveres, ser pessoa jurídica pública consiste em estar apto a centralizar direito e deveres atribuídos segundo os princípios e normas de Direito Público.

Toda agência reguladora deve estar submetida ao regime administrativo, pois a falta deste, faz com pessoa autárquica inexistir, e conseqüentemente a agência reguladora.

A personalidade jurídica de direito público permite que as agências reguladoras sejam titulares de tarefas públicas, atribuídas pela lei que as criou, além de decorrer o dever de ressarcimento dos prejuízos morais e materiais causados a terceiros, pela ação de seus servidores. Já que neste caso a responsabilidade do Estado é apenas subsidiária.

2.4.2 Criação através de lei

A personalidade jurídica das agências reguladoras, como das demais autarquias, só surge por força de promulgação de lei específica, como determina o art. 37, XIX, da Constituição Federal:

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;

Para que a personalidade das agências reguladoras seja criada basta apenas a publicação da lei, não carecendo de escritura pública ou registro, como acontece com entidades de personalidade jurídica privada.

A exigência da criação das autarquias por lei específica é um meio de afastar qualquer possibilidade de a própria Administração Pública, valendo-se de algum de seus instrumentos infra legais de ação (decretos, regulamentos ou atos administrativos em geral), criar novas pessoas públicas (MAZZA, 2005, p. 94).

2.4.3 Capacidade auto administrativa

As agências reguladoras têm autonomia em relação à Administração Pública, pois assim como as autarquias governam seus próprios negócios.

A autarquia tem direito próprio e não fica na dependência da entidade que a instituiu para cumprir seus objetivos, não age por delegação, pois caso contrário perderia a finalidade de ser, ou seja, descentralizar os serviços públicos. Como bem explana Hely Lopes Meirelles (2003, p. 335):

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isso ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalístico do serviço autárquico.

2.4.4 Exercício de atividade própria do Estado

As autarquias são entidades criadas para desenvolver, de forma descentralizada, tarefas administrativas atribuídas pelo ordenamento jurídico ao Estado.

As vantagens na forma de administração indireta através de autarquias, fizeram com que o campo de atuação delas fosse ampliado, alcançando hoje em dia praticamente todas as áreas de domínio da atividade administrativa, como poder de polícia, fomento e ações típicas de poder concedente (MAZZA, 2005, p. 96).

As agências reguladoras são autarquias, e o regime especial é definido na lei instituidora, dando maior autonomia, para que possam desempenhar seu papel de regulação junto ao setor econômico, para o qual foram instituídas, respeitados os preceitos constitucionais.

Autarquia de regime especial, é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública, e complementa dizendo que “não se qualificou, porém, nessa lei orgânica da administração Pública Federal, ou em qualquer outra, diferenciação entre autarquias comuns e autarquias de regime especial” (MAZZA, 2005 apud TÁCITO, 1999, p. 5).

Porém, para a maioria dos autores, seu regime é especial, ante a maior ou menor autonomia que detém e a forma de provimento de seus cargos diretivos (por mandato certo e afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*, ou seja, a qualquer momento). Não são, porém, independentes. Estão sujeitas ao mesmo tratamento das autarquias, e passíveis de idênticos mecanismos de controle.

2.5 CRIAÇÃO, INSTITUIÇÃO E EXTINÇÃO

2.5.1 Criação

Apesar de no Brasil não haver lei versando sobre o regime das agências reguladoras, todos aceitam que elas só podem ser criadas por lei específica, como determina o art. 37, XIX, da Constituição Federal e art. 5º, I, do Decreto-lei n. 200/1967.

Dos dez principais agentes reguladores federais existentes, nove foram criados por lei ordinária (ANEEL, ANATEL, ANP, ANS, ANA, ANVISA, ANAC, ANTT e ANTAQ) e uma foi instituído por Medida Provisória (ANCINE).

Ao analisarmos o termo “lei específica” podemos encontrar várias acepções e significados.

A palavra “lei” é empregada em sua acepção ampla, como o art. 59 da CF, que elenca todas as espécies legislativas: emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; e resoluções (MAZZA, 2005, p. 98).

Pode também ser utilizada em mais de um sentido, de acordo com o art. 5º, II, da CF, que determina “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Constituição Federal também possui no seu contexto a palavra “lei” designando apenas as leis ordinárias e as leis complementares.

Porém, a lei que pode criar agência reguladora federal é aquela de iniciativa do Presidente da República, de acordo com o disposto no art. 61, § 1º, II, alíneas a e e, da Constituição Federal. No âmbito estadual, distrital e municipal, a iniciativa de leis criadoras de agências reguladoras, por analogia, também é dos respectivos Chefes do Executivo. Assim, agências reguladoras não podem ser criadas através de lei delegada, de decreto legislativo ou de resolução (MAZZA, 2005, p. 99).

Apesar de ser possível a utilização de emenda constitucional e lei ordinária, o veículo próprio de criação da agência reguladora é a lei ordinária, que deve ser proposta pelo Presidente da República (art. 61, § 1º, da CF), discutida e votada inicialmente na Câmara dos Deputados (art. 64, *caput*, da CF) e revisada

pelo Senado (art. 65, da CF). O Presidente da República pode pedir urgência na apreciação da lei ordinária (art. 64, § 1º, CF). E depois de ser aprovado pelas duas Casas, o projeto deverá ser enviado ao Chefe do Executivo, para que seja sancionado ou vetado.

A lei para ser “específica”, não precisa tratar exclusivamente da criação da agência reguladora. Essa exigência de especificidade também é para lei que cria qualquer entidade autárquica e disciplina matérias afins, conexas ou pertinentes.

A lei que cria a agência reguladora também pode fixar princípios e normas aplicáveis ao respectivo setor de atuação, além de poder extinguir a pessoa jurídica encarregada das mesmas atribuições (MAZZA, 2005, p. 101).

É possível a criação de duas agências reguladoras através de uma mesma lei, desde que haja que ocorra conexão entre as correspondentes áreas de atuação como ocorreu com a Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), ambas foram criadas pela Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001.

O art. 37, XIX, da Constituição Federal, exclui a possibilidade de que agências reguladoras sejam criadas por medidas provisórias. Pois no nosso ordenamento jurídico, a medida provisória é “um instrumento que dispõe o Presidente da República para fazer frente a situações excepcionais” (MAZZA, 2005, p. 101). E o art. 62, *caput*, prevê que essas medidas só podem ser editadas em caso de relevância e urgência, devendo ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional.

De acordo com o § 3º do art. 62 da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 32 de 11 de setembro de 2001:

As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional, disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Alexandre Mazza, relata bem a situação jurídica em que Medidas Provisórias se encaixam:

Dessa forma, as medidas provisórias não são, nem atos legislativos, nem, tampouco, provimentos de natureza administrativa. Em verdade, constituem espécie híbrida, possuindo regime que não permite enquadrá-las em nenhuma das categorias tradicionais de atos jurídicos (2005, p. 103).

De acordo com o mesmo autor, o que impede a criação de agência reguladora através de medida provisória, mais do que o problema da relevância e urgência, é a transitoriedade desse tipo de veículo normativo, característica que é incompatível com as diversas implicações decorrentes da criação de agência reguladora ou de autarquia, como por exemplo, a transferência da titularidade de uma tarefa pública, a criação de cargos, destinação de acervo patrimonial e aporte de verbas orçamentárias (2005, p. 103).

No entanto, até o presente momento, existe no Brasil uma agência reguladora federal que foi criada por medida provisória: a ANCINE (Medida Provisória n. 2.219/2001, atualmente MP n. 2.228-1, de 06.09.2001).

Como essa medida provisória foi editada antes da promulgação e publicação da Emenda Constitucional n. 32 de 11 de setembro de 2001, a ANCINE, ganhou vida, por força da esdrúxula ultra atividade conferida pelo art. 2º da referida emenda, que diz:

Art. 2º. “As medidas provisórias editadas em data anterior à publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Assim, enquanto estiver em vigor a Medida Provisória instituidora da ACINE (n. 2.228-1/2001), essa entidade, apesar de invalidamente criada, fica sujeita à toda legislação aplicável às autarquias, incluídos os privilégios autárquicos e os princípios que devem ser respeitados pelos agentes públicos que nelas trabalham. Mas, nada impede que o Poder Judiciário declare incidentalmente a inconstitucionalidade da medida provisória que criou essa agência reguladora, podendo assim invalidar os atos praticados pela mesma, alegando vício de competência, pois é uma instituição criada em desacordo com a legislação brasileira (MAZZA, 2005, p. 104)

2.5.2 Instituição

Criar uma agência reguladora é diferente de constituí-la, pois, a criação se dá por lei específica e manifesta a vontade do Estado revestida de força inaugural, ou seja, é o nascimento da agência reguladora. Já, a instituição da mesma, se dá através do decreto que irá regulamentar a lei criadora, trata-se do surgimento concreto da entidade reguladora.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (apud MAZZA, 2005, p. 105):

[...] não se deve confundir o problema da criação das autarquias com o de sua instituição. O Executivo, para dar cumprimento efetivo à vontade legal que criar uma autarquia, necessita praticar atos complementares. Incumbe-lhe não só regulamentar a lei, como ainda tomar as providências indispensáveis ao funcionamento da nova pessoa administrativa afetando-lhe os recursos humanos e materiais previstos. Por isso existem decretos que 'instituem' autarquias. Correspondem a manifestações do Executivo subordinadas ao efetivo cumprimento da lei.

Cabe ao presidente, através do decreto instituidor, aprovar o regime interno das agências reguladoras, que devem constar nas suas leis criadoras.

As agências reguladoras federais foram instituídas pelos seguintes decretos: ANEEL – Decreto n. 2.235/1997/1998; ANP – Decreto n. 2.455/1998; ANATEL – Decreto n. 2.338/1997; ANS – Decreto n. 3.327/200; ANA – Decreto n. 3.692/200; ANVISA – Decreto n. 3.029/1999; ANTT – Decreto n. 4.130/2002; ANTAQ – Decreto n. 4.122//2002; ANCINE – Decreto n. 4.121/2002; ANAC – Decreto n. 5.731/2006.

2.5.3 Extinção

As agências reguladoras federais foram criadas por lei específica com prazo de duração indeterminado, prazo este que está mencionado de modo expresso no art. 1º da Lei n. 9.427/1996 (ANEEL), no art. 3º da Lei n. 9.782/1999 (ANVISA) e no art. 1º da Lei n. 9.961/2000 (ANS).

Como precisam de lei específica para que sejam criadas, as agências reguladoras também necessitam de lei específica para serem extintas, como está previsto no art. 17 da Lei criadora da ANATEL (Lei n. 9.472/1997): “A extinção da agência somente ocorrerá por lei específica”.

Assim, a possibilidade de atos administrativos serem editados com objetivo de extinguir uma agência reguladora é nula, já que aqueles não têm força jurídica para desfazer o que a lei criadora estabeleceu.

Em relação às medidas provisórias, “em razão do princípio do paralelismo das formas, só podem ser usadas para extinguir as agências que tenham sido criadas por meio desse mesmo veículo normativo”, ou seja, a ANCINE (MAZZA, 2005, p. 106).

2.5.4 Regime Jurídico Especial

As agências reguladoras não possuem um estatuto que institua uma disciplina jurídica uniforme para todas elas. Isso ocorre, porque cada uma delas é criada por uma determinada lei, que já elenca o objetivo específico de atuação das mesmas. Por isso, encontramos modelos de organização diferentes em cada agência reguladora.

Até o presente momento, o único diploma jurídico que contém normas gerais para todas as agências reguladoras é a Lei nº 9.986/00, que trata da gestão dos recursos humanos. Essa lei elenca regras que abrange todas as agências reguladoras, exceto, quando a lei específica criadora de determinada agência, dispuser um regime de recurso humano distinto.

As agências reguladoras obedecem ao regime jurídico administrativo, por isso seus servidores devem ser aprovados em concurso público (art. 37, II, CF/88), os seus atos são considerados atos administrativos, os contratos devem ser precedidos de licitação (art. 37, XXI, CF/88) e sua atividade administrativa se submete ao controle exercido pelo Tribunal de Contas.

No entanto, essas características não são suficientes para admitir que a agência reguladora possui um regime jurídico especial, pois todas as pessoas jurídicas da administração indireta se submetem a esse mesmo regime jurídico.

O que torna as agências reguladoras diferente das demais autarquias e entes da administração indireta é, o regime atribuído aos seus dirigentes. Estes só podem ser nomeados se obedecerem a requisitos específicos, possuem mandato fixo e não podem ser exonerados sem motivos.

3 COMPETÊNCIAS, AUTONOMIAS, DIREÇÃO, DECISÕES E ATOS EMITIDOS

As Agências Reguladoras possuem diferentes possibilidades de atuação, entre as quais podemos destacar regulação, normatização, controle e fiscalização de atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista sempre o interesse público, “verifica-se a heterogeneidade de atribuições entre as diversas agências e, mesmo no âmbito interno de cada qual, tem de admitir-se uma pluralidade de disciplina jurídica correspondente à variação das funções exercitadas”, (JUSTEN FILHO, 2002, p. 481). No caso do nosso país, os projetos de leis que criaram as agências, no âmbito federal, optaram pelo critério de especialização em determinado setor da economia, a exemplo dos setores de telecomunicação, petróleo e energia elétrica. Segundo Leila Cuéllar (2001, p. 92):

A especialidade de cada agência está traçada na lei que a cria e decorre das previsões legais ‘especiais’ que a adornam. Não se podem estender os mesmos elementos encontrados em relação a uma entidade para a(s) outra(s), pois isto consistiria inclusive em agressão, desconsideração da própria noção de especialidade. Assim, haverá graus diferentes de especialidade para cada autarquia a que se confere natureza especial.

Cada agência, no desenvolvimento das suas competências específicas, deve atender fielmente as atribuições e finalidades para que foi criada, para estar em conformidade com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da legalidade.

3.1 AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As Agências Reguladoras são entes técnicos que foram criados para concretizar o modelo intervencionista do Estado, dispondo sobre assuntos e fiscalizando na área em que atuam. Essa especialidade na prestação do serviço junto a sua autonomia, proporcionam celeridade na execução de serviços de sua competência.

Essas autarquias especiais são criadas para atuar em um setor específico da economia e, apesar dessas diferenças, há características em comum, como a autonomia administrativa, financeira e técnica.

3.1.1 Autonomia Administrativa

A autonomia administrativa da autogestão das Agências Reguladoras é resultado de sua natureza jurídica de autarquia especial, que lhe é conferida por sua lei de criação.

A autonomia está na capacidade que essas entidades possuem em contratar, contrair obrigações e adquirir direitos em nome próprio. Essa independência administrativa pode ser observada no mandato fixo de seus dirigentes, que não podem ser exonerados *ad nutum* pelo chefe do Executivo. Assim, de acordo com a Lei 9.986/00, os dirigentes só deixam o cargo se for por vontade própria, pelo final do mandato ou por destituição, em caso de falta grave apurada em um devido processo legal.

A estabilidade no cargo dos dirigentes ocorre para que mudanças no governo não interfiram nem prejudiquem a administração das agências.

Outra forma de manifestação da autonomia administrativa é a impossibilidade dos dirigentes dessas instituições reguladoras de prestarem serviço, direta ou indiretamente, no período de um ano, para qualquer empresa que estivesse submetida a sua fiscalização ou regulamentação e, enquanto estiverem impedidos, têm o direito de receber uma remuneração equivalente ao que recebiam quando exerciam seus cargos, o chamado 'período de quarentena'.

As Agências Reguladoras são órgãos de Estado e não de governo e, essa separação entre as agências e a classe política se faz necessário para que as relações sejam transparentes, objetivando uma prestação de serviços mais eficientes, atendendo as necessidades e anseios da sociedade.

É importante destacar que essa autonomia atribuída as agências deve ser entendida como uma maior independência dentro dos parâmetros fixados pelo seu ordenamento jurídico e em sua lei criadora (MENEZELLO, 2002, p.85).

3.1.2 Autonomia Financeira

A autonomia financeira é a possibilidade legal que as agências têm para constituir receitas, através da cobrança de taxas de fiscalização durante a execução do contrato de concessão ou de parcela das participações governamentais nas

atividades de petróleo, dos agentes econômicos regulados (MENEZELLO, 2002, p.89).

Como as Agências Reguladoras possuem natureza jurídica de direito público, por serem autarquias, os seus bens são considerados bens públicos, para todos os efeitos legais. Assim, a responsabilidade jurídica pelos danos causados a terceiros será objetiva, podendo ser responsabilizada civilmente por qualquer prejuízo que cause a usuários ou agente financeiro, de acordo com art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

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.

Portanto, podemos observar que a autonomia financeira das agências reguladoras garante que a criação dessas entidades não gere despesas para o Estado, já que os recursos necessários para o seu desenvolvimento e manutenção podem ser cobrados de todos os usuários e pessoas beneficiadas pelos serviços prestados (BATISTA JÚNIOR, 2013).

3.1.3 Autonomia Técnica

Conforme Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, p. 90), a autonomia técnica decorre “da especialização e da singularidade de cada um dos setores da economia que serão regulados pelas agências”, que será demonstrada pela presença de servidores altamente especializados que prestam serviços em várias áreas de atuação das agências reguladoras, para que possam acompanhar todas as inovações tecnológicas relacionados aos serviços prestados. A autonomia técnica é uma consequência do poder normativo. Vejamos:

A especialização das agências reguladoras está ligada à criação dos entes e ao poder normativo que lhes é conferido, pois a capacidade técnica é requisito para a legitimação das entidades reguladoras, lhes conferindo um maior conhecimento do setor regulado. A autonomia técnica deve ser buscada pelas agências para o aperfeiçoamento da prestação dos serviços e dos funcionários, para que a sua atuação não seja submetida ao maior conhecimento dos agentes regulados. (BATISTA JÚNIOR, 2013).

Assim, percebe-se que os órgãos reguladores devem primar pelo aperfeiçoamento e pela qualificação de seus servidores, para que estes possam estar sempre atualizados para atender as demandas do setor econômico regulado.

3.2 DIREÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.2.1 Diretoria Colegiada

As agências reguladoras, conforme art. 4º Lei 9.986/2000, têm a obrigatoriedade de ser “dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente”.

São dirigidas por Diretorias: Aneel (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.427/1996); ANP (art. 11, *caput*, da Lei n. 9.478/1997); ANTT e Antaq (art. 52, da Lei n. 10.233/2001); Ancine (art. 9º, *caput*, da Medida Provisória n. 2.228/2001); ANAC (art. 9º, da Lei n. 11.182/2005). Por Diretorias Colegiadas: ANS (art. 5º, *caput*, da Lei n. 9.961/2000); ANA (art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.984/2000); Anvisa (art. 9º, *caput*, Lei 9.782/1999) Adene (art. 16, *caput*, da Medida Provisória n. 2.156-5/2001); ADA (art. 16, *caput*, da Medida Provisória n. 2.157-5/2001). E por Conselho Diretor, a Anatel (art. 20, *caput*, Lei n. 9.472/1997).

A quantidade de membros que compõe os órgãos de direção dessas autarquias especiais, pode variar de acordo com cada entidade, pois a Lei n. 9.986/2000, não fixa essa quantidade. Na maioria das agências o colegiado é composto por cinco membros, como ocorre na ANEEL, ANATEL, ANVISA, ANP, ANAC, ANTT, ANS e ANA. A ADENE, ADA e ANCINE possuem uma diretoria composta por quatro membros. E por fim, a ANTAQ tem o colegiado composto de três membros (MAZZA, 2005, p.151).

Na maioria das agências, com exceção da ANP, da ANTT, da ANEEL e da ANTAQ, a sua lei criadora estabelece as competências do órgão colegiado diretor, entre as quais podemos destacar:

[...] exercer a administração da entidade; editar normas sobre matéria da competência da agência; aprovar o regimento interno; elaborar e divulgar relatórios sobre atividades desenvolvidas pelo órgão regulador; encaminhar demonstrativos contábeis da agência aos órgãos competentes; conhecer e julgar pedidos de reconsideração de decisões tomadas por competentes da

diretoria, realizar gestão patrimonial da entidade; aprovar editais de licitação e homologar adjudicações; propor o estabelecimento e a alteração de políticas no respectivos setores; e autorizar a contratação de serviços no âmbito da agência. (MAZZA, 2005, pp. 151-152)

A nomeação dos dirigentes das agências reguladoras deve obedecer às exigências do art. 5º, *caput*, da Lei n.9.986/2000, dispondo que esses dirigentes devem ser brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos que vai atuar, após a nomeação. Mesmo que a lei da agência reguladora não preveja estes requisitos, o preenchimento deles é obrigatório para todas.

3.2.2 Mandato dos Dirigentes

A nomeação dos dirigentes das agências reguladoras para mandatos fixos, será feita pelo Presidente da República, após aprovação do Senado (art. 5º, da Lei 9.986/2000). A duração do mandato dos Conselheiros e dos Diretores deverá ser fixado na lei criadora da agência, de acordo com o art. 6º, da referida lei.

O art. 9º, da mesma lei, estabelece que “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”. Esse artigo traz as características jurídicas que compõe o regime de autarquia especial, que as agências reguladoras possuem, pois, o mandato fixo e a vedação à exoneração *ad nutum*, pelo Chefe do Executivo, dos dirigentes, confere-lhes uma autonomia qualificada em relação as demais instituições da Administração centralizada.

Na maioria das agências a duração do mandato é de quatro anos, como nos casos da ANP, ANA, ANTAQ, ANCINE, Aneel, ANTT. Na Anvisa e na ANS os períodos dos mandatos são de três anos e, na ANATEL e ANAC, de cinco anos. Em relação a ADA e ADENE, seus institutos não estabeleceram prazos.

Ao disciplinar a duração dos mandatos nas agências reguladoras, o legislador tomou cuidado para que não coincidisse com o mandato do Presidente da República. Assim, os dirigentes indicados pelo Chefe do Executivo, continuam ocupando o cargo no mandato de Presidente seguinte (MAZZA, 2005, P.161).

De acordo com Maria D’Assunção Costa Menezello (2002, p.87), a estabilidade nos mandatos dos dirigentes das agências não é um privilégio, mas um

“requisito essencial para resguardar o princípio da segurança jurídica para os entes regulados, objetivando maior continuidade nos atos regulatórios”.

Como já foi dito, a estabilidade na direção das agências, é consequência do fato destas serem órgãos técnicos. O que pode ocorrer, quando houver mudança de Presidente da República, é a não recondução dos dirigentes a seus cargos, após o término de seus mandatos, cumprido o prazo estabelecido em sua lei criadora. Vale salientar que, o Chefe do Executivo, ao indicar outros nomes para ocupar esses cargos, deve estar ciente que todos passarão pelo mesmo processo de aprovação pelo Senado, que os anteriores passaram.

Existe também as possibilidades de extinção do mandato dos dirigentes das agências reguladoras, que estão também elencadas no art. 9º, da Lei 9.986/2000, que se dá em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Outra forma de extinção do mandato é o término do prazo fixado no diploma normativo da agência. Além desses casos, essas entidades podem, através de sua lei criadora, prever outras formas de extinção do mandato, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo.

Para auxiliar as diretorias das agências reguladoras na administração da instituição, a sua lei criadora prevê a existência de outros órgãos. São eles: o Conselho Consultivo, as Ouvidorias, as Corregedorias, as Auditorias e as Procuradorias.

De acordo com Mazza (2005, p. 170), o Conselho Consultivo é formado por representantes indicados pelo Poder Executivo, pelo Senado, pela Câmara dos Deputados, pelas entidades de classe das prestadoras do serviço regulado pela agência e por entidades representativas da sociedade. Suas principais atribuições são: opinar sobre o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no serviço público; aconselhar quanto a instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; e requerer informações e fazer proposições sobre as atribuições do mesmo Conselho.

A Procuradoria é responsável pela representação judicial da agência e dos ocupantes de cargos de direção, também apura e cobra dívida ativa da entidade e sujeita-se à orientação normativa e à supervisão técnica da Advocacia-Geral da União. Já a Corregedoria:

[...] tem a incumbência de fiscalizar as atividades funcionais e acompanha permanentemente o desempenho dos servidores da agência, avaliando sua eficiência e o cumprimento dos deveres funcionais, bem como instaurando e acompanhado processos administrativos e disciplinares (Mazza, 2005, p. 171).

Assim, nota-se que enquanto a Procuradoria é responsável por representar, perante a justiça, a agências e sua diretoria, a Corregedoria fiscaliza o desempenho dos seus funcionários, no exercício de suas atividades, além de ser responsável pela parte processual disciplinar e administrativa.

3.3 DECISÕES ADMINISTRATIVAS E ESPÉCIES DE ATOS EMITIDOS

3.3.1 Decisões Administrativas

A Diretoria das agências reguladoras, no desempenho de suas atribuições, elencadas em seu ordenamento instituidor, proferem decisões administrativas, que possuem finalidade pública. Por isso, ao emitir uma decisão administrativa, é necessário que se verifique se estão presentes os componentes obrigatórios, para sua validação.

Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, p. 67), elenca como componentes obrigatórios para uma decisão administrativa de um ente regulador: a forma, obedecendo os requisitos legais; os motivos justos e justificáveis; a conformidade exigida pela ordem jurídica.

A forma, que sempre deve ser escrita, é o modo como se procedeu para chegar até a decisão, respeitando todos os requisitos legais expressos em sua legislação, seja seu regimento interno ou sua lei de criação.

Toda decisão deve ser amplamente motivada, pois é na expressão clara dos motivos que se pode constatar os verdadeiros fundamentos, que levaram os dirigentes a chegar a essa decisão. No mundo jurídico, as decisões administrativas só têm eficácia e validade se tiverem motivo justo e legal. Analisando a motivação do ato decisório, verifica-se a ocorrência ou não desvio ou abuso de poder por parte da autoridade que emitiu a decisão. Em caso positivo, o ato é viciado por nulidade, devendo a agência reconsiderar a matéria, emitindo uma nova decisão, agora obedecendo todos os requisitos legais (MENEZELLO, 2002, pp. 67-68).

A conformidade com o ordenamento jurídico, implica na obrigação que o administrador tem de atender a legalidade, ao emitir a decisão. Assim, a Administração não pode atuar fora dos limites estabelecidos pela lei.

Em relação aos componentes obrigatórios de uma decisão administrativa, pode-se dizer:

[...] o conteúdo do ato como documento é, em regra, constituído: do cabeçalho da autoridade que provê, de um preâmbulo onde são chamadas as disposições legislativas aplicadas e que fundamentam o poder exercitado; em seguida, uma série de 'considerandos' que contém a motivação do ato, onde se dá notícia da presença dos pressupostos, dos pareceres, da valoração desenvolvida, das razões pelas quais determinou-se a emanção do ato, e emaná-lo naquele momento e com aquele conteúdo. (FIGUEIREDO, 2003, p.169)

A motivação é essencial para a que a decisão possa produzir os devidos efeitos, pois é através da exposição dos motivos que se sabe os pressupostos e a finalidade real da decisão proferida.

3.3.2 Espécies dos Atos Emitidos

As agências reguladoras, na qualidade de autarquias especiais, exercem atribuições administrativas próprias de Estado, portanto, seus atos jurídicos praticados são considerados atos administrativos.

Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, pp. 68-69), afirma que as decisões nessas entidades reguladoras são concretizadas através da emissão de ato administrativo, podendo este ser normativo ou individual e ainda, declaratório e também constitutivo de direitos e obrigações. Nesses casos:

[...] atos constitutivos (criam, modificam, extinguem relações ou situações jurídicas subjetivas em outros sujeitos, os destinatários, ou na própria Administração) e declarativos (comprovam um fato ou situação jurídica, sem incidir sobre seu conteúdo (FIGUEIREDO, 2003, p. 495).

No cumprimento de seus deveres administrativos, as agências reguladoras, além de emitirem atos administrativos, com finalidade pública, emitem resoluções, portarias, autorizações, homologações e aprovações.

Resoluções são atos normativos aprovados pela diretoria colegiada da agência, depois de consultas e audiências públicas, que disciplinam matéria de sua competência específica, não podendo contrariar regulamentos e regimentos. Possuem efeito externo, pois alcançam os entes regulados.

Portarias são atos ordinatórios, emanados de autoridades de nível inferior ao Chefe do Executivo, ou seja, pelo chefe do órgão, que no caso das agências, será o Diretor-Geral, ou Diretor-Presidente ou Presidente. Esses atos iniciam sindicâncias, inquéritos e processos administrativos ou promovem designações gerais ou específicas de servidores para cargos secundários. Esses atos não obrigam os particulares, pois estes não estão submetidos a hierarquia da Administração Pública (MELLO, 2001, p. 167).

Quanto as autorizações, são atos unilaterais, discricionários, constitutivos e precários, expedidos para a realização de serviços ou utilização de bens públicos no interesse predominante particular. Possuem natureza vinculativa, já que geram direitos e obrigações para os agentes autorizados. Além disso, prescindem de contrato (MENEZELLO, 2002, p.70).

A homologação é um ato unilateral e vinculado ao exame da legalidade e da conveniência, por parte da agência, de outro ato ou de contrato de interesse de agente público ou particular. Nesse tipo de ato não cabe juízo subjetivo do analista que o homologa, sendo exigida a conformidade com a legislação vigente. Na maioria das vezes a homologação serve como “condição de eficácia do termo ou contrato celebrado entre os agentes regulados” (MENEZELLO, 2002, p.70), pois só depois de homologado é que passa a ter plena eficácia, gerando os efeitos que dele decorrem.

Por fim, a aprovação é ato unilateral e discricionário, no qual a entidade reguladora, faz a verificação prévia ou posterior da legalidade e do mérito de outro ato, para que este produza efeitos.

4 PODERES E FORMAS DE CONTROLES

4.1 PODERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras, como autarquias de regime especial, estão submetidas às normas constitucionais e possuem regime específico na lei que as instituem, possuem as funções de fiscalizar, sancionar, normatizar e regular determinadas matérias que a elas são atribuídas, exercendo poderes típicos da Administração Pública Direta, através de concessões ou permissões.

4.1.1 Poder de Fiscalizar e Sancionar

As agências reguladoras têm, simultaneamente, o dever e o poder de “fiscalizar o cumprimento da legislação do setor econômico específico e as condições da prestação dos serviços ou exploração da atividade regulada” (MENEZELLO, 2002, p. 71), para que os interesses sociais sejam preservados. Assim,

[...] a fiscalização realizada pelas entidades reguladoras tem por objetivo verificar a obediência dos agentes regulados aos preceitos normativos, desta maneira, podemos asseverar que o poder de fiscalizar está ligado à observância do cumprimento das obrigações legais e regulatórias, buscando a preservação dos interesses sociais (BATISTA JÚNIOR, 2013).

O poder de fiscalizar, e a consequente aplicação de sanções no âmbito administrativo, exige que o ato esteja de acordo com lei, acobertado pela validade e seja eficaz. Pois, através do poder fiscalizatório, agência se torna mais atuante e presente em questões que violem o ordenamento jurídico em vigência em detrimento da sociedade.

A lei que regula o processo administrativo, Lei n. 9.784/1999, determina a observância ao princípio da legalidade, que é o princípio base para o exercício da fiscalização pelas entidades reguladoras, devendo ainda assegurar o cumprimento dos princípios da motivação, da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

As sanções administrativas aplicadas aos agentes que descumprem os preceitos legais devem seguir uma graduação, de acordo com ato contrário a lei e à

vantagem obtida pelo seu cometimento. “A doutrina enumera penalidades que variam de acordo com a gravidade do ato cometido, podendo ser aplicadas multas até a revogação da licença de concessão para o exercício da atividade” (BATISTA JÚNIOR, 2013).

A ausência de uma fiscalização eficiente, baseada nos princípios expostos, poderá gerar responsabilidade para o ente regulador. A prática irregular de suas atividades, pode configurar abuso de autoridade, ficando, a agência, sujeita a responsabilização administrativa, civil e criminal. Conforme Menezello (2002, p.72), a atividade de fiscalizar, prestada pela agência, deve estar baseada no ordenamento jurídico e deve seguir os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, para que os atos contrários ao ordenamento sejam alterados e tenham base legal.

Como bem ressalta Justen Filho (2002, p.321):

Cabe ao Estado fiscalizar a atividade do particular, se a ele tiver sido atribuído o encargo de prestar de serviço público. Isso significa impossibilidade de o particular invocar sigilo de negócio ou interesse privado como argumento jurídico manter indevidamente seus livros, documentos ou condições negociais. O particular que presta serviço público encontra-se em situação de transparência perante a entidade concedente.

Assim, o Estado, na figura das agências reguladoras, tem a competência para fiscalizar a atividade econômica dos agentes particulares, quando lhes for atribuído a prestação de serviços públicos, mantendo uma relação transparente com a entidade regulatória, submetendo-se ao poder fiscalizatório e sancionatório previstos nas leis criadoras daquelas.

4.1.2 Poder Regulador

No Estado brasileiro contemporâneo houve uma transição do modelo prestador de serviços para o modelo regulador, o que possibilitou sua interferência em acontecimentos econômicos, controlando as atividades privadas, com o objetivo de diminuir as desigualdades entre usuários e prestadores de serviços, solucionar possíveis conflitos.

A regulação é uma atividade normativa, na qual o Estado condiciona, corrige e altera parâmetros de mercado, impondo existências ou requisitos para a atuação dos agentes econômicos regulados, através de um órgão autônomo. Assim,

regular, na Constituição Federal, quer dizer calibrar, colocar em harmonia, expelindo toda sorte de manipulações que empresários não éticos possam implantar. Como se vê, o Estado edita normas no sentido de purificar o mercado, de evitar a sua deturpação (MENEZELLO, 2002, p.101 apud BASTOS, 2000, pp. 226-227).

A administração pública atua em esferas diversas, para propiciar uma solução adequada de conflitos que possam surgir entre entes regulados e usuários, por isso ocorre a exigência de regras jurídicas e técnicas. A elaboração de regras técnicas acerca de atividades econômicas importantes é responsabilidade de órgãos técnicos, nesse caso, as agências reguladoras.

O poder regulador é um poder/dever atribuído institucionalmente às agências reguladoras pelo Poder Legislativo, após a aprovação de sua lei instituidora. Ao regular, as agências devem praticar atos aptos para atender a finalidade específica de proteção dos interesses da coletividade. Para desempenhar essa competência é necessário o exercício de um poder meramente instrumental, que regula temas concretos, pois as situações abstratas são reguladas pelo Poder Legislativo, através de leis.

Ao exercerem o poder regulador, as agências devem atuar administrativamente dentro dos limites impostos na Constituição Federal, por meio de preceitos fundamentais e princípios, e na sua lei criadora. Não invadindo as competências do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Assim, as agências reguladoras devem expedir atos normativos técnicos, específicos em relação a determinados aspectos da atividade posta sob sua área de regulação. Jamais poderão ser conferidos poderes às agências reguladoras para baixar normas complementares às leis. Conforme o disposto nos artigos 21, XI, 84, IV, e 177, §2º, III, da Constituição Federal.

Embora as agências sejam dotadas de poder normativo, este deve ser exercido dentro dos limites da lei e dos princípios constitucionais, podendo ser, sempre, examinados pelo Poder Judiciário.

De acordo com Lúcia Valle Figueiredo (2000, pp. 164-165), os atos normativos, editados pelas agências, devem apresentar o mesmo regime jurídico dos demais atos emanados da Administração Pública e de vem apresentar as seguintes características:

- 1) escrita conformidade com à lei;
- 2) presunção *juris tantum* de legitimidade;
- 3) imperatividade;
- 4) exigibilidade;
- 5) indisponibilidade do

interesse público; 6) dever de motivação; 7) auto-executoriedade, se, quando e como necessária; 8) possibilidade de contraste pelo Judiciário; 9) possibilidade de revogação, na ocorrência de motivo superveniente; 10) dever de invalidar, de sanear ou sua manutenção por impedimento do próprio ordenamento jurídico.

Portanto, “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” (MENEZELLO,2002. p. 103).

As normas regulatórias, ao serem criadas, devem levar em consideração a estrutura do ente regulador, a evolução da sociedade e da economia ao longo do tempo, as diferenças presentes no setor regulado, contando com a participação da população em sua elaboração, através de consultas e audiências públicas. Essas normas atingem particulares, entes federados, entidades administrativas, contratados e servidores públicos.

As agências reguladoras devem atuar como órgão democrático, solucionando as demandas e conflitos entre agentes econômicos e consumidores, desenvolvendo os setores regulados, sem a participação de outros setores do Estado. Tendo como objetivo emitir normas sobre concorrência, qualidade e universalidade de serviços, sem causar danos a coletividade.

O Estado contemporâneo é participativo, regulador das atividades privadas, visto que, diversos serviços públicos são executados pela iniciativa privada. Assim, a participação da sociedade, cumprindo as normas, fiscalizando o cumprimento das mesmas pelos prestadores de serviços e, denunciando ao ente regulador responsável pela apuração do fato, o descumprimento das normas pelos agentes econômicos, é muito importante no desenvolvimento estatal.

Portanto, poder regulador é a competência delegada às agências, através de leis, para que emitam normas jurídicas compulsórias para os usuários, agentes econômicos e para todos os entes públicos ou privados, que são alcançados pela atividade normativa e fiscalizatória dos entes reguladores, respeitando os limites da legalidade, sem sofrer influência política (MENEZELLO, 2002, p. 106).

4.2 CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como vimos, as agências reguladoras possuem prerrogativas, competências e poderes especiais, que são estabelecidos em seus respectivos ordenamentos jurídicos. E para que esses entes não pratiquem atos abusivos e contrários a legislação vigente, é necessário que se tenha controle sobre sua atuação.

Helly Lopes de Meirelles, conceitua controle na esfera administrativa como “faculdade de vigilância, orientação e correção de um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro” (1995, p. 385).

As normas reguladoras, ao serem criadas, devem levar em consideração a estrutura da agência, a evolução da sociedade e da economia no decorrer do tempo, as crises e, as diferenças que existem dentro do setor regulado.

Esse controle não elimina a autonomia dos entes reguladores, pelo contrário, assegura à sociedade, que as agências atuarão dentro do limite da legalidade, objetivando uma prestação de serviço público cada vez mais eficiente.

4.2.1 Controle Administrativo

O controle administrativo ocorre internamente nos entes reguladores, através das diretorias, que possuem mandato fixo e com competência para essa finalidade, baseada na relação neles existentes.

Esse controle pode se manifestar de ofício ou por provocação dos usuários ou agentes econômicos regulados, que jugam o ato emitido inadequado. Isso ocorre porque as decisões das agências reguladoras geram direitos e obrigações, para todos que são alcançados pela decisão tomada.

Maria D’Assunção Costa Menezello (2002, p. 74), afirma que, antes de emitirem decisões, as agências reguladoras devem analisar se existe legalidade em todas as etapas do procedimento administrativo, pois qualquer cidadão ou ente regulado poderá pedir reexame da decisão que não julgar correta, por meio do recurso administrativo, que é cabível, em todas as situações que sejam consideradas abuso de poder.

O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, determina “ser assegurado a todos, independentemente de pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes

Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Assim, o interessado também pode pedir reexame da decisão proferida, através de uma revisão administrativa, que será feito por uma pessoa hierarquicamente superior, dentro da estrutura do órgão regulador.

Assim, em alguns casos, os recursos em face das agências poderão estar sujeitos ao duplo grau de jurisdição.

Vale salientar, que o Poder Judiciário pode ser acionado, pelo interessado, a qualquer momento, sem que ocorra o esgotamento de todas as vias administrativas.

O controle administrativo é uma forma das agências reguladoras observarem se os preceitos e princípios constitucionais estão sendo seguidos, quando emitem decisões e, se estas estão atendendo as necessidades da sociedade.

4.2.2 Controle do Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas é responsável pelo controle da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, conforme expressa o art. 70, da Constituição Federal:

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

O Tribunal de Contas atua nos entes reguladores verificando se os atos, por eles emitidos, no exercício de suas atribuições e competências, apresentam legalidade, legitimidade e economicidade. De acordo com Justen Filho:

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 reguladora enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias (2002, pp. 588-589).

As agências reguladoras, no desempenho de suas competências, devem praticar os atos, dentro da legalidade, que não sejam onerosos para o Estado, mas que tragam economia. Como os entes reguladores irão dispor de recursos públicos,

cabe ao Tribunal de Contas apreciar esses atos administrativos, por meio de auditorias.

O art. 74, § 2º, da CF/88, prevê que controle feito pela Corte de Contas pode ser provocado por “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato”, que verifique irregularidades ou ilegalidades e queira denunciar, por entender que normas e preceitos constitucionais estão sendo descumpridos.

O direito de qualquer interessado poder representar as agências perante o Tribunal de Contas, caracteriza um instrumento para impedir que esses entes não abusem das atribuições que lhes são confiadas. É uma maneira de exercer a cidadania, pois a sociedade pode fiscalizar como os recursos públicos estão sendo utilizados e, se estão seguindo as determinações do ordenamento jurídico. Simultaneamente, deve-se exigir que os auditores do Tribunal de Contas estejam sempre atualizados e aperfeiçoados, para que possam acompanhar a forma de atuação dos órgãos reguladores.

4.2.3 Controle do Ministério Público

Por ser uma instituição fundamental para a função jurisdicional do Estado, o Ministério Público também fiscaliza as agências reguladoras, defendendo ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF/88).

O controle do Ministério Público poderá ser exercido através de ação popular e ação civil pública, sempre que os atos emitidos pelos entes reguladores possam ser questionados na via judicial. Podendo ainda analisar a legitimidade e a legalidade desses órgãos, através de esclarecimento ou ações judiciais, com o objetivo de inibir a violação do ordenamento jurídico (MENEZELLO, 2002, p. 78).

O Ministério Público, ao exercer seu controle sobre as agências reguladoras, pode investigar os atos por estas praticados, promover a responsabilidade civil e criminal de agentes que agiram contra legislação vigente, além de criar um compromisso entre entes reguladores, agentes regulados e/ou consumidores, por meio de termo de ajuste de conduta, que terá caráter de título extrajudicial (BATISTA JÚNIOR, 2013).

4.2.4 Controle Jurisdicional

O art. 5º, da Constituição Federal, diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegurando a todos os cidadãos acesso ao judiciário e ao devido processo legal.

Ao atuar no controle dos atos das agências reguladoras, o Poder Judiciário, por ser guardião da segurança jurídica, deve agir de acordo com a Carta Magna, obedecendo a tripartição dos poderes.

O Controle Jurisdicional vai analisar se os atos obedecem a legalidade e a moralidade; se geram lesão ou ameaça a direito, para que assim sejam solucionados através de ações comuns ou especiais; ou vai apreciar decisões da competência dos órgãos reguladores, tentando solucionar possíveis conflitos entre agentes regulados, usuários e Poder Público.

Com base nos princípios da inafastabilidade e da jurisdição una, todas as decisões emitidas pelas agências reguladoras poderão ser contempladas pelo poder Judiciário, desde que haja provocação do interessado. Sendo garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O interessado, buscando a revisão da decisão emitida pelo ente regulador, pode ingressar diretamente com ação perante o Judiciário, sem haver necessidade de buscar as vias administrativas, já que ambos os meios de controle atuam ao mesmo tempo.

Alexandre Mazza (2005, p. 204), afirma:

Ao Poder Judiciário compete controlar as atividades das agências reguladoras e de seus agentes públicos quando questionadas, mediante provocação de 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 atentatórios às normas e princípios pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio.

O ato praticado pelo ente regulador, ao sofrer o controle Jurisdicional pode ser: suspenso, cessando seus efeitos; anulado, passando a ser inválido, desde o momento que foi emitido; ou ainda adquirir uma obrigação, de praticar ou não atos que afetem interesses particulares (BATISTA JÚNIOR, 2013).

Portanto, o Poder Jurisdicional é imprescindível para a manutenção da segurança jurídica, assegurando a defesa dos interesses sociais e do Estado, além dos direitos e garantias individuais e coletivas, previstos na Constituição Federal.

4.2.5 Controle do Poder Legislativo

O Poder Legislativo também atua no controle dos atos praticados pelas entidades da Administração indireta, como é o caso das agências reguladoras. Sua competência é fiscalizar e controlar os atos emitidos por esses entes, podendo exigir justificativas sobre suas decisões, até mesmo as de caráter técnico.

Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, p. 79 apud BASTOS, 2000, p. 117), diz:

[...] a existência da fiscalização e do controle nos casos expressamente previstos na Constituição, a rigor, não ofende a separação dos poderes, pelo contrário, confirma-o, no sentido de que por esta separação não se objetiva tão somente a apartação de funções, mas, precisamente, o controle de uma sobre as outras.

Os atos emitidos pelas agências reguladoras sofrem o controle do Poder Legislativo, que pode exigir delas justificativas escritas acerca de suas decisões, também pode fazer convocação para comparecimento e criar, com o auxílio do Tribunal de Contas, Comissões Parlamentares de Inquéritos, além de fazer fiscalização orçamentária e financeira.

Bastos Júnior (2013 apud ALEXANDRINO; PAULO, 2003, p. 64), afirma que:

O amplo poder normativo conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras exige que o Congresso Nacional esteja permanentemente monitorando os atos por elas editados, uma vez que é seu dever, por força de comando constitucional exposto, 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.

Os Ministros de Estado e os titulares de entes que integram a Administração indireta, nesse caso as agências reguladoras, os seus dirigentes poderão ser provocados para comparecer, pessoalmente, perante o Senado, Câmara de Deputados ou Comissões para prestar informações sobre assuntos relacionados ao exercício de seu Poder Regulador e, a ausência injustificada enseja em crime de responsabilidade (art. 50, *caput*, CF/88). O § 2º, do mesmo dispositivo,

traz a possibilidade de Senado e Câmara Federal fazerem o encaminhamento de pedidos escritos de informação sobre determinados assuntos aos Ministros de Estado ou aos dirigentes dos órgãos reguladores. O não atendimento do pedido ou a prestação de falsa informação, configuram crime de responsabilidade.

O art. 58, da CF/88, prevê outra possibilidade de controle Legislativo sobre atos praticados pelo Estado, direta ou indiretamente, através de Comissões Parlamentares de Inquérito, temporárias ou permanentes, que são criadas pelo Congresso Nacional, ou separadamente, em cada uma de suas casas, com o objetivo de apurar fatos que possam caracterizar crimes de repercussão nacional, praticados tanto na esfera administrativa pública, quanto na privada.

Na apuração desses fatos, as CPIs atuarão com poderes próprios do Judiciário, “podendo fazer interrogatórios, intimar e ouvir acusados e testemunhas, promovendo acareações, solicitar perícias, quebra de sigilo bancário e telefônico e efetuar prisões” (BATISTA JÚNIOR, 2013). Seus poderes, apesar de serem amplos e necessários, não são ilimitados, visto que, não podem ajuizar ação penal pública nem julgar ou impor condenações, pois estas são funções do Poder Judiciário, enquanto aquela tem como titular o Ministério Público.

Nas agências reguladoras, o controle feito pela CPI abrange todas as atividades que elas desempenham, incluindo as futuras, questionando os atos da gestão interna e as justificativas das decisões que são emitidas através do procedimento administrativo. Na sua atuação, deve ser preservado o sigilo das matérias reguladas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 588).

Ao controlar os atos emitidos pelos órgãos reguladores, o Poder Legislativo deve proceder de acordo com a legislação vigente, respeitando a tripartição dos poderes, verificando se esses atos foram praticados por pessoas legitimadas e, se os serviços prestados estão em conformidade com os interesses sociais.

4.2.6 Controle do Poder Executivo

O Poder Executivo exerce o controle, nas agências reguladoras, por meio da chamada ‘supervisão ministerial’, segundo art. 27 do Decreto-lei n. 200/1967: “Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da

Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar”.

A autonomia que as agências reguladoras possuem, não impedem que esses ministérios de supervisão influenciem em suas decisões, buscando a conformidade destas com o objetivo público para qual foi criada, atuando em harmonia com a Administração do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 149).

Celso Antônio Bandeira de Mello, também destaca que,

[...] desde 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 estes e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos (2004, p. 204),

mostrando assim, que ocorre limite no Controle Executivo, pois, os Ministérios aos quais as agências estão vinculadas não têm competências para julgar recursos e sim para observar se as agências estão atuando de acordo com a finalidade para que foram criadas.

4.2.7 Controle Social

O controle social é exercido diretamente pela sociedade, que atua, fiscalizando as atividades que as agências reguladoras desenvolvem. Esse controle é exercido por meio de denúncias ou representações.

Segundo Leila Cuéllar (2001, p. 73):

Dentre as garantias de participação popular previstas pela legislação relativa às agências reguladoras, merecem realce a instituição de Ouvidorias, às quais compete receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas por agentes regulados e usuários ou consumidores, bem como propor medidas para atendê-las; a previsão de audiências públicas, mecanismo utilizado para coleta de subsídios e informações, bem como propiciar que os particulares se manifestem, e dar publicidade da ação regulatória das agências; (...) além da instituição de Conselho Consultivo, órgão opinativo, em que há representação e participação da sociedade. Todos estes mecanismos almejam permitir uma participação efetiva da sociedade.

Apesar da ausência de normas processuais que definam a defesa dos usuários de serviços públicos, o controle social desperta a coletividade para cobrar uma melhor prestação dos serviços públicos. Já que exercício desse controle é uma expressão direta de cidadania, que não gera altos custos. No entanto, ainda

observamos a necessidade de uma maior conscientização por parte da população em relação a esse papel tão importante que a mesma deve desempenhar no desenvolvimento da democracia e do controle social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob influência da doutrina neoliberal e com intuito de abrir a economia e o mercado para a capital estrangeiro, o Estado moderno brasileiro iniciou o processo de privatização e de reformas - através das Emendas Constitucionais n^{os} 7, 8 e 9; da Lei Geral de Concessão (Lei n. 8.987/95); da Lei da Telecomunicação Lei n.9.427/97); e da Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/97) - deixando de ser prestador de serviços públicos, para se dedicar em regular e fiscalizar a prestação dos mesmos pela iniciativa privada. Nessa conjuntura, foram criadas, na década de 90, as agências reguladoras, que têm as funções de fiscalizar e regular a prestação de serviços por entidades particulares.

As agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquias, no entanto, por possuírem autonomia administrativa, econômica e técnica, são consideradas autarquias especiais. E por serem entes da Administração Pública, submetem-se aos princípios e normas constituidoras do regime jurídico-administrativo.

São dirigidas por órgãos colegiados, conforme preveem suas leis criadoras, que devem ser compostos por brasileiros, nomeados pelo Presidente da República, mediante prévia aprovação do Senado Federal. Esses dirigentes possuem mandatos fixos e só podem ser afastados de suas funções na diretoria quando: terminar o prazo do mandato; por renúncia; por condenação judicial transitado em julgado; por processo disciplinar; e exoneração imotivada.

As agências reguladoras, através de seu Poder Regulador ou Normativo, possuem capacidade e competência para emitir normas de natureza administrativa que vão intervir na economia e/ou nos setores regulados que prestam serviços públicos. Não se admite que os entes reguladores emitam normas gerais e abstratas, visto que, a competência de regulamentar é privativa dos Chefes do Executivo.

Para melhor desempenhar a sua função regulatória, as agências podem resolver administrativamente os conflitos entre usuários e agentes econômicos e entre estes, buscando assim, uma administração gerencial mais eficiente, tendo como objetivo a proteção do interesse da coletividade E para que isso aconteça é imprescindível a participação de consumidores (usuários), dos agentes econômicos

e de toda a sociedade organizada em audiências e consultas públicas, que são organizadas pelas agências reguladoras.

Ao mesmo tempo, as agências reguladoras desempenham o poder/dever de fiscalizar se a legislação do setor econômico e da prestação de serviços estão sendo cumpridas, podendo aplicar, aos agentes que descumprem os preceitos legais, sanções administrativas.

No entanto, ao observar o cenário político-econômico atual do Brasil, percebe-se que as agências não estão cumprindo com suas funções fiscalizadora e sancionatória. Como exemplo da falta de atuação dos entes reguladores no nosso país, pode-se citar os escândalos causados pela corrupção da Petrobrás, que vem sendo noticiados em todos os veículos de comunicação, desde 2015.

A Petrobrás é uma empresa que atua explorando petróleo, ou seja, atua em um setor econômico específico, por isso sua atividade deve ser regulada e fiscalizada por uma agência reguladora. Nesse caso, o ente regulador responsável pela fiscalização desse setor econômico é a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Mas, se existe uma agência reguladora específica para fiscalizar e regular as atividades do setor econômico do petróleo, porque ocorreu essa rede de corrupção dentro da Petrobrás? Será que a ANP está realmente cumprindo com suas competências? Não seria hora de rever a atuação das agências reguladoras, para certificar-se, se elas estão realmente cumprindo com a finalidade para que foram criadas?

A ANP, como agência reguladora federal do setor econômico de exploração de petróleo, deveria, sem sombra de dúvidas, ter sido mais atuante no exercício de sua atribuição fiscalizadora, observando se os atos praticados pelos dirigentes da Petrobrás estavam violando o ordenamento jurídico do país, pois estavam se beneficiando financeiramente em detrimento do bem da coletividade.

A corrupção que ocorreu na Petrobrás é apenas um exemplo, dentre vários, que mostra a deficiência que está ocorrendo na fiscalização dos setores econômicos e de prestação de serviços, por parte das agências reguladoras, que acabam deixando de cumprir a principal finalidade para que foram criadas, que é a defesa do interesse social.

Portanto, além de se rever a atuação das agências reguladoras no exercício de suas atribuições, principalmente no que diz respeito a função fiscalizadora, seria muito interessante que o governo, junto as instituições

educacionais do Brasil, informasse e conscientizasse a população sobre como os usuários desses serviços regulados poderiam fiscalizar, se as agências reguladoras estariam cumprindo as finalidades para as quais foram criadas, no exercício de suas competências, através do controle social.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BATISTA JÚNIOR, Márcio Roberto Montenegro. **Agências Reguladoras**. Disponível em:< http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11832>. Acesso em: set. de 2016.
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e Desnacionalização**. São Paulo, Paz e Terra, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. **Brasil Século XXI, uma Alternativa ao Modelo Neoliberal**. São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção: Temas de Direito Administrativo. V. 13.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- 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.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

OTERO, Paulo. **Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SANTOS, Herta Rani Teles Santos. **A função das agências reguladoras na prestação dos serviços públicos**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43892>>. Acesso em: 10 de set. de 2016.

SUNDFELD, Carlo Ari. Introdução às agências reguladoras. In: **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.