

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito**  
**Constitucional**

**Melina Barrogi Philippsen**

**Agências reguladoras, legalidade e**  
**democracia: um estudo a partir do Direito**  
**Administrativo Constitucional**

Brasília – DF

2010

**Melina Barroggi Philippsen**

**Agências reguladoras, legalidade e  
democracia: um estudo a partir do Direito  
Administrativo Constitucional**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2010

**Melina Barrogi Philippsen**

**Agências reguladoras, legalidade e  
democracia: um estudo a partir do Direito  
Administrativo Constitucional**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

A presente pesquisa, realizada no âmbito do direito administrativo constitucional, tem como objetivo examinar o modelo de agências reguladoras da prestação de serviços públicos adotado no Brasil e a sua conformação com três princípios estruturantes do Estado brasileiro – a democracia, a separação de poderes e a legalidade. O estudo possibilitou compreender a estrutura e a forma de atuação das agências reguladoras, que, por si sós, não representam um déficit democrático incompatível com os princípios consagrados no ordenamento pátrio. As agências reguladoras dão um novo sentido à vedação constitucional à delegação do poder-dever de legislar, no sentido de que a competência transmitida a essas entidades é complementar – não abdicatória – em resposta às demandas geradas pela complexidade social e econômica da atualidade. Entretanto, a conformação das agências reguladoras no Brasil ainda não é um modelo ideal, pois carece de estruturas voltadas a ampliar o espaço de discussão e participação social na tomada de decisões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucional. Administrativo. Regulação. Estado. Economia. Agências reguladoras. Princípios. Separação de poderes. Legalidade. Democracia. Legitimidade.

## ABSTRACT

The research, based on the principles of the constitutional law and the administrative law, analyses the model of independent agencies of public services adopted in Brazil and its relation with the three founding principles of the Brazilian's state – democracy, separation of powers and legality. The essay provides the comprehension of the structure and the way of acting of the Brazilian independent agencies, which do not represent a democratic deficit incompatible with those principles established in the national juridical system. The independent agencies give a new perspective to the prohibition of delegation of the legislative power, since the competence given to these entities is complementary, not renouncing, in response to the demands of the social and economic complexity of the current world. However, the structure of the Brazilian independent agencies is not yet an ideal model, due to its lack of mechanisms to the improvement of the public participation in the rulemaking process.

**KEY-WORDS:** Constitutional law. Administrative law. Regulation. State. Economy. Independent agencies. Principles. Separation of powers. Legality. Democracy. Legitimacy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA.....	11
1.1. Breve notícia histórica acerca da regulação estatal do domínio econômico.....	13
2. A INSTITUIÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	20
2.1. Contexto histórico – a reforma constitucional.....	20
2.2. Considerações sobre a atuação estatal na prestação de serviços públicos e no campo das atividades econômicas.....	22
2.3. Agências reguladoras – estrutura e funções.....	25
3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	32
3.1. O poder normativo das agências reguladoras e o princípio da legalidade.....	33
3.2. As agências reguladoras, a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.....	38
3.3. Agências reguladoras, controle social e déficit democrático.....	41
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51



## INTRODUÇÃO

Ao ocupar espaço fronteiro entre as disciplinas de direito administrativo, direito constitucional e direito econômico, o estudo das agências reguladoras proporciona um farto campo de análise dos princípios estruturantes do ordenamento pátrio e da função regulatória do Estado brasileiro, assumida a partir das reformas constitucionais implementadas na década de 90. Assim, o ponto de partida da presente pesquisa é a identificação do direito administrativo inserido em um contexto de *constitucionalização* dos direitos, ou seja, a percepção de que o campo de incidência do direito administrativo é coincidente ao dos princípios constitucionais, não apenas os específicos, mas, sobretudo, os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico.

O direito administrativo, subordinado que está à ordem constitucional, a partir de um modelo de Estado Democrático de Direito, por ela se fundamenta, estando intimamente influenciado por todas as discussões que envolvem legitimação democrática das instituições, dignidade da pessoa humana, soberania e participação popular, entre outras.

Por outro lado, ante o fenômeno de reformulação profunda do Estado moderno, do direito constitucional e do direito administrativo ocorrido nas últimas décadas, muitos conceitos, idéias e concepções urgem por reformas, o que demanda dos juristas e pensadores do direito uma criatividade desafiadora. Dentre as perplexidades advindas dessa *nova forma* de estruturação jurídica do Estado, o presente estudo se debruça sobre as principais questões surgidas acerca da função regulatória estatal e da atuação das agências reguladoras.

Nessa esteira, a criação de órgãos e entidades independentes do aparelho centralizado estatal, com especialização técnica e poder normativo, destinadas a direcionar novas atividades ligadas ao interesse público juridicamente definido, se fez necessária, com o intuito de possibilitar a ampliação do controle e do acesso aos serviços públicos e melhorias em termos de eficiência na prestação desses. Com a recente onda de privatização da prestação dos referidos serviços, a criação desses novos entes corporativistas serve como mediação entre os interesses econômicos privados e a realização do interesse público em prol do bem comum, objetivo da atuação estatal.

Assim, o propósito do presente trabalho é perquirir, por meio de estudo teórico-filosófico ligado à realidade concreta, qual o papel desempenhado pelas agências reguladoras para a consecução dos princípios da democracia e participação social, bem como de preservação do interesse público e de consecução do bem comum.

Fixado o enfoque de análise da regulação dos serviços públicos por meio da realização da chamada Constituição Econômica, procurou-se, primeiramente, analisar os diversos conceitos de *regulação*, fazendo-se, em seguida, um retrospecto da idéia de regulação estatal da economia ao longo da História, passando pelos modelos de Estado Liberal, Social e Democrático. A evolução histórica dos modelos de organização estatal demonstra uma crescente potencialização da diversidade, pulverização do poder e concretização, cada vez mais exigida, dos princípios democráticos. As sociedades se apresentam progressivamente mais complexas, com o aparecimento de novas demandas de ordem econômica, política e social.

No capítulo 2, a estrutura e a organização das principais agências reguladoras federais brasileiras são estudadas, com base na análise da doutrina e da legislação aplicável. Descreve-se, também, o processo de institucionalização que culminou, na década de 90, com a implementação das agências reguladoras no Brasil. Perquire-se, igualmente, sobre a noção de serviço público e a forma de prestação desses no Brasil.

Com efeito, a partir da coligação entre as garantias clássicas de direito administrativo e a percepção da regulação como princípio de realização da Constituição Econômica, o serviço público não pode mais ser visto como submetido a um conjunto discricionário de opções de política econômica, mas uma atividade econômica submetida a um conjunto principiológico de comandos constitucionais orientados para o acesso universal de serviço adequado, regular, atual, modicamente tarifado e contínuo.

Enfim, esses dois primeiros capítulos encerram a idéia de correlação entre serviço público, regulação, política econômica e instituições político-administrativas de concretização da ideologia constitucional. Dita correlação é essencial para os passos seguintes do desenvolvimento do objeto central da presente pesquisa, qual seja, a de analisar a estrutura, a formação e a atuação das agências reguladoras e a sua relação com os princípios estruturantes do Estado brasileiro – a democracia, a separação de poderes e a legalidade. Assim, discute-se, a partir de três perspectivas derivadas desses princípios, o possível *déficit democrático* na atuação das entidades autárquicas em

comento, bem como são analisados os instrumentos de controle social das agências reguladoras, de forma a se verificar em que medida o modelo adotado no Brasil contribui para a ampliação da participação popular na tomada de decisões por parte das agências.

A metodologia utilizada para a realização da presente pesquisa foi a *metódica jurídica tridimensional*, que envolve as perspectivas analítica, empírica e crítico-normativa do direito. Produziu-se um relatório de pesquisa monográfico dedutivo, mediante o uso das técnicas de levantamento de referências, de revisão bibliográfica e de análise documental de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

## 1. A REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA.

Ao se estudar as agências reguladoras, um termo essencial que necessita ser compreendido é a regulação. Tal expressão pode ser adotada para se referir a diversos temas, possuindo assim um conceito polissêmico, sendo, inclusive, utilizada, muitas vezes, de forma não acurada.

Em princípio, quando se fala em regulação, tem-se a idéia de *organização*. Com efeito, essa expressão já vem sendo empregada muito antes de se integrar ao Direito. Utilizado freqüentemente no Direito Administrativo, o vocábulo foi importado do inglês “*regulation*”, que, traduzido para a língua portuguesa, seria “*regulamentação*”. Ocorre que, no ordenamento pátrio, tal expressão assume contornos bastante específicos, relacionados à função desempenhada exclusivamente, por determinação constitucional, pelo Chefe do Executivo, ao produzir regulamentos para a especificação dos conteúdos legais e a conseqüente ampliação da eficácia e execução das leis, sem inovar no ordenamento jurídico. Já no sistema norte-americano, “*regulation*” refere-se a um significado muito mais abrangente e materialmente distinto, sendo, portanto, utilizada, no Brasil, a expressão regulação para se diferenciar da atividade de regulamentação, descrita sucintamente acima.

Igualmente, assevera Salomão Filho (2001, p. 41) que a palavra “regulação”, importada da Economia, se utilizada indiscriminadamente no Direito, pode gerar certa confusão, principalmente ao se referir à regulação tanto quando o Estado desempenha determinadas atividades de gestão, na prestação direta de serviços públicos ou sociais, como quando desempenha função ordenadora, ao disciplinar os comportamentos dos particulares<sup>1</sup>. Nesse sentido é que Aguillar (1999) faz a distinção entre regulação operacional e regulação normativa. A primeira é a prestação dos serviços públicos realizada diretamente pelo Estado, por meio de seus órgãos, entidades ou empresas estatais, como ocorria há poucos anos no Brasil. A segunda é aquela em que a prestação é feita pelo particular, mediante concessão ou permissão, cabendo ao Estado a edição de normas e o controle de tais atividades.

A despeito da nomenclatura supracitada, normalmente fala-se em regulação

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, v. Sundfeld (2003).

ligada à idéia de intervencionismo indireto estatal<sup>2</sup>, ou seja, quando o Estado passa de interventor direto na economia a organizador das relações sociais e econômicas, conforme ressalta Salomão Filho (2001, pp. 14-15), ao dizer que a regulação “*engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia*”. Assim, regulação engloba diversas funções, podendo ser relacionada à atividade ordenadora do Estado, de acordo com a classificação tripartite de Sundfeld (2003)<sup>3</sup>. Por meio dela, a Administração, no intento de promover um equilíbrio entre o livre exercício da atividade econômica e os diversos interesses sociais, estabelece normas e metas a serem atingidas pelos agentes econômicos, bem como exerce a fiscalização e o monitoramento sobre as respectivas atuações.

Dessa forma, considerando as contingentes e variáveis formas de estruturação de cada Estado, pode-se conceituar regulação de maneira bastante próxima daquela definição de administração ordenadora (que também é conexas à noção mais atualizada de poder de polícia), incluindo ainda a regulação dos serviços públicos. Assim, tem-se por regulação a ingerência estatal, seja por via legislativa ou por via administrativa, na esfera privada, de forma a restringir liberdades ou induzir comportamentos dos agentes econômicos, buscando a consecução dos princípios fundamentais e evitando lesões aos interesses socialmente definidos nas constituições.

Nessa seara, parte-se para uma análise do fenômeno da regulação sob uma perspectiva histórica, imprescindível à compreensão completa do fenômeno e à posterior contextualização do surgimento das agências reguladoras.

---

<sup>2</sup> Ressalta-se, nesse ponto, que regulação propriamente dita é função desempenhada pelos órgãos e entidades da Administração estatal. Assim, por óbvio, deve-se excluir desse conceito, por exemplo, a autorregulação exercida pelas empresas privadas, mediante regulamentos empresariais, decisões associativas, etc.

<sup>3</sup> Sundfeld (2003, p. 17) propõe a análise da atuação administrativa sob três enfoques: administração de gestão, administração de fomento e administração ordenadora. Quanto a essa última, escreve: “*Por fim, a administração ordenadora congrega as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade.*”

## 1.1. Breve notícia histórica acerca da regulação estatal do domínio econômico.

Já na formação dos Estados Absolutistas, no final da baixa Idade Média, observou-se a redução dos poderes dos senhores feudais e o conseqüente aumento do poder do Rei, o desenvolvimento das atividades comerciais, além da realização de obras de infraestrutura, transporte e comunicação. A partir desse momento, já se poderia falar genericamente em “*regulação*”, quando o Estado, representado na figura do Rei, adquire o monopólio da produção jurídica. Consoante acentua Aragão (2003, p. 46):

O poder real era responsável pela prosperidade econômica da nação, inclusive pela subsistência da população. Os seus intendentess, além de impor aos indivíduos rígidas disciplinas de controle de qualidade dos produtos e serviços, assim como da lealdade das transações, zelavam pela melhoria e desenvolvimento das condições econômicas do país.

Não obstante já se vislumbrar atividade regulatória nesse período, o modelo de regulação estatal da economia relaciona-se diretamente com concepção de Estado de Direito, ou seja, pressupõe uma organização em que haja a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política. Somente dentro de um paradigma em que as instituições e os agentes políticos devam agir dentro de limites jurídicos é que se pode conceber a intervenção estatal por meio da regulação conforme definida alhures.

A consolidação do Estado Liberal, forjado pelos ideais iluministas do século XVIII, baseado, ainda que teoricamente, na estrita separação dos poderes, trouxe como modelo de atuação estatal o absenteísmo, sendo a sua função principal a de preservar os direitos individuais e a de garantir a ordem, o cumprimento dos contratos e a preservação da propriedade privada. Defendia-se a livre atuação do mercado, ao qual caberia determinar os rumos da economia, com total desvinculação de qualquer finalidade coletiva. Os terrenos do público e do privado eram sagradamente separados.

O Estado Liberal, apesar da teoria, também foi, a sua maneira, interventor, sendo considerado por Vital Moreira, *apud* Aragão (2003, p. 53), como “o ponto zero de intervenção”, na medida em que, consoante leciona Aragão (2003, p. 53):

(...) o seu escopo, no âmbito econômico era apenas o de auxiliar o bom desempenho das atividades econômicas da classe burguesa, que, por ser a única

com voto, tinha integral controle sobre o aparelho estatal; e, na seara social, desempenhava ação meramente voluntarista para melhorar situações individuais de maior gravidade.

Entretanto, o modelo regulador de Estado foi sendo mais bem delineado somente a partir das gradativas conquistas de direitos sociais e políticos<sup>4</sup>. À medida que as diversas classes sociais foram se manifestando e adquirindo espaço nos ordenamentos jurídicos, a insustentabilidade e as iniquidades geradas pelo dogma do Estado Liberal foram sendo expostas e contestadas. Diante de sérias crises econômicas, políticas, de legitimidade, guerras mundiais, etc., despontou a necessidade de uma regulação exógena, exterior ao campo privado, como condição para o funcionamento da economia e a sobrevivência do sistema. Ademais, com a assunção dos ideais de *dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais sociais*, entre outros, as sociedades foram, gradativamente, modificando sua estrutura, passando a se empenhar na busca pelo bem-estar social.

Acrescenta-se, dessa forma, um novo *telos* ao Estado. Se antes a regulação da economia era apenas de caráter proibitivo, com a assunção de Estados subordinados a constituições democráticas<sup>5</sup> abarcadoras dos interesses dos diversos segmentos da população, a atuação estatal passou, conseqüentemente, a também ser voltada para a consecução desses objetivos sociais e coletivos. Assim, nos setores em que a atuação livre do mercado, por si só, não conseguiu atingir os objetivos da política econômica ou social, nesses passou a intervir o Estado, corrigindo tais imperfeições.

O chamado Estado Social do século XX, portanto, foi marcado por um perfil fortemente interventivo e redistributivo, pela ampliação das funções estatais, burocratização, dirigismo econômico, atuação direta no fomento e prestação dos serviços essenciais<sup>6</sup>. Imbuídos de ideais keynesianos, os Estados adotaram entusiasmadamente a política econômica de permanente intervenção para manutenção do emprego. Vários setores da economia foram tomados pelo Estado, tais como transporte, comunicações, fornecimento de água e energia elétrica. Foram realizadas construções vultosas, investimentos em empresas estatais, infraestrutura, etc.

---

<sup>4</sup>Alguns marcos jurídicos podem ser citados, como a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar, em 1919.

<sup>5</sup> Convém ressaltar que a formação dos Estados Democráticos de Direito foi algo conquistado por caminhos muito diversos e em momentos históricos peculiares de cada um dos países que assim estão hoje estruturados. Por conseguinte, ao se analisar, de maneira geral, a história dessa forma de organização estatal, percebem-se momentos de maior ou menor intervenção, realizada de forma direta ou indireta pelo Estado.

Ocorre que, a partir da década de 70, esse cenário começou a apresentar sinais de profunda crise, diante da ineficiência da máquina estatal, dos altos índices de inflação e baixas taxas de crescimento, das dificuldades de financiamento das suas múltiplas funções e do insustentável endividamento. Reaqueceram-se críticas e pressões contra tal forma de atuação estatal. Como alternativa, o neoliberalismo, que já vinha sendo defendido por alguns pensadores e críticos do Estado Social desde o fim da Segunda Guerra Mundial<sup>7</sup>, começou a ganhar terreno. Sob essa perspectiva, a forte atuação dos sindicatos, especialmente de operários, com inúmeras reivindicações, era o principal fator de dilapidação do sistema capitalista e de aumento excessivo dos gastos estatais. Seguindo esse pensamento, as empresas não atingiam os níveis desejáveis de lucros, o que desencadeava processos inflacionários e crises generalizadas nas economias de mercado. A solução apontada pelos neoliberais era, segundo Anderson (1995), não o enfraquecimento total do Estado<sup>8</sup>, mas sim a manutenção de um poder estatal forte, não para intervir na economia, mas para manter a estabilidade monetária, criar incentivos fiscais aos agentes econômicos, e controlar as finanças de forma a estancar os gastos sociais. As desigualdades e o desemprego não eram, segundo essa corrente, algo prejudicial, mas necessário à dinamização da economia.

---

<sup>6</sup> Igualmente, observa-se, a partir desse modelo de atuação estatal, um crescente fortalecimento do papel do Poder Executivo em relação ao Legislativo, na medida em que apenas a edição de leis abstratas não era suficiente para que, dentro de uma concepção de Estado atuante, fosse realizado o equilíbrio econômico-social do mercado. Em outras palavras, o aumento da complexidade das exigências sobre o Estado, que passou a assumir diversas funções em cumprimento às políticas públicas, gerou a igual necessidade de ampliação da competência regulamentar da Administração, para estabelecer e aplicar em concreto aquilo que genericamente foi determinado na lei. Se no modelo de Estado Liberal apenas o Poder Legislativo bastava para estabelecer regras abstratas de proteção às liberdades individuais, num contexto de Estado participante da realidade social e engajado com o patrocínio de condições mais igualitárias de vida aos cidadãos, foi necessária nova técnica para condução de políticas conjunturais. Em termos gerais, pode-se dizer que os instrumentos de regulação foram aos poucos se adaptando – normas abstratas produzidas pelo Legislativo estabelecendo parâmetros gerais e conferindo maior discricionariedade à ação do Executivo.

<sup>7</sup> Nesse sentido, leciona Anderson (1995, pp. 09-10) sobre o neoliberalismo: “Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política. (...) Três anos depois, em 1947, enquanto as bases do Estado de bem-estar na Europa do pós-guerra efetivamente se construíam, não somente na Inglaterra, mas também em outros países, neste momento Hayek convocou aqueles que compartilhavam sua orientação ideológica para uma reunião na pequena estação de Mont Pèlerin, na Suíça.”

<sup>8</sup> Nesse sentido, adverte Mendes (2006, p. 111) que: “(...) a despeito do que esta ‘contra-revolução neoliberal’ possa sugerir, o Estado não se retirou da economia, o que um retorno absoluto ao modelo liberal exigiria. Apenas mudou sua filosofia regulatória, ‘menos dependente da propriedade pública e da intervenção econômica direta do Estado – daí o programa privatizador – e menos restritiva da concorrência – daí a abertura de setores até então reservados ao setor público ou explorados em regime de concessão exclusiva’. Errôneo seria pensar, porém, num retorno às origens do *laissez-faire*”.

O primeiro país a implementar o programa neoliberal foi a Inglaterra, durante o governo de Margaret Thatcher, iniciado em 1979. Em 1981, Ronald Reagan torna-se Presidente dos Estados Unidos e, nos anos seguintes, em vários países da Europa foram eleitos governantes de direita, com fortes tendências neoliberais e anticomunistas. Gradativamente, durante os anos 80, assistiu-se ao triunfo da ideologia neoliberal nestas regiões de capitalismo avançado, que foi se espalhando para os diversos países, inclusive da América Latina. Quanto às medidas implementadas nesses países, em termos gerais, pode-se apontar a contração da emissão monetária, elevação das taxas de juros, reformas fiscais, privatizações, controle dos gastos sociais, etc. Verificou-se um aumento dos lucros das empresas, mas como o crescimento das economias não ocorreu como esperado, houve um aumento expressivo do desemprego e do endividamento externo. Entretanto, consoante ressalta Aragão (2003, p. 71):

Estas características do neoliberalismo estão ainda sendo potencializadas, com graves conseqüências sociais, pela consolidação da globalização: a disputa entre os Estados ou blocos de Estados deixou de ser bélica para passar a ser econômica.

Assim, voltando ao tema aqui discutido, a despeito dos resultados, bons ou ruins, decorrentes da implementação de políticas neoliberais, o que se percebe é que o Estado foi levado a rever suas estratégias regulatórias, não para eliminá-las, mas para torná-las mais eficientes e sustentáveis. Ademais, não foi só o neoliberalismo que se erigiu como força de superação do sistema keynesiano de Estado, pois o próprio modelo de regulação tradicional já vinha apresentando vários sinais de crise, afetando as estruturas da Administração Pública.

Percebe-se, portanto, como tendência do final do século XX e início do atual, o retraimento da publicização de vários setores da economia, inclusive dos serviços públicos, com privatizações e parcerias entre o setor público e privado. Normalmente, apontam-se como algumas das razões para tal movimento, a valorização de setores técnico-especializados de produção, em detrimento do setor primário, como a agropecuária; o desenvolvimento tecnológico crescente dos meios de comunicação; a globalização da economia, aumentando as possibilidades de trocas internacionais e inter-regionais; expansão do poder de atuação de grupos sociais, com interesses, ideologias e projetos diferenciados, legitimados pelas constituições democráticas, entre outros. De fato, a ampliação do pluralismo da sociedade e a revalorização dos indivíduos como autores e destinatários do processo político foi fundamental para a transformação de um

Estado *monoclasse*, tradicionalmente manifestação de dominação hegemônica, em Estado *pluriclasse*, consoante a denominação trazida pelo conhecido publicista italiano, Massimo Severo Giannini, que apreendeu essa realidade social e jurídica e a descreveu em termos dogmáticos.

De fato, nas últimas décadas, diversos acontecimentos de ordem econômica, política, social, além do dinamismo do chamado “pós-modernismo”<sup>9</sup> cultural, têm imposto novos desafios às instituições estatais, exigindo-lhes versatilidade e adaptabilidade à realidade cambiante. Vive-se um momento de transição, de revisão de dogmas e conceitos, sobretudo oriundos do modelo centralizador tradicional de organização administrativa do Estado. Esse modelo não foi de todo abandonado, entretanto, novos institutos de direito público já se concretizaram nos diversos países, incluindo o Brasil, como resposta a uma complexa e dinâmica sociedade. Nesse sentido, passou-se à adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados, para responder satisfatoriamente às demandas de uma realidade sócio-econômica multifacetária.

Para atender de forma mais ampla aos diversos interesses específicos e desempenhar atividades cada vez mais especializadas, os Estados, inicialmente, descentralizaram-se, ou seja, criaram pessoas jurídicas a eles paralelas, entidades da Administração indireta, sujeitas, no entanto, a uma forte tutela da Administração central. Posteriormente, com o avanço da pluralidade e da complexidade social, inclusive pela expansão da tecnologia, o processo de fragmentação estatal se intensificou com a criação de novos entes com notável independência e autonomia, principalmente na supervisão e regulamentação dos serviços públicos privatizados, com maior capacidade de ponderar os diversos interesses sociais em disputa. Ressalta-se que a estrutura de tais entidades apresenta-se de forma diversa nos vários ordenamentos jurídicos, mas todos apresentam traços de autonomia em face do poder central dos Estados.

Nesse ponto, importante observar que esse novo fenômeno regulatório está diretamente ligado à superação da clássica oposição entre público e privado. Verifica-se a

<sup>9</sup> Sobre a pós-modernidade, resume Silva (2003, p. 26): “*Reagindo ao discurso da modernidade, apontado como totalizante e uniformizador, incapaz de garantir a liberdade do homem, a pós-modernidade, quase sempre associada às idéias de ‘fim da história’, ‘globalização’, ‘capitalismo tardio’, ‘tecnologia’ e ‘neoliberalismo’, privilegia a heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras do homem. Não há concordância absoluta sobre o significado do termo pós-modernidade, aceitando-se de maneira generalizada que ela representa alguma espécie de oposição, crítica ou reação ao ‘modernismo’ e à racionalidade iluminista que o sustenta.*”

crescente interpenetração entre Estado e sociedade, deixando para trás a separação absoluta outrora existente entre eles. Ao mesmo tempo em que o Estado organiza a sociedade, tem como objetivo a consecução do bem-estar dela, e para atingir esse escopo, a partir da ideologia dominante, foi compelido a se tecnicizar, diferenciar e autonomizar internamente, sob o argumento de refletir a estrutura social à qual deve servir, na medida em que a sociedade também é cada vez mais heterogênea e complexa.

As mudanças ocorridas nas relações sociais e dentro do modelo de administração estatal levaram a crer que aquelas estruturas políticas tradicionais, centralizadas e hierarquizadas seriam inadequadas aos novos desafios impostos ao Estado. Contudo, não se preconizou o completo esvaziamento da Administração central, o que seria igualmente indesejável. Ao revés, a administração pública vem se transformando, situando-se dentro de um sistema organizativo de gestão de recursos em função da natureza das tarefas. Em outras palavras, em resposta a uma fragmentação harmônica do aparato administrativo, o Estado passa a atuar na integração e coordenação, com mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos. Não há, por conseguinte, antagonismo entre a autonomia dos entes descentralizados e a unidade da Administração, pois para atingir seus objetivos constitucionalmente previstos, o Estado vem sendo compelido a atuar de maneira coordenada e descentralizada, com vistas à ampliação da eficiência e otimização na realização das suas funções.

Nesse contexto, consoante aponta a doutrina, insere-se o surgimento das chamadas agências reguladoras independentes em alguns ordenamentos jurídicos ocidentais, principalmente para atuarem nos setores mais sensíveis à articulação do Estado com a sociedade, como aqueles objeto de privatização. Essas entidades, entretanto, não resumem a totalidade do fenômeno de setorização da Administração pública, não são as únicas que se encaixam nesse modelo de autonomização de centros decisórios públicos e nem são novidade no Direito Administrativo. O que houve foi um ressurgimento desses entes autárquicos para disciplinarem e fiscalizarem certos serviços de interesse público que atualmente vêm sendo privatizados. Tais entidades foram dotadas de certos poderes, de forma a manterem a impermeabilidade em face das ingerências políticas sobre os interesses regulados, conforme será estudado adiante.

Assim, o objetivo desse capítulo foi o de esclarecer as várias acepções que pode assumir o vocábulo regulação e traçar um histórico acerca da evolução da regulação

estatal da economia, possibilitando a compreensão do presente momento e a contextualização do surgimento das agências reguladoras nos diversos ordenamentos, inclusive no Brasil.

Fazendo-se uma retrospectiva, podemos perceber, de forma bastante simplificada, que a formação dos Estados Nacionais absolutistas concentrou o poder nas mãos do rei, extinguindo as autonomias existentes na Idade Média. Já no contexto do liberalismo, procurou-se limitar esse poder absoluto, dividido o seu exercício entre órgãos do Estado – os Três Poderes e os entes territoriais locais. Agora, aproximando-se da contemporaneidade, a soberania vem dando espaço a diversos outros entes e organismos sociais à parte do aparelho estatal centralizado, funcionando como uma retomada de espaços de atuação pública por instituições parciais do Estado e da sociedade. Nesse sentido, as palavras de Moreira (1997, pp. 30-31 e 35):

Hoje a unidade da administração é uma ficção, sendo incontroversa a sua natureza plurifórmica e pluricêntrica, (...) o que constitui resultado natural da passagem do Estado burguês oitocentista, tipicamente monoclássista, voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia então vitoriosa, para o Estado pluriclasse contemporâneo (sufrágio universal, acesso democrático aos cargos da administração pública, desenvolvimento dos sindicatos, prestações estatais positivas, etc.), que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social.

## 2. A INSTITUIÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.

### 2.1. Contexto histórico – a reforma constitucional.

As agências reguladoras brasileiras, ainda que tenham surgido na década de 90, não são estruturas completamente novas no contexto institucional brasileiro, tendo em vista o fenômeno muito mais amplo de descentralização da Administração Pública. Nesse sentido, já no início do século XX, quando o modelo vigente no Brasil se aproximava do modelo de Estado-social, já existiam o que se pode considerar como embriões das atuais agências reguladoras, com a função de controlar setores estratégicos da economia, tais como o mercado do café, do açúcar e do álcool<sup>10</sup>. Assim, a novidade mais relevante trazida pelas atuais agências reguladoras, pode-se dizer, é *independência institucional*, garantida pela vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes e pela inexistência de vínculo hierárquico entre elas e o Poder Executivo central, características essas que serão melhor analisadas adiante.

Aponta Motta (2003, p. 54) que as raízes mais remotas dos entes reguladores ora estudados provêm da Inglaterra medieval. Entretanto, o principal modelo inspirador para muitos países, inclusive para o Brasil, foi o norte-americano, que se desenvolveu a partir do final do século XIX e cujo marco inicial foi a instituição da *Interstate Commerce Commission*, em 1887, seguida de uma série de outras, o que caracteriza o direito administrativo norte-americano como o “direito das agências” (Moraes, 2002, p. 23). Nesse sentido adverte Cuéllar (2001, p. 67) que a noção de direito administrativo norte-americano está vinculada à de agências administrativas<sup>11</sup>, sendo aquele o conjunto de

---

<sup>10</sup> Como exemplos cita-se o Instituto de Defesa Permanente do Café, criado em 1923 e que depois foi substituído, primeiramente, pelo Conselho Nacional do Café, de 1931, e em seguida, pelo Departamento Nacional do Café, de 1933, até o aparecimento da autarquia de regulação econômica denominada Instituto Brasileiro do Café – IBC, em 1952, e o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, também uma autarquia de regulação econômica, criada em 1933.

<sup>11</sup> Apresentando os tipos de agências norte-americanas, de forma resumida, quanto aos poderes que lhes são conferidos, existem as *regulatory agencies*, que exercem poderes normativos e decisórios, delegados pelo Congresso norte-americano, em relação aos setores econômicos privados a elas vinculados, e as *non regulatory agencies*, que prestam serviços de assistência social aos indivíduos. Já com relação à estabilidade dos diretores e liberdade de atuação, existem as *independent regulatory agencies* ou *commissions*, cujos diretores só podem ser destituídos pelo Presidente dos Estados Unidos em determinadas hipóteses e mediante concordância do Congresso, e as *executive agencies*, que são menos independentes que as anteriores, pois são submetidas a um controle maior pelo Presidente, que pode remover seus diretores independente da aprovação do Legislativo (Cuéllar, 2001, pp. 68-74).

normas e princípios que regem a estrutura e atuação dessas na implementação de políticas públicas. As agências, por sua vez, de acordo com o *Administrative Procedure Act (APA)*, a lei norte-americana sobre procedimentos administrativos, são autoridades do governo federal, distintas do Legislativo e do Judiciário (Cuéllar, 2001, pp. 66).

A adoção, no Brasil, de instituições dotadas de tal singularidade deve ser compreendida dentro de um contexto específico de política pública voltada ao aumento de atratividade do mercado brasileiro para o financiamento de infra-estrutura. Com efeito, já sob a égide da Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, a onda mundial de críticas ao modelo de intervencionismo estatal contaminou também o debate institucional brasileiro, impulsionando, dessarte, as reformas que vieram a ser implementadas.

Nessa seara, a criação de agências reguladoras, dotadas de especialidade, imparcialidade e autonomia decisória, voltadas à promoção dos interesses dos usuários e ao incentivo à competição, veio à calhar, ao ensejo do movimento de desestatização, como forma de satisfazer interesses de instituições multilaterais e de investidores estrangeiros interessados nos serviços públicos. Para tanto, verificou-se a necessidade de marcos regulatórios mais claros; melhor especificação das relações entre os diversos atores de cada setor, seus direitos e obrigações; maior definição e estabilidade nas políticas tarifárias; desenvolvimento de instrumentos mais ágeis e eficientes para a solução de divergências e conflitos entre o poder público e os agentes econômicos concessionários; além de maiores garantias contra os riscos econômicos e políticos dos investimentos em setores econômicos.

Dentro desse contexto, não se pode olvidar as reformas no aparelho estatal e na forma de atuação administrativa advindas das Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9, bem como com a Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), em consonância com o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* proposto pelo Executivo, todos do ano de 1995, que foram decisivas para a introdução do modelo de agências reguladoras no Brasil e a privatização dos serviços públicos.

Com efeito, as modificações constitucionais extinguiram, basicamente, as barreiras existentes em relação aos investimentos estrangeiros, pela retirada de dispositivos que implicavam discriminação entre capital nacional e internacional, bem como pela abertura para o desenvolvimento privado de atividades antes reservadas ao

Estado. Como exemplos, pode-se citar a possibilidade de concessão dos serviços locais de gás canalizado (Emenda Constitucional nº 5), o que significou a *flexibilização dos monopólios estatais*; a extinção do tratamento diferenciado dado às antes consideradas *empresas brasileiras de capital nacional* (supressão do art. 171 e alteração do art. 176, *caput*, ambos da Constituição, pela Emenda nº 6), a retirada da exigência de que a navegação de cabotagem e interior fosse privativa de embarcações nacionais e de que os armadores, os proprietários, os comandantes e pelo menos dois terços dos tripulantes fossem de nacionalidade brasileira (modificação do art. 178 da Constituição, pela Emenda nº 7); a possibilidade de concessão, permissão e autorização de serviços de telecomunicações simultaneamente à previsão de criação de um órgão regulador para o setor (Emenda Constitucional nº 8)<sup>12</sup>, a possibilidade aberta à União de contratar empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo e a extinção da proibição dirigida à União de conceder qualquer tipo de participação na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural (Emenda Constitucional nº 9), entre outros.

Enfim, as agências reguladoras brasileiras surgiram em um contexto de privatização da prestação de serviços públicos e a respectiva demanda por fiscalização de tais serviços mediante a regulação. Assim, elas representaram a passagem de um modelo estruturado em órgãos dos respectivos Ministérios e da Presidência da República, com dependência orçamentária e decisória, para um modelo pautado na regulação e fiscalização setoriais, com autonomia frente ao Poder Executivo.

## 2.2. Considerações sobre a atuação estatal na prestação de *serviços públicos* e no campo das atividades econômicas.

---

<sup>12</sup> Mais recentemente, ainda, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 36, de 2002, que permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

Consoante já mencionado, uma das funções desempenhadas pelo Estado é a regulação e fiscalização das atividades econômicas em sentido amplo<sup>13</sup>, podendo ser realizadas de forma direta ou por meio de entidades da Administração indireta, que, no Brasil, como se sabe, atualmente são as agências reguladoras.

A esse respeito, aliás, faz-se uma pausa para a inserção de alguns comentários obre as atividades realizadas pelo Estado. Conforme sugere Aguillar (1999, p. 150), a atuação administrativa estatal pode ser classificada da seguinte maneira: a) funções públicas; b) atividades econômicas em sentido estrito; e c) serviços públicos. De forma resumida, as primeiras são aquelas atividades em geral não-econômicas, irrenunciáveis e exercidas com ou sem exclusividade em relação aos particulares ou outros entes federativos. Como exemplos de funções públicas fala-se em serviços de segurança, já que o Estado detém o monopólio do exercício da violência, serviços de saúde e educação, que não podem deixar de ser fornecidos pelo Estado ainda que sejam também explorados por particulares, os serviços penitenciários, etc. Por sua vez, as atividades econômicas em sentido estrito, que o Estado desenvolve concorrentemente com a iniciativa privada ou em regime de monopólio, estão sujeitas a um distinto regime jurídico, parcialmente privado e parcialmente público, visto que, apesar do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, prever a sujeição das empresas estatais ao direito privado, existem regras constitucionais de ordem pública que devem ser por elas respeitadas, como por exemplo o art. 37, que impõe princípios a serem obedecidos por toda a Administração pública. Por fim, os serviços públicos, que, por se utilizarem de recursos escassos na satisfação de necessidades coletivas, também fazem parte do rol de atividades econômicas em sentido amplo, guardam estrita relação com o tema ora desenvolvido e serão adiante analisados.

No atual regime jurídico-constitucional brasileiro, a distinção entre serviços públicos e as demais atividades econômicas desempenhadas pelo Estado é meramente convencional e apenas definível com base na enumeração constitucional. De fato, o que se observa da leitura da Constituição federal é que não há necessariamente um critério de essencialidade para distingui-los<sup>14</sup>. Pode ser que as atividades econômicas em sentido estrito não sejam menos essenciais do ponto de vista da população que os serviços

---

<sup>13</sup> A Constituição Federal assim dispõe: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

públicos. Da mesma forma, alguns serviços públicos podem não ser generalizadamente essenciais e nem por isso deixam de ser serviços públicos. Consoante ressalta Aguillar (1999, p. 147):

Perderá tempo aquele que buscar fundamentar a instituição dos serviços públicos na necessidade da população. (...) Conseqüentemente, ser ou não, determinada atividade econômica, serviço público, tem apenas por efeito atribuir-se certas regras jurídicas a tal atividade, que não são aplicáveis às demais atividades econômicas. Nada mais que isso.

Assim, dá-se o nome de serviços públicos, ou melhor, aplica-se o regime jurídico de serviços públicos às atividades econômicas exercidas pelo Estado em regime de exclusividade, porém suscetíveis de delegação a particulares, tendo como características a obrigatoriedade, a continuidade e a isonomia.

Consoante já exposto no primeiro capítulo, o Estado opta por desempenhar pessoalmente os serviços públicos ou delegar o seu exercício aos particulares, de acordo com a confiança que possui de que o interesse público será assim alcançado – a Constituição não impõe que tais serviços sejam realizados diretamente pelo Estado. Por outro lado, a concessão de serviços públicos a empresas particulares não significa renúncia estatal, o poder público continua sendo o responsável constitucional pela sua adequação e efetividade social. Dessa forma, optou-se por tal modelo de regulação setorial, sob a justificativa de que, em prol da eficiência e racionalidade, a prestação de tais serviços passaria a ser desempenhada pela iniciativa privada, mas, tendo em vista o interesse público, o Estado permaneceria realizando o controle e a correspondente fiscalização, mediante a atuação de entidades dotadas de maior agilidade na implementação de políticas públicas em razão de sua estrutura especializada.

---

<sup>14</sup> Há, contudo, parcela respeitável da doutrina que entende de forma diversa, atribuindo um elemento teleológico à definição de serviços públicos, qual seja, a consecução do princípio da dignidade humana. Nesse sentido entende Justen Filho (2003), que defende a diferenciação dos serviços públicos das atividades econômicas por meio da delimitação da necessidade a ser satisfeita e se ela é essencial para a realização do princípio constitucional da dignidade humana, princípio que rege o ordenamento constitucional pátrio. Se for essencial, o regime aplicado será o de serviço público, prestado pelo Estado ou por um delegatário; se não for essencial, isto é, de importância secundária para realização da dignidade humana, cabe sua exploração pelo regime privado, livre concorrência e facultatividade na prestação. Assim, afóra outros serviços que podem ser criados pelo legislador infraconstitucional, os serviços elencados no art. 21, da Constituição Federal, seriam todos públicos, com exceção dos incisos X, XI e XII.

### 2.3. Agências reguladoras – estrutura e funções.

Curiosamente, não há no ordenamento brasileiro uma norma geral que defina as agências reguladoras, nem que estabeleça os contornos de sua atuação e organização. Consoante ressalta Cuéllar (2001, p. 75), “*não há simetria e uniformidade legislativa na definição desses entes, o que agrava seu exame e sua compreensão (incluindo-se aí os poderes por si detidos)*”. Nas poucas vezes em que a Constituição Federal menciona o vocábulo *agência*, não se refere aos entes em comento, e sim em *agências financeiras oficiais de fomento*, no art. 165, §2º, e *agências de instituições financeiras*, no art. 52, I, do ADCT. Quanto ao instituto em estudo, limita-se a citar, no art. 21, XI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, que compete à União “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de **um órgão regulador** e outros aspectos institucionais.*”(grifou-se)

Assim, somente por meio de um estudo das diversas leis específicas criadoras de agências reguladoras se torna possível estabelecer as suas principais características e funções.

Conforme a competência político-administrativa do poder concedente, existem, no Brasil, agências reguladoras federais, estaduais ou municipais. Tais agências, dotadas de especialização funcional para a conformação de subsistemas jurídicos ligados a cada setor específico, podem atuar de forma setorial ou geral. As agências federais apresentam-se sob a primeira conformação, remetendo-se aos setores de energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás natural, vigilância sanitária, saúde suplementar, recursos hídricos, transportes terrestres, transportes aquaviários, dentre outros. Já nos âmbitos estadual e municipal, as maneiras de regulação desempenhadas podem variar, existem agências que exercem regulação geral, como a Agência Municipal de Desenvolvimento, de Niterói, e aquelas que são setoriais, como a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), do Estado de São Paulo, ou ainda aquelas que abrangem uma pluralidade de áreas de atuação, ou seja, multissetoriais, tais como a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP), a

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), entre outras (Barroso, 2004, pp. 96-97).

Assim, observa-se que o principal objetivo da criação das agências reguladoras é o de manter a presença estatal na prestação dos serviços públicos, ainda que indiretamente, visando a imprimir uma finalidade social na atuação dos agentes econômicos. Nesse ponto, importante ressaltar que a criação das agências faz parte de um fenômeno mais amplo, de efetiva mudança na relação entre os âmbitos do direito público e do direito privado, com a substituição do primeiro pelo segundo no campo da prestação dos serviços públicos e, em contrapartida, a regulação do campo privado com princípios do regime público, com o estabelecimento de parâmetros e finalidades. Nesse sentido, aponta a doutrina o fato de o Estado, no presente momento, buscar, em primeiro plano, a promoção dos interesses dos usuários e da sociedade, com justa fixação de tarifas, e, quanto à política industrial, a eficiência da atividade regulada e o incremento do espaço público. Igualmente, sem que estes prevaleçam sobre os objetivos anteriores, a proteção do mercado e das liberdades no exercício das atividades econômicas dos prestadores privados, maximização dos lucros das prestadoras e concentração dessas em setores mais rentáveis do mercado, além da maximização das receitas fiscais para o Estado.

Nesse intuito é que a legislação confere às agências reguladoras poderes para regular, expedir normas de caráter secundário, controlar e fiscalizar as chamadas atividades econômicas em sentido estrito (serviços públicos) em prol do interesse público. Tendo como objetivos mediatos a formulação de regras para o desempenho da atividade sob sua tutela, o controle e a fiscalização de tais atividades, e aplicação de sanções, as atribuições de tais entes pode ser resumida, ressalvadas as peculiaridades das respectivas áreas, da seguinte forma: realização de licitações para a escolha das pessoas jurídicas aptas à prestação de determinado serviço, celebração dos contratos de concessão e permissão, ou outorga de autorização, fiscalização da execução dos contratos, controle das tarifas e da qualidade dos serviços e bens ofertados, proteção dos usuários e consumidores, arbitragem para solução dos conflitos entre os agentes prestadores e os usuários, etc.

Em outras palavras, pode-se verificar que as atribuições das agências

reguladoras são aquelas próprias do Executivo, juntamente com algumas funções de caráter judicial, como dirimir conflitos entre prestadores de serviço ou entre esses e os usuários, compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço, reprimir infrações dos direitos dos usuários, entre outros, e legislativo, na medida em que expedem normas gerais de caráter técnico.

De acordo com a análise das leis instituidoras das principais agências reguladoras federais<sup>15</sup>, quanto à natureza jurídica, as agências reguladoras são denominadas autarquias especiais, pessoas jurídicas de direito público interno com capacidade exclusivamente administrativa. Pertencem à administração indireta estatal, exercem funções típicas do Estado, são criadas por lei e dotadas de autonomia, auto-gestão, patrimônio, receita e orçamento próprios. Acrescenta Meirelles (2004, p 334) que “*são entes autônomos, mas não autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.*”

Ora, retomando o pensamento anteriormente exposto, o contexto ideológico difundido durante o período inicial de implantação das agências reguladoras no Brasil era de descrédito do dirigismo estatal absoluto, ineficiência do aparelho público nas prestações e pressões internacionais para abertura dos setores econômicos, o que influenciou para que uma das características apontadas ou desejadas para as agências reguladoras fosse a sua autonomia do poder concedente. Assim, defendeu-se para elas a estrutura formal de autarquia, de forma a possibilitar-lhes atuação mais apropriada em direção aos objetivos para os quais foram criadas, pois tal conformação confere-lhes autonomia administrativa e financeira, ficando assim protegidas, na medida do possível, das ingerências político-partidárias, entraves burocráticos e disputas para verbas orçamentárias.

O adjetivo *especial*, por sua vez, atribuído pelo legislador às entidades em comento, refere-se ao maior ou menor grau de independência a elas conferida em relação à Administração direta. Ressalta-se que cada lei designa ao seu ente regulador específico características que determinam tal especialidade. Daí não ser possível estender os

---

<sup>15</sup> Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Lei 9.427/96; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Lei 9.472/97; Agência Nacional do Petróleo – ANP, Lei 9.478/97; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Lei 9.782/99; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Lei 9.961/2000; Agência Nacional de Águas – ANA, Lei 9.984/2000; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas criadas pela Lei 10.233/2001.

mesmos elementos de uma agência a outra. Percebe-se, contudo, que essas características especiais destinam-se, de um modo geral, a ampliar-lhes a autonomia. Consoante leciona Meirelles (2004, p. 344):

...todas essas agências foram criadas como autarquias sobregime especial, considerando-se o regime especial como o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins. No caso das agências reguladoras até agora criadas no âmbito da Administração Federal, esses privilégios caracterizam-se basicamente pela independência administrativa, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandado fixo), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência).

Apontada pela doutrina como uma das principais características das agências reguladoras, a independência administrativa relaciona-se diretamente com a necessidade de uma atuação técnica, imparcial e eficaz desses entes. É dizer que, por terem suas atribuições determinadas em lei, e não por delegação, as autarquias especiais ora em estudo não são subordinadas hierarquicamente a nenhum órgão administrativo.

Igualmente, gozam de autonomia decisória, garantida, primeiramente, pela impossibilidade de interposição de recursos administrativos de suas decisões, o que não se estende ao Judiciário, em respeito à cláusula pétrea brasileira de inafastabilidade da jurisdição, além da estabilidade conferida aos administradores e a fixação de mandatos não coincidentes com o período eleitoral.

As agências reguladoras desfrutam, ainda, de autonomia financeira, diante da possibilidade de poderem gerar receitas próprias, além daquelas previstas no orçamento geral da Administração. Tal autonomia é alcançada, em geral, com a fixação de taxas de fiscalização, preços de utilização de bens escassos e percentuais de tarifas para formação de fundos geridos pelas agências. Entretanto, ressalta-se que tal independência não significa que as referidas entidades consigam se sustentar sozinhas, já que, na dinâmica brasileira de orçamento indicativo, há possibilidade de contingenciamento de recursos pelo Executivo, inclusive os das agências reguladoras.

A independência das agências reguladoras em relação ao poder central é garantida pela estabilidade e inamovibilidade de seus administradores<sup>16</sup>. Com efeito, esses são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, após aprovação do Senado Federal

---

<sup>16</sup> Conforme acentua Silva (2003, p. 101): *“Em nome da independência técnica dos órgãos reguladores é que o legislador conferiu um mandato aos dirigentes das agências. Vale dizer, anteviu o legislador as dificuldades que teriam os dirigentes das agências em exercer a atividade normativa a cargo das agências sem a proteção contra investidas dos interessados. Para tanto conferiu um mandato, durante o qual se reconhece estabilidade.”*

(no caso das agências federais) ou da Assembléia Legislativa (se agências estaduais), para mandato fixo e a salvo de exoneração desmotivada pelo Chefe do Poder Executivo. De acordo com o art. 9º, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, em virtude da fixação do mandato ser por lei e da forma complexa de nomeação com participação do Executivo e do Legislativo, a destituição do cargo de Conselheiro ou Diretor só poderá ocorrer em três hipóteses: pela renúncia, após a realização de processo administrativo disciplinar ou com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Outro traço característico das agências reguladoras é a gestão colegiada<sup>17</sup>, o que as diferencia do modelo tradicional de atribuição de competências aos cargos individualmente considerados. Com um órgão diretor colegiado, as decisões são tomadas pela síntese dos pensamentos dos membros, distribuindo a responsabilidade e impondo maior discussão, o que contribui para tenham maior legitimidade e imparcialidade. Além disso, os mandatos dos dirigentes são alternados, não coincidentes, o que lhes garante maior independência. Assim, ainda que não signifique um modelo ideal, diante da relevância social da atuação das entidades ora em estudo, acredita-se que a direção colegiada seja preferível à condução individual de questões tão caras à sociedade.

Ainda no sentido de preservar a independência dos diretores das agências, algumas leis instituidoras<sup>18</sup> prevêem regras proibitivas de vínculos entre esses e os setores regulados e regras de incompatibilidades de mandatos, como o exercício de qualquer função política, atividade profissional, empresarial, sindical, político-partidária, entre outros. Tal exclusividade de função de dirigente se mostra extremamente necessária para uma atuação, por parte dos diretores e conselheiros, totalmente isenta de influências políticas. Igualmente, exige-se um período mínimo<sup>19</sup>, a chamada quarentena<sup>20</sup>, durante o qual, após findo o mandato, os ex-administradores não podem exercer atividade dentro do setor controlado pela agência em que atuaram.

Com efeito, as agências reguladoras gozam de independência em relação ao poder central compatível e necessária para exercerem a função para a qual foram

---

<sup>17</sup> “Lei 9.986/2000: Art. 4º As Agências serão 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.”

<sup>18</sup> Por exemplo, a Lei nº 9.427/96, art. 6º, e a Lei nº 9.782/99, art. 13. Seguindo esse raciocínio, também a Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações - proíbe, no seu art. 29, que o conselheiro tenha interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações.

<sup>19</sup> O art. 8º, da Lei nº 9.986/2000, prevê quatro meses de quarentena, já o art. 30 da, Lei nº 9.472/97; art. 9º, da Lei nº 9.427/96; art. 14 da Lei nº 9.782/99; e art. 9º, da Lei 9.961/2000, estatuem prazos de doze meses.

criadas. Importante, nesse ponto, ressaltar que o fato de um ente público ter autonomia não desvirtua sua característica de público, pelo contrário, a enfatiza mediante sua isenção de interesses políticos momentâneos em nome de interesses políticos permanentes plasmados no texto constitucional e reproduzidos na legislação infraconstitucional.

Entretanto, não se pode falar em independência absoluta, as agências reguladoras se sujeitam sim a algumas formas de controle previstas para as autarquias em geral, seja político, pois seus dirigentes são nomeados pelo Poder Executivo, seja financeiro, visto que a execução orçamentária é submetida ao Tribunal de Contas. Há também a atuação do Judiciário no chamado controle externo, pelo que os atos das agências podem ser revistos, além do chamado *controle social*, que será melhor analisado no capítulo seguinte.

Uma última questão acerca das agências reguladoras e sua autonomia refere-se ao chamado poder normativo desses entes, o que é bastante discutido doutrinariamente, por se acreditar que estariam usurpando a função do Legislativo. Não é bem assim. São as leis instituidoras das agências reguladoras que devem estabelecer os limites dessa atuação normativa, sob pena de inconstitucionalidade se delegarem pura e simplesmente poderes para legislar. O que acontece não é a exclusão da atuação do Legislativo, mas o aprofundamento da atuação normativa do Estado. Em outras palavras, é a ampliação do poder de negociação de parâmetros e regras.

Como se sabe, no campo da regulação setorial, a especificidade e velocidade das transformações e o ideal de direcionamento de comportamentos por meio de sanções premiais exigem que a legislação seja minudenciada para se adaptar à realidade. Consoante leciona Sundfeld (2000, p. 27):

Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, disserta Marques Neto (2006, p. 85): “*Um dos principais elementos para a efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada quarentena). Com efeito, a possibilidade de o agente regulador passar, de inopino, a ocupar posição de relevo no regulado coloca seriamente em risco a independência do órgão. Não que se pressuponha qualquer tipo de improbidade na fase anterior à transferência. Porém, após a sua ocorrência têm-se duas circunstâncias indesejáveis: i) o regulador, convertido em executivo do regulado, leva consigo um cabedal de informações que, ainda que não utilizadas diretamente, fazem desaparecer a necessária fronteira de interesses, ii) a Sociedade tende a perder a confiança no regulador e a pressupor que toda a atividade regulatória se desenvolve em perigosa promiscuidade. Daí por que tem-se cada vez mais relevante a introdução da chamada quarentena, sendo para nós absolutamente natural necessário que o Estado arque com os ônus deste mecanismo de segurança do sistema.*”

novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores (...) que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

Assim, as agências atuam nesse sentido, de fornecer sub-definições normativas, ampliando o campo de negociação diária na relação regulador-regulado. Portanto, o poder normativo exaltado nas agências reguladoras não é nada mais que o espaço para opções políticas. Essa questão, a propósito, será minudenciada no próximo capítulo.

### 3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Após o estudo das formas de atuação estatal em relação às atividades econômicas, a regulação e os entes aos quais foi conferida essa função no momento atual, em razão da adoção, no Brasil, do modelo de Estado regulador, passa-se à análise das agências reguladoras dos serviços públicos pelo viés de consecução dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Como visto nos capítulos anteriores, a implantação das agência reguladoras no Brasil, na década de 90, se deu como parte de um programa de reforma do Estado que tinha como objetivo estimular a economia e o desenvolvimento mediante a abertura para investimentos do setor privado, notadamente de capital estrangeiro. Para tanto, era necessária a conformação das relações entre Poder Público e os investidores de forma a lhes garantir estabilidade e *previsibilidade*. Com efeito, em países como o Brasil, cuja história recente fora marcada por regimes de governo autoritários, em que há um grande risco de expropriação e ruptura dos contratos, é natural que haja um temor por parte do setor privado de que as *regras do jogo* sejam alteradas a qualquer momento, e que os compromissos não sejam cumpridos. Nesse eito, a adoção de um modelo que *subtraísse o marco regulatório* do processo político-eleitoral foi uma das medidas que se impôs como maneira de garantir uma *conjuntura fértil e sólida* para atrair vultosos investimentos nas áreas estratégicas da economia, por meio das privatizações.

As agências reguladoras, dotadas de acentuada autonomia, foram, pois, introduzidas como solução para, *a uma*, maleabilizar as estruturas burocráticas existentes nos Ministérios e, *a duas*, para garantir a proteção ao direito de propriedade dos investidores e o fiel cumprimento dos contratos celebrados ao cabo do processo de desestatização, por meio de dirigentes com mandatos fixos e compromisso técnico, alheios, portanto, às influências político-partidárias.

Nessa seara, a principal preocupação do legislador e da doutrina, nesse primeiro momento de instituição das agências reguladoras, foi criar e defender mecanismos

institucionais e jurídicos de proteção da *independência* desses entes administrativos, entendida, em suma, sob quatro aspectos, anteriormente analisados: *independência política dos dirigentes; independência técnica decisional*<sup>21</sup>; *independência normativa*<sup>22</sup> e *independência gerencial, orçamentária e financeira*.

Ocorre que, passado esse primeiro momento de *privatizações* e de reforma estatal, com a sucessão democrática – e alteração – do governo federal, novas questões são postas pela doutrina quanto à configuração das agências reguladoras. Tais questionamentos giram, agora, em torno do *controle político, da responsividade social e da legitimidade democrática* dessas estruturas administrativas. Nesse sentido, aliás, comenta Binenbojm (2005, fl. 8):

Cumprido o papel de geração de confiabilidade para atração de investimentos, apercebem-se agora os agentes econômicos, os agentes políticos e doutrinadores pátrios da necessidade de *matizar* a autonomia técnica das agências com mecanismos de controle político e jurídico.

Pode-se dizer, aliás, de forma bastante simplificada, que são três os principais problemas vislumbrados pelos juristas na forma como as agências reguladoras foram forjadas no ordenamento pátrio – a atuação dessas entidades violaria o princípio da legalidade, colocaria em xeque o princípio da separação de poderes e não seria dotada de legitimidade democrática. O objetivo do presente ensaio é desmistificar essas três supostas incompatibilidades entre o modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil e as agências reguladoras, tendo como esteio a visão mais atual do Direito Administrativo, balizado pelas normas constitucionais<sup>23</sup>.

### 3.1. O poder normativo das agências reguladoras e o princípio da legalidade.

---

<sup>21</sup> Binenbojm (2005, p. 7) aponta, acerca desse aspecto, que na atuação das agências reguladoras predominam “as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio*”. E acrescenta: “tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministério e mesmo pelo Presidente”.

<sup>22</sup> Consoante já exposto no capítulo anterior, trata-se do poder normativo conferido às agências reguladoras para disciplinarem os serviços públicos e as atividades econômicas submetidas ao seu controle.

<sup>23</sup> No entanto, é de se ressaltar não ser pretensão do presente estudo o esgotamento de todas as questões relacionadas ao tema, já que cada um dos mencionados princípios poderia ser – como de fato o é – objeto exclusivo de inúmeras teses e dissertações.

Consoante analisado alhures, o atual modelo de intervenção estatal na economia pela regulação, realizada no Brasil pelas agências reguladoras, não prescinde de poder normativo, em geral exercido mediante a edição de regulamentos – normas de caráter infralegal. Esse poder normativo, todavia, não é recepcionado de maneira pacífica pela doutrina – pode-se dizer que os principais autores que se lançaram sobre essa questão tomaram três diferentes caminhos<sup>24</sup>.

Uma parte dos juristas adota a visão de que o poder normativo das agências reguladoras para especificar o conteúdo das normas gerais previstas em lei – norma primária<sup>25</sup> – e decretos regulamentares – norma secundária – não encontra respaldo na Constituição, sendo uma indevida ampliação da discricionariedade normativa por parte do titular do poder regulamentar, consoante definido no art. 84, inciso IV, da Carta Política<sup>26</sup>. Outra vertente doutrinária, ainda mais radical, afirma não existir um *poder normativo* das agências reguladoras, visto que tal corresponderia a uma delegação abdicatória, totalmente inaceitável no contexto constitucional pátrio<sup>27</sup>. Por fim, uma terceira corrente, nas palavras de Mattos (2006, p. 334):

...está centrada justamente no pressuposto de que existe a necessidade de *regulação técnica* de mercados e que tal necessidade levou ao rompimento da organização de poderes do constitucionalismo clássico, ficando tal função centrada cada vez mais no Poder Executivo (desde a década de 30, com o aumento da intervenção do Estado sobre o domínio econômico). Para estes autores, o problema da dogmática no plano constitucional da separação dos Poderes parece não ser o problema fundamental (o problema não é, contudo, deixado de lado) e deslocam o debate para a exigência de eficiência da atividade reguladora associando, porém, tal exigência à necessidade da existência de mecanismos de representatividade (técnica) ou de participação pública direta nas agências reguladoras<sup>28</sup>.

Essa vertente é a mais adequada e atenta à nova realidade constitucional, já que o modelo de agência reguladora adotado no ordenamento pátrio, em consonância com a opção do legislador fundamental de dar ao Estado brasileiro uma conformação de Estado regulador, dá um novo sentido à vedação constitucional à delegação do poder-dever de legislar, no sentido de que a competência transmitida a essas entidades é complementar

---

<sup>24</sup> Essa divisão adotada é proposta por Mattos (2006).

<sup>25</sup> Cf. Ferraz Jr. (1993, p. 118).

<sup>26</sup> Segundo Mattos (2006), encabeçam essa corrente, dentre outros, Maria Sylvia Zanela Di Pietro.

<sup>27</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello é, consoante Mattos (2006), partidário dessa corrente.

<sup>28</sup> Entre os que difundem esse pensamento estão Fernando Herren Aguillar, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto e Alexandre Santos de Aragão.

– não abdicatória – em resposta às demandas geradas pela complexidade social e econômica da atualidade. Utiliza-se como respaldo, dentre outros, o mandamento da eficiência estabelecido no art. 37 da Constituição, pela Emenda nº 19, de 1998.

Com efeito, o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, malgrado se espraia no ordenamento assumindo diversas facetas – *processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, legalidade administrativa, legalidade penal, legalidade tributária, entre outras*<sup>29</sup> – substancialmente se traduz numa só idéia – a de que a lei é, por excelência, o instrumento de conformação jurídica das relações sociais.

Aplicado na esfera do Direito Administrativo, o princípio da legalidade se presta não só a proteger a liberdade subjetiva dos indivíduos, a partir da citada previsão no art. 5º, como também a limitar a atuação do administrador, quando disposto no *caput* do art. 37 da Carta Política. Essa vinculação da Administração à lei, todavia, já não mais pode ser vista em termos absolutos, como era compreensível no contexto da luta pela implantação do Estado Liberal burguês. Hoje, como sabido, o *Estado legislativo* já deu lugar ao *Estado constitucional*, assim chamado porque, em seu âmbito, a Constituição, antes um documento simbólico, desprovido de força normativa, assume papel ativo na conformação de direitos, passando a controlar, inclusive, a própria validade das leis. Consoante ressalta Otero, *apud* Binenbojm (2005, p. 10), “na verdade, há diversas situações em que a Administração Pública está autorizada a agir diretamente pela Constituição ou a tomar decisões em espaços de discricção abertos pela própria lei”.

Não se olvida, é verdade, ao se tratar dessa questão da legitimidade constitucional para o exercício do poder normativo, que a Constituição elegeu a lei – lei em sentido formal, editada pelos órgãos do Poder Legislativo – como a “*expressão emblemática do ato normativo primário*”, como precisou o Ministro Carlos Britto, no voto que proferiu por ocasião do julgamento da ADC nº 12/DF<sup>30</sup>. Todavia, decorre do próprio texto constitucional certos temperamentos ao dogma da primazia da lei em sentido formal, quando, por exemplo, no art. 52, incisos VII, VIII e IX, no art. 155, inciso V, nos arts. 62 e 84, e no art. 96, inciso I, dentre outros, confere-se competência, respectivamente, ao

<sup>29</sup> Mendes *et al.* (2009, p. 180).

<sup>30</sup> ADC 12, Relator: Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Dje-237, RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149.

Senado Federal, ao Presidente da República e aos Tribunais para inovarem, com imediatidade, no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Grau (2005, pp. 246 e 247) pondera que o mencionado art. 5º, inciso II, da Lei Maior, consagra o princípio da legalidade em termos relativos, já que:

... em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica, sem lei – aqui entendida como tipo específico de ato legislativo – que os estabeleça.

E, mais adiante, o arguto jurista faz a seguinte observação:

... se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda – *verba cum effectu sunt accipienda*.

Assim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal propõe, com muita lucidez, assim como outros autores, uma (re)leitura do princípio da legalidade, devendo ser esse entendido não como uma *reserva de lei*, mas como *reserva de norma* – norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental, desde que *em virtude de lei*. O princípio da legalidade é, pois, acatado não só quando a lei em sentido formal ela própria disciplina determinada matéria, mas também quando outra espécie normativa o faz, desde que de acordo com previsão legal implícita ou explícita para tanto. Daí não haver que se falar em *deslegalização* ou *delegação legislativa inconstitucional*, mas em exercício direto da função normativa, quando o Executivo expede regulamentos ou quando o Judiciário edita regimentos, impondo obrigações de fazer ou não fazer aos particulares.

A esse respeito, é também precisa a advertência de Aragão (2003, p. 406):

as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.

Nesse sentido, a sistemática do sistema regulatório levado a efeito sob a égide da Constituição de 1988 é a de, por meio de lei formal, instituir *standards* e objetivos a serem perseguidos e deferir a competência às agências reguladoras para concretizarem tais finalidades públicas, que, nessa perspectiva, possuem, tanto por expressão legal como também pela natureza do poder regulatório, poder normativo. Inevitável é, pois,

reconhecer esse fenômeno jurídico, dado ser decorrente da própria opção legislativa manifestada nas leis criadoras das agências reguladoras. De fato, como ressalta Aragão (2003), a competência normativa é pressuposto para a existência de tais entidades como órgãos reguladores, já que, despidas dessa prerrogativa, pouco ou quase nada restaria para concretizar no campo a ser regulado<sup>31</sup>.

Dessarte, a constatação de que o poder normativo é ínsito ao poder regulador afasta as tentativas – a mais das vezes desatentas à realidade constitucional – de reprimir o seu exercício pelas agências reguladoras. Não se olvida, é verdade, de que, nas palavras de Binenbojm (2005, p. 12):

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

Os *standards* são lançados nas leis, estas sim, leis formais, de criação das agências. A conformação do exercício desse poder normativo aos princípios constitucionais vigentes dependerá, assim, da razoável ponderação desses princípios e do compromisso com a eficiência, com o interesse público e com os demais objetivos da ordem econômica. Daí, também, e essa ressalva é para concluir, não poder ser a atuação das agências reguladoras reduzida à mera técnica, nem se poder impedir totalmente a possibilidade de que a tomada de decisões pelos reguladores tenha cunho político. Por essa razão, e aqui já se introduz a próxima questão a ser tratada no presente trabalho, é imprescindível, para a manutenção do equilíbrio democrático dos atos decisórios emanados dessas entidades, a previsão de mecanismos pontuais de controle externo da atuação das agências.

---

<sup>31</sup> Comenta Aragão (2003, p. 316): “se sem as demais atividades um órgão ou entidade pode continuar a ser considerado como regulador, o mesmo não se pode dizer do poder de editar normas, sem o qual deixam de ser reguladores para serem apenas adjudicatórios”. E, por fim, conclui: a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata e concreta, integrar o próprio conceito de regulação” (p. 380).

### 3.2. As agências reguladoras, a separação de poderes e o sistema de *freios e contrapesos*.

Consoante mencionado supra, é fato que nem toda a atuação dos reguladores é determinada apenas pela sua *expertise*, sendo indispensável, pois, como exigência mínima de um Estado democrático de Direito, que exista algum meio de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências reguladoras, a fim de que haja um controle institucional da autonomia conferida a essas entidades. Nesse ponto é que se dá a *reconciliação* das agências reguladoras independentes e o princípio da separação de Poderes.

Como se sabe, o grande teórico da separação de poderes foi Montesquieu. Com efeito, o célebre filósofo iluminista constrói sua tese partindo da idéia de *virtude*<sup>32</sup>. Assim, enquanto o *medo* é o princípio de um governo despótico, já que a obediência decorre do *medo* que inspira o soberano sobre os seus súditos, num governo democrático, a *virtude* faz com que os cidadãos obedeçam às leis que eles próprios formulam. Assim, num Estado livre, todo homem que se supõe livre deve governar a si próprio. E esses, em conjunto, dão adesão às leis emanadas do poder legislativo. Todavia, adverte o sábio francês (Montesquieu, 2007, pp. 85-86):

A liberdade política somente se encontra em governos moderados; e mesmo nestes nem sempre é encontrada. Ela apenas existe quando não há abuso de poder. Mas a experiência mostra que cada homem investido com poder é capaz de abusar dele, e exercer sua autoridade tão longe quanto possível. Não é estranho, apesar de verdadeiro, dizer que mesmo a virtude necessita de limites? Para prevenir esse abuso, é necessário, pela própria natureza das coisas, que o poder seja um freio de outro poder.

Dessa forma, Montesquieu (2007) defende um sistema em que os poderes não se anulam, mas se harmonizam. A separação de poderes é, pois, um pacto de não-ingerência de um poder sobre o outro, sob pena de se anularem mutuamente. É mais que isso – pode ser, assim, vista como uma *garantia institucional*<sup>33</sup> da *liberdade política* dos

---

<sup>32</sup> “Não é necessário muita probidade para que um governo monárquico ou despótico se mantenha ou se sustente. A força das leis no primeiro, o braço do príncipe sempre levantado, no segundo, tudo regulamentam ou contêm. Mas num Estado popular, é preciso uma força a mais, que é a virtude”. Montesquieu (2007, p. 29)

<sup>33</sup> A idéia de ser a separação de poderes uma garantia institucional é bem abordada por Laender (2009, p. 246 e ss.). Ainda, sobre o conceito de *garantia institucional*, ver Bonavides (2004, pp. 536 e ss.).

cidadãos e, em última análise, da *república democrática*<sup>34</sup>.

Simplificando, o cerne da teoria formulada por Montesquieu é que se garanta essa distribuição dos poderes, não importando, por conseguinte, que essa se dê exatamente entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A divisão orgânica entre os três poderes é apenas um dentre vários mecanismos de conformação do princípio da separação de poderes.

Voltando-se, agora, os olhos para a estrutura das agências reguladoras, tem-se que essas não podem ser consideradas uma exceção ao princípio da separação de poderes e ao modelo de *freios e contrapesos*, mas sim entidades cuja criação foi pautada justamente na interação entre os poderes.

Nesse sentido, aliás, foi a interpretação que prevaleceu no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1949/RS<sup>35</sup>, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 18 de novembro de 1999, acerca da extensão da autonomia das agências reguladoras. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal discutiu, dentre outras questões, a constitucionalidade da vedação à demissão *ad nutum* dos dirigentes da Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS – prevista na lei estadual que a instituiu. Um dos dispositivos questionados dessa lei contém a previsão de que os membros do conselho superior daquela agência só poderiam ser destituídos por decisão da Assembléia Legislativa. Questionou-se, assim, se essa não seria uma ingerência indevida do poder Legislativo sobre o Executivo.

O detalhe que interessa para o presente estudo refere-se ao fato de que o Supremo Tribunal Federal, nessa ocasião, terminou sufragando entendimento inovador na sua jurisprudência – deixou de lado a então visão tradicional de que apenas o Chefe do Executivo tem legitimidade democrática para conduzir assuntos daquele poder, não sendo admissível restrições infraconstitucionais à competência desse agente político, que é eleito pelo voto popular, nem havendo necessidade de autonomia das agências

---

<sup>34</sup> Nesse ponto, faz-se a ressalva de que não se está a falar em liberdade como direito subjetivo, mas sim de uma concepção objetiva da liberdade, tomada como instituição necessária à manutenção da democracia republicana, de modo que o Estado não se perversa em dominação tirânica. Assim, a separação de poderes pode ser vista como *garantia institucional*, na medida em que exige que o poder político seja distribuído e que a tomada de uma decisão política, por conseguinte, demande a harmonização dessas *porções de poder*.

<sup>35</sup> ADI 1949 MC, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1999, DJ 25-11-2005, p. 5, ementa vol 2215-1, p. 58.

reguladoras ante as influências políticas do Presidente da República. Ao revés, acolheram os Ministros da Corte Constitucional a orientação no sentido de que há a possibilidade de limitação da competência do Chefe do Executivo pela *divisão de poderes*, tendo como parâmetro uma visão harmônica da separação de poderes – a figura platônica do *governante virtuoso* dá lugar à noção aristotélica de *comunidade organizada para o bem comum*, com a primazia de instituições que assegurem o exercício da ação política pelos cidadãos. Daí ser possível que a lei atribua regime de autonomia administrativa a determinados órgãos atrelados ao Executivo<sup>36</sup>.

Em outras palavras, o princípio da separação de poderes permite, ou melhor, exige que as políticas públicas não sejam decididas exclusivamente pelo Executivo, muitas vezes influenciado pela manipulação do poder político realizada pelos agentes econômicos. Vale comentar, a propósito, a observação do então Ministro Nelson Jobim, em seu voto, de que as concessões e as permissões de serviço público não se regem por *políticas de governo*, mas por *políticas de lei*.

Dessarte, a autonomia das agências reguladoras é justificada como forma de proteção do próprio Legislativo frente à eventual usurpação, pelo Executivo, dos objetivos das políticas públicas fixadas pela lei. Ao Legislativo, ademais, pelo comando do art. 49, inciso X, da Constituição, cabe o controle dos atos da Administração Pública direta e indireta.

Por outro lado, consoante adverte Aragão (2003, pp. 355 e 357), a autonomia das agências reguladoras não serve para isentá-las do dever de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais definidas pela Administração central. A esse respeito, irretocável é a ressalva feita por Binenbojm (2005, p. 12):

Quanto ao Executivo, é desejável que a lei discipline a adequação das políticas setoriais propostas pelas agências a um planejamento macroeconômico global do governo, de modo a evitar a chamada “visão de túnel” em determinados mercados regulados. (...) seria de bom alvitre que a lei distribuisse claramente as competências entre governo e agências e dispusesse sobre as formas de adequação entre elas. Como não há uma distinção auto-evidente entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as decisões a cargo das agências (regulação).

De fato, o Poder Executivo, por meio da verificação do atendimento de metas e

---

<sup>36</sup> Não obstante se ter esposado esse entendimento, o Pleno decidiu cautelarmente pela inconstitucionalidade do questionado art. 8º da Lei da AGERGS, uma vez que não havia, nessa lei, limites para a destituição dos dirigentes pela Assembléia, o que também gera um desequilíbrio afrontante da separação de poderes.

diretrizes, também realiza controle sobre a atuação da agência, na mais legítima forma de consecução do sistema de freios e contrapesos.

### 3.3. Agências reguladoras, controle social e *déficit democrático*.

Comumente diz-se existir um *déficit democrático* na atuação das agências reguladoras nacionais, o que representaria a impossibilidade de sua consagração em um sistema político democrático, tal como configurado na Constituição de 1988. A propósito, Lennertz (2009, p. 4) bem resume o problema:

De maneira geral, é possível sintetizar a origem do debate acerca da legitimidade democrática da atuação das agências através da seguinte questão: Como justificar a obediência a uma entidade administrativa cujos dirigentes não são eleitos e cujas decisões não estão sujeitas à revisão por parte dos agentes políticos eleitos no processo democrático?

Para se enfrentar tal crítica faz-se necessário, inicialmente, o esclarecimento do que se entende por democracia.

Não existe uma definição padronizada absoluta para democracia, inúmeras experiências políticas ao longo da História foram qualificadas como democráticas e são extremamente diferentes, como por exemplo a democracia ateniense da Antigüidade e as repúblicas democráticas atuais do Ocidente. De maneira geral, contudo, reconhece-se hoje que qualquer sistema que se considere democrático comporta princípios e regras que assegurem e limitem a participação popular na formação da vontade política, restando, assim, garantida a condição de cidadania a todos. Democracia consiste em um modo de organização da política atinente tanto às estruturas estatais como também aos processos decisórios vigentes, não se restringindo às eleições para composição dos órgãos do governo. Igualmente, democracia não se limita à supremacia da opinião de uma maioria, ao contrário, impõe um equilíbrio que assegure às minorias igual participação, direitos e garantias. Consoante expõe Justen Filho (2006, p. 308):

Trata-se de conceito resultante de características estruturais e funcionais e seu núcleo se relaciona com a existência de (a) mandatos eletivos temporários para os cargos políticos de maior relevância e de (b) instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização de princípios e valores fundamentais.

Daí ser possível a existência de formas diversas de organização política que produzam tal equilíbrio entre a preponderância da vontade da maioria e a garantia dos

direitos das minorias<sup>37</sup>. Considerando essa maneira variável de se produzir a democracia, deve-se olhar com ressalvas as alegações de *déficit democrático* em relação ao modelo regulatório atual tendo em vista padrões fixos de institutos democráticos erigidos por muitos teóricos, sob pena de se incorrer em uma avaliação subjetivista do sistema. Ademais, a democracia deve ser situada no contexto dinâmico de construção de cada sociedade. O que se deve levar em conta, portanto, é a avaliação objetiva dos sistemas, considerando a existência de instrumentos que assegurem concretamente a consecução dos valores democráticos.

Trazendo a questão para a instituição das agências reguladoras, pode-se, de plano, excluir a idéia de que um possível *déficit democrático* dessas entidades estaria relacionado à forma de investidura dos seus membros dirigentes, que não se dá por meio de sufrágio universal. Ora, o que a democracia exige é que os titulares de determinados órgãos sejam escolhidos por voto, mas não que todos os cargos públicos sejam assim preenchidos. Aliás, seria inviável que todas as funções públicas fossem exercidas por pessoas escolhidas pela vontade da maioria, sem que houvesse uma neutralização dessa participação popular e o respeito às minorias. Tal como se passa no Judiciário e no Ministério Público, a ausência de eleição popular é irrelevante para o reconhecimento de algum *déficit democrático*.

Com efeito, pode-se analisar a difusão das agências reguladoras sob dois enfoques. Por um lado, pode-se entender que tais entidades estariam em descompasso em relação ao princípio democrático, pois representariam *ilhas* administrativas à salvo da intromissão do eleitorado, o que, tomado ao extremo, poderia levar ao corporativismo. Em contrapartida, pode-se verificar que a retirada de certas incumbências da Administração central permite a desconcentração do poder, restabelecendo limites à atuação dos governantes.

Ademais, a decisão política de instituir as agências reguladoras nos diversos ordenamentos democráticos ocidentais não pode ser atribuída exclusivamente às pressões econômicas e ao neoliberalismo. Percebe-se que essa escolha reflete também uma aspiração de aumento do “índice democrático”, de ampliação do sistema de freios e contrapesos, ou melhor, procurou-se diminuir a concentração de poder, em face da crise

---

<sup>37</sup> Não se pode olvidar contudo de instituições que, pode-se dizer, já integraram o modelo ocidental de democracia, como o sufrágio universal, poder Judiciário independente, etc.

que se abateu sobre os Estados Sociais. Com efeito, constantemente alude-se à *crise de legitimidade política* enfrentada pelos Estados, que teria como uma de suas causas a inadequação dos mecanismos clássicos da democracia para promover a compatibilização entre os diversos interesses da sociedade e a atuação dos representantes eleitos pelo povo<sup>38</sup>. Haveria, portanto, um déficit democrático de todo o sistema político, independente da criação das agências reguladoras.

Daí se extrair que a mera existência de tais entidades é insuficiente para que se avalie o *grau de democracia* presente na condução das atividades estatais a elas reservadas. Mas ao se examinar a estrutura dessas autarquias pode-se verificar se estão ao menos aptas a propiciar o aperfeiçoamento democrático na prestação dos serviços públicos. Nesse sentido, consoante já analisado no capítulo anterior, observa-se que a composição colegiada das diretorias das agências reguladoras, o ato complexo de escolha dos membros, a previsão de mandatos periódicos e descoincidentes, e a garantia contra demissão arbitrária dos dirigentes são algumas características que denotam a preocupação em se assegurar decisões que resultem de uma vontade conjunta e o tanto quanto possível neutra em relação às influências políticas. Assim, ter-se-ia a sinalização de que a estrutura das agências reguladoras no quesito *órgão diretor* serve como instrumento de limitação do poder político.

Outra questão de grande importância é a análise da natureza da competência conferida às agências reguladoras. Existem temas essenciais que, por toda a construção teórica do constitucionalismo, só são decididas por representantes eleitos pelo povo, tais como os direitos fundamentais. Dessa forma, para que se mantenha esse princípio elementar democrático da soberania popular, a transferência de poderes para as entidades ora estudadas sempre envolverá poderes secundários, limitados e condicionados.

Mesmo assim, a despeito de produzirem decisões embasadas precipuamente em critérios de racionalidade, não se pode olvidar o fato de que as decisões proferidas pelas

---

<sup>38</sup> Nesse sentido, adverte Silva (2003, p. 38): “Ao assumir a tarefa de coordenar a economia, o Estado passa a ser alvo das reações que normalmente deveriam dirigir-se contra os agentes econômicos ou contra o mercado. O Estado deixa de ser uma instituição política independente e superior, com fins de promover valores universais e a solidariedade entre as pessoas e passa a ser um campo de batalha dos mais diversos interesses econômicos. Por outro lado, os interesses sociais não podem ser mais agrupados em função de uma ou duas classes sociais (trabalhadores, empregadores etc.), sendo nítida a existência de uma sociedade pluriclasse, na qual a mesma pessoa pode ser titular de interesses tão diversificados, que chegam a parecer inconciliáveis.”

agências reguladoras envolvam também juízo de conveniência e oportunidade para a implementação das políticas setoriais definidas pelos Ministérios e pela Presidência da República, o que exclui a afirmação de que teriam somente atuação técnico-científica. Portanto, por terem atuação também política, sobre temas de extrema importância para a sociedade, precisam conter instrumentos que garantam, de alguma forma, a participação e o controle social, para assegurar que o exercício de suas competências não deixe de se vincular à realização de princípios e valores fundamentais.

Nesse sentido, insere-se a questão da participação social no processo decisório e no controle externo das agências reguladoras. Consoante ressalta Silva (2003, p. 70), há uma tendência de democratização da Administração pública, com a ampliação de instrumentos que assegurem a participação direta dos cidadãos. E acrescenta:

A nova redação do parágrafo 3º do art. 37 da Constituição Federal determina que a lei discipline formas de participação do usuário na Administração Pública, que se dará por meio de reclamações, acesso a registros e informações sobre atos de governo e representação contra exercício negligente abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública. Os instrumentos de democracia participativa podem ser identificados também na legislação infraconstitucional. Institutos que constituem formas de participação, com a audiência pública e as consultas, vêm sendo generalizados pelo legislador.

Com efeito, quando da edição da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos, já se contemplou em alguns dispositivos a questão da participação popular, ainda que timidamente. O art. 7º, por exemplo, dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, impondo-lhes a obrigação de informar as irregularidades e os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço. O art. 22, por sua vez, assegura a qualquer pessoa a obtenção de certidões sobre as decisões relativas às licitações e concessões. O art. 29, XII, determina que compete ao poder concedente estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço. Já o arts. 3º e 30, parágrafo único, dispõem, respectivamente, que a fiscalização realizada pelo poder concedente será feita com a cooperação dos usuários, e que essa fiscalização será feita periodicamente por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Esses dispositivos, contudo, não significaram grandes inovações, tendo em vista que a legislação nunca impediu que os usuários reclamassem ou tivessem acesso ao processo licitatório, de acordo com o princípio da publicidade. Quanto aos últimos artigos, apesar de trazerem algumas novidades, não deixam se apresentar alguns inconvenientes, como por exemplo, ao se prever que sejam formadas comissões periódicas, retira-se o

caráter surpresa inerente ao exercício de fiscalização, sem o qual torna-se inócua. Ademais, a mera previsão de fiscalização não significa grandes mudanças, já que o cidadão continua sem participação nos processos decisórios.

Assim, o que se observa dessa postura inicial do legislador é que até então se falava em estimular a criação de associações de usuários, mas nenhum mecanismo era definido para que essas organizações pudessem ter participação institucionalizada, não informal.

Quanto a esse ponto, as novas leis que criaram as agências federais reguladoras de serviços públicos foram além, com a previsão de ocorrência de *audiências públicas* e *consultas públicas*, além da instituição das *Ouvidorias*.

Começando por essas últimas, tanto na lei que cria a ANEEL quanto na da ANATEL, por exemplo<sup>39</sup>, está prevista a figura do Ouvidor, cargo que nessa será exercido por determinada pessoa nomeada pelo Presidente da República, que seja desvinculada dos demais órgãos administrativos e que não tenha interesse significativo em empresa relacionada com telecomunicações, enquanto que naquela será exercido por um dos Diretores. O Ouvidor, no regime da ANEEL, deve “*zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários*” (Art. 4º, §1º, da Lei nº 9.427/96), “*sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento às reclamações*” (Art. 8º, §1º, do Regulamento da ANEEL – Decreto nº 2.335/97). Já na ANATEL, o Ouvidor exerce mandato de 2 anos, admitida uma recondução, competindo-lhe a elaboração semestral de relatório com apreciações críticas sobre a atuação da referida agência, que será publicado e entregue ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, além de poder participar das sessões e reuniões do Conselho Diretor, inclusive as secretas, bem como de ter acesso a todos os autos e documentos, de acordo com o art. 51, do Regulamento da ANATEL – Decreto nº 2.338/97.

Também se previu, para ambas as agências acima mencionadas, a consulta aos interessados das políticas regulatórias setoriais, ainda que por meios diversos. Na ANEEL criou-se a hipótese de *audiência pública*, de acordo com o art. 21 do seu Regulamento,

---

<sup>39</sup> Existe previsão de Ouvidorias também em outras agências reguladoras, como na ANVISA, art. 25 e ss. do Decreto nº 3.029/99, e na ANS, art. 18 e ss. do Decreto nº 3.327/2000.

quando houver “*processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL*”. As audiências públicas têm por objetivo recolher informações, possibilitar que os usuários encaminhem seus pleitos, opiniões e sugestões, além de dar publicidade à ação regulatória da ANEEL. Entretanto, como ressalta Aguillar (1999, p. 251):

Essa participação tem caráter meramente informativo das políticas do órgão e de coleta de subsídios e informações relevantes oferecidas pelos particulares interessados. Não se trata de outorga de poderes de decisão, que resta exclusivamente em poder dos diretores da agência.

Já na ANATEL, o que se tem é a figura da *consulta pública*, pela qual as minutas de atos normativos são disponibilizadas aos interessados para críticas e sugestões, a teor do art. 67, do Regulamento da ANATEL, além de ser necessária quando da decisão do Executivo de instituir ou eliminar a prestação de determinado serviço pelo regime público, bem como de aprovar o plano geral de metas para universalização de tais serviços (arts. 18 e 19, da Lei Geral de Telecomunicações).

Um instituto que pode ser apontado como de grande relevância para a questão do controle social é a instituição do Conselho Consultivo, pela ANATEL, disposto nos arts. 33 e seguintes da Lei Geral de Telecomunicações e nos arts. 36 e seguintes do Regulamento da referida agência. Trata-se de órgão de *participação institucionalizada da sociedade*<sup>40</sup>, composto por doze membros escolhidos pelo Presidente da República com base em listas oferecidas por cada entidade representada – dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Executivo, dois pelas entidades de classe prestadoras de serviços de telecomunicações, dois pelas entidades representativas dos usuários e dois pelas entidades representativas da sociedade. Os conselheiros têm mandato de 3 anos, vedada a recondução e suas decisões são tomadas por maioria simples, sendo que, no caso de desempate, quem decide é o Presidente do Conselho.

Dentre as atribuições do Conselho Consultivo destacam-se: 1) opinar sobre os planos gerais de outorgas, de metas para universalização e demais políticas governamentais em telecomunicações, antes do seu encaminhamento para o respectivo Ministério; 2) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; 3) apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; e 4) requerer

---

<sup>40</sup> *Caput* do art. 33 da Lei Geral de Telecomunicações.

informação e fazer proposição a respeito das ações do Conselho Diretor<sup>41</sup>.

Ainda com relação ao controle da atuação administrativa dessas autarquias, faz-se um breve parêntese para se comentar uma questão importante – o projeto de lei nº 3.337/04, formulado pela Casa Civil da Presidência da República, e encaminhado ao Congresso Nacional em 13/04/2004. Inicialmente, propôs-se, dentre outras inovações, que todas as agências reguladoras brasileiras fossem submetidas a *contratos de gestão e de desempenho* firmados com o Ministério ao qual estão vinculadas. Esses contratos preveriam metas de desempenho administrativo e de fiscalização, responsabilidades em relação a essas metas, estimativas dos recursos orçamentários e cronograma de desembolsos. O projeto, entretanto, foi recebido com desconfiança, principalmente por parte dos investidores, pois se entendeu que a autonomia das agências reguladoras estaria sendo gravemente limitada, e elas estariam sendo transformadas em instrumentos de governo. Recentemente, foi apresentado um substitutivo para o referido projeto de lei, e a discussão do tema voltou à cena, como uma das exigências do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, da Presidência da República.

Dentre as principais mudanças, foi retirada a previsão de tais contratos de gestão, que deverão ser substituídos por uma prestação de contas ao Congresso Nacional. Igualmente, prevê-se que todas as reuniões deliberativas das agências sejam abertas e públicas, o que traria maior transparência e estabilidade às decisões. O projeto ainda se propõe a definir claramente quais seriam as atribuições dos Ministérios e as das agências, em que aqueles serão responsáveis por decidir o que será concedido e quando, enquanto essas farão as licitações. Por fim, estabelece-se o prazo de quatro anos para os mandatos dos Diretores das agências, vedada a recondução.

Enfim, percebe-se o quanto o tema ora estudado transparece as constantes tensões entre poder político, econômico e social.

Analisadas as disposições legais sobre a estrutura das principais agências reguladoras da prestação de serviços públicos no Brasil, percebe-se que, apesar de incipientes, existem previsões de controle social que podem significar uma aproximação do poder público à sociedade, com a abertura para a manifestação dos diversos interesses conflitantes presentes no meio social. Os institutos acima expostos representam espaços acessíveis aos usuários dos serviços e representantes da

<sup>41</sup> Art. 35 da Lei Geral de Telecomunicações e art. 36 do Regulamento da ANATEL.

sociedade para sensibilização política do Congresso Nacional sobre questões gerais de funcionamento dos setores.

Ainda que se vislumbre a necessidade de melhorias e avanços nesse quesito, o que se pode concluir é que a instituição das agências reguladoras, por si só, não representa um *déficit democrático* incompatível com os princípios consagrados no ordenamento pátrio. Entretanto, ressalta-se, está longe de ser um modelo ideal, pois quer parecer que a maior preocupação ainda é a de tornar as agências reguladoras apenas uma garantia de bem-estar e de boa prestação de serviços demandados pela população; não como um espaço de discussão e participação social na tomada de decisões. Assim, o que se verifica são tímidos e às vezes inócuos instrumentos de controle social, deixando a desejar em termos de institucionalização da participação da sociedade e a ampliação da democracia participativa.

## CONCLUSÃO

De acordo com os objetivos da presente pesquisa, durante a exposição acerca da regulação estatal da economia e a sua evolução histórica, pôde-se perceber como a atuação do Estado se dá de diversas formas, de acordo com as opções políticas realizadas sob influências econômicas e sociais. Assim, foi possível se observar a inter-relação entre os vários sistemas, político, social, econômico, jurídico, e compreender o desenvolvimento da intervenção estatal na economia até o modelo atual de regulação normativa, em contraposição à regulação operacional.

Em seguida, nos dois últimos capítulos, a análise da instituição das agências reguladoras no Brasil, sua gênese, conformação, e legislação, permitiu a compreensão dessas entidades por um viés jurídico. Com efeito, essas foram instituídas como mecanismos reguladores normativos e desempenham regulação de atividades econômicas em sentido estrito, ou seja, aquelas realizadas por particulares; regulação de serviços públicos, que são titularizados pelo Estado; e regulação social, na medida em que impõem ao setor regulado o dever de generalidade dos serviços, de cumprimento da função social da propriedade afetada, ou mesmo, de potencialização do uso de bens públicos essenciais ao serviço regulado. Para o desempenho de tais funções, a concerto normativo conferiu-lhes a estrutura de autarquias especiais, de forma a garantir-lhes a autonomia necessária para o cumprimento de competências essencialmente técnicas, ainda que envolvam decisões políticas.

De certo modo, a expectativa inicial de que tais entidades representariam uma ampliação da democracia na conformação da prestação dos serviços públicos, aqui compreendida como a preservação dos princípios consagrados no ordenamento constitucional pátrio que asseguram a participação popular na formação da vontade política, foi sendo, ao longo da pesquisa, desmistificada.

De fato, a descentralização administrativa e a instituição das agências reguladoras se deu de forma plenamente compatível com os objetivos do ordenamento democrático, de forma a tornar a prestação de serviços públicos mais eficiente e satisfatória para a sociedade. Há, inclusive, a previsão de mecanismos

com o intuito de conferir transparência e legitimidade à atividade regulatória, mediante o acesso dos cidadãos e dos agentes econômicos ao conhecimento do processo decisório e aos registros dos trabalhos que antecedem a tomada de decisão pelo colegiado das agências. Assim é que alguns diplomas normativos<sup>42</sup> prevêem audiências públicas, para coleta de informações e para propiciar que agentes econômicos e consumidores se manifestem sobre projetos de lei ou alterações normativas que afetem direitos seus. Há também a previsão de que sessões deliberativas sejam públicas, como ocorre na ANATEL<sup>43</sup>, além da *consulta pública* às minutas dos atos normativos, para críticas e sugestões<sup>44</sup>. Ressalta-se, igualmente, a instituição das *Ouvidorias*, como forma direta de participação dos cidadãos, visto que a elas compete receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas pelos consumidores e agentes regulados, bem como propor medidas para atendê-las<sup>45</sup>.

Ocorre que, ainda que a presente pesquisa não tenha a finalidade de perquirir a concretização prática de tais institutos, o que demandaria análises muito mais complexas, a própria conformação jurídica das agências deixa transparecer que o titular originário do poder político ainda permanece alijado do processo decisório, diante da falta de abertura para discussões públicas a respeito dos temas de competência das agências. A própria estrutura interna das agências revela o predomínio de questões técnicas em prejuízo de orientações gerais de participação social, o que demonstra que o modelo regulatório atual ainda se encontra distanciado do ideal de espaço amplo de discussão e ponderação das opções políticas do setor por parte da sociedade em geral.

---

<sup>42</sup> Art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/96, e art. 21 do Regulamento da ANEEL (Decreto nº 2.335/97); art. 22 do Regulamento da ANP (Decreto nº 2.455/98); Art. 33 do Regulamento da ANVISA (Decreto nº 3.029/99).

<sup>43</sup> Art. 21, § 2º da Lei nº 9.472/97.

<sup>44</sup> Arts. 39 e 42 da Lei nº 9.472/97.

<sup>45</sup> As Ouvidorias das diversas agências estão previstas nos respectivos Regulamentos – art. 50 e ss do Decreto nº 2.338/97 da ANATEL, art. 8º, §1º, do Decreto nº 2.335/97, da ANEEL, art. 25 e ss. do Decreto nº 3.029/99, da ANVISA, e art. 18 e ss. do Decreto nº 3.327/2000, da ANS.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 09-38.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_ (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.). Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 30 jul. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 1. ed., 5. tiragem. São Paulo: Atlas, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAENDER, Gabriel Boa Vista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

LENNERTZ, Marcelo. *A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada*. Disponível em: < <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2604> > Acesso em: 30 jul. 2010.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 333-364.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99-139.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis: textos selecionados*. Curitiba: Juruá, 2007.

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

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra, 1997.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático*. Curitiba: Juruá, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.