

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Suelen Zanetti

AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PODER NORMATIVO

Passo Fundo
2012

Suelen Zanetti

AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PODER NORMATIVO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Doutor Giovani da Silva Corralo.

Passo Fundo
2012

Aos meus pais, Vadis e Soely, pela compreensão e pelo apoio incondicional durante toda a jornada que percorri nestes cinco anos de estudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Aos meus pais, Vadis e Soely pelo amor incondicional.

Ao meu orientador, professor Giovani da Silva Corralo, pela amizade, apoio, compreensão e pelos valiosos e enriquecedores momentos de orientação.

Ao meu colega e amigo Felipe Rizzoto, pela amizade e pelo apoio durante a realização desta monografia.

À minha amiga Cristina Carla Rodrigues, pela amizade, pelo carinho, pela motivação e pelo apoio durante os dias, noites e madrugadas que dediquei à elaboração desta monografia, além da honra de ter compartilhado comigo seus conhecimentos.

Aos meus amigos Riccardo Luís Tonon, Paulo Ferrareze Filho e Aline Gabrielle Zerbinatti pelo carinho, pela amizade e pela motivação que, nos momentos de dificuldade, foram essenciais, pois me proporcionaram alegrias e inspiração.

Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de análise o poder normativo das agências reguladoras brasileiras frente ao princípio da separação dos poderes e da legalidade. Aqui, pretende-se verificar se o poder normativo a elas conferido pode ou não ferir os dois princípios citados, tendo em vista que, analisá-los na sua concepção clássica e desconsiderar as transformações que o Estado sofreu, acarretaria, sim, prejuízo ao ordenamento jurídico. Assim, inicialmente, analisam-se aspectos históricos, relativamente ao desenvolvimento do Estado e à construção de uma nova Administração Pública. Após, apresentam-se noções gerais sobre as agências reguladoras, verificando-se suas funções, seu regime jurídico e suas funções. Por fim, enfrenta-se o problema do poder normativo a elas conferido, apresentando a concepção clássica dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, bem como a necessidade de sua flexibilização, desde que a competência normativa fique subordinada ao comando do Poder Legislativo, bem como ocorra a previsão expressa na lei que delega às agências o seu poder normativo e a tecnicidade de sua atuação, dentro de sua competência.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder normativo. Flexibilização. Princípios da separação dos poderes e da legalidade.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 ESTADO REGULADOR | 9 |
| 1.1 A reforma do Estado e a administração pública | 9 |
| 1.2 A evolução do Estado, o surgimento do Estado Regulador e a intervenção no domínio econômico no Brasil | 17 |
| 2. AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS | 24 |
| 2.1 Surgimento e características das agências reguladoras | 24 |
| 2.2 Características comuns legais de algumas das agências reguladoras federais e estaduais | 30 |
| 2.3 O marco regulatório das agências reguladoras | 35 |
| 2.4 O poder normativo das agências reguladoras | 37 |
| 3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS | 39 |
| 3.1 O Estado Regulador do século XXI | 39 |
| 3.2 Princípio da separação dos poderes | 41 |
| 3.3 Princípio da legalidade | 43 |
| 3.4 Poder normativo e seus limites | 45 |
| CONCLUSÃO | 52 |
| REFERÊNCIAS | 54 |

INTRODUÇÃO

Em virtude da amplitude dos poderes conferidos às agências reguladoras, instala-se o debate sobre a necessidade de fixação de limites ao poder normativo a elas conferido, com o intuito de que não ocorra o ferimento dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Nesse sentido, argumenta-se, por um lado, que o Estado ao assumir o papel regulador, deve conferir aos entes reguladores instrumentos capazes de fazer com que elas exerçam seu papel regulatório e fiscalizatório da prestação de serviços públicos delegados a esfera privada, sob pena de perder sua finalidade.

Ademais, é necessário ocorrer uma flexibilização dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, tendo em vista que eles devem estar em sintonia com as transformações sociais, econômicas e políticas que ocorrem ao longo dos anos. Entretanto, há quem acredite que, para que ocorra a flexibilização da aplicação dos princípios é necessário estabelecer limites, uma vez que não se pode desconsiderar que a atribuição de poderes normativos só possa ocorrer quando a ordem constitucional permita.

Para examinar essas questões, o trabalho encontra-se dividido em três capítulos, além desta introdução, de uma conclusão e da menção às referências utilizadas como marco teórico.

O primeiro capítulo trata da evolução do Estado e da Administração Pública no mundo e no Brasil, partindo-se da análise do Estado Absolutista, Liberal, passando pela fase do Bem-Estar Social, até chegar à formação do Estado Regulador.

O segundo capítulo tem como tema central o estudo das agências reguladoras, remontando-se, em primeiro plano, ao seu surgimento, advinda do Estado Regulador, consequência da crise do modelo burocrático da Administração Pública. Adiante, segue demonstrando suas características principais, as principais agências existentes no âmbito federal, estadual e municipal, além das características comuns legais existentes entre elas, seu marco regulatório legal e uma breve introdução sobre seu poder normativo.

No terceiro e último capítulo analisa-se o poder normativo das agências reguladoras, demonstrando a necessidade da flexibilização dos princípios da separação dos poderes e da legalidade devido às transformações que ocorreram no mundo desde a sua concepção. Debate-se que, contudo, essa flexibilização está condicionada a limites estabelecidos na lei da própria agência reguladora.

Em suma, o presente pretende registrar um estudo acerca das agências reguladoras e suas características principais, com a finalidade de demonstrar ser legítimo o poder normativo a elas conferido, tendo em vista a importância que as agências têm, uma vez, que atingem a sua finalidade e auxiliam a máquina estatal, se bem normatizadas e adaptadas aos limites constitucionais do ordenamento jurídico pátrio.

1 ESTADO REGULADOR

As reformas de Estado, que foram ocorrendo no decorrer dos anos é importante destacar que culminaram com a crise do Estado de Bem Estar, pois esse proporcionou uma ampliação das tarefas da Administração Pública, bem como aumentou a sua intervenção de forma direta na economia¹. Isso surgiu da perspectiva de que as dimensões do Estado e sua intervenção direta na economia deveriam ser diminuídas.

Em face disso, surgiu um novo modelo de regulação estatal, em face ao domínio econômico, oriundo do Estado Regulador, o qual ocasionou uma diminuição do intervencionismo direto do Estado na economia. Portanto, vislumbrando o exposto, é necessário fazer uma breve análise da reforma do Estado e da administração pública no mundo e no Brasil até o advento do Estado Regulador, além de algumas considerações sobre o surgimento das agências reguladoras.

1.1 A reforma do Estado e a administração pública

O Estado passou por inúmeras transformações para chegar à forma em que se encontra organizado atualmente. Devido às grandes revoltas populares em busca de formas de governo mais igualitárias e democráticas, o Estado teve que ir se moldando no decorrer dos séculos para melhor atender às necessidades da sociedade.

O Império Romano foi uma das primeiras manifestações de forma de Estado. Era muito bem organizado, possuía um ordenamento jurídico que serviu de base para muitos outros, além da aptidão para tributar o capital excedente, sendo altamente poderoso quando comparado ao Estado Feudal. Nesse sentido, explana Pereira² “[...] No Império Romano, todavia, temos ainda um Estado forte, bem organizado, dotado de um ordenamento jurídico altamente desenvolvido e de capacidade de tributação”.

Em 1150, a partir das ruínas do Império Romano, deu-se início à denominada

¹ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 40.

² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Estado e subdesenvolvimento industrializado**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, p. 44.

Europa Ocidental, a qual sofreu transformações que foram consequências das invasões dos povos bárbaros, ocasionando uma expansão da agricultura e do comércio.

Isso porque, tanto na Grécia quanto em Roma, os romanos só podiam se relacionar com romanos e gregos apenas com gregos, não sendo possível a realização de transações comerciais entre os estados.³ Em decorrência dessas transformações, surgiu o sistema feudal, o qual fez com que o Estado quase desaparecesse, já que cada senhor feudal definia a autoridade política central dentro de seu território.⁴

Cada feudo era considerado um Estado e cada senhor feudal, proprietário do feudo, definia quais normas lá iriam reinar. Os feudos eram glebas de terras e, por causa dessa autoridade política central, cada feudo, mesmo sendo próximos uns dos outros, possuía suas próprias normas, o que ocasionou fragilidade à figura do Estado.

Durante esse período que deu início ao Estado Feudal, a Europa tinha como atividade predominante a agricultura. Contudo, frente ao Império Romano, foi possível visualizar uma grande mudança, pois o poder político descentralizou-se e fragmentou-se com a existência dos feudos, o que proporcionou uma grande expansão comercial, já que os produtos agrícolas não ficavam mais concentrados apenas em uma determinada região, pois passaram a ser passíveis de troca.

Nesse sentido, descreve Fausto⁵:

Uma região esmagadoramente rural, onde as cidades haviam regredido e as trocas econômicas diminuído muito, embora sem desaparecer completamente. Ao mesmo tempo, o poder político se fragmentará e se descentralizará, não obstante o mito do império ainda proporcionar certa coerência cultural e mesmo legal a toda área.

A expansão agrícola foi possível graças a abertura de novas regiões cultivadas, com a derrubada de florestas, a secagem de pântanos e o incentivo da expansão comercial. Esta resultou de vários fatores. Dentre eles, a crescente existência de produtos agrícolas não consumidos nos grandes domínios rurais que constituíram excedentes econômicos passíveis de troca. Outros fatores foram a especialização de funções, demandando a compra de bens não produzidos em cada domínio rural, e a busca de produtos destinados ao consumo de luxo da aristocracia. As cidades começaram a crescer e a se transformar em ilhas de relativa liberdade, reunindo artesões, comerciantes e mesmo antigos servos que tentavam encontrar aí uma alternativa de vida, fugindo dos campos.

³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2004, p. 19.

⁴ PEREIRA, **Estado e subdesenvolvimento industrializado**, p. 44.

⁵ FAUSTO, **História do Brasil**, p. 20.

Após a decadência do Império Romano e com a expansão das fronteiras, ocorreram inúmeras batalhas para conquistar territórios. Contudo, criou-se a necessidade de os povos organizarem-se dentro de suas fronteiras, formando-se, assim os primeiros traços de um Estado com uma organização política no século XII.⁶

Assim, o Estado Feudal foi ficando debilitado, pois não havia apenas um governante que estabelecia as normas que iriam ter eficácia, mas várias em determinados territórios. Isso levou à dissolução do Estado Feudal e à ascensão do Estado Absolutista, que, por alguns, também foi chamado de Estado Moderno. Pereira argumenta⁷:

O Estado Moderno surge da dissolução do sistema feudal, na medida em que se desenvolve o capitalismo comercial e se fortalece o poder central do rei, que vai se transformar agora em monarca absoluto. O Estado Absolutista é ao mesmo tempo o último Estado tradicional, pré-capitalista, e o primeiro Estado burguês.

O Estado Absolutista foi uma das formas de organização política estatal, e teve a sua maior incidência na Idade Média. Essa forma de organização política tinha como objetivo concentrar nas mãos de apenas uma pessoa, o rei, todos os poderes, não possuindo dependência alguma com nenhum outro órgão. Com isso, tudo que o rei decidia era tido como lei.⁸ Fausto destaca⁹:

No Estado absolutista não há – sem em teoria – distinção entre a esfera pública, como campo de atividade do Estado, e a esfera privada, como campo de ação dos indivíduos com direitos maiores ou menores. Nele tudo é público, pois não há limites preestabelecidos ao poder real.

Foi também a primeira manifestação do pacto social e político, já que, apesar da população que estava em torno do rei ser a mais importante, não possuía poder suficiente para combater os senhores feudais. Dessa forma, alguns senhores feudais uniram-se ao rei, abdicando de alguns de seus poderes e juntado-se a uma nova classe que ali surgia. Nesse

⁶ Ibidem, p. 20.

⁷ PEREIRA, **Estado e subdesenvolvimento industrializado**, p. 46.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 anos de direito administrativo administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n 10, 2002, p. 1. Disponível em: <<http://www.direito.público.com.br/revistas/09142906/dialogo-juridico-10-janeiro-2002-maria-s-zanella-di-pietro.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

⁹ FAUSTO, **História do Brasil**, p. 62.

sentido, Pereira argumenta que o Estado Absolutista “[...] é o resultado do primeiro pacto social político dos tempos modernos, em que uma classe dominante, ou, nesse caso, uma fração da classe dominante, se alia a uma nova classe em ascensão para poderem exercer o domínio político¹⁰”.

Diante dessa forma de organização política estatal, em que a vontade do soberano era superior à lei e aos interesses populares, surgiram outras concepções de forma de organização estatal, sendo que a primeira delas foi o Estado Liberal.

Pereira descreve o Estado Liberal, não-intervencionista¹¹:

[...] É o Estado não-intervencionalista, o Estado do *laissez faire*, da liberdade de comércio, da criação automática de moeda, das trocas sem restrições entre os países. É o Estado que cede seus direitos de regulador da sociedade ao mercado, aos mecanismos de preços. É o Estado do individualismo, e o Estado baseado na crença de que se todos defenderem seus próprios interesses, o interesse geral será automaticamente defendido. Antes de mais nada, é o Estado da burguesia. É o Estado em que a burguesia assume o poder e durante mais de um século, até pelo menos a Primeira Guerra Mundial, impera incontestemente. É o Estado fraco, sem funções econômicas maiores, limitando a funções policiais relacionadas com a ordem interna e com a guerra.

O liberalismo desenvolve-se com a Revolução Francesa ocorrida em 1789, que se preocupou com a defesa da liberdade individual, ou seja, o Estado não devia interferir de forma a resguardar ou regulamentar os interesses da classe burguesa, já que os interesses dessa deveriam prevalecer sobre os das demais.¹²

Nesse contexto, descreve Coelho¹³ que “[...] O modelo do Estado Liberal baseia-se no primado da não-intervenção na economia, isso é, a economia deveria se organizar pelas suas próprias forças”.

Nessa mesma linha, observa Guerra¹⁴:

O surgimento do liberalismo (Estado Liberal) coincide com a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, que buscava a preservação da liberdade individual e a segurança

¹⁰ PEREIRA, **Estado e subdesenvolvimento industrializado**, p. 46.

¹¹ PEREIRA, **Estado e subdesenvolvimento industrializado**, p. 49.

¹² SILVA, Sergio André R. G. **A legitimidade das agências reguladoras**. Revista de Direito Administrativo, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar 2004, p. 299.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Reforma do Estado do Estado e Direito Concorrencial**. In: Carlos Ari Sunfeld (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. 1 edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 190.

¹⁴ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 4.

do território. Esse movimento revolucionário buscou edificar uma Administração racional, sob os princípios do primado da lei, separação dos poderes, igualdade e liberdade econômica.

O Estado Liberal tinha objetivos que iriam favorecer a sociedade, uma vez que quanto menor a atuação Estado maior a liberdade dos indivíduos. Influenciado pelos ideais da Revolução Francesa entrou em conflito direto com o clero e a nobreza¹⁵, uma vez que o poder estava concentrado nas mãos dessas classes, havendo muitas desigualdades.

Guerra leciona¹⁶:

Esse processo revolucionário ocorrido na França decorreu do conflito entre o Terceiro Estado, o clero e a nobreza. O modelo de Estado em comento, que ofereceu o padrão para o Estado do século XIX, ramificou-se no domínio econômico por uma atitude que impôs o afastamento do Estado desse setor. O Estado passou a ser regido pelo que se denominou de ‘mão invisível’.

Contudo, o Estado Liberal acabou por privilegiar apenas os interesses das classes dominantes, deixando de lado uma parcela da população. Assim, apenas parte da burguesia estava participando ativamente das funções do Estado, ou seja, a que possuía capital para realizar investimentos e aumentar o patrimônio do Estado.

Os trabalhadores que participavam ativamente das manifestações em busca de um Estado menos interventor acabaram por receber baixos salários. As empresas de pequeno e médio porte vieram à falência, devido aos grandes monopólios¹⁷.

O Estado Liberal buscava, em seus objetivos, a defesa dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, uma vez que no absolutismo a sociedade ficava submissa às vontades do soberano. Apesar disso, o mesmo acabou por não alcançá-los de forma adequada, tendo em vista que trouxe benefícios apenas a uma parcela da sociedade, ressurgindo assim novamente movimentos a favor da volta Estado Intervencionista.

Guerra destaca:

Ao final da primeira metade do século XIX as conseqüências (sic) desastrosas desse modelo de Estado começaram a provocar fortes reações, pois grandes monopólios

¹⁵ MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. **As agências reguladoras no Direito Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2002, p. 47.

¹⁶ GUERRA, **Introdução ao direito das agências reguladoras**, p. 4.

¹⁷ GUERRA, **Introdução ao direito das agências reguladoras**, p. 5.

começaram a destruir as empresas de pequeno e médio porte, fazendo surgir o proletariado.

Após a constatação de que o Estado Liberal não atendia aos interesses dos menos favorecidos, despontou em algumas economias o Estado Intervencionista. Nesse sistema, e em face dos baixíssimos salários recebidos pelos trabalhadores e das altas jornadas laborais, houve um grande conflito advindo dos movimentos proletários.

O Estado Liberal, assim, acabou por entrar em decadência no início do século XIX, já que apenas proporcionou a proteção dos interesses da classe burguesa, e que era preciso a intervenção do Estado para o atendimento de objetivos sociais¹⁸, ou seja, que olhasse para a sociedade como um todo.

A não intervenção do Estado proporcionou a ideia de que quanto maior o individualismo maiores seriam as liberdades dos indivíduos e que isso poderia vir a ser mais satisfatório, tendo em vista que eram os integrantes da sociedade que iriam ditar as normas nas relações privadas. Porém, não foi isso que ocorreu.

Nesse sentido descreve Silva¹⁹:

Com o passar dos anos, o individualismo exacerbado e as condições em que a classe dominante burguesa exercia seu domínio sobre a classe trabalhadora levaram à crise do sistema político-econômico liberal, com a consequente necessidade da intervenção do Estado no âmbito das relações de Direito Privado.

Devido à crise do Estado Liberal, tornou-se necessária a intervenção do Estado nas relações privadas, surgindo o Estado do Bem-Estar Social Liberal²⁰. O Estado do Bem-Estar Social colocou o Estado com uma espécie de defensor social e organizador da economia. Trouxe para o Estado inúmeras atividades, dentre as quais é possível destacar as relacionadas à saúde, à educação e à assistência.

É o que aponta Pereira²¹:

No século XIX, tivemos o Estado Liberal, o Estado mínimo, praticamente ausente da área social, cuja função era garantir a propriedade os contratos, e deixar todo o mais para o mercado. Neste século, entre o final da Primeira Guerra Mundial e a queda do muro de Berlin, tivemos o Estado Social ou Social-Burocrático, que incluiu entre suas funções a infraestrutura e a área social e as passou a executar diretamente, na área social por meio de funcionários-professores, funcionários-

¹⁸ Ibidem, p. 4.

¹⁹ SILVA, A **legitimidade das agências reguladoras**, p. 300.

²⁰ Ibidem, p. 300.

²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. Tradução: Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 13.

médicos, funcionários assistentes sociais. Com a crise desse tipo de Estado, a partir dos anos 70 e principalmente nos anos 80, um novo Estado começa a emergir: o Estado Social-Liberal, que é social porque mantém suas responsabilidades pela área social, mas é liberal porque acredita no mercado e contrata a realização dos serviços sociais de educação, saúde, cultura e pesquisa científica de organizações públicas não-estatais que financia a fundo perdido com orçamento público.

Porém, apesar dos benefícios trazidos pelo Estado do Bem-Social e da reforma do capitalismo²² que esse propiciou, essa forma de organização acabou por sobrecarregar a Administração Pública. A ocorrência desse fato acarretou um aumento da dependência dos indivíduos para com o poder público, pois a sociedade não se encontrava mais organizada como nos primórdios, uma vez que o fenômeno da industrialização, devido ao progresso, acabou por se alastrar por todo o mundo, causando uma grande crise fiscal.

Nessa linha ressalta Silva²³:

No curso da segunda metade do século XX, o Estado de Bem-Estar Social entrou em crise. O assistencialismo social e a ineficiência desse modelo foram indicados como responsáveis pelo crescimento da dívida pública e o déficit orçamentário, dando início à sua contestação é a pregação pelo retorno de um Estado Liberal não-intervencionista.

Perez²⁴ ainda informa que o Estado de Bem Estar

[...] era bem mais atuante que, ao menos em tese não se limitava a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo e realiza ampla intervenção no domínio econômico, condicionando, estimulando e fiscalizando as atividades privadas, ou ainda, exercendo diretamente atividades econômicas.

Em meio às crises do Estado Liberal e o Estado do Bem-Estar Social, surge o Estado Regulador, o qual está diretamente ligado ao Estado Democrático de Direito. O Estado Regulador tem como objetivo a maior intervenção do Estado na economia. Todavia, esse poder a ele atribuído não pode vir a diminuir a participação da sociedade nas decisões.

Pereira argumenta²⁵:

²² PEREZ, A **administração pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública, p. 40.

²³ SILVA, A **legitimidade das agências reguladoras**, p. 300.

²⁴ PEREZ, A **administração pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública, p.39-40.

²⁵ PEREIRA, **Estado e subdesenvolvimento industrializado**, p. 55.

O Estado Regulador mantém e desenvolve as instituições democráticas do Estado Liberal. A maior intervenção do Estado na economia não implica em menor participação da sociedade civil nas decisões, nem em menos redução das liberdades individuais. Pelo contrário, o que temos visto nos países centrais, depois da aventura fascista, é um contínuo aperfeiçoamento do sistema democrático parlamentar burguês.

Com o surgimento do Estado Regulador, juntamente com o Estado Democrático de Direito, foi possível a organização de uma forma de Estado no qual possa ser possível proporcionar a tão almejada igualdade. O desejo de progresso da humanidade, em conjunto com os ideais de justiça, de liberdade e de igualdade foram os pilares para o surgimento do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito e o Estado Regulador emergiram com a Constituição Federal de 1988, a qual rompeu os paradigmas impostos pelas constituições anteriores, pois essas tinham influências autoritárias e conservadoras, já que se preocupavam mais em estabelecer garantias para os governantes do que aos cidadãos²⁶.

A Constituição Federal de 1988 foi a que trouxe à sociedade brasileira ares de liberdade e igualdade, já que todos os atos realizados pela administração pública devem estar de acordo com o princípio da legalidade, ou seja, nada mais escapa aos olhos da lei, sob pena de o ato tornar-se inválido ou nulo.

A legalidade é a essência do Estado Democrático de Direito e do Estado Regulador, pois todos os atos praticados pelo Estado, que não estava mais focado na vontade de apenas em uma pessoa, deveriam estar de acordo com lei, pois poderiam vir a ser considerados ilegais e contrários ao ordenamento jurídico então estabelecido.

O Estado Liberal e o do Bem-Estar Social trouxeram grandes contribuições para o Estado Democrático de Direito, já que aquele se preocupou com a efetivação de direitos fundamentais. Porém, não sobreviveram, uma vez que o Estado não pode ficar totalmente afastado da economia e houve um aumento da dependência dos cidadãos com o Estado, acabando, assim, por aumentar as funções do poder público.

Outrossim, apesar das grandes contribuições, foi somente o Estado Democrático de Direito que conseguiu melhor atender às reivindicações sociais, já que possibilitou a participação popular no processo de reconstrução social, bem como afastou a insegurança e insatisfação, uma vez que, nele, o poder político deve ser legitimado pelo povo.

²⁶ GUERRA, *Introdução ao direito das agências reguladoras*, p. 5.

Por estar em consonância direta com a legalidade, o Estado Democrático de Direito, possibilitou que os atos legislativos viessem a estar diretamente ligados à efetivação de direitos fundamentais, à desvinculação das decisões dos julgadores com a vontade do soberano e ao acesso a justiça²⁷. Portanto, haviam normas estabelecidas as quais não permitiam decisões de cunho arbitrário e não possibilitavam o retrocesso legislativo, as quais viessem a ferir os direitos até então garantidos e conquistados.

Nesse sentido, destaca Cuéllar²⁸:

As idéias (sic) subjacentes à noção de Estado de Direito relacionam-se com a limitação e controle do poder estatal e a proteção dos direitos individuais. Assim, e na medida em que recebeu poderes do povo para esse fim, o Estado cria o Direito e submete-se a ele (à lei), em prol da garantia dos direitos individuais. A finalidade da instituição do Estado de Direito, portanto, consiste na subordinação de toda atividade estatal às normas jurídicas e à idéia (sic) de justiça.

Assim, é possível concluir após esse pequeno histórico sobre a evolução do estado, que, devido às revoltas populares motivadas pelo desejo de mudança na forma de governar, surgiu o Estado Democrático de Direito e o Estado Regulador. Esses têm em seus cernes a participação mais ativa da sociedade e se consubstanciam em estados que regulam as relações econômicas, todavia estando diretamente vinculados à lei.

1.2 A evolução do Estado, o surgimento do Estado Regulador e a intervenção no domínio econômico no Brasil

O descobrimento do Brasil deu-se no período das grandes navegações, especificamente em 1500. Contudo, foi apenas com a vinda da família real²⁹ para o Brasil, em 1808, que houve um grande progresso para o país. Isso porque, até então, não havia transações comerciais, a fabricação de produtos e a abertura de estradas era proibida, o que dificultava o desenvolvimento do país. Nesse sentido descreve Barroso³⁰:

²⁷ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 20.

²⁸ *Ibidem*, p. 19.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos**. Revista de Direito do Estado. Ano 3. n. 10. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho de 2008, p. 25.

³⁰ *Ibidem*, p. 25.

[...] Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia pertenceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um império conservador e autoritário [...].

O Brasil teve que percorrer um longo caminho até chegar aos moldes em que hoje se encontra. Devido à falta de interesse dos portugueses no progresso do Brasil, eles o exploram o máximo que puderam e governaram-no pela forma absolutista por muitos anos.

Os portugueses, ao chegarem às terras brasileiras, deparam-se com os índios, e os convenceram a trabalhar para eles na exploração das riquezas naturais, que custavam fortunas na Europa, em troca de coisas sem valor. Isso ocorreu porque os índios não possuíam capacidade para mensurar o valor dos bens que o Brasil possuía e muito menos instrução.

Por muito tempo, o Brasil foi apenas explorado, e só veio a ser povoado pelos portugueses muitos anos depois, e, ainda, tão somente devido ao temor que eles tinham de que o território brasileiro fosse invadido por outros navegantes. Entretanto, apesar das grandes dificuldades, o Brasil se transformou.

Barroso observa³¹:

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célere ‘Fala’ de 3 de maio de 1823. Nela manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação.

Além de começar tarde, trezentos anos após o descobrimento do Brasil a constituinte foi dissolvida, já que não era merecedora da aprovação imperial, pois limitava os poderes do Imperador e, ainda, restringia o seu direito de veto³². Isso ocasionou certo desconforto tendo

³¹ BARROSO, **Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988**: o estado a que chegamos, p. 26.

³² *Ibidem*, p. 26.

em vista os poderes que até então possuía, já que a sua vontade não seria mais tida como a principal.

Barroso ressalta³³:

A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. [...] A primeira Constituição Brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de estado, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824.

A forma de Estado que reinou no Brasil na época da colonização foi o Absolutismo, em que tudo só seria realizado se estivesse de acordo com os interesses do rei. As normas eram por ele estabelecidas e cabia ao povo apenas obedecê-las.

Nesse contexto descreve Fausto³⁴:

[...] todos os poderes se concentravam por direito divino na pessoa do rei. O reino – ou seja, o território, os súditos e seus bens – pertencem ao rei, constitui seu patrimônio. Daí o uso da expressão ‘Estado patrimonialista’ para definir o Estado absolutista, utilizada por muitos autores, a partir da conceituação do sociólogo alemão Max Weber.

O Estado brasileiro, até o início do século XX, mantinha características patrimonialistas e a atividade econômica principal ainda era a agricultura. Entretanto, o Brasil estava saindo do regime de escravidão, o que já era um enorme avanço, pois o Brasil já não era mais um país de senhores e escravos³⁵.

O Estado oligárquico e patrimonial, aquele também chamado de Império e Primeira República, possuíam características diferentes. O Estado oligárquico ficou conhecido como período em que apenas os senhores que possuíam terras e políticos tinham amplo domínio sobre o país³⁶.

Já a Primeira República foi um período transformador, pois durante ela ocorreu o primeiro golpe militar no Brasil. Dessa forma, o país passou a ser caracterizado como um Estado autoritário e burocrático, pois, o que se pensou tratar-se apenas mais uma revolução da

³³ Ibidem, p. 26.

³⁴ FAUSTO, **História do Brasil**, p. 62.

³⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. In: SACHS, WILHEIM E PINHEIRO, (Org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 224.

³⁶ Ibidem, p. 227.

classe média, transformara-se agora, já que os militares estabeleceram uma aliança com o poder.

Pereira observa³⁷:

A Primeira República seria um período de transição. Ela começou com proclamação da República, o primeiro golpe militar da história brasileira. Pretendia ser uma revolução de classe média, como seriam depois as outras três revoluções militares no Brasil – 1930, 1945 e 1964 -, mas o regime militar breve durante os Governos de Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto. Com a eleição, em novembro de 1894, de Prudente de Moraes, a oligarquia cafeeira volta ao poder, estabelecendo-se a aliança, dos tempos de Segundo Império, do estamento burocrático-aristocrático com a oligarquia, principalmente cafeeira. A transição porém, estava em marcha e implicou uma mudança substantiva: a presença, agora efetiva, dos militares do Exército na aliança do poder.

Nesse período, as ideias liberais já haviam chegado ao Brasil, mas ainda vigia um regime autoritário e burocrático, não tendo havido ascensão do Estado Liberal no Brasil. No Governo de Getúlio Vargas, que perdurou por quinze anos, foi quando o regime autoritário e burocrático ficou ainda mais visível.

Contudo, apesar de o Governo Vargas ser considerado autoritário e burocrático foi um período em que ocorrem muitas mutações no Estado brasileiro, já que Getúlio Vargas, apesar do seu regime ditador, tinha como objetivo mudar o rumo do país. Assim, a partir dos seus ideais foi iniciado o processo de industrialização no Brasil, ocorrendo uma reforma administrativa³⁸.

Em consequência das reformas administrativas ocorridas no país, emergiu a administração pública gerencial. O Brasil teve sua primeira tentativa de implantar uma administração pública gerencial em 1938, que, entretanto, fracassou. Isso porque os objetivos dos governantes burocráticos e autoritários ficavam altamente prejudicados e com risco de extinção. A insatisfação dos governantes com a administração pública gerencial deu-se porque ela é mais voltada para o cidadão, e, assim, a mesma não se desenvolveu³⁹.

Foi somente em 1967 que a administração pública gerencial foi restabelecida, uma vez que a crise fiscal alastrava-se pelo mundo, ficando evidente que a reforma do Estado era

³⁷ Ibidem, p. 232.

³⁸ PEREIRA, *Do Estado Patrimonial ao Gerencial*, p. 233.

³⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: PEREIRA E SPINK (Org.). Tradução: Carolina Andrade. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 29.

mais que necessária, sendo a única solução para os problemas do país.

Pereira afirma⁴⁰:

A reforma foi lançada durante a administração Castelo Branco, pelo Decreto-lei nº 200, que promovia uma radical descentralização da administração pública brasileira, incluindo as empresas de propriedade do Estado [...]. Hélio Beltrão trabalhou pela reforma em 1967 e, mais tarde, em 1988, quando foi nomeado ministro da Administração Federal, lançou um programa de desburocratização. Depois da transição para a democracia, porém, em 1985, a reforma foi abandonada. O novo governo democrático tentou, sem sucesso, restaurar o pleno sistema burocrático.

Isso se deu porque o modelo burocrático, além de não atender aos interesses da sociedade, em sua volta não iria resolver a crise fiscal instaurada, mas até mesmo iria representar um retrocesso. Salienta-se ainda, que a própria sociedade e o Estado vinham perdendo o interesse pelo desenvolvimento, ficando o Estado estagnado.

Pereira ressalta que ⁴¹:

[...] Surgia então a idéia de que os serviços públicos na ‘administração indireta’ deveriam ser descentralizados e não obedecer a todos os requisitos burocráticos da ‘administração direta’ ou central. Entretanto, a tentativa da reforma do seu agente, o DASP, continuava a ser a implantação de uma burocracia clássica no país, tendo como modelo a reforma francesa e a norte-americana.

Em nível mundial, foi na Grã-Bretanha e nos EUA que a administração pública gerencial se desenvolveu. Contudo, foi na Grã-Bretanha que ela foi aplicada ao serviço público e trouxe resultados satisfatórios, pois ocorreu uma reforma administrativa capaz de solucionar os grandes problemas que o acúmulo de função e os grandes gastos vieram causar ao Estado.

Neste sentido leciona Pereira⁴²:

Na verdade só na Grã-Bretanha o gerencialismo foi aplicado ao serviço público imediatamente após a posse do novo governo, e levou a uma reforma administrativa profunda e bem-sucedida. Uma série de programas – o das Unidades de Eficiência, com relatórios de pesquisa e avaliação; o Próximo Passo, com as agências autônomas; e o Direito do Cidadão – contribuiu para tornar o serviço público na Grã-Bretanha mais flexível, descentralizado, eficiente e orientado para o cidadão. O serviço público britânico tradicional passou por profunda transformação, perdeu os traços burocráticos e adquiriu características gerenciais.

⁴⁰ Ibidem, p. 31.

⁴¹ PEREIRA, **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**, p. 236.

⁴² PEREIRA, **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado**, p. 30.

É possível, assim, assegurar que a administração pública gerencial surgiu no mundo na segunda metade do século XX para enfrentar a crise fiscal. Teve que ser criada, uma vez que havia uma insatisfação generalizada com a administração pública burocrática, que acabou por imobilizar o desenvolvimento estatal.

Conforme Pereira⁴³,

A administração pública gerencial emergiu na segunda metade deste século como resposta à crise do Estado, como modo de enfrentar a crise fiscal, como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a administração dos imensos serviços que cabiam ao Estado e como um instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do *rente-seeking* ou da corrupção aberta. Mais especificamente, desde a década de 60, ou pelo menos desde o início dos anos 70, cresceu a insatisfação, amplamente disseminada, com relação à administração pública burocrática.

A administração pública gerencial teve seus primeiros traços na administração pública brasileira em 1938 e uma nova tentativa em 1967, como acima já exposto. Entretanto, foi na segunda metade do século passado que ela realmente deslanchou com o propósito de combater a crise fiscal do Estado nos anos 80. As privatizações e as desestatizações também influenciaram na fase da implantação da administração pública gerencial, pois afastaram do poder público a atuação direta no processo econômico, delegando aos particulares a execução de serviços, ajudando, assim, a amenizar a sobrecarga anteriormente estabelecida.

Conforme Pereira⁴⁴,

[...] A grande crise que o país enfrentava desde 1980 era uma crise do Estado, mas uma crise cíclica, que decorria das distorções que o Estado sofrera nos cinquenta anos anteriores. A solução, portanto, não era substituir o Estado pelo mercado, mas reformar e reconstruí-lo para que pudesse ser um agente efetivo e eficiente de regulação do mercado e de capacitação das empresas no processo competitivo internacional.

A administração pública gerencial teve com objetivos primordiais combater a administração pública burocrática por meio da diminuição de custos e aumentar a eficiência

⁴³ Ibidem, p. 28.

⁴⁴ PEREIRA, **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**, p. 236.

da administração dos serviços públicos e a proteção do patrimônio público frente à corrupção⁴⁵.

A administração pública gerencial surgiu num contexto histórico no qual o mundo vinha atravessando uma grande crise fiscal, devido às formas de governo anteriormente adotadas. Apesar de muitos países terem sofrido transformações, nem mesmo eles ficaram imunes às marcas da crise fiscal.

Pereira descreve que algumas características básicas podem definir a administração pública gerencial, quais sejam⁴⁶:

[...] É orientada para os cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.

Não se podia mais aceitar o modelo de Estado existente; era necessária a ocorrência de uma reforma, pois a crise fiscal tornou-se desesperadora e ameaçadora à economia. As características da administração pública gerencial eram muito satisfatórias, e, se esta fosse aplicada de forma correta, iria resolver o problema instaurado.

A administração pública gerencial difere da administração pública burocrática, pois aquela quer resultados e essa é preocupada com o processo, em contratação de pessoas e compra de bens e serviços. Isso veio causando insatisfação haja vista que os gastos que a administração tinha eram exorbitantes e os resultados eram ineficientes, quase inexistentes⁴⁷.

Assim, a administração pública gerencial trouxe progresso para o mundo todo, pois a administração pública burocrática causou uma grande crise fiscal que também abalou o mundo todo. Isso se deu porque ela produzia muitos gastos, além de contratar muitas pessoas inertes, que não traziam bons resultados.

Em 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, ocorreu uma reforma da administração pública gerencial anteriormente implantada no Brasil, de acordo com Pereira⁴⁸:

[...] A crise do Estado burocrático-industrial ou burocrático-desenvolvimentista era fato, mas não havia proposta para substituir esse modelo, a não ser as ideias

⁴⁵ PEREIRA, **Gestão do setor público**: estratégia e estrutura para um novo Estado, p. 28.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁸ PEREIRA, **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**, p. 247.

globalistas, segundo as quais a globalização importava a perda de relevância do Estado nacionais e seu papel, não havendo outra alternativa para as nações senão submeter-se às regras do mercado globalizado.

Assim, devido à necessidade de se submeter às regras do mercado globalizado, foi criado, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que teve como objetivo principal criar instituições e definir quais patamares seriam adotados para a nova administração pública gerencial⁴⁹.

Nesse sentido, foi necessário definir quais são as principais atividades do Estado, já que os Estados modernos que conseguiram superar a crise assim dividiram suas atividades: atividades exclusivas, de serviços sociais e científicos e do setor de produção de bens e serviços. Conforme o exposto, Pereira observa⁵⁰:

[...] Os Estados modernos contam com três setores: o setor das atividades exclusivas de Estado, dentro do qual estão o núcleo estratégico e as agências executivas ou reguladoras; os serviços sociais e científicos, que não são exclusivos, mas que, dadas as externalidades e os direitos humanos envolvidos, mais do que justificam, exigem forte financiamento do Estado; e, finalmente, o setor de produção de bens e serviços para o mercado.

A instituição desses setores no Brasil se deu por meio da reforma, que acabou por criar novas instituições. Dentre estas instituições é possível citar as agências reguladoras, que estão inseridas dentro das atividades exclusivas do Estado, e são entidades que possuem autonomia para regularem setores da economia brasileira⁵¹.

Portanto, é possível concluir que as agências reguladoras são fruto da evolução do Estado e que emergiram no Brasil a partir da década de noventa, em decorrência da necessidade de uma reforma na administração pública gerencial. As agências reguladoras são originárias do Direito Norte Americano, e tem por função essencial a regulação dos setores empresariais⁵².

2 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O novo modelo de regulação estatal, o qual é oriundo do Estado Regulador, trouxe

⁴⁹ Ibidem, p. 249.

⁵⁰ Ibidem, p. 250.

⁵¹ Ibidem, p. 251.

⁵² MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão.** In: Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 190.

para o Estado Nacional as denominadas agências reguladoras. Essas entidades, consideradas mecanismos de controle dos setores da economia, não podem ser designadas como mecanismos de não-intervenção estatal ou diminuição dos poderes do Estado, mais, sim, como uma diminuição da intervenção direta na economia⁵³.

A partir dessas considerações, é de suma importância expor o surgimento das agências reguladoras no Brasil, suas características, bem como destacar as principais agências existentes no âmbito federal, estadual e municipal, características comuns e peculiaridades das agências reguladoras apresentadas no presente capítulo.

2.1 Surgimento e características das agências reguladoras

Como a ampliação das funções do Estado, instaurou-se uma crise gerencial e, dessa forma, foi necessária uma reformulação de sua atuação, já que o modelo até então adotado não funcionava de forma eficaz. A diminuição do intervencionismo direto do Estado na economia seria uma das soluções que auxiliaria na resolução de problemas, já que era preciso a mudança de alguns paradigmas até então existentes⁵⁴.

Nesse sentido destaca Cuéllar⁵⁵:

O crescimento desmesurado do Estado Social, determinado pela ampliação de suas atribuições (passou o Estado a assumir a responsabilidade por inúmeras atividades e serviços, como as grandes infraestrutura de transporte e comunicação, por exemplo) e de sua atividade interventiva, a forma burocrática de organização, os níveis elevados de gastos públicos, a crise financeira, dentre outros fatores, acarretaram a ineficiência do Estado no desempenho de muitas de suas atividades. Este quadro traduz-se na crise de um modelo de Estado, apontando a necessidade de sua revisão.

A Administração Pública Brasileira encontrava-se sobrecarregada, isso porque, além do aumento da população e do desenvolvimento econômico e social, acabou por desempenhar inúmeras atividades, não tendo mais condições de patrociná-las de forma adequada.

⁵³ MARQUES, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 12.

⁵⁴ KRAUSE, Eduardo Battaglia. **Agências Reguladoras no cenário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

⁵⁵ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 55.

Dessa forma, foi necessária a ocorrência de uma *Reforma de Estado*, a qual teve como marco legal a criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no ano de 1995. Esse Plano tinha como objetivos primordiais transferir à iniciativa privada as atividades exploradas pelo setor público e diminuir a dívida pública⁵⁶.

Observa Almeida⁵⁷:

[...] A forte presença do Estado brasileiro na economia, que se espraiava pela execução direta de serviços públicos, bem assim pelo desempenho de um sem-número de atividades econômicas ordinariamente relegadas à iniciativa privada, conduziria, inevitavelmente, a uma crise econômico gerencial. O Estado não tinha mais condições de custear o funcionamento de tantas estruturas administrativas que se criavam para o atendimento dos interesses coletivos relevante. Em poucas palavras, o Estado estava falido. Era preciso mudar.

Menezes ainda observa⁵⁸:

A adoção do ‘Welfare States’ no Brasil, ou o Estado do Bem Estar Social, acresceu-lhe deveres, como a promoção da saúde, educação, da previdência, a geração de empregos, além da criação de empresas estatais para a promoção das políticas públicas.

A crise que ocorreu no Brasil na década de 1990 foi uma crise fiscal e burocrática. Por assim ser, clamava-se por uma mudança no modo de intervenção do Estado na economia, isso porque o Estado Social assumiu um número imenso de atividades, algumas delas de intervenção direta na economia, perdendo, de certo modo, sua credibilidade, já que não estava sendo eficiente. Reestruturar a forma de administrar era essencial⁵⁹.

Cuéllar descreve⁶⁰:

⁵⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 7.

⁵⁷ ALMEIDA, Bruno Costa. **Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 36, jan./mar., 2012, p. 48.

⁵⁸ MENEZES, **As agências reguladoras no direito brasileiro**, p. 50.

⁵⁹ PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 31.

⁶⁰ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 56.

[...] redimensionar o Estado, sua participação no capital e na gestão de empresas públicas, revisar as estruturas administrativas e a subsistência das diferentes regulações e monopólios que impediam a livre iniciativa e a livre concorrência dos particulares no mercado.

Barroso ainda salienta⁶¹:

A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado de execução de ampla gama de serviços públicos.

Nesse contexto, surge o Estado Regulador, oriundo da Reforma de Estado ocorrida em 1990, o qual tinha como objetivo a participação direta nas atividades essenciais e a intervenção de forma indireta na ordem econômica. Tal modo de organização era possível tendo em vista que era viável a delegação à esfera privada, da execução dos serviços, mantendo o Estado as incumbências de regulação e de fiscalização de setores da economia, para atender aos interesses públicos, já que isso acarretaria, de certa forma, a diminuição dos poderes do Estado⁶².

As privatizações já foram uma das inovações trazidas pelo Estado Regulador, e já tinham, em seu bojo, a diminuição do intervencionismo direto do Estado na economia. Em decorrência disso, os particulares passariam a serem os executores diretos dos serviços, cabendo ao Estado o controle e o planejamento, já que foram delegados à esfera privada.

Nesse sentido ressalta Cuéllar⁶³:

[...] dentre as medidas empreendidas com a Reforma do Estado no Brasil, insere-se a *privatização*, entendida, de forma ampla, para abranger os procedimentos de redução e atuação estatal no domínio econômico, seja através da transferência de titularidade de prestação de serviços do ente público para os particulares, seja por meio de outras medidas liberalizadoras, como a desmonopolização e a desregulação, por exemplo.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição. Transformação do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Org). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

⁶² CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 57.

⁶³ *Ibidem*, p. 58.

O Estado, diante desse novo modelo regulador adotado, se fortaleceu como ente regulador, ou seja, passou a normatizar e a fiscalizar as atividades dos particulares antes executadas por ele. Em meio às essas transformações surge a necessidade da criação de entes independentes de interesses políticos e econômicos⁶⁴.

Sendo assim, surgem no Brasil, na segunda metade da década de 90, as agências reguladoras inspiradas no modelo norte-americano. Com essa adoção, houve ampla transferência de serviços públicos para o setor privado, e, assim, o Estado passa de executor direto dos serviços à função de fiscalizador, regulador e responsável pelo planejamento das atividades então delegadas⁶⁵.

As agências reguladoras foram criadas primeiramente na esfera federal. Tratam-se de entes da administração pública indireta, sendo consideradas autarquias em regime especial, uma vez que possuem independência frente ao poder público.

Cuéllar observa⁶⁶:

As agências reguladoras foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da instituição de um novo modelo organizacional do Estado. Nasceram associadas ao que se denomina ‘processo de reforma de Estado’, medida que teve início no Brasil nos últimos anos, a partir da década de 90, no intuito de superar a crise em que o Estado se encontra, reconstruí-lo e fortalecê-lo.

Ainda para Cuéllar,⁶⁷ “a agência é um organismo técnico, não público, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia. Dai sua especialidade (e sua novidade) no direito brasileiro”. Toda autarquia possui personalidade jurídica pública, capacidade de auto-administração, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas⁶⁸, sendo a autonomia de execução e fiscalização dos serviços a elas delegados a grande inovação.

Motta leciona⁶⁹:

⁶⁴ Ibidem, p. 55.

⁶⁵ BARROSO, Agências Reguladoras. Constituição. Transformação do Estado e Legitimidade Democrática, p. 67.

⁶⁶ CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 64.

⁶⁷ Ibidem, p. 65.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 346-347.

⁶⁹ MOTTA, *Agências Reguladoras*, p. XXI (faz parte da introdução)

Agências reguladoras são entes administrativos autárquicos, integrantes da Administração Pública indireta, dotados de ampla autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador dessas.

As agências reguladoras são oriundas do Direito Norte-Americano. Contudo, foram incorporadas não só no Brasil, mais em muitos países da Europa. São consideradas autarquias especiais, devido aos poderes de execução e de fiscalização dos serviços públicos a elas concedidos.

Nesse sentido relata Ferraz:⁷⁰ “O Direito Administrativo brasileiro incorporou um instrumento do direito norte-americano: as agências reguladoras. A nova entidade é considerada “autarquia especial”, em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia”.

Cuéllar argumenta⁷¹:

A denominação ‘agência reguladora’, empregada pela legislação federal e estadual para aludir aos entes regulares que têm sido instituídos no Brasil, foi nitidamente inspirada no direito alienígena, precipuamente no direito norte-americano, onde organismos semelhantes são chamados de ‘independent administrative agencies’ ou ‘regulatory agencies’.

Contudo, é preciso salientar que as agências reguladoras não foram adotadas tais quais como o modelo norte-americano, uma vez que o sistema jurídico brasileiro possui as suas peculiaridades e os seus princípios diferenciados frente ao sistema jurídico norte-americano, os quais devem ser seguidos, sob pena de ferir-se a ordem pública.

As agências norte-americanas possuem mais liberdade do que as brasileiras, devido à forma de organização de Estado por lá adotada. No Brasil, elas foram criadas como entes independentes do poder público, contudo não deixam de obedecer às regras por ele estabelecidas, haja vista que é feita uma delegação da responsabilidade pela prestação de serviços com a finalidade de assegurar uma prestação adequada. Além disso, o Estado tem a intervenção de indireta nos setores econômicos.

⁷⁰ FERRAZ, Tercio Sampaio. **Como regular agências reguladoras**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte: Fórum, n. 22, jul./set. 2008. p. 7.

⁷¹ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 65.

Di Pietro bem adverte⁷²:

O vocábulo **agências** é um dos modismos introduzido no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*). Por outras palavras, excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências. Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluídas do conceito a própria Presidência da República, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que o Chefe do Executivo integra a Administração Pública, estando colocado no seu ápice, orientando e dirigindo o seu funcionamento. Nos termos do artigo 84, II, da Constituição Federal, é da competência privativa do Presidente da República ‘exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal’. Não há qualquer possibilidade de serem criadas agências que escapem a essa direção superior do Presidente da República.

Os Estados Unidos não têm uma Administração Pública complexa, isto é, não possuem órgãos que compõem a Administração Pública Direita e as entidades que compõem a Indireta, uma vez que toda sua organização administrativa se resume às agências reguladoras. Logo, possuem poderes quase-legislativos e quase-judiciais, apesar de o primeiro ser muito contestado tendo em vista o princípio da separação dos poderes, o qual é bastante respeitado no direito norte-americano⁷³.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer as normas sobre a Ordem Econômica Financeira, apontou o Estado como ente executor indireto das atividades econômicas, bem como agente regulador e normativo. E, dessa forma, possibilitou a transferência de alguns dos serviços públicos para a iniciativa privada, sendo as agências reguladoras oriundas dessa disposição.

Dessa forma, na esfera federal foram criadas: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997); a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997); a Agência Nacional da Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999); a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000); a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 430.

⁷³ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 430-431.

Agência Nacional de Transportes Aquários – ANTT e ANTAQ (ambas criadas pela Lei n. 10.233, de 05 de maio de 2001); a Agência Nacional de Cinema– ANCINE (Medida Provisória n. 2.228-5 de 6 de setembro de 2001); a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005).⁷⁴ A Comissão de Valores Mobiliários, com a criação da Lei n. 10.411, de 06 de fevereiro de 2002, passou a ser considerada por muitos como uma agência reguladora devido ao grau de autonomia e de estabilidade que recebeu.

Na esfera Estadual foram criadas: a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS – AGERGS (Lei n. 10.931, de 09 de janeiro de 1997); a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ (Lei Estadual n. 2.686, de 13 de dezembro de 1997); Agência Reguladora de Serviços Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei Estadual n. 12.876/97); a Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo – AGES (Lei Estadual n. 5.721, de 19 de agosto de 1998); a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicação da Bahia – AGERBA (Lei Estadual n. 7.314, de 19 de maio de 1998); a Agência Estadual de Regulação de Controle dos Serviços Públicos – ARCON (Lei Estadual n. 6.099/97); a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG (Lei Estadual n. 12.999/98); Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe – ASES (Lei Estadual n. 3.973/98); Agência de Regulamentação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso – AGER/MT (Lei Estadual n. 7.101/99) e a Agência Catarinense de Regulação e Controle – SC/ARCO (Projeto de Lei n. 5/99).⁷⁵

Já na esfera Municipal as que merecem destaque são: a Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA, no Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES; Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Município de Campo Grande – ARCG; Agência Reguladora de Limpeza Urbana – ARLIMP (Fortaleza); Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal – ARSBAN; Agência Municipal de Trânsito e Transportes AMTT de Palmas e Agência Municipal e Transporte de Campo Grande⁷⁶.

Assim, diante dessa exposição das agências reguladoras existentes no ordenamento

⁷⁴ MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

⁷⁵ GUERRA, **Introdução ao direito das agências reguladoras**, p. 37-38.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 38-39.

jurídico brasileiro, é possível concluir que poderá existir agências reguladoras tanto em nível federal, estadual e municipal, dependendo das leis que as criam.

As agências reguladoras criadas no direito brasileiro são classificadas como autarquia de regime especial, uma vez que a lei que a institui confere privilégios específicos e aumenta sua autonomia em relação às autarquias em si. Para Meireles⁷⁷ autarquia em regime especial, “[...] é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública”.

2.2 Características comuns legais de algumas das agências reguladoras federais e estaduais

Com o advento das emendas constitucionais n. 5, 8 e 9 de 1995, houve profunda modificações no ordenamento jurídico brasileiro e assim foram inseridas as agências reguladoras, fruto da reforma de Estado da segunda metade da década de 1990.

Diante do até então exposto se faz necessário salientar algumas características comuns legais de algumas das agências reguladoras federais e estaduais, bem como algumas peculiaridades de algumas agências federais.

Serão apontadas algumas características legais tais como: órgão de criação, forma de nomeação, forma de exoneração e características específicas da ANEEL, ANATEL, ANP, ANVISA, ANT (agências federais) e AGERGS, ARCE, ARCON, ASEP, ARSEMG, AGERBA, ASES, AGER/MT e SC/ARCO (agências estaduais).

A ANEEL tem como órgão de direção um diretor-geral mais quatro diretores, em regime colegiado, que são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. São exonerados de forma imotivada nos quatro meses iniciais do mandato e, findo o prazo, somente por condenação penal transitada em julgado, improbidade administrativa ou descumprimento injustificado do contrato de gestão da agência. É uma autarquia especial com autonomia financeira, funcional e administrativa⁷⁸.

⁷⁷ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 355.

⁷⁸ KRAUSE, **Agências reguladoras no cenário brasileiro**, apêndice.

A ANATEL tem como órgão de direção um conselho diretor, composto por cinco membros que são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. São exonerados por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, inobservância dos deveres e das proibições inerentes ao cargo, inclusive no que se refere ao cumprimento das políticas estabelecidas pelos poderes Executivo e Legislativo⁷⁹.

A ANP possui como órgão de direção um diretor-geral mais quatro diretores, em regime de colegiado, que são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Não há previsão legal da forma de exoneração. É uma autarquia especial com autonomia patrimonial, administrativa e financeira⁸⁰.

A ANVISA tem como órgão de direção uma diretoria colegiada de até cinco membros, que são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal. É uma autarquia especial com independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, vinculada ao Ministério da Saúde⁸¹.

A ANT tem como órgão de direção um conselho diretor composto por cinco membros, que são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. É uma autarquia especial com autonomia financeira, funcional e administrativa⁸².

A AGERGS tem como órgão de direção um conselho superior composto por sete membros, que são nomeados pelo Governador do Estado após a aprovação da Assembleia Legislativa. São exonerados apenas por decisão da Assembleia Legislativa (ato complexo). É uma autarquia especial com autonomia financeira, funcional e administrativa⁸³.

A ARCE tem como órgão de direção um Conselho diretor composto por três membros com mandato de quatro anos, conselho consultivo composto por seis membros com mandatos de três anos sem remuneração, que são nomeados pelo Governador do Estado. São exonerados por improbidade administrativa e quando a permanência no cargo comprometa a integridade e independência (processo administrativo). É uma autarquia especial com autonomia orçamentária, financeira, funcional e administrativa⁸⁴.

A ARCON tem como órgão de direção um fórum de deliberação geral formado por

⁷⁹ Ibidem, apêndice.

⁸⁰ Ibidem, apêndice.

⁸¹ Ibidem, apêndice.

⁸² Ibidem, apêndice.

⁸³ Ibidem, apêndice.

⁸⁴ KRAUSE, **Agências reguladoras no cenário brasileiro**, apêndice.

três conselheiros indicados pelo Governador, pelos usuários e empresas operadoras, um fórum de deliberação setorial, que é o fórum geral, mais três representantes do setor, com mandatos de três anos, sem remuneração que são nomeados pelo Governador do Estado. Não há previsão legal da forma de exoneração. É uma autarquia especial com autonomia financeira e administrativa⁸⁵.

A ASEP tem como órgão de direção um conselho formado por cinco membros com mandatos de quatro anos e são nomeados pelo Governador do Estado após audiência pública e voto da Assembleia Legislativa. São exonerados por decisão judicial irrecorrível, condenação penal por crime doloso com pena igual ou superior a dois anos, decisão da Assembleia Legislativa. É uma autarquia especial com autonomia financeira, técnica e administrativa⁸⁶.

A ARSEMG tem como órgão direção um conselho diretor composto por cinco membros com mandatos de cinco anos, que são nomeados pelo Governador do Estado depois de terem sido aprovados pela Assembleia Legislativa. São exonerados por condenação penal por crime doloso, condenação em processo administrativo disciplinar, inobservância dos impedimentos, desídia. É uma autarquia especial com autonomia financeira e administrativa⁸⁷.

A AGERBA tem como órgão de direção um conselho consultivo formado por sete membros com mandatos de quatro anos, não remunerados, que são nomeados pelo Governador do Estado. Não há previsão legal da forma de exoneração. É uma autarquia especial com autonomia administrativa e financeira⁸⁸.

A ASES tem como órgão de direção um conselho diretor composto por cinco membros com mandados de quatro anos, que são nomeados pelo Governador do Estado. São exonerados por constatação de que a permanência possa comprometer a idoneidade, a independência e a integridade da agência, pela não observância dos impedimentos, em razão de condenação penal, improbidade administrativa, rejeição das contas pelo TCE, desídia (processo administrativo). É uma autarquia especial com autonomia técnica, administrativa e financeira⁸⁹.

A AGER/MT tem como órgão de direção um conselho superior formado por sete membros com mandatos de quatro anos, que são nomeados pelo Governador do Estado após aprovação da Assembleia Legislativa. São exonerados por constatação de que sua

⁸⁵ Ibidem, apêndice.

⁸⁶ Ibidem, apêndice.

⁸⁷ Ibidem, apêndice.

⁸⁸ Ibidem, apêndice.

⁸⁹ KRAUSE, **Agências reguladoras no cenário brasileiro**, apêndice.

permanência possa comprometer a independência e a integridade da agência, em razão de condenação penal e administrativa, rejeição de contas pelo TCE, desídia, manifestação pública de assuntos submetidos à agência, exercício de cargos e recebimento de benefícios de entidade regulada (processo administrativo). É uma autarquia especial com autonomia financeira, administrativa e funcional⁹⁰.

E, por fim, a SC/ARCO tem como órgão de direção o conselho superior formado por sete membros com mandados diferenciados, que são nomeados pelo Governador do Estado após homologação da Assembleia Legislativa. São exonerados por meio de processo administrativo com manifestação da Assembleia Legislativa. É uma autarquia especial com autonomia financeira, orçamentária, técnica, funcional e administrativa⁹¹.

Ainda, é de suma importância destacar algumas peculiaridades referentes às agências reguladoras federais, quais sejam: ANEEL, ANATEL, ANP, ANVISA, ANS, ANA, ANTT E ANTAQ, em especial a sua natureza jurídica, o seu patrimônio, suas rendas e os seus dirigentes.

A ANEEL tem sua natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público interno, faz parte da Administração Pública Indireta, é uma autarquia sob o regime especial. Está diretamente vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como função regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica, de acordo com as normas fixadas pelo governo federal⁹².

A ANATEL é pessoa de direito público autônomo, também faz parte Administração Pública Indireta, é uma autarquia sob o regime especial. Está vinculada diretamente ao Ministério de Comunicações, e tem como função regular, controlar e fiscalizar os serviços de telecomunicação⁹³.

A ANP é pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Pública Indireta, e é uma autarquia sob o regime especial. Está vinculada diretamente ao Ministério de Minas e Energia, e tem como função regular, contratar e fiscalizar as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo⁹⁴.

A ANVISA é diretamente vinculada ao Ministério da Saúde. Tem natureza de autarquia especial, possui independência administrativa, autonomia financeira e estabilidade

⁹⁰ Ibidem, apêndice.

⁹¹ Ibidem, apêndice.

⁹² MOTTA, **Agências Reguladoras**, p. 107.

⁹³ Ibidem, p. 108.

⁹⁴ MOTTA, **Agências Reguladoras**, p. 108.

de seus dirigentes. A natureza jurídica da ANS, da ANA, da ANTT e da ANTAQ é semelhante à da ANVISA⁹⁵.

Sobre o patrimônio das agências reguladoras acima citadas é importante ressaltar que a lei instituidora de cada uma delas transferiu-lhes patrimônio, com a finalidade de viabilizar a sua implantação e o seu funcionamento⁹⁶.

Já as rendas provêm de várias fontes conforme dispõe a lei que as criou. Assim, uma das fontes de renda da ANEEL é a cobrança de taxas de fiscalização sobre os serviços elétricos; da ANATEL vem das dotações orçamentárias e dos créditos adicionais que venham a ser consignados; na ANP uma delas é o crédito especial que gozam; da ANVISA é o saldo resultante da arrecadação da taxa de fiscalização de vigilância sanitária; da ANS é o saldo resultante da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar; da ANA são os recursos oriundos da cobrança pelo uso da água de corpos hídricos de domínio da União e da ANTT e ANTAQ é o saldo da arrecadação de taxas de fiscalização da prestação de serviços e de exploração da infraestrutura atribuídas a cada Agência⁹⁷.

Os dirigentes das agências reguladoras são em número de cinco, sendo que um é o diretor-geral e os outros quatro são diretores, em regime colegiado. São nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes de quatro anos, e necessitam de aprovação do Senado Federal⁹⁸.

Em resumo, Gasparini descreve⁹⁹:

[...] São criadas por lei como autarquias de regime especial. Essa a sua natureza jurídica. Como autarquias de regime especial recebem os privilégios que a lei criadora lhes outorga e os comuns a todas as autarquias, indispensáveis ao atingimento de seus fins. Ainda que não haja uniformidade quanto a privilégios outorgados a essas entidades, pode-se afirmar que em suas leis criadoras são encontráveis: autonomia administrativa em tudo que diga com seus objetivos e atividades, de sorte que suas decisões são definitivas, não cabendo recurso para a Administração Pública direta, sua criadora; autonomia financeira, decorrente de seus próprios recursos e dos advindos de outras fontes; poder de regulamentação; estabilidade de seus dirigentes, garantida por mandato fixo, cujo exercício não é, por certo, absoluto, podem devem observar os princípios que norteiam a Administração Pública, a exemplo dos indicados no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Assim, é possível concluir que há algumas semelhanças entre as agências reguladoras

⁹⁵ Ibidem, p. 108-109.

⁹⁶ Ibidem, p. 110-111.

⁹⁷ Ibidem, p. 114-115.

⁹⁸ Ibidem, p. 117.

⁹⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

federais. Todavia, deve-se se ter um cuidado precioso com o que cada lei criadora descreve sobre as mesmas, pois algumas peculiaridades são específicas de determinada agência reguladora, não podendo, dessa forma, ser conferida a outra.

2.3 O marco regulatório das agências reguladoras

A partir da década de 80, o Brasil implantou em seu Estado Nacional, algumas reformas, tais como o Programa de Nacional de Desburocratização, no ano de 1985. Em 1990, deu início aos processos de alienação da participação acionária do Estado em empresas prestadoras de serviço público, o chamado Programa Nacional de Desestatização e, em 1995, a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, instituído pelo Governo Federal¹⁰⁰.

A reforma do Estado, como já estudado no capítulo anterior, deu-se devido à grande crise fiscal instalada no Brasil, sendo mais que necessária a implantação de mudanças. O Estado estava grande demais além de quase todas as atividades, principalmente as econômicas, estarem sob sua responsabilidade, causando, assim, inúmeros problemas, sendo que o principal eram os gastos públicos, o que ocasionou grande crise fiscal.

Nas palavras de Motta¹⁰¹,

A atual reforma do Estado brasileiro começa, de fato e de direito, durante o governo de Fernando COLLOR DE MELLO, por meio da Medida Provisória n. 155, editada em 15 de março de 1990, rapidamente aprovada e transformada na Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Estava criado o *Programa Nacional de Desestatização*, que pretendia a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades *indevidamente* exploradas pelo setor público; visando reduzir a dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público e a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada, com a modernização do parque industrial do País, ampliando a sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; permitindo que a Administração Pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais, bem como para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que viessem a integrar o Programa.

¹⁰⁰ KRAUSE, *Agências reguladoras no cenário brasileiro*, p. 17.

¹⁰¹ MOTTA, *Agências Reguladoras*, p. 6.

Assim, portanto, o Programa Nacional de Desestatização foi um marco histórico para o Brasil, já que ele foi uma das principais razões para a adoção do modelo regulatório hoje existente. Contudo, o surgimento das Agências Reguladoras no cenário brasileiro deu-se com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Nesse sentido salienta Guerra¹⁰²:

O surgimento das Agências reguladoras começa, basicamente, com o lançamento, pelo Governo Federal, do denominado *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, sob a motivação de reconstruir o Estado de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.

O Plano Diretor trouxe novos rumos à organização da Administração Pública, porque a prática do intervencionismo, nos anos trinta, fez com que ela ficasse sobrecarregada. Isso porque as atividades da Administração Pública consistiam na direta e na indireta execução dos serviços públicos, tais como os de saúde, correios, educação, telecomunicações, estradas de ferro, portos, geração de energia elétrica, previdência social, bem como fomento ao desenvolvimento de atividades econômicas pela iniciativa privada, intervenção direta no domínio econômico, sendo o Estado o empresário, entre outras¹⁰³, ficando as funções da Administração Pública ampliadas e complexas.

Almeida expõe¹⁰⁴:

[...] A forte presença do Estado brasileiro na economia, que se espraiava pela execução direta de serviços públicos, bem assim pelo desempenho de um sem-número de atividades econômicas ordinariamente relegadas à iniciativa privada, conduziria, inevitavelmente, a uma crise econômico-gerencial. O Estado não tinha mais condições de custear o funcionamento de tantas estruturas administrativas que se criavam para o atendimento dos interesses coletivos relevantes. Em poucas palavras, o Estado estava falido. Era preciso mudar.

Contudo, o marco regulatório das agências reguladoras brasileiras é a Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, a qual regulamentou a gestão dos seus recursos humanos e trouxe outras

¹⁰² GUERRA, *Introdução ao direito das agências reguladoras*, p. 11.

¹⁰³ PEREZ, *A administração pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*, p. 56.

¹⁰⁴ ALMEIDA, *Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo*, p. 48.

providências com relação às regras condizentes com o regime jurídico dos dirigentes. Modificou, dessa forma, o ordenamento jurídico da ANEEL, da ANATEL e da ANP, tornando-se, essa lei, a norma geral para as demais agências reguladoras que foram criadas posteriormente¹⁰⁵.

Cabe mencionar que a referida Lei tratou de forma diferenciada a questão dos dirigentes das agências reguladoras, tendo em vista que garantiu estabilidade aos mesmos, pois estabeleceu a necessidade de que a lei instituidora preveja um mandato fixo, ou seja, os seus dirigentes permanecerão no cargo por tempo determinado, não havendo a possibilidade de exoneração a qualquer momento.

Além disso, com relação à escolha de seus dirigentes, a Lei prevê que deverão ser brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do cargo, bem como que deverão ser escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, que dependerá de aprovação pelo Senado Federal.

Motta ainda ressalta que a Lei n. 9.986/2000¹⁰⁶

[...] instituiu ainda a *quarentena*, estabelecendo, no seu artigo 8º que o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela perspectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

Portanto, após essas considerações, é possível afirmar que o Brasil passou por inúmeras modificações para se encontrar da forma na qual se encontra hoje organizado. As agências reguladoras surgiram em decorrência da grande onda de privatizações, que foram necessárias para salvar o país da grande crise que estava enfrentado. Contudo, apesar de o Plano Diretor da Reforma do Estado ser um grande marco para a legislação brasileira, uma vez que quebrou os paradigmas até então existentes, foi a Lei n. 9.986/2000 o grande marco regulatório das agências reguladoras, uma vez que se tornou norma geral para as posteriores agências que foram criadas após a sua edição.

2.4 O poder normativo das agências reguladoras

¹⁰⁵ MOTTA, *Agências Reguladoras*, p. 117.

¹⁰⁶ MOTTA, *Agências Reguladoras*, p. 118.

As agências reguladoras possuem funções executivas, administrativas, decisórias e normativas, essas últimas causando grandes debates, haja vista que envolvem a discussão sobre se é ou não constitucional que elas desempenhem essa função. Isso ocorre uma vez que a delegação do poder normativo conferido às agências, o qual possibilita que as mesmas resolvam suas questões com normas próprias, pode vir a ferir os princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Cuéllar¹⁰⁷ defende que o Estado, ao assumir a papel regulador, conferindo aos agentes reguladores instrumentos capazes de fazer com que eles exerçam sua função interventora na economia, deve fazer com que os dois princípios acima citados andem em sintonia com as transformações que ocorrem.

Já Barroso¹⁰⁸ entende que é necessário limitar a flexibilização desses princípios, principalmente no que se refere ao princípio da legalidade, pois esse deve moldar-se às novas funções do Estado. Deve-se referir, contudo, que só é possível a delegação de poderes desde que a ordem constitucional permita.

Dessa forma, a grande discussão existente referente ao poder normativo das agências reguladoras é bastante presente no ordenamento jurídico brasileiro, e, por esse motivo, merece ser o tema central do presente trabalho.

¹⁰⁷ CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 97.

¹⁰⁸ BARROSO, *Agências Reguladoras. Constituição. Transformação do Estado e Legitimidade Democrática*, p. 75.

3 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras brasileiras são autarquias especiais, com personalidade jurídica de direito público, entes da Administração Pública Indireta que só podem ser criadas ou extintas mediante lei específica. O fato de serem autarquias especiais garante-lhes um grau de autonomia em relação ao Poder Público, não significando, todavia, não-vinculação a ele, uma vez que os atos administrativos publicados pelas agências reguladoras são diretamente vinculados à própria agência reguladora.

Em decorrência dessa autonomia a elas atribuída, a qual confere funções (quase)normativas, executivas e judicantes, questiona-se se o poder normativo a elas conferido pode vir a ferir os princípios da separação dos poderes e da legalidade e quais são os limites do poder normativo para o mesmo ser legítimo e não vir a ferir o ordenamento jurídico pátrio. Sendo esse o tema central do presente trabalho, a ele é dedicado terceiro capítulo.

3.1 O Estado Regulador do século XXI

O Brasil teve três transformações substanciais, fruto da Reforma de Estado. As duas primeiras foram emendas à Constituição e a terceira ocorreu por meio da edição de legislação infraconstitucional e da prática de atos administrativos.

A primeira delas foi a extinção de algumas restrições ao capital estrangeiro; a segunda foi a flexibilização dos monopólios estatais, em que houve a possibilidade do Estado conceder à esfera privada a exploração de serviços públicos; a terceira transformação foi a introdução das privatizações no Estado Nacional, que levou à necessidade da criação de mecanismos para fomentar a produção de serviços públicos, bem como para regular os setores econômicos, levando em consideração que o Estado transferiu seu papel de executor das atividades, para assumir o de zelar pela boa prestação dos serviços¹⁰⁹.

Cuéllar observa¹¹⁰:

A Reforma de Estado efetuada no Brasil nos últimos anos tem como uma de suas finalidades a reestruturação do papel do Estado, com a conseqüente diminuição da atuação direta do Estado na realização de atividade econômica em sentido estrito e o aumento do grau de participação dos particulares na economia, através de mecanismos como a desregulamentação, desestatização ou desmonopolização de atividades e técnicas de delegação, colaboração e gestão privada.

Em decorrência da crise ocorrida nos anos 80 e 90, final do século XX, houve um questionamento referente ao o que outorgar ao Estado, uma vez que houve seu agigantamento e a extrapolação da sua capacidade de controle, sendo, assim, imprescindível a ocorrência de mudanças nos padrões adotados. Assim, em busca de soluções, surge um novo modelo de Estado: o Estado Regulador¹¹¹.

O Estado Regulador do século XXI é caracterizado pela diminuição do intervencionismo direto do Estado na economia e pelo fortalecimento da capacidade de controle, tendo em vista que foram delegadas à esfera privada atividades públicas dos setores econômicos que até então eram apenas prestadas pelo Estado, com responsabilidade e o dever de garantir uma prestação de serviços adequada. Isso porque o Estado deve zelar por uma prestação de serviços eficiente e, assim, adotar mecanismos para que isso possa ser

¹⁰⁹ BARROSO, Agências Reguladoras. Constituição. Transformação do Estado e Legitimidade Democrática, p. 64.

¹¹⁰ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 143.

¹¹¹ STEINMETZ, Wilson. Premissas para uma adequada reforma do Estado. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 3, abr/jun., 2005, p. 143.

concretizado, desde que esses não ultrapassem os limites impostos para a regulação de determinada atividade.

O processo de modernização do Estado, o qual era resultado da ineficiência, morosidade, burocracia e corrupção, clamava por inovações e mudanças substanciais no antigo modelo¹¹². Cuéllar informa que¹¹³ “A função reguladora do Estado, consistente na disciplina e controle de certas atividades, é exercida em relação às atividades econômicas em sentido amplo, isto é, abrange atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos”.

Por assim ser, o Estado Regulador do século XXI difere do Estado Liberal e do Estado do Bem Estar Social. O primeiro é caracterizado pela mínima intervenção estatal na economia, enquanto o segundo possuía sua intervenção de forma excessiva, já que monopolizou as atividades e não conseguia, dessa forma, ser eficiente. Já o Estado Regulador criou mecanismos, as denominadas agências reguladoras, as quais possuem função de intervenção estatal na economia, haja vista que possuem o poder de regular, controlar e fiscalizar os setores econômicos.

3.2 Princípio da separação dos poderes

A função de elaborar leis foi reservada ao Poder Legislativo. Essa função é oriunda do princípio da separação dos poderes, princípio esse muito bem organizado e apresentado no livro *Espirito das Leis*, de Montesquieu, do ano de 1748 e que se encontra positivado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988¹¹⁴.

Cuéllar destaca¹¹⁵:

De acordo com Montesquieu, em todo o Estado existiriam três espécies de poder: *legislativo, executivo e judicial*. O primeiro é responsável pela elaboração, modificação ou revogação das leis. Ao poder executivo ‘das coisas que dependem do direito das gentes’, ou simplesmente poder executivo ‘do Estado’, incube fazer a guerra ou assinar a paz, enviar ou receber embaixadas, manter a segurança, prevenir invasões. O poder executivo ‘das coisas que dependem do direito civil’, ou ‘poder de julgar’, consiste no poder de punir os crimes ou julgar os litígios entre os particulares.

Montesquieu ressaltava que essa separação das funções do Estado tinha como objetivo

¹¹² BARROSO, Agências Reguladoras. Constituição. Transformação do Estado e Legitimidade Democrática, p. 75.

¹¹³ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 143.

¹¹⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. . Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em: 01 out. 2012.

¹¹⁵ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 22.

principal a concessão de liberdade política aos indivíduos, já que o poder não poderia ficar concentrado nas mãos de apenas uma pessoa, pois isso poderia ocasionar insatisfações e abuso por parte daqueles que detinham os poderes¹¹⁶.

Em decorrência disso, era preciso criar poderes harmônicos e independentes entre si, surgindo, então, a clássica divisão da separação das funções do Estado¹¹⁷. Contudo, em decorrência das mudanças políticas, sociais e econômicas, a separação das funções dos poderes deve evoluir e se adaptar, sem perder a sua essência, levando em consideração que, quando da sua criação, as concepções sobre os temas acima referidos eram outras¹¹⁸.

Montesquieu, ao formular a teoria da separação dos poderes, não utilizou a expressão separação como uma forma de expressar uma divisão absoluta. O que ele quis propor foi uma divisão das funções estatais, com a finalidade de manter equilíbrio entre elas, ressaltando que essa forma de organização se coadunava melhor com o Estado Democrático de Direito.

Cuéllar observa¹¹⁹:

É preciso frisar que Montesquieu não utilizou a palavra ‘separação’ e sequer aludiu à divisão absoluta de poderes. O que o autor propunha era uma distribuição das funções estatais e um equilíbrio entre elas, através da colaboração entre os órgãos responsáveis pelo desempenho, no intuito de evitar a concentração do poder, seu abuso e garantir a manutenção da liberdade política.

Obviamente, a concepção clássica de separação de funções do Estado de Montesquieu tinha como cerne encontrar mecanismos capazes de manter o equilíbrio e o recíproco controle do poder executivo, do legislativo e do judiciário.¹²⁰ Dessa forma, a teoria da separação dos poderes, não pode ser interpretada de forma única, tendo em vista que cada país possuiu o seu ordenamento jurídico e, dessa forma, a separação das funções deve-se adaptar às características e à evolução histórica de cada país.

Calil argumenta¹²¹:

Tendo em conta as necessidades atuais, a separação de Poderes não pode ser tida de modo absoluto, criando estruturas estanques, incomunicáveis, mas, ao contrário,

¹¹⁶ Ibidem, p. 22.

¹¹⁷ Ibidem, p. 24.

¹¹⁸ CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

¹¹⁹ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 24.

¹²⁰ Ibidem, p. 24.

¹²¹ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 137.

como *corpos* que interagem e se equilibram. Dai a noção de que não haveria verdadeira separação de poderes, mas colaboração entre poderes estatais. Tal colaboração seria obtida como uma espécie de ‘desmonopolização’ de funções: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não se ocupam somente de suas funções ditas ‘típicas’, mas também de funções dos outros poderes (funções ditas ‘atípicas’) [...].

Contudo, apesar da teoria da separação das funções de Estado determinar funções específicas para cada um dos órgãos (executivo, legislativo e judiciário), não se pode esquecer a existência de exceções¹²². Isso porque a prática de atos administrativos sempre foi necessária a cada um dos órgãos, para uma maior eficiência no desempenho de suas funções.

Sendo assim, essencial fazer a aplicação de tal teoria de forma racional, já que se devem acompanhar as mutações que vêm ocorrendo com as Reformas de Estado e os mecanismos criados para o seu melhor funcionamento.

Meirelles leciona¹²³:

[...] Os *poderes do Estado*, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada no Estado de Direito, são o *Legislativo*, o *Executivo* e o *Judiciário*, *independentes e harmônicos entre si* com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, art. 2º). Esses *Poderes* são imanes e estruturais do Estado (diversamente dos *poderes administrativos*, que são incidentais e instrumentais da Administração, a cada um deles correspondendo uma *função que lhe é atribuída com precipuidade*. Assim, a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato judicial e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei ao litigantes (função judicial).

Entretanto, apesar de o autor assim conceituar a separação de poderes, como uma espécie de funções absolutas, apresenta ressalvas. A ocorrência disso se dá uma vez que todos os órgãos precisam praticar atos administrativos, razão pela qual é possível a realização de funções que dizem respeito aos outros poderes.

Embora, o objetivo da separação dos poderes fosse definir funções específicas para cada um deles, isso nem sempre era possível, uma vez que todos os poderes têm a necessidade de praticar ato administrativo, desempenhando, dessa forma, uma função que não corresponde à atribuída quando da separação dos poderes. Portanto, a divisão de poderes do Estado não é absoluta, mais, sim, uma distribuição de funções¹²⁴, que cooperam para o funcionamento da máquina estatal.

¹²² CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 25.

¹²³ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 61.

¹²⁴ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 62.

Após breves considerações sobre o princípio da separação das funções de poderes do Estado, é também de grande valia fazer algumas considerações sobre o princípio da legalidade.

3.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está descrito no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988¹²⁵, o qual é tido como garantia aos particulares, uma vez que coloca limites à atuação do governo. Preceitua que cabe ao poder legislativo a criação de leis, as quais contenham inovações. Assim, seria possível afirmar que o poder legislativo possui o poder supremo frente à legalidade, no que diz respeito às novidades na ordem jurídica¹²⁶.

Importante frisar que o ordenamento jurídico brasileiro possui atos equiparados à lei, que são as denominadas leis delegadas e as medidas provisórias. Esses atos tem amparo constitucional e cabe ao poder executivo a prerrogativa de editá-los, e isso não pode ser confundido com poder regulamentar.

Calil explicita¹²⁷:

No ordenamento jurídico brasileiro, há atos equiparados à lei: as leis delegadas e as medida provisórias. Tais atos têm assento constitucional, conferido ao Executivo a prerrogativa de emanar atos normativos primários, o que não se confunde com o poder regulamentar. Qualquer outra hipótese de conferência de tais prerrogativas primárias necessitaria de previsão constitucional, o que não ocorre no ordenamento jurídico nacional. Isto tem um reflexo de vital importância: os demais atos a serem editados pelo Executivo terão caráter subordinado; serão atos normativos secundários. Esta é a área dita regulamentar.

Portanto, qualquer outra norma que estabeleça comandos inovativos deve ser feita pelo poder legislativo. Pois, se um ato infraconstitucional for contrário a uma ordem hierarquicamente superior à norma legislada, será considerada inválida.

Contudo, é de suma importância fazer algumas observações sobre a aplicabilidade do

¹²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em: 01 out. 2012.

¹²⁶ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 158.

¹²⁷ Ibidem, p. 159.

princípio da legalidade, nos dias atuais. A esse respeito, cabe mencionar que a norma legal não deve ser o único instrumento passível de regulação social, isso porque o Estado evoluiu, adquiriu questões complexas, as quais necessitam ser reguladas por entes especializados, o que faz com que surja a necessidade de flexibilização do princípio citado, em algumas situações¹²⁸.

Levando-se em consideração esse entendimento, é possível afirmar, que devido à complexidade das questões a serem reguladas, surge a necessidade da criação de instrumentos normativos capazes de suprir omissões legais sobre determinadas matérias ou ramos do direito. Porém, o poder regulamentar não pode trazer conteúdos novos, não previstos na lei. Isso porque determinadas matérias, conforme descreve a Constituição Federal, são reservadas apenas à lei.

Ademais, não se pode esquecer que o único mecanismo legítimo, para a introdução de conteúdo inovador no ordenamento jurídico é a lei. Essa característica do sistema não impede que ocorra uma flexibilização do princípio da legalidade no que tange à regulação social, já que a lei já irá fazer preceitos, os quais apenas serão regulados pelos entes legitimados pelo poder executivo¹²⁹.

O que se pode extrair do exposto é que as agências devem operacionalizar a regulação contida na lei, ou seja, poderão fiscalizar e aplicar sanções, bem como emitir regulamentos, desde que a lei que a instituiu assim descrever. Já, se a lei assim não dispuser, poderá, sim, ocorrer ferimento tanto ao princípio da legalidade, quanto ao da separação dos poderes¹³⁰.

Para Calil,¹³¹ “[...] as agências reguladoras não podem ter poderes normativos que extrapolem os limites dos regulamentos, convém estabelecer a relação destes com a lei, a fim de impedir quaisquer desrespeitos [...]”.

A capacidade das agências reguladoras de regular determinado setor econômico não pode ser confundida com a regulação autônoma, uma vez que essa compete ao Presidente da República. O que é conferido às agências reguladoras é o poder de regulamentação, isto é, poder de emanar comandos de regulamentação da atividade econômica para o fim que ela foi criada, não podendo, por meio de seu poder normativo querer instituir previsões para as quais a lei que a instituiu não lhe deu competência.

¹²⁸ Ibidem p. 159/160.

¹²⁹ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 160.

¹³⁰ Ibidem, p. 161.

¹³¹ Ibidem, p. 161.

Ainda é de Calil a observação de que “[...] a capacidade das agências de emitir regulamentos próprios não se confunde com capacidade de *regulação autônoma*, mas é restrita à capacidade de *regulamentação* de uma dada atividade econômica em sentido lato”. (grifos da autora).

Após uma breve análise da teoria da separação das funções dos poderes e do princípio da legalidade, passa-se à análise de quais são os limites do poder normativo concedido às agências reguladoras.

3.4 Poder normativo e seus limites

O poder normativo conferido às agências reguladoras tem causado discussões doutrinárias, uma vez que, levando em conta a concepção clássica dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, levaria à ocorrência de inconstitucionalidades.

Essas discussões justificam-se, em razão de que às agências são conferidos poderes para expedir comandos normativos, como entes dotados de conhecimento específico sobre um determinado setor econômico que são¹³². Entretanto, o monopólio da função de editar leis é do Poder Legislativo.

Barroso¹³³ adverte:

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz.

Já Cuéllar¹³⁴ defende, como acima já citado, que, a função normativa das agências reguladoras lhes é inerente, pois não haveria sentido algum criar entes reguladores que não tivessem autonomia para editar regulamentos sobre as áreas de sua competência, uma vez que ficariam, dessa forma, dependendo do Estado, não resolvendo o problema de sobrecarga de atividades que o Estado estava passando, no momento da sua criação.

¹³² CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 107.

¹³³ BARROSO, *Agências Reguladoras. Constituição. Transformação do Estado e Legitimidade Democrática*, p. 83.

¹³⁴ CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 107.

Nos Estados Unidos da América, a delegação de poderes às agências reguladoras justifica-se tendo em vista que lá ela é feita por meio de previsão específica na lei que cria cada agência, a qual também fixa limites à atuação normativa¹³⁵.

Calil leciona¹³⁶:

A questão de reconhecimento de competências ‘quase legislativas’ e ‘quase judiciais’ às agências suscitou a formulação de três teorias básicas a respeito da delegação de poderes, as saber, a) *transmissio belt model* (teoria da transmissão democrática), segundo o qual o legislador, pode ser legitimado pela Constituição, pode delegar tais poderes às agências; b) *expertise model* (teoria dos burocratas técnicos), que defende que a regulação específica a ser levada a efeito pelas agências deverá ser efetuada por um corpo técnico altamente especializado, o que é incompatível com as reais possibilidades do Poder Legislativo; e c) *procedural model* (teoria do procedimento), que legitima as agências pelo fato de garantirem a participação dos sujeitos interessados nos processos decisórios.

No Brasil, entretanto, não é possível ocorrer a delegação de poderes legislativos para uma autoridade que faz parte do Executivo¹³⁷, não podendo, dessa forma, as teorias supracitadas serem transplantadas do direito alienígena e aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

No ordenamento jurídico pátrio, o poder normativo conferido às agências reguladoras, está restrito à área de atuação de sua competência, ou seja, todo regulamento que elas proferirem deve observar o que a lei que as criou dispõe, não havendo, assim, uma delegação da função legislativa a elas, já que estão apenas exercendo o que lhes foi conferido por lei.

Cuéllar ensina sobre a questão¹³⁸:

[...] em razão da repartição das funções estatais, derivadas do princípio da separação dos poderes, e da condição de legitimidade dos atos emanados do Poder Legislativo, entende-se que a competência legislativa, isto é, o título jurídico para elaboração de leis, incumbe primordialmente ao Poder Legislativo. Observe-se que mesmo quando a iniciativa não for do Poder Legislativo, como nos casos de leis de iniciativa popular ou do Poder Executivo, por exemplo, a competência para emanar leis é sempre do Poder Legislativo.

O exercício da competência legislativa, portanto, é passível de ser feito por outros

¹³⁵ Ibidem, p. 107-108.

¹³⁶ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 140-141.

¹³⁷ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 141.

¹³⁸ Ibidem, p. 109.

poderes, desde que nos limites de suas atribuições, ou seja, no exercício das “funções atípicas” de determinado poder. Cuéllar¹³⁹ leciona que “A Constituição Federal de 1988 admite a participação dos outros poderes no processo de elaboração de leis, em caráter secundário”.

Contudo, apesar de a Constituição Federal permitir a delegação da função legislativa, além das hipóteses expressamente descritas, deve-se ter em mente que só será possível se ela for condicionada e limitada à sua finalidade.

A respeito, Cuéllar salienta¹⁴⁰:

Ainda que se entenda que a Constituição permite a delegação legislativa em outras circunstâncias, além das que expressamente arrola, importa salientar que a delegação legislativa deve sempre ser condicionada e limitada, principalmente no intuito de evitar a prática de abusos e excessos por parte do Poder Executivo. É imprescindível que sejam previstos limites para a atuação delegada, assim como fórmulas de controle.

Assim agindo, estariam, as agências reguladoras fazendo fruição do poder atribuído a elas pelo próprio constituinte. Contudo, deverão respeitar os limites impostos pela lei hierarquicamente superior. No Brasil não existe matéria de reserva regulamentar, pois essa reserva só se dá por meio de diplomas normativos que têm a atribuição de criar e de extinguir direitos e obrigações¹⁴¹.

A lei pode disciplinar, de forma exaustiva, determinada matéria, como também pode apenas estabelecer normas essenciais e fundamentais. Essa última é que, de certa forma, cria a necessidade de o poder executivo vir a promover a regulamentação, vindo a ser, portanto, apenas um complemento à lei, já que é mais específico.¹⁴²

Importante salientar, que os regulamentos devem apenas especificar, detalhar o que diz respeito à sua área de atuação, não podendo, portanto, disciplinar uma matéria sem que haja lei anterior.

Como bem descreve Cuéllar,¹⁴³ “Não há norma geral que defina e discipline genericamente as agências reguladoras brasileiras. Logo, as características específicas de cada ente regulador deve ser encontradas no diploma normativo que o cria”.

¹³⁹ Ibidem, p. 110.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 115.

¹⁴¹ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 163.

¹⁴² Ibidem p. 163.

¹⁴³ CUÉLLAR, **As agências reguladoras e seu poder normativo**, p. 143.

Se cada lei que cria as agências reguladoras determina suas características, mais uma vez fica frisada a ideia de que não cabe às agências inovar, por meio do poder normativo a elas concedido. Isso porque possuem atribuições, dentro de suas competências, segundo a lei instituidora define.

Essa inovação não tem validade no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, como bem descreve Meilleres¹⁴⁴,

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder privativo do chefe do executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Dito isso, importante explicar que o poder regulamentar concedido às chefias da Administração impunha o dever de preenchimento das omissões, por meio de normas próprias, mas que estejam dentro de sua competência¹⁴⁵.

Se a lei editada pelo poder legislativo vir a não prever soluções para os fatos e circunstâncias, caberá ao Chefe do Executivo, por meio de decreto, suprir tais omissões. Porém, não pode intervir nos casos das chamadas reservas da lei, tendo em vista que somente ela pode disciplinar tais omissões, tendo em vista que versam sobre direitos e garantias individuais positivados na Constituição Federal.

É o que explica Meirelles¹⁴⁶:

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei.

Sendo o regulamento um instrumento inerente à atividade administrativa estatal, não se pode esquecer que, se houver superveniência de lei que regule determinada matéria, está revogará o decreto regulamentador. Isso ocorre, devido ao princípio da hierarquia das normas.

Os regulamentos não podem desrespeitar comandos hierarquicamente superiores, pois

¹⁴⁴ MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 129.

¹⁴⁵ MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 130.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 130.

apesar de serem mais específicos que a lei, ficam abaixo dela, que possui fundamentos em princípios.

Em assim sendo, Cuéllar observa:

O regulamento autônomo não pode inovar de forma absoluta, [...], na ordem jurídica, estabelecendo direitos e obrigações ou deveres novos às pessoas privadas, sem qualquer respaldo em lei. Tampouco lhe é autorizado ampliar, restringir ou modificar direitos e obrigações legais, pois tais tópicos consistem em matéria reservada à lei.

As agências reguladoras foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, em um momento no qual era imprescindível criar entes que possuíssem poder de controle e de regulamentação sobre certos ramos econômicos, haja vista que o Estado Social acabou abarcando ainda mais responsabilidades, sendo, assim, necessária a criação de órgãos que pudessem realizar de forma direta algumas atividades e, com isso, auxiliar o Estado.

Contudo, não seria viável apenas criar entes que não inovassem ou não auxiliassem na efetividade da prestação dos serviços públicos, sendo que a agências reguladoras, apesar de serem oriundas do direito alienígena, adaptar-se-iam, desde que com alguns ajustes, ao direito brasileiro.

Com relação à essa necessidade de adaptação, destaca Cuéllar¹⁴⁷:

Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restaria frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral, veiculatórias de sua política econômica. Tampouco seriam úteis na hipótese de configurarem mera 'reprodução', com denominação diversa, das tradicionais autarquias. Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas.

Assim, a razão que justifica a concessão do poder normativo é a capacidade de especificar, por meio de seus regulamentos, as omissões da lei, não configurando uma delegação de função legislativa, tendo em vista que, ao exercer essa função, vêm apenas a auxiliar o Estado. Isso porque a sua capacidade de organização, aliado ao grande

¹⁴⁷ CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 129.

conhecimento específico que possuem, tendo, também, predomínio de juízos técnicos sobre as valorizações políticas legitimam a discricionariedade que possuem ao editar seus regulamentos.

Apesar de a Constituição Federal não ter previsão legal de cada uma das agências reguladoras existentes no âmbito federal, estadual e municipal, não é possível alegar essa atipicidade como uma inconstitucionalidade. Isso porque a Constituição deve ser a mais genérica possível e, quando previu a criação de dois entes reguladores – ANEL E ANP -permitiu, a criação de outros, ainda que instituídos por lei.

Assim, como bem argumenta Cuéllar¹⁴⁸,

[...] no que se refere aos princípios constitucionais invocados para questionar a detenção de poder normativo pelas agências reguladoras brasileiras (princípio da legalidade e da separação dos poderes, em especial), é preciso destacar que se faz necessária a revisão dos enfoques tradicionalmente apresentados. Não é possível interpretar a Constituição e os princípios constitucionais de forma estanque, distante da evolução econômica, política e mesmo jurídica.

Observando o atual ordenamento jurídico e as reformas que ocorreram até o advento do Estado Regulador, no sentido de que as demandas estatais existentes são as mais diversas, conclui-se ser preciso, em algumas situações, que ocorra a flexibilização dos princípios da separação das funções do Estado e da legalidade.

Entretanto, ao defender a ideia de flexibilização da aplicação dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, deve-se ter em mente que é de suma importância impor limites a essa flexibilização, para que ela não venha a ferir a ordem constitucional. Isso porque, apesar da autonomia conferida às agências reguladoras, elas não têm independência frente aos três poderes, uma vez que ficam diretamente vinculadas à sua lei instituidora, que é editada pelo Poder Legislativo¹⁴⁹.

As competências normativas são conferidas pelas leis instituidoras das agências, contudo, o limite desse poder conferido é a própria lei instituidora e os regulamentos presidenciais, como bem argumenta Calil¹⁵⁰:

As competências normativas estabelecidas nas leis instituidoras das agências devem ser entendidas dentro dos lindes demarcados aos regulamentos e seguem um escalonamento hierárquico: devem se conformar com as leis e com os regulamentos

¹⁴⁸ Ibidem, p. 137.

¹⁴⁹ CALIL, **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes**, p. 175.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 175.

presidenciais.

Portanto, o poder normativo que as agências reguladoras detêm não fere os princípios da separação dos poderes e da legalidade, uma vez que as leis que instituem cada uma das agências estabelecem suas competências normativas e ficam subordinadas ao comando que lhes é conferido pelo Poder Legislativo, que é o órgão que possui a prerrogativa de expedir normas que tenham cunho inovador.

O poder normativo das agências reguladoras deve ser compreendido como uma das formas de manifestação da discricionariedade administrativa, sem olvidar que a lei que as institui deve prever expressamente esse poder, além de que a discricionariedade deve ser restrita à tecnicidade de sua atuação, sob pena de ferir os princípios do ordenamento pátrio sobre os quais se discorreu.¹⁵¹

CONCLUSÃO

Fruto da Reforma de Estado ocorrida na segunda metade da década de 1990 surgem as agências reguladoras, incumbidas de realizar uma regulação setorial de relevo à sociedade. As agências foram instituídas no Estado Democrático de Direito, mais focado num Estado Regulador que interventor, sendo que esse último teve sua formação devido à crise do modelo burocrático de Administração Pública. É que o agigantamento do Estado e a extrapolação da sua capacidade de controle, no modelo do Bem-Estar social, acabaram por torná-lo ineficiente, o que causou grandes insatisfações e incertezas à sociedade.

O Estado Regulador diminuiu o intervencionismo direto do Estado na economia e fortaleceu sua capacidade de controle, uma vez que delega à esfera privada a prestação de serviços e reserva-se a si a responsabilidade e o dever de garantir que essa prestação de serviços públicos seja adequada e eficiente. Dessa forma, o Estado teve que adotar instrumentos que o levassem a atingir os objetivos pretendidos por ele e esperados pela sociedade.

Nesse sentido, as agências reguladoras foram os instrumentos criados para regular,

¹⁵¹ Ibidem, p. 176.

controlar e fiscalizar a prestação de serviços públicos, delegada à esfera privada. Todavia, não haveria sentido no fato de criarem-se agências sem atribuir a elas poderes que permitam com que elas desenvolvam suas atividades de forma adequada e eficiente e, em consequência disso, foi-lhes conferido o poder normativo, isto é, o poder de editar regulamentos para melhor desempenhar e atender às suas finalidades.

Assim, a doutrina tem discutido muito sobre esse poder normativo, tendo em vista os princípios da separação dos poderes e da legalidade. Isso porque, o monopólio de edição de leis é do Poder Legislativo, sendo vedada a delegação dessa atribuição constitucional a qualquer outro poder, com exceção das hipóteses previstas expressamente na Constituição Federal.

Em virtude desse debate, os autores apresentam soluções para que esse poder normativo não venha a ferir o ordenamento pátrio, tendo em vista a importância das agências na atuação Estatal. E, assim, foi possível vislumbrar que o poder normativo conferido às agências reguladoras não fere os princípios da legalidade e da separação dos poderes, tendo em vista que eles necessitam adaptar-se às transformações sociais, econômicas e políticas que ocorrem ao longo dos anos.

Ademais, a flexibilização dos princípios acima referidos, para uma melhor adaptação às necessidades sociais atuais, não ficaria na discricionariedade do agente regulador, mais ao crivo do Poder Legislativo, uma vez que é aquele que possui a prerrogativa de expedir normas de cunho inovador.

Em assim sendo, o poder normativo das agências reguladoras deve ser compreendido como uma das manifestações da discricionariedade administrativa, subordinado, contudo, à lei que as institui e estar restrita aos conhecimentos técnicos de sua atuação e de sua competência, o que não viria a ferir o ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Costa. Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 36, jan./mar., 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. In BINENBOJM, Gustavo (Org). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3. n. 10. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho de 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituido.htm>. Acesso em: 01 out. 2012.

CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade Separação de Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Reforma do Estado do Estado e Direito Concorrencial**. In: Carlos Ari Sundfeld (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n 10, 2002, p. 1. Disponível em: <<http://www.direito-publico.com.br/revistas/09142906/dialogo-juridico-10-janeiro-2002-maria-s-zanella-di-pietro.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2004.

FERRAZ, Tercio Sampaio. **Como regular agências reguladoras**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte: Fórum, n. 22, jul./set. 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

KRAUSE, Eduardo Battaglia. **Agências Reguladoras no cenário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

MARQUES, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**. In: Carlos Ari Sundfeld (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. 1 edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. **As agências reguladoras no Direito Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2002.

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

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Estado e subdesenvolvimento industrializado**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

_____. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. Tradução: Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. In: SACHS, WILHEIM E PINHEIRO, (Org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado**. In: PEREIRA E SPINK (Org.). Tradução: Carolina Andrade. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania:** a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática:** institutos de participação popular na administração popular na administração pública. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Sergio André R. G. **A legitimidade das agências reguladoras.** Revista de Direito Administrativo, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar 2004.

STEINMETZ, Wilson. Premissas para uma adequada reforma do Estado. **Revista Brasileira de Direito Público.** Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 3, abr/jun., 2005