

REGULAÇÃO E AGÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alicio Malavazi, Maria da Conceição Alves Sá*, Priscila Kutne Armelin* e Vivalda Sueli Borges Carneiro**

SUMÁRIO: 1. Considerações Gerais; 2. Breve Relato Histórico; 3. Funções Estatais e a Separação dos Poderes; 4. Fins e Características das Agências Reguladoras; 5. O Poder Normativo das Agências Reguladoras; 6. Considerações a Respeito das Reguladoras; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A noção de Estado tem sido objeto de análises e polêmicas em todos os países, visto que o mundo tem mudado muito nos últimos anos. Cresce entre os juristas, políticos, sociólogos, economistas, enfim, em diversos ramos científicos, uma tendência a compor uma nova estrutura de Estado, defendendo uma ampla redução do seu papel e exigindo uma maior eficiência no exercício de suas funções básicas.

Alerta Arnoldo Wald que o Estado perdeu a flexibilidade e rapidez que o mundo contemporâneo e a chamada sociedade pós-industrial exigem, mantendo um aparelho obsoleto, com um corporativismo condenável e, na maioria dos casos, destituído do espírito empresarial¹. Por isto, ensina que é preciso [”reinventar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia”².

Neste sentido caminham os Estados modernos, que deixam, aos poucos, o padrão interventor e passa a assumir um modelo de regulação.

* Alunos do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Advogados militantes na comarca de Maringá-PR.

¹ Wald, A.; Moraes, L. R. de; Wald, A. de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8.987/95 e 9.047/95*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996, p. 20.

² Loc. cit., p. 21.

Dentro deste modelo, estão as agências reguladoras, que são “os grandes ícones desta nova realidade”³ brasileira.

O presente trabalho visa apresentar e analisar dentro do ordenamento jurídico brasileiro as agências reguladoras, seus fins e características e, em especial, seu poder normativo.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO

A mudança política apresentada no quadro brasileiro estatal, com o chamado *encolhimento* do Estado, é reflexo da doutrina do Estado mínimo (também denominada de “neoliberalismo”), decorrente de vários fatores, entre eles a adoção dos valores de liberdade econômica e de comércio como fundamentais.

As idéias liberais foram estudadas com mais vigor nos tempos do Iluminismo e ressurgiu no século XX, com dois líderes mundiais: Margareth Taetcher (Inglaterra) Ronald Reagan (Estados Unidos). Eles foram fundamentais para a implantação da nova concepção de Estado, concebendo o princípio da liberdade econômica como fundamental para levar ao país o bem-estar social. Foi o que ocorreu, trazendo prosperidade econômica a esses países.

Ao contrário, os países que adotaram um sistema centralizador, em especial os que seguiram o modelo econômico socialista, detendo o Estado os meios de produção, não suportaram e ruíram (idos de 1989). Aponta-se como causas: falta de liberdades pessoais e econômica e o próprio Estado que não mais conseguiu suportar o nível de investimento necessário para gerar o desenvolvimento⁴.

Quanto ao Brasil, no século XX viveu-se uma forte intervenção estatal, quer seja na vida da população quer na economia,. Somando-se o período de Vargas (15 anos) e o regime militar (20 anos), chega-se a 35 anos de intervenção estatal. Como consequência, o País aumentou de forma grandiosa sua dívida externa e gerou inflação.

Com o governo de José Sarney,. O País atravessou um processo de democratização política e, após, houve uma reestruturação econômica e social. Foi com o governo do presidente Fernando Collor que, de forma mais concreta, começa a desestatização a diminuir, através de leis mais flexíveis, sendo acompanhado o processo pelo Presidente Itamar Franco. Todavia,

³ Coimbra, M. c. O direito regulatório brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: ano V, n. 111, 31.ago.2001, p. 44.

⁴ *Ibid.*, p. 37.

somente em 1994, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, que a desestatização tem contornos mais definidos.

O Estado “regulador” nasce, assim, da perspectiva de se reduzir e fortalecer o papel do Estado, com a privatização e a reorganização das estatais. Ensina Arnoldo Wald que “Trata-se de reduzir o espaço que ocupa, mudar a mentalidade do servidor público e fortalecer o Governo no exercício de suas missões essenciais”⁵. Portanto, deixa de ser *interventor* e passando a ser *regulador* dos antigos serviços que antes fornecia.

Elucida Mario C. Coimbra: “O Estado regulador brasileiro é caracterizado pelas agências de regulação, que fizeram surgir em meio a este novo conceito um novo ramo do Direito, que compreende regras que, na sua grande parte, são de Direito público, baseados em diretrizes do Direito Administrativo, Constitucional e Econômico. Surge o Direito Regulatório brasileiro”⁶.

Assim, a criação das agências reguladoras pode ser concebida como o resultado direto do processo de retirada do Estado da economia, sendo que nos países em que se adotou o sistema regulador, tais agências são uma realidade⁷.

3. FUNÇÕES ESTATAIS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para entender sobre o funcionamento do poder regulamentar, tem-se que primeiro desbravar a idéia incutida e dominante na doutrina da divisão dos poderes. Eros Roberto Grau, juntamente com outros doutrinadores modernos, questionam a concepção de *separação de poderes*, alegando ser “um dos mitos mais eficazes do Estado liberal”⁸.

Explica que a doutrina da separação dos poderes é decorrente da exposição de Montesquieu, a qual, todavia, está voltada ao desempenho das funções do Estado (princípio da divisão do trabalho) e não dos poderes. O que não ocorre em Locke, que dá importância à separação dos Poderes: Executivo (executa as leis naturais da sociedade), Federativo (responsável pela gestão de segurança e do interesse público) e Legislativo (que estabelece que se é conveniente que o Legislativo e Executivo fiquem separados, o Executivo e o Federativo devem estar nas mesmas mãos, pois a força da sociedade não pode

⁵ Wald; Moraes; Wald, op. cit., p. 25.

⁶ Coimbra, op. cit., p. 40.

⁷ Em números tem-se que: nos Estados unidos são 72; Canadá, 15; Argentina, 12; Dinamarca, 9; Holanda, 7; Alemanha e Suíça, 6; China, 5; França, 4 (Ibid., p. 42).

⁸ Grau, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000, p. 167.

estar sob comando diferente, o que ocasionaria sua ruína. Portanto, sua separação é dual e não tríplice.

Voltando a Montesquieu, ele trabalha com a idéia da distinção entre os poderes e não da sua separação. Assim, apesar da discussão, o Poder Executivo é dotado de funções executivas, mas também pode cumprir funções legislativas e jurisdicionais (em casos especiais). Por isto, faz-se necessário o equilíbrio entre os poderes distintos, não separa-los.

Tem-se, diante disto, que fazer uma distinção entre *poderes* e *funções*⁹. O *poder* estatal significa a capacidade do Estado para a realização dos fins de uma ordem jurídica e a *função* estatal como a “expressão do poder estatal, enquanto preordenado às *finalidades* de interesse coletivo e objeto de um *dever jurídico*”¹⁰. Por isto que a classificação em Poder Legislativo, Judiciário e Executivo é apenas institucional (de caráter orgânico), virtude das finalidades a que se voltam os seus agentes, ante ao aspecto subjetivo da *função estatal*.

Todavia, o aspecto material dessa função (conforme a definição supra), liberta da classificação tradicional conduz ao entendimento apenas de que a função normativa corresponde a produção de normas jurídicas, já a administrativa a sua execução e a jurisdicional a aplicação dessas normas. E assim, para se cogitar em *função normativa* e *função legislativa*, passa-se pela noção de ordenamento jurídico, em que a norma “configura *inovação no ordenamento jurídico* e, daí, é de ser definida como preceito *primário*. A característica da inovação, destarte, está subsumida na *primariedade* da norma”¹¹.

A função normativa deve ser entendida como aquela que emana estatuições primárias (operantes por força própria, contendo preceitos abstratos e genéricos), quer seja em decorrência do exercício de poder originário, quer seja de poder derivado. Já a função legislativa, pode ser compreendida como aquela que emana estatuições primárias (em geral, mas não necessariamente), com conteúdo normativo, sob a forma de lei.

O pensamento de Eros Grau quanto ao mito da separação do Poder é comungada por José Cretella Júnior, que afirma que as funções de *julgar*, *administrar* e *legislar*, podem ser *materialmente* desempenhada. E explica que a divisão existe apenas por motivo didático, pois não há *separação*, mas sim, *partilha* de Poderes. Neste sentido, exemplifica dizendo que ao Poder

⁹ Ibid., p. 173.

¹⁰ Ibid., p. 176.

¹¹ Loc. cit., p. 178.

Executivo, além da função de aplicar a lei, ele pode também legislar e julgar¹².

José Cretella Júnior também entende que na acepção “formal”, “subjéctiva” ou “orgânica”, o ato será classificado pelo Poder Legislativo, Judiciário ou Executivo, respectivamente. Por outro lado, na acepção “material” ou “substancial”, tem-se que é feita a abstracção da fonte conteúdo intrínseco, quando por sua natureza, se revela como os traços característicos de lei, de sentença ou de ato administrativo¹³.

Quando a emanação de regulamento pelo Executivo, corresponde a estatuição primária, imposta por força própria, emanado de um poder derivado, visto ter como fundamento uma atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Carta Magna ou em uma lei formal. Assim, o fundamento do poder regulamentar está nesta *atribuição* de poder normativo – e não no *poder discricionário* da Administração de potestade normativa material, que exposto, conclui Eros Grau que: “(...) temos que *materialmente*, classificamos as funções estatais em *normativa, administrativa e jurisdiccional*. Procedida a classificação desde a perspectiva *organizacional*”¹⁴. Desta forma, não é monopólio do Legislativo a *função legislativa*, a qual é uma parcela da *função normativa*.

Quanto ao princípio da legalidade e o da função regulamentar do Poder Executivo, tem-se que conforme o texto constitucional, art. 5º, II, o princípio estabelecido refere-se a lei em termos relativos (norma – explícita ou implícita), por isto a vinculação da Administração é quanto às definições *decorrentes* de lei (reserva da norma, que pode ser tanto legal como regulamentar), e não às definições *da lei* (reserva da lei) – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei -, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos”¹⁵.

Assim, quando o Executivo e o Legislativo elaboram atos normativos de carácter não legislativos (regulamentos e regimentos, respectivamente), o fazem no exercício da *função* normativa (não na função legislativa), visto serem estatuições primárias decorrente do poder *derivado*, com conteúdo normativo. Não sendo, assim, delegado da função legislativa, não há que se falar em derrogação do princípio da separação dos poderes. ocorre que, é próprio do Executivo a função normativa de regulamentar, todavia depende (para iniciar) da expedição desta atribuição pelo Legislativo.

¹² Cretella Júnior, J. *controle jurisdiccional do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 18-20.

¹³ *Ibid.*, p. 25.

¹⁴ Grau, *op. cit.*, 182.

¹⁵ *Ibid.*, p. 184.

Disto, resulta que, conforma exposto no relato histórico, num Estado não executor não se concebe a distinção entre legislativo e Executivo. O Estado brasileiro vai deixando, como ensina Jorge Hori, de ser um executor de atividades sociais (as econômicas já haviam sido privatizadas) e vai reforçando as suas funções de regulador e controlador de serviços públicos delegados. Por isto, “o Poder do Estado está na regulação: é uma função legislativa. O financiamento e controle decorre desse poder maior de regulação. (...)”¹⁶.

4. FINS E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O histórico¹⁷ situou o nascimento das agências reguladoras no Brasil, e que culminou na necessidade de direcionamento do Estado Regulador. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, fixa as regras disciplinadoras da ordem econômica para ajustá-la aos ditames da justiça social, exercendo o papel de regulador e fiscalizador. A regulação visa a evitar que agentes econômicos atraídos por tais áreas de atividade se orientem exclusivamente para sua sustentabilidade financeira, como seria natural a agentes privados atuando livremente no mercado¹⁸.

Nessa linha de atuação o Governo Federal implantou o Programa Nacional de Desestatização (lei 8.031/90, reformulado pela lei 9.491/97), tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser executadas¹⁹. A criação das agências reguladoras é resultado direto do processo de retirada do Estado da economia.

Assim, o processo de desestatificação fez surgir no ordenamento jurídico brasileiro as chamadas agências reguladoras, como por exemplo, a Ementa Constitucional 8/95, que possibilitou que os serviços de telecomunicações, antes monopolizados, fossem explorados diretamente pela União ou pelo setor privado, mediante autorização, permissão ou concessão e previu a criação, por lei, do respectivo órgão regulador²⁰.

¹⁶ Hori, J. Administração pública brasileira no terceiro milênio. *Revista de direito e administração pública* – L & C, Brasília: ano III, n. 29, nov. 2000, p. 35.

¹⁷ Supra, p. 4.

¹⁸ Campos, A. M.; Ávila, J. P. C.; Silva Jr., D. S. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de administração pública*. Rio de Janeiro: ano 34, n. 5, set/out 2000, p. 30.

¹⁹ Azevedo, E. A. Agências reguladoras. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: ano 34, n. 213, jul/set 1998, p. 141.

²⁰ Medauar, O. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

Conforme o inciso I, do artigo 4º, do Decreto-lei 200/67 a Administração direta federal se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Portanto, na esfera federal, os órgãos inseridos na estrutura da Presidência da República e na estrutura dos Ministérios compõem a Administração direta²¹.

Características básicas da administração direta são: o vínculo de subordinação-supremacia, denominado hierarquia, que liga seus órgãos; e, generalidade de tarefas que lhe cabem, as quais, para serem cumpridas, são divididas entre diversos órgãos.

Quanto à administração indireta, segundo o inciso II, do artigo 4º, do mesmo decreto-lei, compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, sendo elas: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as funções públicas, ou seja, as quais têm, como característica *mor* a personalidade jurídica própria, que não se confunde com a personalidade jurídica da entidade maior a que se vinculam – União ou Estado-membro Município.

As autarquias são pessoas jurídicas públicas. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas, as sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas são pessoas jurídicas privadas²².

Essas entidades são produtos de descentralização administrativa. Juridicamente, entre essas entidades e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia, os poderes e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia, os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico. Em geral, cada área de competência tiver afinidade com sua atuação específica, como por exemplo, a Ministérios, cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade²³.

A doutrina brasileira²⁴ parece pacífica em qualificar as agências reguladoras como sendo autarquias de regime jurídico especial. De regime especial porque, segundo Hely Lopes Meirelles²⁵, a lei que a institui lhe confere privilégios específicos e aumenta sua autonomia comparativamente

²¹ Ibid., p. 64.

²² Loc. cit., p. 75.

²³ Ibid., p. 75.

²⁴ Di Pietro, M. S. Z. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 392; Medauar, op. cit., p. 82-83; Meireles, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1998., p. 318.

²⁵ Meirelles, op. cit., p. 318.

com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

Explica José Cretella Júnior²⁶, que o termo autarquia, incorporado há cerca de três décadas ao nosso léxico, é formado de dois elementos justapostos: autos (= próprios) e arquia (= comando, governo, direção), significando, à letra, etimologicamente, “comando próprio, direção própria, auto-governo”.

Segundo Maria Sylvia Zanela Di Pietro, há certo consenso entre os autores ao apontarem as características das autarquias: a) criação por lei; b) personalidade jurídica pública; c) capacidade de auto-administração; d) especialização dos fins ou atividades; e) sujeição a controle ou tutela²⁷.

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial porque além das características comuns a todas as autarquias não estão hierarquicamente subordinadas, possuem mandato fixo e seus dirigentes possuem estabilidade e são dotadas, ainda, do poder normativo e de fiscalização, regulamentação da produção, transmissão, distribuição e comercialização do produto ou serviço, tudo com vistas ao fiel cumprimento ao princípio da eficiência, inserido no *caput* do art. 37, da Constituição Federal.

É exatamente nesse contexto que se chega ao fim específico da criação das agências reguladoras, qual seja, o de normatizar os setores dos serviços públicos delegados e de buscar o equilíbrio e harmonia entre o Estado, usuários e delegatários e de “promover os mercados competitivos”²⁸.

5. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Hely Lopes Meirelles²⁹ define o poder normativo da administração como: “a faculdade de que dispõe os Chefes de Executivo 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 inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado”. Assim, no poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo,

²⁶ *Apud* Di Pietro, op. cit., p. 316.

²⁷ Loc. cit., p. 360.

²⁸ Peci, A.; Cavalcanti, B. S. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estatais. *Revista de Administração pública*, Rio de Janeiro: ano 34, n. 5, set/out, 2000, p. 100.

²⁹ Meireles, op. cit., p. 111-112.

sem, contudo, invadir as chamadas “reservas de lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, que, em princípio, são aquelas que afetam as garantias e direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).

Explica, ainda, o Autor, que 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.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰, prefere excluir da definição proposta por Hely Lopes Meirelles a “faculdade de expedir decretos autônomos”, pois segundo ela o decreto autônomo não é complementar à lei o que o torna independente do poder regulamentar e inerente ao poder normativo do Poder Executivo. Complementa a Autora lembrando que na atual Constituição Federal não há mais espaços para decretos autônomos. Entende que os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos³¹.

Segundo a lição de Miguel Reale³² os atos normativos podem se dividir em originários e derivados. Originários são os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos derivados têm por objetivo a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *práxis*; o ato normativo, por excelência, é o regulamento.

O poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV) e se exterioriza por meio de Decreto. Porém, se o legislador esgotou a matéria não há necessidade de regulamento³³. Tem-se, que uma das características das agências reguladoras, porém, é a sua função reguladora, daí a justificativa da denominação que lhe foi dada.

Em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais nº 8/95 e 9/95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessas atividades e a instituição de seu órgão regulador. Isso significa que esse órgão regulador exercerá o poder de regulamentar leis que disponham sobre os referidos serviços, constituindo-se em exceção à competência privativa do Chefe do Poder Executivo³⁴.

³⁰ Di Pietro, op. cit., p. 87-88.

³¹ Ibid., p. 87.

³² *Apud* ibid., p. 87.

³³ Ibid., p. 88.

³⁴ Loc. cit., p. 89.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra, contudo, que o poder regulamentar das agências não é uma novidade, porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades que exercem função reguladora, a exemplo do CADE, Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Conselho de Seguros Privados e tantas outras³⁵.

Pela função reguladora outorgada às agências têm elas o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos³⁶. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a Anatel³⁷ e a ANP³⁸, com referência à expressão *órgão regulador* contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III. As demais não têm previsão constitucional, o que significa que o poder normativo lhes foi atribuído pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem, segundo Maria Sylvia³⁹, não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta.

Conclui a Autora que as únicas normas que as agências ANA e Anaee podem estabelecer são as de efeitos internos apenas, dirigidos à própria agência, ou podem dizer respeito às normas que se contêm no edital de licitação, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios. Com relação à ANATEL e à ANP, entende Maria Sylvia, que pode-se reconhecer a sua função reguladora, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores⁴⁰.

No entender de Maria Sylvia, porém, apesar de a Anatel e a ANP terem reconhecidamente sua função reguladora, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no art. 5º, II, da Constituição, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei⁴¹.

Não é esse, contudo, o entendimento de Eros Roberto Grau, como visto⁴², que não cogita de efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma distinção entre eles. Ensina que, o princípio da legalidade é tomado em termos

³⁵ Ibid., p. 392.

³⁶ Ibid., p. 397.

³⁷ Infra, p. 20.

³⁸ Infra, p. 22.

³⁹ Di Pietro, op. cit., p. 398.

⁴⁰ Ibid., p. 398.

⁴¹ Loc. cit., p. 398.

⁴² Loc. cit., p. 398.

relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando o ato normativo não legislativo, porém, regulamentar, definir obrigações de fazer (ou não) alguma coisa imposta a seus destinatários⁴³.

A partir dessas considerações pode-se concluir que tanto a Anatel quanto a ANP, Aneel e ANA, têm Poder Normativo para expedir regulamentos e neles definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares e os vincule. A diferença está, contudo que o poder normativo da Anatel e da ANP é um poder derivado da própria Constituição Federal, enquanto o poder normativo da Aneel e da ANA é um poder que lhe foi atribuído pelas leis que as criaram.

6. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Com o advento do Programa Nacional de Desestatificação – formulado pelas Leis nº 8.031/90 e 9.492/97 – o Estado brasileiro, como já informado, passou por uma ampla reordenação da sua posição estratégica na economia, sendo que à iniciativa privada couberam algumas das atividades que antes constituíram monopólio desse Estado intervencionista. Desse modo, como argumenta o professor Fábio Giambiagi, “a necessidade de um sistema regulador eficiente é fundamenta à medida que o processo de privatização chega à prestação dos chamados serviços de utilidade pública”⁴⁴.

Assim, a partir da implementação da desestabilização da economia, o Estado viu-se incumbido somente das atividades de atendimento às necessidades basilares da população e, desse modo, a função fiscalizadora e reguladora estatal requereu o fortalecimento do poder controlador do Estado.

Diante do quadro supracitado, o Estado criou autarquias de regime especial para o controle e fiscalização dos serviços públicos desestatizados – atividades antes típicas do Estado – as chamadas Agências Reguladoras, que atuarão de forma descentralizada, possuindo autonomia técnica, administrativa e também financeira.

As Agências Reguladoras com a roupagem que lhes foi dada representam, sem dúvida, grande avanço, pelo menos em termos perspectivas, vez que buscam, dentre outros objetivos, atenuar o poder político do Executivo na adoção de políticas públicas regulatórias.

Além disso, argumenta ainda o Professor Fábio Giambiagi:

⁴³ Supra, p. 9.

⁴⁴ Giambiagi, F.; Além, A. C. D. de. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 336.

“Um sistema regulador deve atender a dois requisitos essenciais. O primeiro é a independência da agência reguladora, definida como a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas: a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado; ou a maximização das receitas fiscais. O segundo requisito é a escolha de instrumentais que incentivem a eficiência produtiva e alocativa”⁴⁵.

De acordo com o Professor Gilmar Mendes Ferreira, ao estudar-se a respeito das Agências Reguladoras verifica-se que a concepção dessas agências já é um avanço na modelagem da divisão de poderes do Estado, sendo a técnica da regulação, com um poder que transcende o próprio poder da autoridade concedente, produtora de uma estabilidade no quadro normativo, no quadro decisório das agências reguladoras⁴⁶.

7. CONCLUSÃO

Uma sociedade não pode prescindir do Estado. Parece, contudo, acertada a opção brasileira de adoção de um estado menos interventor e executor, seja porque momento político neoliberal impõe, seja porque o Estado não tem condições de se estruturar de forma que possa suprir eficientemente as exigências do mundo contemporâneo globalizado.

A retirada do Estado da economia brasileira está representada pela criação das agências reguladoras, que dotadas de autonomia e poder normativo, não estão hierarquicamente subordinadas, possuem mandato fixo e seus dirigentes possuem estabilidade, o que dificulta intervenções políticas com interesses próprios. As agências se tornaram verdadeira febre no Brasil, manifestada em decorrências do movimento de desestatização necessariamente criado face ao processo de globalização.

A proliferação das agências vem substituindo o fenômeno anterior de intervencionismo direto do Estado através da criação de entes com personalidade jurídica própria, dentro, inclusive, do movimento de globalização. A terminologia que elas exercem, já que são detentoras de poder normativo.

⁴⁵ Loc. cit., p. 339.

⁴⁶ Ferreira, G. M. Agência reguladora. In: *SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 3., 2001, Curitiba. *Relação de trabalhos*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2001. Fita cassete.

A independência das agências é, porém, relativa, já que suas decisões não impedem a apreciação pelo judiciário, bem como os atos normativos que emitem não podem conflitar com as normas legais e constitucionais vigentes, e, em relação ao poder administrativo estão sujeitas à tutela e ao controle administrativo exercido pelo Ministério a que estejam vinculadas.

Das atribuições das agências reguladoras, a que tem despertado maior polêmica é a decorrente do poder normativo que detêm, no entanto, restou esclarecido que esse poder não é um poder delegado pelo legislativo, e sim derivado da própria Constituição Federal (art. 84, IV), e que não se pode cogitar de uma verdadeira separação entre os três poderes, mas sim, que os três devem atuar sempre em clima de equilíbrio.

Mas não são os textos legais que irão conseguir expurgar a corrupção e demais vícios praticados pelos administradores de órgãos públicos e autarquias, motivo pelo qual deverá o Estado manter-se vigilante na tutela dos interesses públicos coletivos.

8. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, E. A. Agências reguladoras. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: ano 34, n. 213, p. 141-148, jul/set 1998.

CAMPOS, A. M.; ÁVILA, J. P. C.; SILVA JR. D. S. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: ano 34, n. 5 p. 29-46, set/out 2000.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

COIMBRA, M. C. O direito regulatório brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: ano V, n. 111, p. 38-44, 31.ago.2001.

DI PIETRO, M. S. Z. *Directo administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, G. M. Agência reguladora. In: *SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 3. 2001, Curitiba. *Relação de trabalhos*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2001. Fita cassete.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. D. de. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

GRILLO, F. A. Considerações a respeito da intervenção sobre a atividade econômica privada e tributação. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba. V. 1, n. 1, p. 101-130.

HORI, J. Administração pública brasileira no terceiro milênio. *Revista de direito e administração pública* – L & C, Brasília: ano III, n. 29, nov. 2000.

JUNGSTEDT, L. O. C. *Direito econômico – legislação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

MEIRELES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEYER JÚNIOR, J. P. Q. Privatização: lição do passado educação e justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: ano III, n. 36-37, 31.out.1999.

MORAES, A. de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 90 n. 791, p. 739-756, set. 2001.

PECI, A.; CAVALCANTI, B.S. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estatais. *Revista de Administração pública*, Rio de Janeiro: ano 34, n. 5, set/out, 2000.

SILVA, F.Q. da *A independência das agências reguladoras e a princípio do estado democrático de direito*. Disponível: <http://www.prppg.ufpr/pos-direito/resumo.asp?codigo=243>. [Capturado em 25 set. 2001].

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Normas para apresentação de documentos científicos*. Curitiba: Ed. Da UFPR, 2000.

WALD A.; MORAES, L. R. de; WALD, A. de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*: análise das leis 8.987/95 e 9.047/95. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996.