

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

NOLCI DA ROCHA JÚNIOR

**A (IN)DEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PROBLEMA DE
ADAPTAÇÃO AO SISTEMA ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

FLORIANÓPOLIS

2009

NOLCI DA ROCHA JÚNIOR

**A (IN)DEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PROBLEMA DE
ADAPTAÇÃO AO SISTEMA ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientadora: Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2009

NOLCI DA ROCHA JÚNIOR

**A (IN)DEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PROBLEMA DE
ADAPTAÇÃO AO SISTEMA ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Esta Monografia foi julgada adequada para a obtenção do título Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área do Direito Administrativo.

Banca Examinadora:

Presidente: Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Membro: Professor Luiz Carlos Cancelier de Olivo

Membro: Professora Flávia Koerich

Coordenador do Curso: Professora Josiane Rose Petry Veronese

Florianópolis, 24 de Junho de 2009

*Dedico este trabalho à todos aqueles que,
de maneira muito especial, fizeram parte
da minha vida nos últimos cinco anos, e
que eternamente farão parte do meu
coração.*

*“Precisamos dar um sentido humano às nossas construções.
E, quando o amor ao dinheiro, ao sucesso nos estiver deixando cegos,
saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu.”*

Érico Veríssimo

**A aprovação da presente Monografia não
significará o endosso do Professor Orientador,
da Banca Examinadora e da Universidade
Federal de Santa Catarina à ideologia que a
fundamenta ou que nela é exposta.**

Resumo

Este trabalho tem por objetivo principal analisar o surgimento e o funcionamento das Agências Reguladoras no Brasil afim de demonstrar os prejuízos causados pelo confuso exercício de suas atribuições. Consiste em uma monografia cuja área de concentração é o Direito Administrativo. Procura-se observar fatores que demonstram que a independência destas entidades não é de fato concreta. Denota-se que a inspiração para a criação destas autarquias, inclusive sua nomenclatura, provém do sistema regulatório dos Estados Unidos da América. Adentra-se a atual postura e organização das principais Agências Nacionais, avaliando a sua natureza jurídica. Constrói-se um comparativo das diferentes influências exercidas sobre as agências, primeiramente na esfera governamental, compreendendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um agindo em conformidade com suas características de atuação, e posteriormente na esfera privada, alertando-se sobre as características deste tipo de influência, basicamente estabelecida pelo potencial econômico das entidades reguladas. Lista-se as principais Agências Reguladoras do Brasil, o seu objeto de operação, a formação de sua diretoria, e algumas características particulares que acabam por influir no seu mau funcionamento. Para melhor embasamento teórico é dado um estudo de caso acerca de determinada transação comercial supervisionada pela Agência Nacional de Telecomunicações que serve de paradigma para as afirmações anteriormente colocadas. Justifica-se tal trabalho pela atualidade que o tema representa, assim como sua importância no cenário da prestação de atividades de interesse público, e a contribuição que oferece na reflexão acerca das questões que envolvem este nicho da atividade administrativa. O método de abordagem é o dedutivo. As conclusões revelam a necessidade de mudanças na atual conjuntura das entidades regulatórias brasileiras, para que se beneficie o objetivo central na prestação das atividades reguladas, que consiste no plena satisfação do interesse público.

Palavras-chave: Agências Reguladoras; Independência; Serviços Públicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL.....	11
1.1 Histórico e o modelo norte-americano.....	11
1.2 Conceito.....	16
1.3 Surgimento das Agências Reguladoras no Brasil.....	19
1.4 Características no âmbito político brasileiro.....	22
1.5 Aspectos jurídicos das agências brasileiras.....	24
2 PROBLEMAS RELACIONADOS À INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	28
2.1 Independência para com o Poder Judiciário.....	28
2.2 Independência para com o Poder Legislativo.....	32
2.3 Independência para com o Poder Executivo.....	35
2.4 A independência frente aos interesses regulados.....	38
3 RELAÇÃO FÁTICA DO FUNCIONAMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM AS ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO.....	43
3.1 Objeto das Agências Reguladoras Brasileiras.....	43
3.1.1 Concessão de Serviços Públicos.....	46
3.1.2 Exercício do Poder de Polícia.....	49
3.2 Agências Reguladoras em espécie no Brasil.....	51
3.3 Estudo de Caso: A ANATEL e a compra da Brasil Telecom pela Oi.....	58
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

Após a Revolução Industrial, o homem descobriu uma nova forma de trabalhar o mundo em que vivia, e o resultado foi um gigantesco aumento nos índices de produtividade, fazendo com que os mercados do mundo inteiro ampliassem seus relacionamentos em proporções nunca antes vistas. No século XX, apesar do grande apelo existente afim de se deixar o próprio capitalismo definir as normas econômicas, observou-se a necessidade de intervenção estatal, visando nortear e regular os caminhos da economia.

Neste contexto, a nação símbolo do nascimento da atividade regulatória são os Estados Unidos da América, onde as críticas acerca de seu modelo de atuação, eivado de falta de democracia e suposta falta de isenção política, relatam um modelo com cem anos de existência e ainda muitos aperfeiçoamentos a se proceder.

Já no Brasil, as Agências Reguladoras surgiram devido à fatores diversos, e principalmente devido a uma mudança de postura governamental que promoveu uma grande reforma administrativa no setor de serviços públicos e nas atividades de interesse público, transferindo muitas destas atividades para o setor privado, por meio de privatizações, assumindo a condição de regulador.¹

Não é correto afirmar que este fato inevitavelmente abarcaria a criação de entidades regulatórias no país, pois quem sabe existissem outras formas de alcançar os objetivos iniciais, mas o fato é que, sob a forma de autarquias, as Agências Reguladoras foram criadas, ao que parece não para corrigir falhas no direcionamento do mercado, mas para justificar a venda de inúmeros órgãos públicos para a iniciativa privada.

1 MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.343.

Pertinentes as dúvidas quanto às suas origens, as Agências Reguladoras do Brasil parecem sofrer de um mal de certa forma até esperado no âmbito político e econômico da nação, que nada mais é senão a falta de uma independência real, já que em tese todas gozam de autonomia para desenvolver as suas atividades e coordenar os caminhos dos diferentes setores de atuação em que estão inseridas.

Sendo assim, é cabível analisar um pouco estas mudanças relativamente recentes na conjuntura administrativa do Brasil, em especial as Agências Reguladoras e como operam na prática, e identificar se de fato cumprem com seu papel ou constituem mais um modelo institucional de duvidosa idoneidade, que mais oneram do que recuperam os cofres públicos, além de prejudicar de maneira indireta o cotidiano da população.

Para tanto a monografia utiliza o método dedutivo, e além de sua Introdução e Conclusão é dividida em três capítulos, cabendo ao primeiro identificar algumas características gerais das Agências Reguladoras, o seu surgimento e o seu ingresso no Brasil, além de aspectos políticos e jurídicos; ao segundo capítulo fica reservada a demonstração dos problemas de independência que sofrem as agências quando colocadas frente aos diferentes agentes transformadores da sua realidade como entidade reguladora; o terceiro capítulo procura traçar o relacionamento fático das agências com as atividades de interesse público, pesquisando o funcionamento geral das mais importantes Agências Reguladoras em nível federal, salientando seus objetos de atuação, e complementando-se este trecho com um estudo de caso afim de comprovar-se os alegados problemas que dificultam o bom funcionamento da atividade regulatória no Brasil.

CAPÍTULO 1

CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS E SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

1.1 Histórico e o modelo norte-americano

Não é simples precisar em qual marco temporal esta situado o surgimento de institutos governamentais capazes de efetuar atribuições semelhantes, ou até iguais, aos que hoje chamam-se de Agências Reguladoras.

É costumeiro na doutrina esclarecer que, de fato, os ancestrais destas citadas organizações remetem até a Inglaterra medieval, mais precisamente o ano de 1834, através da criação, por parte do Parlamento, de órgãos autônomos, objetivando a aplicação e o cumprimento das leis.² As autoridades queriam que os *common calling* (assim chamados aqueles que ofereciam serviços à comunidade para obter remuneração) tabelassem seus serviços e preços.³

O fato é que em épocas passadas a atuação do Estado soberano sob seus habitantes era eivada de objetivos escusos e particulares, não direcionado a nenhum tipo de interesse coletivo, mas sim aos anseios de momento para o bom desempenho político e econômico de quem se encontrava no poder, o que, automaticamente, concedia para a atividade regulatória estatal a mera condição de instituto repressor, em caráter proibitivo, para

2 MORAES, Alexandre de (Organ). *Agências Reguladoras*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 22.

3 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003, p. 54.

estancar as atividades que não lhe eram afetas.⁴

Essa era a temática da gestão liberal, que em sua essência padronizava a liberdade no desempenho das atividades econômicas, a propriedade, eixo principal da sociedade, e os contratos, que promoviam a circulação de bens.⁵

O notório fracasso deste modelo de organização sócio-política trouxe o questionamento acerca do ônus de se permitir a auto-regulação dos mercados. As visíveis desigualdades proporcionaram grandes conflitos em esfera pública, contrastando a impáfia das oligarquias com a situação de penúria da maioria da população.

Neste contexto, percebeu-se que a trajetória econômica e social da população necessitava de um balizador, alguém que monitorasse seu comportamento em visão macroscópica, atento aos anseios que brotassem na pluralidade de classes.

Sendo assim, gradualmente, adotou-se um estilo de governar mais intervencionista, direcionado para um objetivo coletivo. Nos dizeres de Alexandre Santos de ARAGÃO (2004, p. 56) este modo de governar é complexo por ter de contemplar diversos interesses.

Não é possível a adoção de um modelo político-econômico único em uma sociedade na qual existem diversas concepções reciprocamente excludentes, todas elas legítimas e protegidas pelo Direito. O Estado, ao contrário da administração econômica dos pequenos grupos homogêneos, deverá dar conta da pluralidade de concepções existentes no seio da sociedade. Noutras palavras, a decisão a respeito de como se dará a atuação do Estado no seio da sociedade (por exemplo, se mediante uma atuação empresarial estatal direta, ou através da regulação das empresas privadas), é questão que está sujeita ao processo político pluralista e democrático.

Esta, portanto, passa a ser a retórica do Estado Democrático de Direito, também conhecido pela denominação de “Estado do bem-estar social”, admitindo as falhas da política liberal-burguesa, e assumindo de vez a condição de norteador das decisões em âmbito

4 MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Editora, 2ª ed., 1988, p. 15.

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Económico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 49.

público.

Apesar do já citado berço inglês, a regulação por meio de órgãos autônomos, neste contexto do Estado Democrático, ganha real existência e feições atuais nos Estados Unidos da América, nação símbolo desta empreitada, a tal ponto de se afirmar que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências.⁶

Marçal JUSTEN FILHO (2002, p. 74), ao tratar do surgimento das Agências Reguladoras nos Estados Unidos insere tal assunto no contexto da expansão da rede ferroviária daquele país e afirma que “ao que parece, a primeira experiência envolveu uma comissão criada no estado de *Rhode Island* em 1839”. Ao contrário da experiência brasileira, como posteriormente se verá, cuja origem é federal, esse fenômeno iniciou-se na órbita estadual, tendo inclusive sido reconhecido pela Suprema Corte dos Estado Unidos em 1876, no julgamento do caso *Munn v. Illinois*⁷, que consagrou, sobretudo, o poder de regulação do Estado.

Contudo, o marco fundador das Agências Reguladoras norte-americanas é a criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887⁸, para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário, cujo objetivo não era limitar o mercado, mas sim organizá-lo, evitando concorrências predatórias e até mesmo a construção desnecessária de linhas com desperdício de recursos.

Segundo Conrado MENDES (2000, p. 99) a criação da ICC é a primeira fase na história das agências reguladoras norte-americanas. A segunda etapa teve vigência no período de 1930 a 1945, ocasionada pela política do *New Deal*, instaurada pelo presidente Roosevelt. “As reformas então idealizadas, com ampla intervenção do poder público na ordem econômica e social, foram sendo feitas mediante a criação de agências independentes

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 143.

7 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. *Agências Reguladoras: a experiência internacional e a avaliação da proposta de lei geral brasileira*. Brasília: CNI, 2004, p. 24.

8 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC. *Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, 2006, p. 125.

às quais foram sendo delegadas competências regulatórias”.⁹

Marçal JUSTEN FILHO (2002, p.77) também denomina esta fase como “primeira onda” da agencificação dos Estados Unidos. Essa fase, delineada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, desencadeou a urgente intervenção estatal na economia, com a aprovação de ampla delegabilidade de competências à estas instituições, afim de se absorver os diferentes impactos do mercado. O resultado, segundo Rosa Comella DORDA (1997, p.25) é uma enorme vinculação ao método da regulação.

(...) nos Estados Unidos é impossível imaginar uma só atividade humana, privada ou profissional, individual ou coletiva a que não se aplique um regramento que enuncie, com precisão exasperante, o modo e as circunstâncias de realização de tal atividade (...) Este fenômeno é verdadeiramente surpreendente se se tem em conta que faz só umas décadas a promulgação de regulamentos era uma atividade estranha ao modo habitual de adoção de decisões no seio dos órgãos administrativos.

Ainda segundo Conrado MENDES (2000, p.99), a terceira fase se passa entre 1945 e 1965, ou conforme Marçal JUSTEN FILHO (2002, p.79), a “segunda onda” da agencificação norte-americana. Este lapso temporal ficou marcado pela edição do *Administrative Procedural Act* (APA), que se lançava como uma lei de procedimento administrativo direcionado à uniformização de condutas, viabilizando maior segurança jurídica para a população, pois autorizava a participação de indivíduos e grupos legitimados para direitos coletivos e difusos nas decisões das agências.¹⁰

Descreve Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2002, p.146) que o APA elaborou dois tipos de procedimento: “o **rulemaking**, quando a agência baixasse normas gerais, e a **adjudication**, quando a agência praticasse atos individuais.” Visavam conceder mais transparência aos métodos das agências, predominando inicialmente o uso de atos individuais, ainda que ambos estivessem sujeitos ao controle do judiciário.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 145

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 235.

Porém, é nesta passagem histórica que grandes grupos de agentes econômicos patrocinaram a captura das agências, exercendo forte pressão e influência, afim de definir junto à estes órgãos os termos dos futuros regulamentos que deveriam seguir. E é neste contexto que em 1985 inicia-se o período atual, encaixando os órgãos regulatórios em um modelo independente, mas com bons controles externos públicos, para que eles se mantivessem isentos das influências governamentais e também de grandes grupos de capitais.¹¹

Os motivos que conferiram aos órgãos reguladores dos Estados Unidos uma boa margem de independência se mostram claros: composição de conflitos como terceiro imparcial, mesmo sem estabelecer coisa julgada; a desconfiança do Congresso na figura do Presidente; competência profissional e coerência nas ações administrativas; necessidade de uma regulação técnica, acompanhando a evolução do mercado, sem o envolvimento de interesses político-partidários; forma de estabelecer equilíbrio nos conflitos entre os Três Poderes, uma vez que seus servidores não podem ser livremente exonerados pelo Presidente.¹²

Contudo, na opinião de muitos americanos, essa independência poderia restringir o exercício presidencial de certas obrigações previstas na Constituição, o que gerava grande discussão acerca da questão do poder de exoneração conferido ao chefe do Executivo. Neste viés, foram editadas, enfim, as *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498 que submetiam os atos das agências a uma prévia aprovação do *Office Management and Budget*, órgão diretamente vinculado ao Presidente. E ainda houve o aperfeiçoamento desta disciplina na *Executive Order* nº 12.886, editada pelo Presidente Bill Clinton, obrigando as agências à comunicarem suas intenções procedimentais para um órgão central do governo, o *Regulatory Working Group*, que passou a orientá-las sobre a necessidade de suas regulações, suas duplicidades ou contradições com a política governamental, afim de tornar coesa a orientação das diferentes políticas públicas.¹³

11 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC. *Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, 2006, p. 126.

12 RODRIGUEZ, Andres Betancor. *Las Administraciones Independientes – un reto para el Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos: Madrid, 1994, p. 32.

13 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 234-235.

Nota-se que até mesmo em um país no qual o instituto regulatório acompanha a própria natureza do direito administrativo nacional, os problemas de influência e conflito entre os três poderes são ainda hoje bastante salientes em vista das rápidas transformações do mercado de capitais, que se torna cada vez mais voraz em busca da consecução de objetivos, os quais invariavelmente consistem na busca de lucro e poder.

Mesmo assim, o modelo dos Estados Unidos é flagrante base para a política governamental brasileira iniciada na década de 90, operando uma nova era do sistema administrativo do país, influenciado em muito pela globalização e as privatizações dos órgãos estaduais responsáveis pela execução dos serviços públicos.¹⁴

1.2 Conceito

No Brasil não há referência normativa definindo o que sejam agências reguladoras, tanto pela ausência de lei genérica, quanto pela recente introdução deste modelo na conjuntura governamental do país, motivo que faz com que, aos poucos, se elabore uma configuração, por certo ainda muito desconexa, à medida que vão surgindo estas novas instituições.

A difícil tarefa de padronizar certas atividades econômicas dentro de um Estado soberano é algo que rende diversos contratempos no que tange o alinhamento dos inúmeros interesses particulares colocados nos lados da balança, e, em se tratando da atividade de prestação de serviços públicos, tal fiel se coloca ainda mais sensível à qualquer tipo de alteração normativa, uma vez que a população está assegurada e de certa forma consciente dos deveres de prestação que estão sob a responsabilidade governamental.

Os pilares do país que se direciona a proporcionar um certo equilíbrio econômico e social, devem conter, por absoluta obrigação, o poder de certos instrumentos para que caracterizem substância pública, e por consequência, a valorização do povo enquanto

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.144.

seres humanos portadores de direitos e obrigações.

A instituição de órgãos reguladores deve ter essa padronização em mente, respeitando os pioneirismos do capital particular mas sem perder, em nenhum instante, as rédeas de sua própria política de desenvolvimento.

Sendo assim, o conceito de agência reguladora deve ser observado em cada caso, levando em conta a nação e os precedentes destes institutos. Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2006, p. 434) “Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”.

Tal definição se demonstra bastante alargada, sendo interessante abordar o significado da palavra “regular” que difere, no Brasil, da palavra “regulamentar”. O primeiro termo é empregado para referir-se ao estabelecimento de regras por qualquer um dos três poderes, sendo órgão da Administração direta ou indireta, abrangendo inclusive a regulamentação, que também aponta o ditame de regras jurídicas, mas isso como competência exclusiva do Poder Executivo, já que não é item passível de delegação.¹⁵

Partindo para um enfoque mais técnico e específico, Alexandre Santos de ARAGÃO (2004, p. 275), atribui ao conceito de agências reguladoras um viés mais descritivo.

(...) podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*.

Tal conceito apesar de bastante claro e objetivo é muito aprofundado, e, na falta de melhor conceituação legislativa, se torna temeroso por existir a possibilidade de

15 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10.ed. Rev. E atual. Até 03.01.2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, Artigo 84.

excluir determinadas entidades que objetam a regulação de determinado nicho econômico brasileiro, e possivelmente só uma definição da letra da lei poderá um dia observar quem faz e quem não faz parte do grupo de agências reguladoras no Brasil, ou seja, entidades que há muito praticam a atividade regulatória, mesmo antes do surgimento do termo “agência” no meio administrativo brasileiro, podem ficar de fora de tal definição, por não terem a exata corporificação das agências mais conhecidas.

Para Conrado MENDES (2000, p. 138) o motivo da introdução dos doutrinadores neste tema “é a busca constante por um conceito de agência reguladora, para que proporcione maior conforto intelectual e facilite o raciocínio, sirva como uma ferramenta para separar o joio do trigo, a agência da não-agência”.

Essa tentativa não é tão produtiva na prática, e pode até mesmo embaçar a visão acerca do que realmente importa definir conceitualmente nos órgãos reguladores, talvez por estabelecer a presente situação a impossibilidade de redução dos termos para um conceito limitado, dificultando a sua compreensão.

Urge, portanto, reconhecer que a elaboração dos conceitos e a pesquisa das essências devem suceder e não preceder a análise da vida jurídica em sua evolução fática. Urge aperfeiçoar os instrumentos de observação desta realidade dos fatos, buscando o conhecimento do direito efetivo e não apenas do direito real, enunciado na lei.¹⁶

Assimilando isto se pode vislumbrar que de alguma forma a imposição de conceitos limitados pode ferir a evolução e o aprimoramento do entendimento do que de fato se transforma e se transformará no conjunto de agências reguladoras brasileiras. Marçal JUSTEN FILHO (2002, p. 126) estabelece quatro requisitos de grande importância para auxiliar na definição de tais órgãos: natureza estatal; autonomia relativa; ausência de vinculação ao sistema eleitoral; concentração de conhecimentos e competências técnico-científicas.

16 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 3-4.

Tais indicações sem dúvida podem fazer parte de um futuro conceito de agência reguladora brasileira por conterem institutos da própria essência administrativa, e evitarem a exclusão de qualquer entidade que hoje se encontraria um pouco desencontrada na busca de uma delimitação de território nesta zona nebulosa da legislação. O astuto desenvolvimento do capital privado nas diferentes regiões econômicas da prestação de serviços exige uma atenta apreciação do tema, que põe em jogo a identidade nacional.

1.3 Surgimento das Agências Reguladoras no Brasil

Em tese, o surgimento das Agências Reguladoras no Brasil está atrelado à chamada Reforma Administrativa que impôs a criação da dualidade agências executivas e agências reguladoras, sendo que as primeiras não possuem competência reguladora (art. 37, § 8º da CF).

Contudo não é descabido afirmar que em verdade “o surgimento das agências reguladoras no Brasil é consecutivo à desestatização dos serviços públicos”.¹⁷ Isto pode ser afirmado porque de imediato surgiu a necessidade de se administrar o que passava a ocorrer no tratativo da iniciativa particular com a população que estava habituada ao anterior modo de operar estatal.

Aragon Érico DASSO JÚNIOR (2006, p. 263) registra um apanhado das privatizações no Brasil, separando-as em grandes épocas a partir da década de 80.

Três fases podem ser observadas no processo de privatizações no Brasil. A primeira fase, na segunda metade dos anos 1980, durante o governo José Sarney, esteve marcada por “reprivatizações” de empresas que já haviam pertencido ao setor privado e foram absorvidas pelo Estado. A segunda fase iniciou-se no governo Fernando Collor, em 1990, via Programa Nacional de Desestatização (PND) e atingiu também o governo Itamar Franco. A terceira fase foi inaugurada no governo Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995 e incluiu, também, a partir de 1996, os Estados, pela via dos Programas Estaduais de Desestatização (PEDs).

17 MASTRANGELO, Cláudio. *Agências Reguladoras e Participação Cidadã*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

O processo de privatizações ocorrido nos governos José Sarney, Fernando Collor e Itamar Franco foi basicamente de empresas industriais. Já as privatizações do período Fernando Henrique Cardoso foram basicamente de serviços públicos.

O que se pode afirmar, por pura observação, é que a novidade em se tratando do Direito Público brasileiro não é a instituição de uma entidade da administração dotado de certa independência abrigando a responsabilidade de regulamentação de um determinado ramo econômico, mas a estrutura administrativa das agências em si, adaptadas à esta nova realidade de privatizações, principalmente dos serviços públicos a partir da era Fernando Henrique Cardoso.

Se, por um lado, a divisão da Administração Pública em mais de um único centro de poder é um fenômeno muito mais amplo do que o surgimento das recentes agências reguladoras, não há de se menosprezar a importância destas, principalmente diante do contexto de desestatização e desregulamentação em que surgiram.¹⁸

É perfeitamente possível afirmar que a regulação já existia no Brasil muito antes de surgirem as atuais agências. Como exemplos tem-se o *Conselho Monetário Nacional* (Lei nº 4.595/64), que é órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, com competência regulatória na esfera econômica, mas de livre exoneração do colegiado pelo Presidente da República; o *Banco Central do Brasil* (Lei nº 4.595/64) subordinado ao Conselho Monetário Nacional; e ainda destaca-se a *Comissão de Valores Mobiliários* (Lei nº 6.385/76) dotada de flagrante poder regulatório, afora outros exemplos.

Cabe concluir portanto que diversos fatores fizeram amadurecer a idéia de regulação brasileira, sendo crucial admitir também que a diferenciação nas estruturas destes órgãos é causada não só pelos tumultos econômicos internos, mas sim por toda uma rede global de acontecimentos que impulsionaram os mercados a se interligarem, dando nascimento à relações comerciais espantosamente mais rápidas e mais evoluídas, abrangendo ainda mais a necessidade do acompanhamento técnico-científico por parte das autoridades

18 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 263.

responsáveis pelas diversas formas de intervenção governamental na propriedade e no empreendedorismo privados. “A rede de influência social sobre a política pública ampliou-se em complexidade e extensão, gerando novas exigências de estruturação do Estado e da Sociedade”,¹⁹ motivo que não deixou escolha à Administração à não ser acolher formas de determinar os principais rumos de cada atividade com uma entidade pautada na especialidade de suas atribuições, que detém o efetivo conhecimento sobre qual política pública deve se filiar afim de delinear determinada questão.

Embasadas no objetivo da otimização funcional, hoje pode-se listar as principais agências em atividade no Brasil:

1. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações);
2. Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478/97;
3. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/96;
4. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei nº 9.961/00;
5. Agência Nacional de Águas (ANA) criada pela Lei nº 9.984/00;
6. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída pela Lei nº 9.782/99;
7. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), instituída pela Lei nº 10.233/01;
8. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela Lei nº 10.233/01;
9. Agência Nacional do Cinema (ANCINE), instituída pela Medida Provisória nº 2.228-1/01;
10. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182/05.

¹⁹ ARANHA, Márcio Iorio. *Agências: sua Introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Organ.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 165.

Apesar de entre elas existir uma certa idéia de identidade estrutural, o fato de todas terem como marco balizador a própria lei de criação demonstra suas gritantes diferenças internas, pela já comentada ausência de lei genérica disciplinando o tema.

Outro fato que passa a chamar atenção é que, apesar de em um primeiro momento as agências terem sido formuladas em virtude da desestatização dos serviços públicos, logo foram criadas outras para observar a atividade econômica *stricto sensu*, percebendo-se uma enorme intervenção estatal nestes setores.²⁰ É o exemplo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no intuito de manter sobre a vigilância governamental, atividades particulares que por sua singularidade, representam grande interesse público.

Essa postura leva a entender que a busca deste modelo é a tentativa de regular não só os serviços públicos, mas também as atividades que possuem interesse relevante para a coletividade. Elas se caracterizam por interesses fortes e conflitantes, e atingem facilmente a opinião pública.

1.4 Características divergentes no âmbito político brasileiro

Pelo exposto até o momento é natural entender que o surgimento das agências brasileiras não está conectado em um fator natural que coincide com uma história de evolução administrativa. Pelo contrário, foram utilizadas como artifício de defesa para um novo posicionamento estrutural do Estado, que a cada dia tratava de encolher mais os seus braços institucionais sobre o cotidiano dos cidadãos.

Em comparação com a vertente norte-americana Cláudio MASTRANGELO (2005, p. 26) esclarece os diferentes enfoques de necessidade no que tange este assunto.

Nos Estados Unidos da América, historicamente, o Estado não se preocupou em avocar a titularidade de uma dada atividade econômica, para que depois se delegasse a particulares o seu exercício em regime de Direito Público. As atividades

20 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267.

econômicas sempre estiveram por conta dos particulares, incrementando-se, gradativamente, sua regulação pelo Poder Público. Por isso mesmo, as agências reguladoras são bastante antigas no direito administrativo norte-americano, havendo quem afirme que a atividade regulatória lastreada em agências é a própria base do seu Direito Público.

Ou seja, a necessidade de acompanhar o ritmo global e o também necessário reforço de caixa para sustentar as façanhas do Plano Real foram os grandes criadores das agências no Brasil, em caminho totalmente oposto ao direito dos Estados Unidos, que essencialmente tem a prestação de serviços nas mãos de particulares. Exemplo disto é a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que foi posterior à privatização do setor elétrico. É a demonstração de que o governo Fernando Henrique Cardoso priorizava a resolução da crise fiscal que pairava em solo brasileiro, em detrimento da prestação do serviço público de energia elétrica, que é essencial para qualquer cidadão.²¹

Por isto mesmo é que ficou declarado o caráter emergencial como foram criadas, ressaltando a falta de lei comum para padronizá-las, levantando sucessivas discrepâncias entre elas, ao passo que os problemas de definição regulatória continuaram se aperfeiçoando em vista da nova conjuntura econômica.

A grande questão é de que forma esse transplante do direito dos Estados Unidos se encaixa na ideologia da Constituição brasileira. Nessa adaptação ao ordenamento constitucional “surgiram uma série de desarmonias, para não dizer inconstitucionalidades”²², como, por exemplo, o regime celetista, os métodos de licitação próprios e as contratações temporárias de longa duração, tudo isso diferentemente estabelecido em cada lei de criação.

Não se torna imperioso afirmar que as agências não são necessárias nos dias atuais, em vista da capacidade volátil de adaptação que possuem. Mas é clara a errônea maneira de implantação de sistema que não possui bases estruturais sadias, pendendo para um enorme problema de concordância legal.

21 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC. *Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, 2006, p. 356.

22 FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *As Agências Reguladoras no Contexto do Estado democrático de Direito*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Organ.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 203.

O que se espera de uma democracia séria é a limpidez de suas medidas à frente do poder de governança, sempre primando pelos bons princípios da Administração Pública, o que difere de audaciosos “experimentos” autárquicos que se adaptam conforme o humor de quem lhes institui as regras de sobrevivência no corpo funcional da máquina do Estado.

1.5 Aspectos jurídicos das agências brasileiras

Na conjuntura brasileira, o primeiro aspecto a ser observado é o da concessão para as agências reguladoras de um regime autárquico, dirigido por colegiados, ostentando os membros um mandato fixo e estável. Esse foi o encaixe possível na legislação do país pois, “para serem dotadas de personalidade jurídica, só poderiam, tendo em vista as funções coercitivas – de *jus imperii* – que exercem e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, revestir a forma de autarquia”.²³

Contudo, tais entidades não consagram a nítida função autárquica, sendo-lhes atribuída também a expressão “regime especial” em suas leis de criação, já que não estão claramente inseridas na posição de Administração Indireta, inaugurando um nicho intermediário no Direito Administrativo nacional, classificado por alguns doutrinadores como órgão de “Administração Independente”.²⁴

A questão mais importante acerca desta forma de constituição diz respeito à autonomia das agências que não deve ser meramente formal, sob pena de se expor a influências que as regrediriam ao posto de departamentos da administração direta.

Por isso, o principal trunfo destas instituições é a proibição da exoneração

23 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 272.

24 FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A Regulação do Serviço Público Concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 58.

ad nutum dos membros do colegiado dirigente, que entre si devem buscar um consenso decisório, fazendo com que se torne “mais distante a possibilidade de o dirigente submeter a instituição aos seus caprichos ou interesses pessoais”,²⁵ fato que dificulta os desvios de gestão na política administrativa das agências, mas não os impede, como se verá adiante, aliando-se este vício a outros já velhos conhecidos do governo federal.

No tocante à autonomia financeira, por corolário lógico, foi conferido à estas entidades a possibilidade de receitas próprias, advindas de diversas fontes, tudo conforme sua lei de criação.

A ANEEL, por exemplo, esta vinculada à origens orçamentárias oriundas da cobrança de taxas de fiscalização sobre serviços de energia elétrica e convênios com empresas (artigo 11 da Lei nº 9.427/96). Já a ANATEL adquire recursos das taxas de fiscalização, instalação e funcionamento, além de recursos provindos do orçamento anual (artigos 47 e 49 da Lei nº 9.472/97).

O regime jurídico dos seus servidores passou por diversas discussões, ao apanhado que se afastou o regime celetista, conforme descrição de Cláudio MASTRANGELO (2005, p. 66-67).

Evidentemente, andou mal a Lei nº 9.986/00, que, na esteira da extinção do regime jurídico único obrigatório (art. 39, *caput* da CF), pretendeu introduzir o regime de emprego nas agências reguladoras. Na ocasião, a impropriedade foi corrigida, graças ao oportuno ajuizamento da ADIn nº 2.310-1, que logrou sustar a vigência de seus artigos 1º, 2º e parágrafo único, embora em sede de liminar. Entretanto, a solução definitiva somente se implementou em face da Lei nº 10.871, de 20/05/04. O aludido diploma, além de revogar os malsinados dispositivos da Lei nº 9.986/00, criou as carreiras necessárias ao funcionamento das agências reguladoras (art. 1º). Por outro lado, estabeleceu sua submissão ao regime estatutário, previsto na Lei nº 8.112/90, embora ditando regras específicas, inclusive sobre avaliação de desempenho (art. 6º *caput*). Prescreveu, ademais, seu provimento por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 14). ademais, facultou às agências reguladoras a contratação de servidores por tempo determinado, pelo prazo de doze meses, nos termos da Lei nº 8.745/93, assim afastando o regime celetista, inclusive, em situações transitórias (art. 30).

25 SILVA, Fernando Quadros da. *Agências Reguladoras*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 103.

Passando-se para a análise das funções atribuídas às agências, o que se coloca em relevo é a própria concepção de regulação, donde podemos retirar o exercício de atividades inerentes ao conceito, tais quais a de normatizar o nicho econômico afeto à sua competência, dentro disto fiscalizar os subordinados deste nicho, aplicar sanções e mediar conflitos.²⁶

A função normativa é a própria identidade do conteúdo regulatório, sem o qual não se estaria falando de entidades autônomas emissores de conduta. No presente trabalho, a observação da elaboração de normas das agências reguladoras brasileiras será contrastado com sua relativa independência perante os Poderes do Estado, em análise dos diferentes conflitos que surgiram, e ainda surgem, no âmbito das competências em matéria de regulamentos e leis.

A função fiscalizadora destas entidades é outra grande razão de ser na sua existência, objetivando o correto cumprimento dos preceitos que regem o mercado e as diferentes atividades que cada agência administra, em consonância com o princípio da especialidade, variando de um caso para o outro. Alexandre Santos de ARAGÃO (2004, p. 317) explana sobre as diferentes bases da fiscalização regulatória.

(...) (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente, (b) reguladora de exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássico ou econômico.

Acompanhando a linha funcional, se as agências podem editar regras, e são competentes para fiscalizar essas regras, estão portanto aptas a exercer atividade sancionatória, punindo os transgressores dos seus dispositivos, como também apta a punir infrações à lei ou desrespeitos de cláusulas contratuais.

26 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 316.

Essas três funções coexistem na realidade regulatória, estando todas elas interligadas e dependentes umas das outras. Ainda que não exista na lei de criação da agência uma previsão de sanção própria (caso da Agência Nacional de Águas), não lhe é vedado buscar no restante do ordenamento preceitos que a amparem na efetivação de suas funções de vigilância e controle, contanto que eles sejam compatíveis e aplicáveis ao objeto em questão, obedecendo o princípio da legalidade, baseado na “exigência de condutas previamente estabelecidas em lei, quer por parte das empresas prestadoras, quer por parte dos usuários”.²⁷

Por fim, cabe destacar as funções de mediação, arbitragem e julgamento que estão imputadas às agências, já que possuem competência para decidir administrativamente os conflitos, dirimi-los, ou até mesmo realizar julgamentos.

Este campo funcional é outro ítem de importante abordagem se relacionado com os atuais questionamentos acerca da independência das agências reguladoras, uma vez que podemos observar relevantes conflitos em questões sociais sendo definidos sem a participação direta do Poder Judiciário, discussão a ser abordada mais à frente neste trabalho, angariando argumentos para, mais uma vez, analisar-se o grau de independência destas entidades.

27 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003, p. 187.

CAPÍTULO 2

PROBLEMAS RELACIONADOS À INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

2.1 Independência para com o Poder Judiciário

O Brasil, assim como outras nações, optou pela sistematização de seu conjunto legal baseado na unicidade da jurisdição, e tal definição está expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, XXXV, preceituando que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal aceção é um constante embate teórico, uma vez que o Direito Administrativo trabalha com vários conceitos indeterminados juridicamente, e por vezes é

questionável a intervenção judiciária baseada na inafastabilidade de sua tutela por se questionar quais são os prejuízos causados na clássica separação de poderes.²⁸

Quando aborda-se a complexidade técnica de algumas determinações administrativas colocadas em prática pelas diversas Agências Reguladoras brasileiras, fica difícil supor a migração do poder de se estabelecer condutas para as mãos de pessoas sem a devida especialização e mensuração de consequências subjetivas acerca do tema em análise.

Por outro lado, o sentimento de insegurança que geraria a simples taxatividade normativa por parte das entidades reguladoras, sem hipóteses de questionamento e oposição, também não configuraria nenhum paraíso aos comandados.

Observa Germana de Oliveira MORAES (2004, p.106) que:

Tanto a discricionariedade quanto a técnica legislativa de conceitos indeterminados são expressões de textura aberta da norma jurídica, que demandam complementação no momento da concretização do Direito. O problema que se põe é saber até que ponto somente o administrador poderá integrar a norma jurídica, sem que seja dado ao Poder Judiciário proceder a qualquer reexame deste processo.

Por consequência, o que é presumível é que as Agências Reguladoras não possuem uma autonomia irrestrita na consecução de suas atividades perante o Poder Judiciário, fato que inicia um conjunto de comprovações acerca das sérias limitações que sofrem estas entidades.

A independência estabelecida em suas leis de criação pode ser relativizada. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007, p. 437) afirma que: “Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa, da mesma forma que outros órgãos administrativos, mas isto não impede e não pode impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário...”.

28 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 107.

É evidente que não é plausível afirmar que de nada adianta todo o trabalho de um corpo de servidores sobre determinado objetivo político-econômico se ao bel prazer das forças jurídicas o caminho trilhado será outro.

Em geral, as decisões em ambiente judiciário sobre as diferentes realizações das Agências, quando rejeitam as decisões tomadas por estas entidades, não lhe impõem outra forma de agir no lugar, apenas inviabilizam a que está em discussão, permanecendo a discricionariedade para a escolha de outro método, e ressalvando-se ainda que em se operando grande dúvida, e não sendo desarazoadada a operação pretendida pela instituição reguladora, o mais correto é conferir legitimidade ao ato da Agência, devido ao seu aspecto técnico muito mais especializado que o dos juristas que analisam o conflito.²⁹

Portanto, o que é de certa forma claro, é que não cabe ao judiciário analisar o mérito das funções das entidades administrativas, mas apenas observar seu comportamento legal, ou seja, se elas estão de fato cumprindo as prerrogativas da lei para operar suas funções.

Ora, não é essa senão uma clara forma de contra-balancear o poder concedido aos juristas, para que, ao arrepio da separação de poderes, pudessem estes criar novas formas de proceder para os entes subordinados ao Poder Executivo.

Acompanhando tal assertiva, Mariano Magide HERRERO (2000, p. 287), traça seu parecer acerca da subordinação em questão falando em uma fundamentação com dois pilares:

O fundamento da limitação do controle judicial sobre o exercício pela Administração de poderes discricionários é duplo. Tal limitação tem, em primeiro lugar, fundamento de tipo competencial, que também poderia ser qualificado de institucional, tendo em vista que se refere às competências que caracterizam a posição institucional da Administração e do Poder Judiciário na estrutura constitucional de poder: os poderes discricionários advêm de uma remissão legal em favor da Administração, não dos juízes e tribunais, para que aquela colabore no processo progressivo de determinação do interesse geral, função esta que em um

29 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 353.

Estado democrático corresponde aos órgãos politicamente responsáveis perante os cidadãos, seja de maneira direta ou indireta. Em segundo lugar, a limitação surge naturalmente da natureza extrajurídica de alguns dos critérios nos quais se apóia a decisão discricionária. O caráter extrajurídico destes critérios impede que o juiz ou o tribunal fiscalizador possa, em princípio, substituir a decisão administrativa (controle de máxima intensidade), já que, sendo o Direito o seu único parâmetro de controle, no que pode haver outras opiniões, carece o órgão jurisdicional da possibilidade de construir critérios extrajurídicos que substituam aqueles adotados pela Administração”.

Evidentemente não é o engesso total dos Tribunais o que se vislumbra neste item. Por vezes, a situação posta em litígio confere a anulação de uma hipótese, e por consequência a adoção de uma segunda que se torna a única viável, mas nem por isso ganha semblante de criação jurídica, por se tratar de elaboração administrativa outrora abordada para outras situações.³⁰

A iniciativa de se discutir conceitos discricionários indeterminados, nos dias atuais, é bastante acessível devido às disponibilidades de se obter informação que são infinitamente superiores aos tempos passados, aliados ainda aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência dos atos administrativos, razão que leva a crer que cada vez mais os olhos da sociedade estão voltados para os afazeres dos servidores.

A Agência Reguladora, por toda a sua singularidade dentro do escopo dos poderes da nação, não está menos ou mais sujeita às discussões deste caráter legal. Pesa sobre ela, além do mais, o fato de ser uma relativa “novidade” brasileira, dona de variadas desconfianças, geradora de repetidos questionamentos, que podem tendenciar uma migração de suas imposições para as mesas do Judiciário, obstaculizando e tornando lenta a sua rotina na demarcação de diretrizes atinentes ao seu setor.

Neste sentido, um órgão de grande importância, velado pelos parâmetros constitucionais que lhe asseguram o exercício de suas atividades, e está apto a discutir as medidas adotadas pelas Agências Reguladoras brasileiras é o Ministério Público, responsável, cada vez mais, pela moralização e transparência do trabalho dos administradores públicos. Constitui o *parquet* importante forma de controle das agências, principalmente por ser

30 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 354.

legítimo proponente do inquérito civil e da ação civil pública

Sendo assim, o desgaste que pode ser observado em uma entidade regulatória devido às sucessivas intervenções do judiciário no seu dia-a-dia, pode acarretar um descrédito corporativo, tanto por parte da população, quanto por parte dos demais órgãos da Administração.

É perigoso afirmar se é ou não correta a sistematização do controle judicial no Brasil, mas é forçoso crer que é dever das Agências Reguladoras operar com máximo cuidado, não deixando brechas legais para se contestar seus procedimentos, elaborando mecanismos que sustentem a integridade de seus pareceres.

Enfim, deve abster-se de ter seus métodos analisados por pura falta de critério legal, o que mancha o seu princípio da eficiência, e colabora com aqueles que entendem sua existência um grande problema, muito mais que uma solução para sistema administrativo brasileiro.

2.2 Independência para com o Poder Legislativo

A função legislativa no Brasil, e em especial a do Congresso Nacional, ao contrário do que se imagina, de plano, não é apenas elaborar leis. Alexandre de MORAES (2002, p. 375) afirma que “as funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância”.

Ainda que se diga que uma entidade administrativa, tais quais as Agências Reguladoras, seja criada com uma certa gama de independência funcional, não deixa de ser possível a interferência do Legislador, pois a autonomia concedida não é posta de forma tão profunda a ponto de manter-se alheia aos objetivos-fins, e fora do alcance dos olhos de quem persegue tal cumprimento.³¹

31 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*.

A Constituição da República Federativa do Brasil (art. 49, X) assegura ao Poder Legislativo a prerrogativa de fiscalizar em todos os aspectos a conduta das Agências Reguladoras, e até mesmo paralisar os atos que se demonstrarem desgarrados da sua lei de criação ou das leis gerais que regem a Administração Pública (art. 49, V).

Pertinente, portanto, é afirmar que o dever de obediência legal neste caso, é fator determinante da atuação legislativa, pois “a idéia básica é a de que a medida há que estar prevista em lei e ser estritamente necessária numa sociedade democrática para a consecução da finalidade em causa”³², cumprindo um importante ciclo de eficiência em se tratando de entidade pública.

A clareza destes deveres do Poder Legislativo pode ser melhor embasada através do discurso de Caio Tácito:

No exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos, em princípio, gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham. Temos, contudo, sustentado a necessidade de temperamento da latitude discricionária de ato do poder legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válido. O princípio geral de direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do Legislador. (...) A ilegitimidade de todo fim, diverso daquele constitucionalmente previsto, conduz logicamente a configurar-se, no plano legislativo, aquele vício de causa dos atos administrativos, que é o excesso de poder.³³

Está enraizada na matriz da Agência Reguladora, sua lei de criação, a participação do Poder Legislativo, ainda que a iniciativa de criação de tal autarquia de regime especial seja de competência privativa do Executivo (art. 61, § 1º, II, *b* da Constituição Federal).

2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 334.

32 DA SILVA, José Afonso. *Direitos da criança e liberdade de informação*. Revista de Direito Administrativo, 188, p. 390.

33 TÁCITO, Caio. *O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, 188, p. 04-07.

Aliado a esse fato não se pode olvidar que as hipóteses de alteração na sua legislação, e até mesmo a sua extinção, seja discutida nas mesas dos legisladores, o que ressalta ainda mais a dependência perante esse Poder. A extinção inclusive, por coerência funcional, é afeita nos casos previstos em lei, para que, de maneira alguma, situações agudas possam colocar a soberania estatal abaixo de interesses privados que flagrantemente se sobressaíram no cotidiano de algum dos entes reguladores responsáveis pela guarda dos interesses públicos naquele nicho de atuação.³⁴

É também relevante a apreciação do Poder Legislativo nas situações em que a dependência da Agência Reguladora está de tal forma deturpada perante outro ente federativo que seus vínculos hierárquicos podem ser perfeitamente confundidos com os de um outro Órgão da Administração Direta qualquer, separando-se do seu condão originário e da sua posição inicial.³⁵

Não menos importante é mencionar a direta relação que possui o Legislativo no que tange a disciplina de investidura dos diretores das Agências Reguladoras. A Lei 9.986/00 estabelece, nos seus artigos 4 a 10, a disciplina geral de escolha de tais dirigentes, quando determina que terão de ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e alto conceito no campo específico do cargo, nomeados pelo Presidente da República para mandato de período determinado.

Contudo, a nomeação pelo chefe do Executivo está à mercê da aprovação por parte do Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que se constitua a investidura do dirigente. Ou seja, sem o consentimento dos integrantes da casa legislativa não se escolhe um diretor de Agência Reguladora, demonstrando que sua história dentro da entidade está diretamente ligada à aceitação de seu nome para o desempenho da função.

34 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 335.

35 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Agências Reguladoras*. Revista de Direito Administrativo – RDA, 216, item 5.

Por fim, é prudente ressaltar que a autonomia orçamentária das agências reguladoras é limitada perante o Princípio da Unidade Orçamentária que contingencia suas verbas.³⁶ Ainda que a entidade elabore proposta de gastos ao longo do período orçamentário, ela não é indiscutível, e por lógica procedimental, está fadada a ter seus recursos redefinidos e aprovados pelo Poder Legislativo, assim como o orçamento dos demais órgãos governamentais, a exemplo de todas as demais autarquias.

Portanto, inicialmente pode-se imaginar que o desenho estrutural das Agências Reguladoras brasileiras está totalmente ligado ao Poder Executivo por ser, de certa forma, um desmembramento deste. Porém é inegável a enorme influência acarretada pelo Poder Legislativo sobre a criação, o dia-a-dia, e até mesmo a extinção destas entidades.

Demonstra-se assim que os interesses da casa legislativa, no atual sistema das autarquias de regime especial, pode acabar por interferir nos seus rumos institucionais, muitas vezes colaborando com objetivos alheios aos seu verdadeiro dever como entidade reguladora, colocando mais uma vez em xeque a sua suposta autonomia.

2.3 Independência para com o Poder Executivo

Ainda mais tênue, devido à grande quantidade de pontos de contato existentes, é a autonomia das Agências Reguladoras perante o Poder Executivo. Correto inclusive, seria afirmar que fazem parte do próprio Poder Executivo, fato que exige um viés diferenciado na análise do seu grau de independência.

Portanto, não é lógico aprofundar-se na investigação de quão independente é uma instituição pública em relação a um dos poderes da República se ela é, de fato, parte integrante deste poder.

Acompanhando a idéia de se estar tratando de entidades classificadas como autarquias de regime especial, a real comparação acerca da autonomia das Agências

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 333.

Reguladoras no Brasil deve ser efetuada em relação ao Chefe do Poder Executivo e aos agentes a ele subordinados.³⁷

Superado tal estigma, merece concentração outro ponto crucial no exame de vinculações das Agências com o Chefe do Executivo, que nada mais é senão a nomeação e exoneração de seus dirigentes por esta autoridade.

Ao Chefe do Executivo é concedido a indicação de nomes para a direção das Agências Reguladoras, desde que o indicado cumpra os pré-requisitos, dependendo ainda, a nomeação, da concordância do Poder Legislativo.

Contudo, a polêmica dessas entidades reguladoras está localizada na exoneração de seus dirigentes, uma vez que, a princípio, a Constituição Federal brasileira de 1988 recepcionou o chamado mandato fixo destes servidores.

O tema já foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0 que teve por objeto questionar, por parte do Governador do Estado do Rio Grande do Sul, artigos da lei estadual que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). O julgamento do STF em 18/11/1999 acordou na permanência do dirigente da AGERGS frente à entidade, até que se comprovasse a ocorrência de fato delituoso tipificado que pudesse determinar a exoneração.³⁸

Por este embasamento percebeu-se que o STF optou pela estabilidade dos dirigentes das Agências Reguladoras, em detrimento da exoneração *ad nutum*, mesmo sendo perceptível que tais cargos são de comissão, contradizendo o texto constitucional inscrito no artigo 37, inciso II:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em

37 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 341.

38 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 342.

concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Eis aí uma clara interferência na gestão das autarquias, preconizada pela própria Constituição Federal brasileira de 1988, que foi amenizada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal com apoio da maior parte da doutrina. Fator esse que torna o grau de independência perante o Chefe do Executivo mais elevado na comparação com os poderes Judiciário e Legislativo, ocasionada pelo regime especial das agências não muito comum nas demais entidades da Administração Indireta, que lhe permite não ter, a princípio, atos revistos ou alterados pelo Poder Executivo.³⁹

Contudo, seria fantasioso imaginar que não exista nenhum tipo de influência pesando sobre os chefes destas entidades. Não há como negar que a indicação dos dirigentes das Agências Reguladoras no Brasil, na grande maioria dos casos, não se encontra inserida em um contexto cristalino, apoiado por fatores objetivos de competência e necessidade no intuito de se empossar o cidadão que mais se adequasse aos atributos exigidos para o cargo. Está sim, tal opção do Executivo, diretamente ligada com o interesse de sua política governamental, pois não é crível conceber a nomeação de um gestor que notoriamente desenvolve teorias em sentido contrário ao planejamento geral que inclui a área de atuação da agência em questão, mesmo estando sua reputação e seus conhecimentos lhe credenciando para a tarefa.

De outra forma, quando o mandato do dirigente de determinada Agência se estende para além do mandato do Chefe do Poder Executivo, e um novo é eleito, de visão política oposta, é comum perceber a “influência” que é praticada sobre os diretores eleitos pelo governante passado, para que eles passem a adotar uma nova forma de exercer suas atribuições.⁴⁰

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 142.

40 PRADO, Mariana Mota. **Agências Reguladoras, Independência e Desenho Institucional**. In: *Agências Reguladoras: Mercado de Capitais, Energia Elétrica e Petróleo*. II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia. Bovespa Duke Energy, Ipiranga e Instituto Tendências: São Paulo, 2005, p. 129.

Enfim, a percepção obtida da análise dos ciclos de autonomia das Agências Reguladoras Brasileiras não possui melhor sorte na esfera do Poder Executivo, por não relutar em invadir o território de atuação de entidades que supostamente teriam o dever de neutralidade na elaboração de seu conjunto normativo e regulatório.

A conjuntura política que atravessa o país é bastante prejudicial para a maturação destas autarquias de regime especial, o que prejudica sobremaneira o bom relacionamento de quem deve regular e de quem deve apenas governar.

2.4 A Independência frente aos interesses regulados

Para que fosse possível a implantação dos moldes regulatórios das Agências, essas tinham de ter um áurea de neutralidade que convencesse o mercado acerca da sua equidistância de todos os polos.

Por isso, sua proposta sempre foi pautada pelo não-acorrentamento de nenhum nicho que participasse de sua atividade, mas logo percebeu-se que a manutenção desta integridade não é tarefa fácil em se tratando do sistema político-econômico brasileiro repleto de pressões. É por isso que “para justificar-se a necessidade de “independência” ou de “autonomia” das Agências Reguladoras, busca-se desqualificar o “político” e supervalorizar o “técnico”.⁴¹

(...) o exercício do poder administrativo para a satisfação do interesse público comporta, se não quer ser arbitrário, de um lado, a identificação do quadro completo dos interesses, públicos ou privados, que estão em conexão com a atribuição da autoridade; de outro, a representação completa e exata dos fatos em relação aos quais

41 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC. *Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, 2006, p. 361.

o poder é exercido. A liberdade-vínculo que se chama discricionariedade consiste no poder-dever de representar fiel e completamente todos os fatos e de levar em conta todos os interesses envolvidos: ter em conta não é só considerar, mas atribui a cada um o seu peso.⁴²

Evidentemente, os três blocos que envolvem a vida de uma Agência Reguladora, quais sejam, Governo, iniciativa privada e usuários, não possuem uma paridade de representatividade de seus interesses. É talvez por isso que a correta postura seja, de certa forma, colocar-se sempre a favor dos usuários em vista da grande dificuldade que possuem na atribuição de suas necessidades no que tange a prestação de serviços públicos.

Contudo, a mera alusão do dever de auxiliar a boa prestação dos serviços para com a população, que inclusive é um dos pilares da atividade regulatória, não é suficiente:

Embora a proteção dos interesses dos usuários já permita uma ampliação da legitimidade democrática das agências reguladoras, ela não resolve o problema de falta de representatividade dos brasileiros ainda sem serviço. Portanto, para estar em consonância com a tarefa do Estado Democrático de diminuir as desigualdades sociais e de levar a toda a coletividade o bem-estar social, cabe também às agências reguladoras de serviços estatais universalizar a prestação destes serviços. Somente se inseridas nesse contexto de redefinição das relações entre público e privado, com destaque para a abertura de espaços de controle da sociedade civil, que as agências reguladoras poderão legitimamente cumprir com sua tarefa de regulação de atividades de interesse público, sejam elas efetivamente serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito.⁴³

Em verdade, tal recompensa para a população em geral consiste na mera obrigação do Estado em corresponder ao *quantum* tributário a ele confiado, mas o que se tem na prática são distorções que por vezes acabam afastando a atividade autárquica daquilo que

42 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 1992.

43 FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *As Agências Reguladoras no Contexto do Estado Democrático de Direito*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Organ.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 165.

não é senão a essência de sua existência: a concretização do Estado Democrático de Direito.

A hipossuficiência dos usuários diante dos outros dois agentes (Governo e iniciativa privada) não é algo incompreensível se a análise do tema apontar que a posição assumida pelas Agências Reguladoras pode representar poder e dinheiro, fatores invariavelmente interessantes na conjuntura social brasileira.

Os anseios naturalmente divergentes que habitam a realidade regulatória preenchem um somatório de tentativas de intervenção sem fim, e qualquer uma, tratando-se de iniciativa do Poder Público ou de iniciativa do poder econômico, podem ser amplamente nocivas e indesejáveis.⁴⁴

Esse assédio que sofrem as Agências Reguladoras pode ser denominado como fenômeno da “captura”, e consiste tanto na interferência do governo estatal, como também a interferência dos diversos agentes econômicos que são englobados dentro da norma regulatória em questão.

A captura pelo Poder Público, que, como já demonstrado, pode difundir-se de várias formas e através de qualquer um dos três poderes, pode ser definida como o “atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder às vicissitudes eleitorais”, de modo a induzir a “inviabilização da agência em função de um rápido processo de deslegitimação, primeiro perante os operadores e, a médio prazo, perante os próprios usuários”.⁴⁵

Porém, o fenômeno da captura teve suas primeiras demonstrações nos Estados Unidos, comprometendo o seu modelo regulatório, e classicamente refere-se a diminuição do seu grau de independência perante os agentes regulados, ou seja, aqueles que sob atividade privada se implicam na prestação de um serviço que outrora possuíam o condão de exclusividade do Poder Público.⁴⁶

44 MASTRANGELO, Cláudio. *Agências Reguladoras e Participação Cidadã*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

45 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90.

46 MASTRANGELO, Cláudio. *Agências Reguladoras e Participação Cidadã*. Porto Alegre: Livraria do

Esse fenômeno encaixa-se dentro das fases pela qual passa a atividade regulatória, que em geral são bastante coincidentes. Inicialmente, a Agência Reguladora ataca a demanda que lhe originou a criação, atuando com êxito e por muitas vezes desagradando os agentes regulados. Adiante, como naturalmente instrui a sua lei de criação, por necessitar de pessoas dotadas de especial conhecimento técnico acerca da atividade que regula, ocorrem trocas entre a agência e os agentes integrantes do setor regulado. Então, surge a captura, já na fase decadente da agência, que fica sobremaneira dominada pelas prestadoras de serviço, passando inclusive a protegê-las, não importando se isto signifique cristalino prejuízo ao público.⁴⁷

Para Marcelo BEMERGUY (2004, p.12), um fator que diversas vezes colaborou para criar a captura pelos entes privados é que “a grande parte da expertise setorial capaz de produzir políticas, diretrizes e planejamento encontrava-se localizada em empresas estatais. Essa competência foi dissipada por uma agressiva redução de quadros”. Isso porque muitas empresas públicas, já visando sua futura privatização, promoveram diversos programas de demissão incentivada.

O poderio econômico dos agentes do setor é também fator condicionante da captura, em virtude da grande condição que possui de constranger o mercado a seguir seus interesses. Marçal JUSTEN FILHO (2002, p. 370) aponta que a situação chega ao estágio de inverter-se, pois “a própria memória da atuação regulativa transfere-se da agência para os setores regulados”, e disso que resulta que as agências passam a depender “diretamente dos entes regulados”.

Portanto, não é pacífico afirmar-se que a idéia inicial na implantação das Agências Reguladoras, aquela equidistância dos três grupos ao qual se relaciona, manteve-se de pé diante das específicas situações que o cotidiano político-econômico brasileiro é capaz de produzir.

Advogado, 2005, p. 112.

47 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 72.

A vitalidade inicial com que as Agências Reguladoras começam os seus trabalhos deveria ser o seu contínuo ritmo, dotado de isenção e seriedade, independentemente das pressões externas. Essas por sua vez tinham de ser melhor controladas por mecanismos legais que orientassem um relacionamento mais saudável das entidades reguladoras tanto para com o Poder Público, quanto para com o grupo de entes que tem de observar as normas regulatórias.

A infeliz percepção que resta é que o único polo da relação que não extrapola os seus interesses é justamente o cidadão, usuário ou receptor final do serviço prestado pela concessionária. É essa discrepância, de grande gravidade, o principal vício de existência das Agências Reguladoras, pois vai contra o seu principal objetivo, bem servir a população.

Convém, portanto, direcionar o estudo desse enfoque para a concreta atividade desempenhada pelas Agências Reguladoras no Brasil, examinado de que maneira elas tratam o objeto de sua atividade, listando os principais exemplos em nível federal, a composição de suas diretorias, e as características peculiares que impedem sua maior autonomia.

CAPÍTULO 3

RELAÇÃO FÁTICA DO FUNCIONAMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM AS ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO

3.1 Objeto das Agências Reguladoras Brasileiras

As atribuições que comportam as Agências Reguladoras no Brasil podem variar seu núcleo de concentração, dando mostras de um certo grau de heterogeneidade, em

que a especificidade não se encontra somente relacionada à atividade regulada, mas também ao setor de atuação que é conveniente ao Governo, tornando maleáveis as concepções de legalidade e normatividade, mas apenas dentro desta sub-classificação que diz respeito ao objeto específico designado.

A classificação das agências reguladoras segundo o seu objeto e a distinta natureza e regime jurídico dos diversos instrumentos de regulação estatal da economia, mais especificamente dos serviços públicos, monopólios e atividades privadas de interesse público, tem importantes reflexos nos limites e na natureza do poder normativo das agências.⁴⁸

Nitidamente a atuação do ente regulador busca vínculo com algo que traga relevância e resultados perante a conjuntura social, à qual é dever estatal zelar e bem organizar, e como já visto, a atuação tem de estar contida dentro da esfera legal, jamais rompendo a barreira do que é de fato permitido em termos de legislação.

Uma vez amparadas pela sua capacidade legal de atuação, as Agências Reguladoras fazem valer a prerrogativa do seu poder normativo no desempenho de suas funções, que tradicionalmente pertenciam ao Chefe do Poder Executivo, o qual promovia regulamentos de execução ou regulamentos executivos em relação ao Estado, através de decretos, muitas vezes suplementares aos espaços técnicos que a norma geral acabou omitindo quando instalou-se definitivamente.⁴⁹

O setor que terá suas atividades direcionadas para o crivo de uma determinada Agência não deve, sob pena de romper-se a competência natural dos diferentes braços do Estado, estar sujeito à caprichos normativos de autonomia irrestrita. Os chamados “regulamentos autônomos” não são concebíveis neste segmento:

(...) a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da

48 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 383.

49 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 427.

Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não tem fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.⁵⁰

A lógica apresentada é perfeitamente coerente, pois se estaria admitindo que, seja na concessão de serviços públicos, seja na observação das atividades de interesse público, ocorressem conflitos de normas que acarretariam total insegurança legal para os entes privados que se aventuram em cada atividade.

É por isso que a professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007, p. 438) complementa sua explicação apontando o que de fato é dever das agências normatizar:

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências. A lei utiliza, muitas vezes, conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgãos técnicos especializados.

Portanto, é explícito o caráter suplementar desempenhado pelas entidades reguladoras na política estatal brasileira, e o quão atreladas aos interesses superiores estão, pairando mais uma vez a relativização de sua estranha autonomia, não que isso seja uma inconsistência constitucional, mas sim uma problemática instituição mal elaborada pelo Poder Público.

Superado o dever de análise da relação entre legalidade e normatividade no âmbito das Agências Reguladoras, cumpre adentrar as diferentes esferas ou setores de atuação, afim de demonstra-se como cada conjunto de regras participa do dia-a-dia econômico e social do país.

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 438.

Como ponto de partida para tal enfoque pode-se observar a concepção de Calixto SALOMÃO FILHO (2001, p. 15) quando afirma que a atividade regulatória das agências “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão do serviço público ou o exercício do poder de polícia”.

Por certo esta conceituação é bastante ampla, amparada talvez na complexidade que o fenômeno regulatório representa nos atuais dias, mas ao mesmo tempo é revestida de coerência quando separa o objeto da regulação em concessão de serviços públicos e exercício do poder de polícia. Certamente é a visualização geral que deve-se ter da estruturação das Agências Reguladoras brasileiras, faltando apenas um amadurecimento prático no que tange a separação das atividades que estão contidas em cada uma destas grandes esferas, motivo pelo qual estes itens devem ser esmiuçados, afim de preenchê-los de melhor compreensão.

3.1.1 Concessão de Serviços Públicos

Esta é uma modalidade de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada digna de cuidados e vigilância, por envolver diretamente um conjunto de necessidades básicas da população em geral. Pertinente é a definição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007, p. 273):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (...)

A concessão vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades (...).

Sem dúvida a maioria das Agências Reguladoras no Brasil tem como objeto

a regulação na prestação dos serviços públicos, abrangendo a relação entre o Poder Público, atuando como concedente, as delegatárias, que se tratam da iniciativa privada visando o lucro na exploração da atividade em questão, e dessas com os consumidores ou usuários do serviço oferecido.

Na proposta de Lucia Helena SALGADO (2003, p.32) nessa modalidade de entidades regulatórias também pode-se aplicar a nomeação de Agências de Governo, porque são responsáveis pela observação das intenções superiores e “executam as diretrizes de governo”.

Em teoria, é de imensa amplitude o poder da Administração Pública neste tipo de relação, que unilateralmente estabelece as regras gerais do setor, instruções, circulares, ordens e demais mandamentos, restando para o Concessionário apenas a prerrogativa de vislumbrar mantido, em situações de adversidade, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato celebrado.⁵¹

Na constatação de que se encontram as entidades regulatórias administrando tais prerrogativas do Poder Público, já é possível perceber que a ampla condição de superioridade, por força das deficiências na autonomia das Agências Reguladoras, não são de envergadura tão avantajada assim. Em primeiro lugar em virtude da já citada base normativa obrigatória, contemplando competências previamente estabelecidas,⁵² em segundo pelas também comentadas influências que a iniciativa privada exerce sobre quem deve regular o setor, abarcando a “captura” da entidade, refém, por diversas vezes, da condição econômica imensamente vantajosa que representa determinado nicho empresarial, e por último devido aos freios legais impostos por Conselhos e Ministérios da própria Administração, previamente estabelecidos na intenção de não ver alterados os rumos que entende convenientes para o específico território de atividade do serviço público regulado.

O que resta então são questões de segunda ordem, como meros ajustes de

51 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 539.

52 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Económico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 386.

simplicidade aritmética, que não ameaçam em nada os grandes interesses que circundam a atuação regulatória, além de referidas fiscalizações, penalizações e mediações também pré-determinadas nos contratos de concessão.

Remanesce para as agências reguladoras, apenas e tão-somente, não inovando a ordem jurídica, editar atos normativos sobre matérias estritamente técnicas. Os *standards* então estariam traçados nas leis. As leis criadoras das agências reguladoras estabelecem os balizamentos gerais da regulação em matéria de telecomunicações, por exemplo, e restaria à agência reguladora, no exercício da função normativa, a particularização da regra, provendo os pormenores para sua concretização.⁵³

Percebe-se portanto que no que concerne a atividade de concessão de serviços públicos, a real regulação no setor, em verdade, ainda é exercida pelos órgãos centrais, estes sim grandes responsáveis pela fixação das políticas públicas de cada setor, à exemplo de Conselhos e Ministérios.

Pode significar por demais dispendiosa a estruturação de autarquias inteiras para a mera substituição da presença do Poder Executivo em funções de segundo escalão na condução supostamente regulatória da concessão de serviços públicos, sem que isto signifique real interpretação das necessidades mais corriqueiras da população, adentrando-se o perigoso terreno do desperdício de dinheiro público em virtude do tamanho desnecessário da máquina administrativa, que poderia operar de maneira mais objetiva, coesa, e sem falácias institucionais se simplesmente adequasse seus órgãos principais à serviços de menor complexidade.

Ainda que não configure a típica concessão de serviço público, cabe neste espaço realizar breve comentário da regulação da concessão para exploração de bens e atividades monopolizadas pelo Estado.

As diversas considerações anteriores se aplicam, com a ressalva de que não existe nesta hipótese uma relação que proporcione ao regulado a segurança do equilíbrio

53 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003, p. 168-169.

econômico e financeiro, mas uma aplicação da teoria geral da imprevisão que nada mais é senão “a possibilidade de revisão judicial dos contratos quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, torna sumamente onerosa a relação contratual, gerando a impossibilidade subjetiva de se executarem esses contratos”.⁵⁴

Nesta modalidade, o fato de o Estado ser o proprietário do bem monopolizado lhe permite algumas premissas contratuais, dotando a Agência Reguladora, a exemplo da ANP (Agência Nacional do Petróleo) e ANA (Agência Nacional de Águas), de maior grau de discricionariedade na elaboração dos regramento afins, porém, com a mesma limitação legal das agências pertinentes ao objeto da concessão de serviços públicos.

Em se comparando com a concessão de serviços públicos não se adita nenhum grande parâmetro a ponto de isentar plenamente as agências das influências já demonstradas na teoria da captura e das conhecidas intromissões governamentais.

3.1.2 Exercício do Poder de Polícia

Neste dever de exercício do Poder de Polícia, Lúcia Helena SALGADO (2003, p. 32) afirma que as agências com esta característica podem ser denominadas também como Agências de Estado já que “comportam simultaneamente aspectos regulatórios - como a superação de falhas do mercado – e programáticos.”

Esse setor de atuação das Agências Reguladoras brasileiras liga-se diretamente com as atividades privadas, que por sua importância e natureza, são de grande interesse público.

Existem doutrinadores que acompanham o pensamento de que órgãos mais antigos, tais como o Banco Central, o Cade, a Secretaria da Receita Federal, e o Conselho Monetário Nacional, em muito pouco diferem das atuais entidades reguladoras, não consistindo estas últimas em novidade tão grande assim em se tratando do contexto do direito

54 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 519.

administrativo no Brasil.⁵⁵

Contudo, existem itens singulares que dão uma noção com outro viés nesse tipo de regulação, direcionada especificamente para as atividades empresariais, interferindo literalmente naquilo que é caro para a coletividade, resguardando todas as demais liberdades da pessoa jurídica na busca de seus corriqueiros objetivos, da mesma forma como atuam as empresas sem vínculo institucional com o dever de observar as diversas formas de controle que sobre elas exercem as Agências Reguladoras do setor, como ressalta Alexandre Santos de ARAGÃO (2004, p.393):

Na regulação das atividades econômicas de interesse geral o Poder Público deve limitar-se a expedir as normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos, não podendo se imiscuir em assuntos íntimos das empresas, mesmo que atinentes a outros interesses públicos (ex.: a ANVISA, ao regular a produção de medicamentos, pode estabelecer os padrões da bula, os meios de identificação, os componentes mínimos, a obrigação de prestar informações aos médicos e usuários, etc., mas não poderá impor a obrigação da sua matéria-prima ser nacional para fomentar a indústria doméstica de insumos farmacêuticos).

Mensurar uma regulação que se embrenhasse em todos os parâmetros da atividade laborativa das empresas que lidam efetivamente com setores de interesse coletivo poderia significar a ceifagem do direito privado de se aventurar em meio aos benefícios e malefícios do capitalismo.

Sendo assim, no exercício de suas atribuições, não podem as Agências Reguladoras de atividades de interesse público, sob o argumento do seu Poder de Polícia, intervir a tal ponto de confundir-se a atividade operativa do regulado, que atua com autorizações, com a típica concessão de serviço público, ou seja, é ainda mais restrita a imposição de normas das entidades de regulação neste ponto, pois, se é de tamanha importância manter sob controle até mesmo os atos indiretos das empresas em questão, então seria natural que o Poder Público revertesse a condição desta atividade a fim de que se torne objeto de concessão, sob pena de se ter “concessão encoberta”.⁵⁶

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 435.

56 GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p.21.

O controle exercido, resguardadas as devidas restrições à entidade reguladora, é sempre de grande importância no cotidiano da população, pois embarca temas muito delicados, tais como os contratos de plano de saúde, os de previdência privada, os de fornecimento de serviços de telefonia e transmissão de dados, etc., itens que sem o devido cuidado organizacional, pelas suas simples imperfeições causadas pelo livre mercado, poderiam representar o caos e o pânico na desenvoltura político-social da nação.

Naturalmente, por representarem gigantes concentrações de capital, os ramos acima mencionados não são espécies lá muito dóceis, e diversas vezes o pacote de medidas das Agências Reguladoras, mais uma vez, põe a perspectiva dos contratantes destes serviços em segundo plano, acatando algumas exigências dos autorizados, seja na liberação de dispositivos normativos, seja na amenização de suas consequências.

Atente-se que essa influência sobre os rumos regulatórios de dado setor, causada pelo poderio econômico de determinados conglomerados empresariais, pode ser tanto direta como indireta, já que a pressão pode ser exercida por qualquer um dos Três Poderes estatais, seja por interesse próprio ou a pedido daqueles agentes autorizados.

Seja como for, a mudança de objeto das Agência Reguladoras no Brasil não significa, na prática, uma mudança firme de postura, estando quaisquer delas, independentemente das especificidades dos seus parâmetros de atuação, sujeitas aos agentes externos que alteram e mancham suas prerrogativas de autonomia e independência, invariavelmente favorecendo interesses de cunho político ou financeiro.

3.2 Agências Reguladoras em espécie no Brasil

A criação das Agências Reguladoras brasileiras obedece principalmente a reforma nos paradigmas administrativos do Estado, baseado no ambiente de privatizações dos

diferentes setores públicos.

É perceptível que este fenômeno teve início durante o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, e as diferentes leis de criação acabaram por obedecer um certo caráter cronológico, pois sequencialmente as mais novas sofreram influências das primeiras que as antecederam.⁵⁷

A primeira agência a surgir foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) instituída pela lei 9.427 de 26 de Dezembro de 1996, com a missão, conforme consta no sítio da Agência na Internet, de “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes em benefício da sociedade”, tendo seu Regulamento definido no Decreto nº 2.335 de 6 de Outubro de 1997 e o Regimento Interno aprovado pela Portaria nº 349 do Ministério de Minas e Energia.⁵⁸

Essa agência é a clara noção da errônea política governamental utilizada na criação das Agências Reguladoras no Brasil, pois quando procedeu-se a criação da ANEEL já havia se iniciado o processo de privatização do setor elétrico.

Conforme estabelece o artigo 2º de sua lei de criação, tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, é claro, conforme as políticas e diretrizes do governo federal.

O artigo 4º da Lei nº 9.427/96 estabelece que a ANEEL é dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, todos nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal, cumprindo mandatos não coincidentes de quatro anos.

Somente após 2004, ano da realização do seu primeiro concurso público, a ANEEL passou a contar com quadro de pessoal próprio, reforçado pelo segundo concurso

57 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC. *Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, 2006, p. 288.

58 Vide <http://www.aneel.gov.br> (consultado em 22/05/2009).

realizado em 2006.⁵⁹

Em suma, um exemplo de relativização da autonomia desta agência é um fato desencadeado pela crise da energia elétrica que se abateu sobre o país no início da década, quando a competência da ANEEL foi retalhada pela Medida Provisória nº 2.198-5/01, o qual criou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, conferindo inúmeras prerrogativas no setor.⁶⁰

Desta vez com antecedência ao movimento de desestatização do setor, que ocorreu com um leilão de privatização em 29 de julho de 1998, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi instituída pela Lei nº 9.472 de 16 de Julho de 1997, cuja regulamentação ocorreu pelo Decreto nº 2.338, de 07 de Outubro de 1997, justificada pela finalidade de promover o desenvolvimento das telecomunicações do País, de modo a dotá-lo de uma moderna infra-estrutura de telecomunicações.⁶¹

Alexandre Santos de ARAGÃO (2004, p. 277) explica que a ANATEL “é certamente a agência reguladora que recebeu o arcabouço institucional mais apurado, prévio à desestatização do setor e com uma definida divisão de competências entre os diversos agentes e órgãos públicos com competências na área”.

A ANATEL é conduzida por um Conselho Diretor, de cinco integrantes, todos escolhidos pelo Presidente da República, que também escolhe o Presidente de tal Conselho, sob aprovação do Senado Federal, acolhendo-se as exigências de serem brasileiros, de reputação ilibada, formação superior e elevado conhecimento no campo de sua especialidade, conforme preceituam os artigos 20, 23 e 24 da sua lei de criação.

A exemplo da agência anterior, somente em 2004 ocorreu o primeiro concurso público, seguido de outro em 2006, aonde o regime dos cargos disputados é o estatutário.⁶²

59 Vide <http://www.aneel.gov.br> (Consultado em 23/05/2009).

60 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 276.

61 Vide <http://www.anatel.gov.br> (consultado em 23/05/2009).

62 Vide <http://www.anatel.gov.br> (Consultado em 23/05/2009).

O artigo 19 da Lei nº 9.472/97 estabelece as competências da ANATEL que consistem em implementar a política nacional de telecomunicações, exercer funções de Poder Concedente no setor, expedir normas quanto à outorga de serviços no regime público e à prestação dos serviços no regime privado, padronizar os equipamentos das prestadoras de serviços de telecomunicações e assegurar a interconexão entre as redes.

Ressalta-se aqui a interferência do Poder Executivo Federal por existir a competência do Presidente da República para a aprovação do plano geral de metas para a universalização dos serviços e a definição do regime jurídico (seja ele público ou privado) dos serviços de telecomunicações, tudo devidamente expresso no artigo 18 da lei de criação.

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi criada pela Lei nº 9.478 de 6 de Agosto de 1997, cuja regulamentação e aprovação do Regimento Interno ocorreu graças ao Decreto nº 2.455, de 14 de Janeiro de 1998.⁶³

O real motivo da criação da ANP está atrelado à quebra do monopólio da Petrobrás para a exploração dos recursos do setor, direcionando a sua existência “para regular e fiscalizar as atividades econômicas antes realizadas por aquela companhia e agora podendo ser exercida também por outras empresas, mediante concessão ou autorização”.⁶⁴

A direção dessa agência é composta por um Diretor-Geral com mais quatro diretores, na forma colegiada, todos nomeados pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado Federal, para andato de 4 anos, não coincidindo o período entre os diretores.

A autonomia da Agência Reguladora em questão não é plena pela existência do Conselho Nacional de Política Energética, e pela prerrogativa atinente ao Presidente da República de definir critérios para o cálculo dos *royalties*.⁶⁵

63 Vide <http://www.anp.gov.br> (consultado em 26/05/2009).

64 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

65 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 278.

Já se tratando do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da Lei nº 9.782 de 26 de Janeiro de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.029 de 15 de Abril de 1999, sendo que primitivamente sua sigla era ANVS, tendo sido alterada para a sigla atual pela Medida Provisória 2.134-29, de 26 de Abril de 2001.⁶⁶

Conforme informa o artigo 6º de sua lei de criação, a principal finalidade é promover a proteção da saúde de toda a população, por meio da fiscalização sobre os métodos de produção e comercialização dos produtos submetidos à vigilância sanitária, incluindo aí os ambientes e os processos à ela relacionados.

A Diretoria, que é colegiada, possui um Presidente, e é composta de cinco membros, todos indicados pelo Presidente sob aprovação do Senado Federal, com mandato de 3 anos sendo aceita uma única recondução, conforme preceitua o artigo 10 da Lei 9.782/99.

Especificamente essa Agência Reguladora possui a condição de elaborar proposta afim de se estabelecer determinada política pública (art. 2º, §1º da Lei 9.782/99), mas a atribuição geral do setor continua sendo do Ministério da Saúde, verificando-se a impossibilidade desta entidade atuar totalmente livre de amarras.

Em consonância com o artigo 197 da Consituição da República Federativa do Brasil, com o advento da Lei 9.961 de 28 de Janeiro de 2000 foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cujo regulamento foi determinado pelo Decreto 3.327 de 05 de janeiro de 2000, e sendo a Resolução Normativa nº 81, de 02 de Setembro de 2004 quem prevê seu Regimento Interno.⁶⁷

A finalidade de tal agência está expressa no artigo 3º da sua lei de criação, e consiste na defesa do interesse público de regular as operadoras setoriais de assistência suplementar à saúde, englobando nisso sua relação com prestadores e consumidores.

66 Vide <http://www.anvisa.gov.br> (Consultado em 28/05/2009).

67 Vide <http://www.ans.gov.br> (Consultado em 28/05/2009).

A Diretoria é de cinco integrantes em forma de colegiado, sendo um Diretor-Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República mediante aval concedido pelo Senado Federal.

A característica forte dessa agência é a imersão em um estilo de conduta que exercita o Poder de Polícia do Estado, já que sua atuação recai sobre atividade econômica privada, não direcionando-se apenas para a tutela dos consumidores, mas o interesse da saúde suplementar como um todo.⁶⁸

Inserida no Sistema Nacional de Recursos Hídricos, está a Agência Nacional de Águas (ANA), originada da Lei 9.984 de 17 de Julho de 2000, regulamentada e regimentada pelo Decreto 3.692 de 19 de Dezembro de 2000.⁶⁹

Sistema regido pela Lei nº 9.433 de 08 de Janeiro de 1997, a chamada “Lei das Águas”, sendo a finalidade principal da ANA implantar uma política nacional dos recursos hídricos (art. 3º da Lei nº 9.984/00).

A Diretoria colegiada da ANA é composta por cinco Diretores, nomeados pelo Presidente da República, para mandatos não coincidentes de 4 anos, admitida uma recondução. Especificamente nesta agência existe a hipótese de exoneração imotivada dos dirigentes, se isto ocorrer nos quatro primeiros meses de mandato (art. 10 da Lei nº 9984/00).

Como vê-se, a atuação dessa entidade encontra-se muito dependente dos controles do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, demonstrando que o seu vínculo operacional com as diretrizes de tal planejamento em muito pouco lhe deixam brechas para inovar em seu objeto de atuação.

Conjuntamente, pela Lei nº 10.233 de 05 de Junho de 2001, foram criadas a

68 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 281.

69 Vide <http://www.ana.gov.br> (Consultado em 29/05/2009).

Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)⁷⁰, e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).⁷¹

A primeira teve seu Regulamento aprovado pelo Decreto nº 4.130 de 13 de Fevereiro de 2002, tendo por finalidade, de acordo com o artigo 20 da sua lei de criação, implementar as políticas Formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, e ainda, regular, supervisionar e fiscalizar as atividades exercidas por terceiros e que envolvam a utilização de transportes terrestres.

Vale ressaltar que a Lei nº 10.233/01 também criou o referido Conselho Nacional de Integração das Políticas de Transporte (CONIT), assim como o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT), para que fossem assumidas as atribuições antes dadas ao extinto Departamento Nacional de Estrada e Rodagem (DNER).

Novamente, nesse modelo, percebe-se a incongruência política das ações governamentais, pois que durante o período de 1994 até 1997 iniciou-se o Programa de Concessões de Rodovias Federais, ou seja, muito antes da constituição da ANTT que é a entidade responsável, na medida do peritido, pela regulação do setor.

A Diretoria da ANTT é composta por um Presidente e quatro diretores, cujas indicações são privativas do Presidente da República, sob o consentimento do Senado Federal.

Já a ANTAQ teve seu Regulamento aprovado pelo Decreto nº 4.122 de 13 de Fevereiro de 2002, tendo por finalidade implementar as políticas do CONIT e do Ministério dos Transportes, além de regular e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infra-estrutura portuária exercida por terceiros.⁷²

Sua Diretoria conta com apenas três integrantes, sendo um deles o Diretor-

70 Vide <http://www.antt.gov.br> (Consultado em 01/06/2009).

71 Vide <http://www.antaq.gov.br> (Consultado em 01/06/2009).

72 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC. *Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*. Florianópolis, 2006, p. 345.

Geral, obedecendo os mesmos parâmetros para indicação ao cargo e nomeação adotados pela ANTT.

Apesar da separação para melhor se tratar a especificidade do transporte, se ele é terrestre ou aquático, as agências deste setor estão quase que totalmente atreladas às decisões de Conselhos e até mesmo do Ministério dos Transportes, tendo em muito pouco a exaltar no que tange a sua relativa autonomia.

Criada pela Medida Provisória nº 2.219 de 2001, a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), apesar das discussões acerca do dever de se instituir autarquia por meio de lei, é entidade voltada para o fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica (art. 5º da MP 2.219/01).

Tal entidade se aponta ainda mais estranha, já que o seu maior conjunto de competências diz respeito não à atividade de regulação propriamente dita, mas ao empenho na distribuição de fomento.⁷³

A Diretoria colegiada conta com as mesmas necessidades de indicação do Presidente da República para posterior sabatina no Senado Federal, pairando nesta Agência as diretrizes impostas pelo Conselho Superior do Cinema.

3.3 Estudo de caso: A Anatel e a compra da Brasil Telecom pela Oi.

Dentro da proposta do tema enfocado, e em se levando em conta circunstâncias bastante recentes no cotidiano dos consumidores brasileiros, pode-se indicar o episódio da compra da Brasil Telecom pela Oi, ambas empresas telefônicas operando mediante autorização, e subordinadas aos regramentos do setor impostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), mas que como se demonstrará a seguir, concretizaram um processo a princípio proibido pelas normas do setor, mas que contou com influências externas ao cotidiano da agência em questão, intervenções essas tanto políticas

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 286.

quanto econômicas para consecução dos seus objetivos, que envolveram diversas entidades do país, entre elas o Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A prestação dos serviços de telecomunicação no Brasil obedece um Plano Geral de Outorgas (PGO), que consiste em um Decreto presidencial, sugerido pela ANATEL em parceria com o Ministério das Comunicações.

Atendendo esse Plano, em se tratando especificamente do Serviço de Telefonia Fixo Comutado (STFC), o Brasil é dividido em três grandes regiões (Decreto 2.534 de 2 de abril de 1998), compreendendo a Região I os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima, cuja autorização pertence a Companhia de Telefonia Oi; a Região II, que compreende o Distrito Federal e os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre que até o ano passado estava autorizada para Companhia de Telefonia Brasil Telecom S.A.; e a Região III, que compreende o Estado de São Paulo, autorizada para a Companhia de Telefonia Telefônica S.A..

No início de 2008 a Companhia Oi manifestou publicamente a intenção de adquirir a Brasil Telecom, fato que movimentou os índices acionários das duas empresas, e de fato um pré-acordo foi firmado estipulando que o prazo de compra se estendia até os fins de Dezembro, sob a pena de a Oi indenizar os acionistas da Brasil Telecom no montante de R\$ 490 milhões.⁷⁴

O problema era que o Plano Geral de Outorgas (PGO), estabelecido pelo Decreto 2.534/98, vedava que uma mesma Companhia de Telefonia dominasse mais de uma das três regiões mencionadas em seu texto, concluindo-se simplesmente que as companhias estavam determinadas a promover um gigantesco processo de compra e venda sem condições legais para operar.

74 Vide <http://www.teletime.com.br/news> (Consultado em 05/06/09).

A partir disso, a conjuntura dos fatos, começou a soprar a favor do referido negócio, de modo que a ANATEL abriu Consultas Públicas visando alterações no Plano Geral de Outorgas, sob pedido do Ministério das Comunicações.⁷⁵

Paralelamente, a pergunta mais pertinente era como a Oi, que em sua maioria acionária petence aos empresários Carlos Jereissati e Sergio Andrade, poderia adquirir recursos para a compra de uma Gigante das telecomunicações, e a resposta em breve surgiu: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) seria o capacitador de tal operação, liberando recursos para a quase totalidade da compra.

A diretoria da empresa de participações do Banco nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES – aprovou apoio à operação de reestruturação do controle da Telemar Participações S/A no valor de R\$ 2.569 bilhões.

“A reestruturação societária será decisiva para a prevista consolidação de duas operadoras, a Oi e a Brasil Telecom, que resultará na criação de um grupo com escala eficiente, estratégia empresarial alinhada, com capacidade de crescimento e porte para competir internacionalmente no setor de telecomunicações”, disse o presidente do BNDES, Luciano Coutinho. “Ademais, cria-se uma nova competidora com rede nacionalmente integrada em telefonia celular e em transmissão de dados, aumentando a concorrência no mercado brasileiro, em benefício dos consumidores e usuários. É claro que tudo isso dependerá da aprovação de mudanças regulatórias pela Anatel, após amplo processo de audiência pública e de discussão com a sociedade”, concluiu Coutinho.⁷⁶

Diversos setores da sociedade manifestaram-se contra tais intenções, pois de fato toda a operação possuía objetivos ainda não esclarecidos totalmente, além de envolver os fundos de pensão do Banco do Brasil (Previ), da Petrobrás (Petros) e da Caixa Econômica Federal (Funcef) todos estes acionistas da Brasil Telecom, o empresário Daniel Dantas, dono do Banco Opportunity, antigo gestor e ainda acionista minoritário da Brasil Telecom.

A operação resultará na saída de três grupos acionistas da holding, Asseca (GP Investimentos), Lexpart (Citibank e Opportunity) e Alutrens (Banco do Brasil e fundos privados), bem como na cisão parcial da TmarPART de modo a que a participação na Contax, atualmente controlada pela TmarPART, seja segregada em

75 Vide <http://www.anatel.gov.br> (Consultado em 05/06/09).

76 Vide <http://www.bndes.gov.br> (Consultado em 05/06/09).

uma nova empresa.⁷⁷

O jornalista Paulo Henrique Amorim relata tal situação ao apresentar perante o Ministério Público Federal uma representação contra a compra da Oi, na qual chama de “BrOi” a futura empresa a ser formada:

I) Notícia que resume os motivos a sustentar essa REPRESENTAÇÃO:

O que é a “BrOi”?

Daniel Dantas e os empresários Carlos Jereissati e Sergio Andrade – donos da Telemar/Oi – acharam um jeito de tomar dinheiro dos trouxas – o maior deles é o BNDES, subordinado ao Ministro do Desenvolvimento – e comprar a Brasil Telecom.

Com isso, vão ficar com o monopólio (70%) da telefonia fixa do Brasil, fora São Paulo, que é explorado pela Telefônica.

Depois de manipular as ações na Bolsa com notícias falsas sobre a criação da empresa, e antes que a regulamentação – porque o Plano Geral de Outorgas não permite a criação da “BrOi” -, Dantas conseguiu:

- 1) Que os fundos de pensão que controlavam a Brasil Telecom – Previ (dos trabalhadores do Banco do Brasil), Petros (dos trabalhadores da Petrobrás) e Funcef (dos trabalhadores da Caixa Econômica Federal) – retirassem da Justiça as ações que moveram contra Dantas por “gestão temerária”;
- 2) Que o Citibank, sócio da Brasil Telecom, retirasse da Justiça de Nova Iorque as ações que movia contra Dantas por “gestão temerária”;
- 3) Que a própria Brasil Telecom retirasse da Justiça de Nova Iorque as ações que movia contra Dantas por “gestão temerária”.
- 4) Que o BNDES se comprometesse a dar a Jereissati e a Andrade a grana para que os dois comprassem – sem botar um tusta do próprio bolso – a Brasil Telecom; comprassem a parte dos outros sócios na “Telemar/Oi”; e pagassem um cala-a-boca a Dantas, para que ele saísse de fininho da Brasil Telecom e da Oi – onde ainda tinha participação minoritária. Dantas receberá um cala-a-boca de R\$ 1 bilhão, coisa pouca... Parte virá da Brasil Telecom, parte da Telemar/Oi. Ou melhor, virá TUDO do BNDES.⁷⁸

Percebe-se neste contexto a mescla de dois tipos de influência anteriormente citados: o primeiro é o fator financeiro, por tratar-se de um setor agudo da economia brasileira – as telecomunicações – o que é sem dúvida exemplo de “captura” da Agência Reguladora, no caso em foco a ANATEL, pelo ente regulado, já que o poderio econômico dessa empresa é capaz de estremecer os alicerces que organizam esse setor; e o segundo fator pode ser notado com o relacionamento direto que existe entre Governo e empresa, ostentado pela “vontade política” de se permitir a criação de uma imensa operadora, e pelas facilidades não peculiares à eventuais transações desta espécie. E Paulo Henrique Amorim continua...

77 Vide <http://www.bndes.gov.br> (Consultado em 05/06/09).

78 Vide <http://www.paulohenriqueamorim.com.br> (Consultado em 05/06/09).

Convém lembrar, nessa notícia, que um filho do Presidente da República é sócio da Telemar/Oi numa empresa chamada “Gamecorp”. Ela produz conteúdo para celulares da Oi, jogos, e recentemente entrou no ramo da televisão, com a TV Bandeirantes. (...)

Porque o BNDES vai ajudar a “recompor” as finanças de Daniel Dantas, via Telemar/Oi?

Qual a lógica disso?

Como explicar isso ao Tribunal de Contas da União?

Malversação de fundos públicos é do que se pode acusar, também, o Banco do Brasil, que é sócio da Telemar/Oi.

Prevaricação é o crime da Comissão de Valores Mobiliários, subordinada ao Ministro da Fazenda, e da Anatel.

A Anatel vai modificar o Plano Geral de Outorgas – PGO – apenas para criar a “BrOi”.

Muda-se a lei “sob encomenda”, para que dois empresários tenham o monopólio da telefonia fixa do país!!! Sem entrar com um tusta!!!

A Comissão de Valores Mobiliários calou-se diante da manipulação das ações da Brasil Telecom e da Telemar/Oi na Bolsa com as notícias que os empresários e Daniel Dantas plantavam na mídia.

Primeiro, os empresários e seus empregados negavam a operação da “BrOi”.

Depois, as empresas diziam que os acionistas é que tinham que falar.

Os acionistas negavam a operação.

E a CVM não dizia um “ai”.

De fato fica difícil imaginar que a ANATEL, de frente à um denso emaranhado de fatos que corroboram para o sucesso da operação, poderia resistir e barrar o bom andamento desses procedimentos, com o agravante de que seu Conselho Diretor é indicado pelo Presidente da República, para mandato de cinco anos, ou seja, todos os seus cinco dirigentes foram empossados pela atual gestão federal do Poder Executivo.

O jogo de interesses, tanto políticos quanto econômicos foram fatores que se fizeram presentes neste episódio, e o fato que acabou por confirmar o sucesso das pressões externas foi que a ANATEL submeteu à votação do seu conselho de diretores, a aprovação de um novo Plano Geral de Outorgas.

À época, o conselho da ANATEL era formado pelo presidente Ronaldo Sardenberg, e os diretores Antônio Bredan, Emília Ribeiro, Pedro Jaime Ziller e Plínio Aguiar, e o ponto principal a ser discutido, a extensão para a possibilidade de uma empresa

assumir a autorização sobre duas regiões do PGO, foi aprovado por 3 votos a 2, às 23 horas do dia 16 de outubro de 2008.⁷⁹

Cabe ressaltar que a votação teve de aguardar a derrubada de uma medida liminar concedida pela 13ª Vara da Justiça Federal em favor da Associação Brasileira de Autorizados SCM e Provedores de Internet (Abramulti), porque, segundo o que afirmou o presidente desta associação, Adelmo Santos, em entrevista de Fernando Exman para o jornal O Globo do dia 17/10/08, “não pode a operação de compra da Brasil Telecom pela Oi se formar sem uma regra de concorrência definida”.⁸⁰

Não bastasse a notória presença privada, seguida da governamental nos pareceres da ANATEL, tal operação teve também o aval do Poder Judiciário, que permitiu o livre desenrolar da operação.

Feita esta “sugestão de alteração”, o projeto foi encaminhado ao gabinete da Presidência da República, onde o novo Plano Geral de Outorgas (PGO) foi assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva através do Decreto 6.654 de 20 de Novembro de 2008.

A partir disso, temendo a multa de R\$ 490 milhões a ser paga a Brasil Telecom caso o negócio não fosse cumprido, a Oi encaminhou imediatamente à ANATEL papéis que continham um pedido de anuência prévia da transação.⁸¹

A pressão ministerial e concorrencial que atuou sobre a ANATEL denota a sua frágil independência para administrar o setor, e que tão pouco seria capaz de se opor aos desejos do Poder Executivo.

Ainda que em entrevista de Michelly Teixeira do Jornal O Estado de São Paulo, o presidente do conselho diretor da ANATEL, Ronaldo Sardenberg tenha dito que “Não houve pressão por parte do governo, tampouco por parte das operadoras”, não é crível

79 Vide <http://www.anatel.gov.br> (Consultado em 05/06/09).

80 Vide <http://www.oglobo.com.br> (Consultado em 05/06/09).

81 Vide <http://www.estadao.com.br> (Consultado em 05/06/09).

que tal força exterior não existiu.⁸²

Ora, trata-se de uma operação que adentra a casa dos bilhões de reais, de difícil conclusão sem uma disposição especialmente política e financeira. Quais seriam os interesses do público final, o usuário de telefonia fixa e móvel das regiões afetadas, em estar à mercê de um gigante mundial das telecomunicações, se nem a antiga empresa conseguia atender seus pedidos e reclamações que se acumulam nas mesas do judiciário? Qual o motivo técnico da compra? E se a intenção dos empresários em monopolizar o setor é a supervalorização das ações para posterior venda ao capital estrangeiro?

Comprova-se portanto, que em verdade não há uma autonomia consolidada na ANATEL, e seu Conselho Diretor acaba fazendo parte de todo um contexto geral, sem maiores prerrogativas que personifiquem a sua independência decisória.

Temos uma estrutura que custa dinheiro aos cofres públicos, justamente para manter as regras do setor frente aos grandes interesses corporativos, e que não é capaz de frear ameaças que, na sua compreensão técnica, trazem prejuízos à economia popular. Prova disso é que os maiores prejudicados foram os pequenos operadores da telefonia, e o público consumidor que teve um de seus grandes trunfos, a disputa concorrencial, vilipendiada.

CONCLUSÃO

82 Vide <http://www.estadao.com.br> (Consultado em 05/06/09).

De fato as correntes da política administrativa brasileira, iniciadas na década de 90, tendem a apreciar a utilização dos modelos regulatórios através de entidades autárquicas para manter o controle dos diversos setores de atividade que englobam interesse público efetivado por empresas de caráter privado.

A tentativa de estruturar-se mecanismos semelhantes às agências norte-americanas não surtiram bom efeito, pois já nos Estados Unidos apresentam problemas de idoneidade administrativa, e vindo a estabelecer-se em solo brasileiro, os problemas foram maximizados pela notória cultura da corrupção, incompetência, e jogo de influências que assola o país desde longa data.

A suposta independência das Agências Reguladoras brasileiras era um forte pilar para a justificativa de se impor aos cofres públicos a oneração de manter mais autarquias, mas como demonstrado, as entidades reguladoras não foram capazes de resistir aos fenômenos de interferência na sua condução.

Talvez, a falta de uma lei geral, que estruturasse as agências já na intenção de preservá-las de possíveis pressões externas, tornaria seu objetivo mais coeso e centrado nas importantes políticas públicas que devem ser efetivadas a favor da população, para propiciar principalmente qualidade e acessibilidade aos cidadãos, mesmo aqueles que não resistem aos problemas de sua situação financeira.

A subordinação demasiada ao Poder Executivo é o grande infortúnio do atual modelo regulatório, o que acaba por desencadear uma falta de isenção técnica na regulação de cada setor, já que as condições legais que possibilitam ao Chefe do Executivo indicar membros para a diretoria das Agências Reguladoras são imprecisos e viciados, criando uma certa relação de dívida dos dirigentes eleitos para com o Executivo que os indica, e para com o Legislativo que os aprova.

Ainda que fossem eficientes, a logística de suas existências não condiz com o princípio da eficiência administrativa, pois acelera uma nociva tendência de inchaço da máquina pública, para contrastar com serviços de prestação cada vez mais inferior, ou seja,

uma relação de custo-benefício cada vez menos vantajosa para os contribuintes.

Portanto, é possível constatar que as Agências Reguladoras no Brasil não possuem raízes realmente profundas no que tange à seriedade de seu trabalho e de suas ações, motivo pelo qual são vulneráveis às mudanças de intenção política que, governo após governo, se farão presentes no seu cotidiano.

Ora, se a intenção é adaptar os rumos da atividade regulatória com a coesão das intenções político-governamentais, então não existe a necessidade de se estruturarem entidades em apartado do tradicional aparato do Estado. Que seja ele objetivo e eficiente ao traçar regras para cada setor de atividade, sem rodeios ou atravessadores.

O estudo de caso apontado demonstra que o fato de existir uma Agência Reguladora específica para o setor de telecomunicações não impede que a intenção financeira e política se concretize, mesmo isso significando uma postura sem o adequado embasamento técnico, e o pior, sem embasamento social, pois se está falando de algo que origina repercussão no dia-a-dia do brasileiro, que não tem ostensiva participação no estabelecimento de diferentes regras.

Em um contexto mais amplo, as progressivas alterações das relações internacionais, o que se costuma chamar de globalização, é algo muito benéfico para todos, se encarada de maneira correta e planejada, não podendo as Agências Reguladoras nacionais servirem de porta de entrada para interesses estrangeiros e privados, não só pelo seu menor interesse patriótico, mas também pela sua falta de contra-partida aos anseios do público em geral, além de estabelecer-se um risco desmerecido entregar importantes nichos econômicos ao comando de forças de outros países.

Enfim, a tentativa de fazer vingar o atual modelo regulatório não se mostra plenamente comprometida com a afirmação de uma estrutura administrativa sólida e centrada na satisfação da população, necessitando de uma mudança estrutural significativa, primando justamente pela eficiência e moralidade administrativas, para o real êxito no desenvolvimento das atividades de interesse público.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AMARAL, Alexandre da Silva. **Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AZEVEDO, Fernando Costa de; NORONHA, Fernando. UFSC CCJ. **A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos**. Florianópolis, 2000.
- BEMERGUY, Marcelo. **O controle externo das agências regulatórias**. Madrid: IX Congresso Internacional do CLAD sobre a Reforma do Estado e a Administração Pública, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10.ed. rev. e atual. até 03.01.2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DA SILVA, José Afonso. **Direitos da Criança e Liberdade de Informação**. Revista de Direito Administrativo – RDA, 188.
- DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. UFSC Programa de Pós-Graduação em Direito. **Reforma do Estado com Participação Cidadã?: déficit democrático das agências reguladoras brasileiras**. Florianópolis, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DORDA, Rosa Comella. **Limites del Poder Resulamentario em el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolucion de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviços Públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

HERRERO, Mariano Magide. **La Discrecionalidad Administrativa: estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Foriano Azevedo. **A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MASTRANGELO, Claudio. **Agências Reguladoras e Participação Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. Coimbra: Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de (Organ). **Agências Reguladoras**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

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

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: a experiência internacional e a avaliação da proposta da lei geral brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

OSZLAK, Oscar. Privatización y capacidad de regulación estatal: una aproximación teórico-metodológica. In: **Política y gestión pública**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica /

CLAD, 2004.

PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Organ.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2003

PRADO, Mariana Mota. **Agências Reguladoras, Independência e Desenho Institucional**. In: *Agências Reguladoras: Mercado de Capitais, Energia Elétrica e Petróleo*. II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia. Bovespa Duke Energy, Ipiranga e Instituto Tendências: São Paulo, 2005.

QUEIRÓZ, Roosevelt Brasil. UFSC Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. **Regulação de serviços públicos : estudo de caso de agências reguladoras estaduais**. Florianópolis, 2001.

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

SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho**. Rio de Janeiro: IPEA (Texto para Discussão nº 941), 2003.

TÁCITO, Caio. **O Desvio de Poder no Controle os Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais**. Revista de Direito Administrativo – RDA, 188.

VILLELLA SOUTO, Marcos Juruena. **Agências Reguladoras**. Revista de Direito Administrativo – RDA, 216.