

Agências Reguladoras: Análise do modelo adotado pelo Brasil

*Franceclaudio Tavares da Silva**

SUMÁRIO: Introdução - 1 Linhas preliminares acerca das Agências Reguladoras - 1.1 Definição - 1.2 Natureza jurídica das agências reguladoras - 2 As agências reguladoras do direito dos EUA e do Europeu-continental - 2.1 Caracteres específicos do modelo norte-americano - 2.1.1 Origem do modelo norte-americano - 2.1.2 Denominação e conceito do modelo norte-americano - 2.1.3 Poder regulatório das agências reguladoras norte-americanas - 2.1.4 Breve síntese das agências reguladoras no modelo norte-americano - 2.2 O modelo europeu-continental de agências reguladoras, as autoridades administrativas independentes - 2.2.1 O modelo das agências reguladoras adotados pela União Européia - 2.2.2 Caracteres fundamentais das autoridades independentes francesas - 2.2.3 Caracteres gerais das autoridades administrativas independentes na França - 2.2.4 Síntese das AAI's do sistema europeu-continental - 3. As agências reguladoras no direito brasileiro - 3.1 Contextualizando o tema no cenário nacional - 3.2 Propriedades básicas das agências reguladoras no direito brasileiro - 3.2.1 Os paradigmas do modelo brasileiro - 3.2.2 Caracteres informadores - 4. O poder normativo das agências reguladoras brasileiras - 4.1 O Estado brasileiro, democrático de direito, e as agências reguladoras - 4.2 A dependência quanto ao Poder Executivo - 4.3 Dependência do Poder Legislativo - 4.4 As agências reguladoras e sua dependência jurisdicional - 5 A Agência Nacional de Telecomunicações - 5.1 Características fundamentais previstas na Lei Geral de Telecomunicações – L.G.T. – Conclusão – Referências – Bibliografia – Artigos.

INTRODUÇÃO

Com o advento do neoliberalismo surge a necessidade do Estado reformular sua estrutura para melhor atender aos interesses públicos. Dentro desta nova concepção de atuação estatal, surgem as Agências Reguladoras, com a importante missão de, intervindo nas relações econômicas, disciplinar a prestação de serviços públicos a cargo da iniciativa privada.

Digno de registro é a observação de Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes¹, para quem nesse contexto:

“Desatrele-se, assim, o Poder Público das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos”.

¹ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. *Agências Reguladoras*. p. 143. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. nº 141. ano 36. jan-mar/1999. Trimestral. ISSN 0034-835x.

No caso do Estado brasileiro, a atuação das agências reguladoras tem se tornado cada vez mais importante, a partir da década de 90 em virtude do amplo processo de privatizações, levado a cabo nas gestões de Fernando Henrique Cardoso.

O Programa Nacional de Privatizações foi instituído sem alteração do texto Constitucional, por meio das Leis nº 8.031/90 e 9.491/97. Este programa tinha como objetivos principais apontados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto²

“(i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.”

Na prática o processo de desestatização da máquina administrativa brasileira foi efetuado ao nível da União, com a venda das empresas estatais de diversos setores, tais como o metalúrgico, o petroquímico, o siderúrgico, o de fertilizantes, além das concessões dos serviços de energia, telecomunicações, ferrovias e rodovias.

Desta forma se fez premente a criação e estruturação de entes capazes de atuar na regulação destas atividades, com o objetivo de regulamentando o setor de sua atuação garantir a eficiência, a continuidade e a qualidade destes serviços, e justamente por esta relevante função que as agências reguladoras têm ocupado importante espaço na sociedade moderna.

Contudo, a instituição das agências reguladoras não teve o condão de produzir um Estado mínimo, adverte Diogo de Figueiredo Moreira Neto³, como podemos inferir a seguir:

“A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.”

Entretanto, o assunto está longe de uma pacificação. Críticas surgem acerca do modelo regulatório adotado pelo Brasil. Joaquim B. Barbosa Gomes⁴, v. g, adverte que o Brasil, em virtude

“da artificialidade e ligeireza com que são tratados muitos dos assuntos de capital importância para a regular evolução e condução dos seus negócios públicos, começa só agora a debater questões dessa natureza, em razão da recente introdução, entre nós, por via legislativa, das primeiras agências vocacionadas ao exercício da regulação e fiscalização de atividades vitais da nossa economia, tais como energia elétrica, telecomunicações e petróleo.”

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 25.

⁴ GOMES, Joaquim. Barbosa. *Agências reguladoras: A metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional Comparado)*. p. 42. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 50. ano 13. jan- mar/2005. Trimestral p. 39-74.

Pois bem, será a respeito deste importante ente técnico-estatal que iremos abordar, notadamente quanto ao seu poder normativo e suas principais características, fazendo um breve enfoque na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Advertimos os leitores que o presente trabalho não tem a pretensão de explorar por completo tão vasto, instigante e complexo tema, mas ao contrário contribuir para o necessário aprimoramento da disciplina junto a sociedade científica e estudantil.

1. LINHAS PRELIMINARES ACERCA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 Definição

Levando em consideração o seu aspecto ontológico-jurídico-normativo Marçal Justen Filho⁵ define as agências reguladoras como sendo entes independentes “... uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência regulatória setorial.”

Robertônio Santos Pessoa⁶, apesar de não conceituá-la, dá-nos os caracteres principais das agências reguladoras. Segundo o seu magistério as agências reguladoras se caracterizam por serem “órgãos e instrumento estatais especializados, fazendo-se necessário o concurso de instrumentos aptos a conferir ao regulador independência, autonomia e capacitação técnica.”

Percebemos que há uma certa resistência da doutrina em dar uma definição do que venha ser uma agência reguladora. Isto se deve, certamente, ao fato de se tratar de uma instituição recente, bem como baseada no modelo norte-americano.

Neste sentido assevera o Min. Joaquim B. Barbosa Gomes⁷

“O Brasil, em razão da artificialidade e ligeireza com (sic) são tratados muitos dos assuntos de capital importância para a regular evolução e condução dos seus negócios públicos, começa a debater questões dessa natureza, em razão da recente introdução, entre nós, por via legislativa, das primeiras agências vocacionadas ao exercício da regulação e fiscalização de atividades vitais da nossa economia, tais como energia elétrica, telecomunicações e petróleo”.

Sendo assim, não seria conveniente confundir o modelo norte-americano com o implantado no nosso sistema, pois o conceito de agência dos Estados Unidos da América serve, ao mesmo tempo, para as agências reguladoras e para as agências executivas, diferentemente do que ocorre no Brasil.⁸

No sistema brasileiro as funções das agências reguladoras não permitem, ao menos no atual estágio, a sinonímia dos conceitos.⁹

As agências executivas não se confundem com as agências reguladoras. Alexandre Santos de Aragão¹⁰ explica que as agências executivas

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

⁶ PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 166.

⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado*. Disponível em: www.buscalegis.cj.ju.br. Acessado em 08/04/2005.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 398.

⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.* Adverte que: “No Direito brasileiro, Agência Executiva nada mais é do que uma Autarquia ou Fundação Pública dotada de regime especial graças ao qual ela passa a ter maior autonomia de gestão do que a normalmente atribuída às autarquias e fundações públicas comuns. Trata-se em realidade de uma qualificação jurídica que pode ser dada a uma autarquia ou fundação, ampliando-lhe a autonomia gerencial, orçamentária e financeira, devendo a entidade firmar contrato de gestão com a administração central, no qual se compromete a realizar as metas de desempenho que lhe são atribuídas”.

“constituem mera qualificação dada a órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer espécie, que mantém a sua natureza originária, e que, depois de celebrado o contrato de gestão com a Administração central, adquirem ou aumentam a sua autonomia gerencial”.

Enquanto que as agências reguladoras “são entidades caracterizadas pelos largos poderes normativos que possuem em determinado setor, e pelas prerrogativas dos seus dirigentes”.

Mas, como o conceito está no plano meta-jurídico, podemos afirmar que as agências reguladoras, no direito pátrio, são entes autônomos, com natureza jurídica de autarquias especiais, competentes para intervindo em determinado setor econômico, regular as relações entre o prestador e o usuário, zelando pela qualidade do serviço ofertado e pela equivalência entre este e o preço público cobrado.

1.2 Natureza jurídica das agências reguladoras

Outrora muito já se discutiu acerca da natureza jurídica das agências reguladoras. Atualmente esta discussão já não se faz necessária, pois firme na nossa doutrina e na legislação o entendimento de que as agências reguladoras sejam pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Pública indireta, instituídas por lei sob a forma de autarquias especiais.¹¹

Ao assumir a natureza jurídica de autarquia, integrante da Administração Pública Indireta, as agências reguladoras brasileiras ficam numa condição *sui generis* em relação as agências americanas e européias. Como bem dito o pressuposto fundamental das agências reguladoras é a sua autonomia em relação ao Poder Executivo, podendo desta forma regular, segundo critérios técnicos, a atividade econômica sob sua competência.

No entanto, no caso das agências brasileiras, ao assumirem a natureza jurídica de autarquias especiais ficam constitucionalmente subordinadas ao Poder Executivo¹², ficando vinculadas as Secretarias e Ministérios, nos três níveis de Governo, tendo em vista que a subordinação técnica não se verifica entre entidades da Administração direta e indireta.

De fato, as agências reguladoras, inobstantes serem dotadas de autonomia administrativa e financeira, estão constitucionalmente sob a supervisão ministerial (CRFB, art. 87, § único, I)¹³, que devem, por sua vez, obediência ao programa de governo traçado pelo Presidente da República, a quem estão hierarquicamente subordinados (CRFB, art. 84, I, II)¹⁴.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Agências Executivas*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n° 228. p. 121. abr.-jun./2002. Trimestral. ISSN 0034-8007.

¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 9 ed. rev. e atual. até a EC n° 48/2005. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 82-84.

¹² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 9 ed. rev. e atual. até a EC n° 48/2005. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 83-84.

¹³ O referido dispositivo possui a seguinte redação: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;”

¹⁴ O art. 84 e os seus incisos I e II, estão assim redigidos: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;”

2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS DO DIREITO DOS EUA E DO EUROPEU-CONTINENTAL

2.1 Caracteres específicos do modelo norte-americano

2.1.1 Origem do modelo norte-americano

A intervenção do Estado na economia por meio das agências reguladoras tem suas raízes na cultura anglo-saxônica, que incorporada pelos Estados Unidos da América após sua independência, passaram a regular as atividades executadas por particulares de interesse público. Esta atuação indireta do Estado se apresentou de forma mais incisiva por ocasião dos dois conflitos bélicos mundiais, explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵. Leciona o administrativista que por força da primeira guerra com a criação do *War Industries Board* – WIB e no pós-segunda guerra com a instituição do *National Recovery Act* – NRA¹⁶.

Observa-se que com o NRA o Estado norte-americano passa a intervir no fomento e na produção de economias

“de escala capazes de reverter o quadro deflacionário e recessivo, inovando ingerências sobre fundamentos econômicos que, até então, eram tidos como tabus da economia liberal e considerados como constitucionalmente garantidos e protegidos.”¹⁷

O início das agências reguladoras coincide sobremaneira com a fase do *Welfare State* nos Estados Unidos. Nesta fase a atuação das agências reguladoras se dava sob a ordem econômica, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸. Segundo informa: “A regulação (intervenção indireta) abrangia principalmente a ordem econômica, com o objetivo de evitar cartéis e qualquer forma de dominação do mercado.” Mais adiante explica a doutrinadora que esta fase “É a fase do Estado providência, do Estado produtor de bens e serviços, do Estado denominado, nos Estados Unidos, de Estado do Bem-Estar (*Welfare State*)”¹⁹.

É certo que o sistema de agências reguladoras teve seu desenvolvimento no direito norte-americano, também não se pode olvidar que suas raízes mais profundas no direito consuetudinário britânico.

Marçal Justen Filho²⁰ adverte que não se pode compreender o sistema norte-americano das agências sem antes fazer uma breve incursão no modelo britânico. De acordo com o seu magistério o direito consuetudinário inglês dispunha de mecanismos eficientes para fiscalizar e reprimir a prática de atos contrários ao *common law*, quer fossem praticados por particulares, quer fossem praticados por membros da Coroa.

Explica o doutrinador que “As *common law courts* deram origem à tradição que se refletiu no direito administrativo americano.”²¹ Os caracteres do modelo inglês serviram de

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 74-75.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 75.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 75.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade.* in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito Regulatório – Temas polêmicos.* Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 32-33.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade.* in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *op. cit.* p. 33.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002. p. 70-71.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 70-71.

base para as 13 Colônias norte americana, o que resultou na “adoção de toda a sistemática de limitação de poderes dos servidores estatais e de controle de seus atos através de medidas judiciais.”²²

Com o passar dos tempos, como se era de esperar, a atividade econômica dos Estados Unidos passou por uma revolução comercial devido a forte imigração ocorrida no curso do século XIX, resultando no aumento drástico da população.²³

Ainda, segundo o magistério de Marçal Justen Filho²⁴ “A colonização do Oeste e ampliação do território resultaram na produção de novas riquezas e o fortalecimento do mercado para as indústrias localizadas na região leste.”

A consolidação do sistema de agências reguladoras se deu com o desenvolvimento da malha ferroviária, responsável pelo crescimento econômico, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento da atividade industrial. As ferrovias passaram a ser consideradas “o núcleo de poder econômico mais poderoso dos EUA.”²⁵

Toda esta super estrutura da malha ferroviária, responsável pela maior concentração de capital da época, sendo a atividade que mais gerava empregos, superando inclusive os 50.000 servidores do Governo norte-americano²⁶, fez com que surgisse um aparato estatal capaz, inclusive, de regular a atividade empresária e a prestação dos serviços à população. Além desta série de fatores que permeavam a atividade ferroviária, os empresários passaram a financiar as campanhas eleitorais a fim de fidelizar os futuros legisladores, instaurando um sistema político-legislativo extremamente corrupto²⁷

Diante deste quadro começaram a surgir as agências, que a medida que eram criadas tinham uma ampliação de poderes regulatórios. Para Marçal Justen Filho²⁸ o modelo americano de agência reguladora teve sua gênese com a criação da comissão no Estado de *Rhode Island*, datada de 1839, que se limitava a orientar e incentivar “a atuação conjunta e ordenada entre as empresas ferroviárias.” Já “em 1844, foi criada a agência de *New Hampshire* e, em 1853, a de *Connecticut* e assim por diante.”, sendo que “cada nova agência recebendo uma parcela de poderes mais efetivos”, conclui o administrativista.²⁹

Desde então surgiram nos Estados Unidos da América agências reguladoras responsáveis pela regulação das mais diversas áreas da economia. Observe-se que no primeiro momento as agências reguladoras, surgiram com a competência limitada aos estados que a instituíram, sendo desta forma, agências estaduais. Em um segundo estágio histórico-evolutivo as agências passaram a serem concebidas com competência federal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁰ traz à lume uma relação das principais agências reguladoras norte-americanas do pós-segunda grande guerra, são elas: a *Food and Drug Administration – FDA*, de 1932, do setor de alimentos e medicamentos; a *Agriculture Adjustment Administration – AAA*, de 1933, do setor agrícola; a *Securities and Exchange Commission – SEC*, de 1933, para o setor de financeiro, especialmente o mercado de capitais; o *Federal Deposit Insurance Corporation – FDIC*, de 1933, do setor de seguros; a *Federal Communications Commission – FCC*, de 1934, para o setor de telecomunicações;

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 70-71.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 72.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 72.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 73.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 73.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 75.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 74.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 74.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 75.

a *National Labor Relations Board – NLRB*, em 1935, para o setor de trabalho; a *Federal Maritime Commission – FMC*, em 1936, para o transporte marítimo; e a *Civil Aeronautics Board – CAB*, em 1938, para o setor aeronáutico.

De acordo com Alexandre de Moraes³¹ o que impulsionou o modelo norte-americano de Agência Reguladora foi a edição em 1946 da Lei de Procedimento Administrativo, que padronizou o procedimento a ser adotado para a todas as Agências lá existentes. Segundo o doutrinador paulista:

“O grande número de agências norte americanas criadas por diversas leis dificultava a padronização sobre seus procedimentos decisórios, dificultando, inclusive, a defesa dos particulares perante esses órgãos. Para solucionar esse problema, em 1946 foi editado o *Administrative Procedure Act* – Lei de Procedimento administrativo, que estabeleceu procedimentos uniformes para as diversas agências.”

2.1.2 Denominação e conceito do modelo norte-americano

De acordo com a *Administrative Procedure Act* – APA, Lei de Procedimento Administrativo, recebem a denominação de agência os entes componentes da Administração Pública norte-americana ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro.³²

Acrescentando, Marçal Justen Filho³³ informa que além do Congresso e das Cortes norte-americanas, a *Federal Administrative Procedure Act*, acima citada, exclui também da definição de agência os governos dos territórios ou possessões dos Estados Unidos, do Distrito de Colúmbia, cortes marciais e comissões militares, autoridades militares exercida durante a guerra no campo de batalha ou em ocupação territorial.

De acordo com a definição contida no § 551 da APA, a Administração Pública dos Estados Unidos é formada por agências dotadas de um elevado grau de especialidade, com autonomia financeira e administrativa em relação ao próprio Poder Executivo e competentes para editar normas específicas ao setor econômico ao qual está vinculado.

O papel das agências no direito norte-americano é tão expressivo que estudar a Administração Pública daquele país é estudar as agências reguladoras, sendo que o próprio Direito Administrativo americano é concebido como Direito das Agências.

Neste sentido afirma Ricardo Lemos Maia L. de Carvalho³⁴

“A Administração Pública americana adquire novos contornos, proliferando-se a figura tão típica do Direito Administrativo americano: as agências. Aliás, o Direito Administrativo americano é entendido como o direito das agências.”

Quanto à denominação dada no sistema norte-americano de agências temos as agências reguladoras – *regulatory agency*, as agências executivas – *executive agency*, as

³¹ MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. p. 746. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Ano 90. set/2001.v. 791. Mensal. ISSN 0034-9275.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *op. cit.* p. 37.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 61.

³⁴ CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L de. *As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.) *op. cit.* p. 415.

agências independentes – *independents agency* e as agências não-regulatórias – *non regulatory agency*.³⁵

Explica Joaquim B. Barbosa Gomes³⁶, que o que denominamos de agência reguladora é denominado no direito norte-americano de *Independent Regulatory Commission*, e corresponde a

“uma entidade administrativa autônoma e altamente descentralizada, com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo do qual eles só podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave («for cause shown»).”

Neste desiderato, aduz Marçal Justen Filho³⁷ ser corriqueiro se referir a diferença entre estas modalidades de agências, advertindo, contudo, para o fato que esta diferenciação não é perfeita, pois demonstra critérios classificatórios diferentes. Segundo leciona:

“A qualificação de uma agência como executiva deriva da natureza das competências atribuídas a ela, enquanto a classificação como independente resulta do vínculo mantido entre ela (e seus diretores) e os Poderes Executivo e Legislativo. A agência executiva se contrapõe à regulatória, enquanto a independente se diferencia da não independente. Quando muito, pode admitir-se que as agências independentes desempenham atividades regulatórias, enquanto aquelas executivas geralmente são não independentes.”

2.1.3 Poder regulatório das agências reguladoras norte-americanas

De fato a principal característica das agências reguladoras norte-americanas reside no seu poder de intervir na atividade econômica por meio da sua função legislativa e executiva, além de com certo grau de jurisdição³⁸.

Esta forma de ser tem suscitado na doutrina especializada a discussão acerca da teoria tripartite de Poder, constituída desde a pólis grega socrática e aprimorada por John Locke e Montesquieu³⁹, segundo a qual o Poder do Estado é dividido entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁴⁰, tendo em vista que na concepção clássica não havia a possibilidade da delegação de poderes de nenhum dos componentes do Poder a um outro, nem sequer se cogitava da sua existência⁴¹.

Preconiza Marçal Justen Filho⁴² que as agências reguladoras, dentro da teoria da tripartição de Poder, surgem como um instrumento de controle dos atos do Chefe do Poder

³⁵ CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L de. *As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p. 417.

³⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 64.

³⁸ SHECARIA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. *A competência das Agências reguladoras nos EUA*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p. 468-470.

³⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 95-97; STUCHI, Carolina Gabais. *Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *op. cit.* p. 115-116; GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*; PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *op. cit.* p. 281-282; JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 352-353.

⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 148. p. 280-283. out-dez/2000. Trimestral. ISSN 0034-835x.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 352-353.

Executivo, pois na vetusta doutrina montesquieana, há “uma séria limitação” residente “na ausência de instrumentos teóricos para alicerçar a limitação quanto a competências extremamente relevantes assumidas pelo chefe do governo”.

Nessa conjuntura, Alexandre de Moraes⁴³ chama a nossa atenção para a inexorável necessidade de adaptação da clássica Teoria da Separação de Poderes “ao sistema político-constitucional atual, pois não mais existe o antigo estado Liberal, modelo utilizado para as regras estabelecidas por Locke, Kant e Montesquieu”. Concluindo afirma que:

“Portanto, na caracterização da Separação de Poderes, como garantia do constitucionalismo, mais importante que a rigidez clássica apontada por Locke, Kant e Montesquieu será a inexistência de concentração do Poder em um único e onipotente órgãos e a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos.”

Como é cediço o direito norte-americano descende diretamente do direito inglês, sendo desta forma baseado predominantemente nos usos e costumes. Este sistema jurídico-normativo é mundialmente conhecido por *common law*.

O Direito das Agências, como é tratado o Direito Administrativo nos Estados Unidos, também vem sendo construído no âmago do *common law*, como não poderia ser diferente, tendo a Corte Suprema dos Estados Unidos da América reconhecido em diversos *cases* o seu poder normativo-jurisdicional⁴⁴.

Nesta ordem de idéias leia-se Marçal Justen Filho⁴⁵

“O perfil das agências foi sendo moldado ao longo dessas disputas, especialmente em virtude de decisões jurisprudenciais. A compreensão do perfil das agências norte-americanas não pode completar-se sem o exame da evolução jurisprudencial, em que as questões fundamentais foram enfrentadas e solucionadas.”

Leciona Leila Cuéllar⁴⁶ que o poder normativo das Agências Reguladoras dos Estados Unidos da América consiste em expedir regulamento (*rule* ou *regulation*) com o escopo de “regular operações internas da agência ou auxiliar na implementação das políticas públicas que lhe foram designadas pelos legisladores.”

2.1.4 Breve síntese das agências reguladoras no modelo norte-americano

Sinteticamente, se é que é possível efetuarmos uma síntese de tão vasto assunto, mesmo que restrito ao modelo norte-americano, podemos concluir que o modelo de agência reguladora desenvolvido pelos Estados Unidos da América não encontra similitude com nenhum outro modelo nem mesmo com o atual adotado pela Inglaterra, do qual se originou⁴⁷.

Podemos afirmar que o ponto distintivo entre o modelo de agência implementado nos E.U.A. e os adotados nos demais países consiste na dimensão da autonomia concedida no sistema americano.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 740-741.

⁴⁴ Vide a propósito inúmeros relatos de casos levados ao conhecimento da Suprema Corte americana contidos em JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 87-102, onde se discute a questão da delegação das competências legislativa, executiva e jurisdicional com maior acuidade.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 85.

⁴⁶ CUÉLLAR, Leila. *Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n° 229. p. 164. jul.-set./2002. Trimestral. ISSN 0034-8007.

⁴⁷ Vide comentário sobre o modelo britânico em JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 273-274.

De acordo com o magistério de Marçal Justen Filho⁴⁸ a autonomia das agências reguladoras norte-americanas manifesta-se por várias formas, guardando, contudo, uma dependência com determinados órgãos do Poder estatal.

Por esta doutrina fica assente que há autonomia das agências em relação: (a) a condição jurídica dos administradores protegidos contra demissão arbitrária⁴⁹; (b) desconhecidência entre os mandatos dos administradores; (c) possibilidade da escolha dos conselheiros recair sobre autoridades diferentes; (d) competência normativa (*rule-making*); e (e) competência jurisdicional (*adjudication*).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰ aponta outra característica peculiar as agências reguladoras dos Estados Unidos da América, que é a forma como elas intervêm na economia. Segundo afirma o doutrinador a maneira que as agências reguladoras americanas atuam na economia ficou conhecida como “intervenções econômicas leves – *light intervencion*.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹, colocando em poucas palavras, leciona:

“As agências norte-americanas exercem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais porque, resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los.”

2.2 O modelo europeu-continental de agências reguladoras, as autoridades administrativas independentes

2.2.1 O modelo das agências reguladoras adotados pela União Européia

No início o sistema de agências reguladoras adotado pelos países da União Européia baseava-se num modelo agressivo de intervir na economia. Ao contrário do *soft low*⁵² adotado na América do Norte, os países do continente europeu instituíram “agências administrativas dependentes do poder político”⁵³, resultando na atuação do próprio Estado como ator da atividade econômica.

Denise Auad⁵⁴ explica que as Autoridades Administrativas Independentes, adotadas pela França, foram concebidas com base nos modelos americano e britânico, sendo que a França, por ser um Estado unitário, não pôde assimilar completamente o modelo paradigma.

Em França as AAI’s não têm assento constitucional, sendo instituídas por leis ordinárias, não possuem personalidade jurídica, sendo consideradas uma extensão do Estado.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 83-84.

⁴⁹ Com relação à duração do mandato e a escolha dos Diretores das agências, ou *Commissioners* como são chamados, no modelo norte-americano, explica Joaquim B. Barbosa Gomes, GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*, que: “varia de agência para agência e não raro é fixada em função do número de membros do colegiado, de sorte que os membros de uma agência composta de cinco Diretores («Commissioners») terão mandatos de cinco anos escalonados de tal maneira que haja uma vacância a cada ano.” Com relação ao presidente da Agência, o *Chairman*, sua nomeação, juntamente com as dos demais membros, “cabe ao Chefe do Executivo com prévia aprovação do Senado.”

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 83.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 399.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 46-47.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 83.

⁵⁴ AUAD, Denise. *Autoridades Administrativas Independentes na França*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p. 475-476.

Continuando, Denise Auad⁵⁵ o seu fortalecimento vem sendo sedimentado através das decisões do Conselho Constitucional, que inobstante ter mantido o adjetivo “independente” constante da lei, não reconheceu a absoluta independência, atrelando-as aos rígidos princípios constitucionais.

2.2.2 Caracteres fundamentais das autoridades independentes francesas

Atualmente a concepção das AAI's repousa nas seguintes características básicas fundamentais, são elas: “não tenham um estatuto uniforme, todas as autoridades administrativas independentes agem em nome do Estado (...); não têm personalidade jurídica própria (...); autonomia relativa (...), sujeitas a pleno controle jurisdicional.”⁵⁶

A evolução do modelo francês fez com que a vetusta postura intervencionista fosse substituída por uma atuação suave e flexível – *droit mou, droit flow*, aproximando-o do *soft low* americano.⁵⁷

Vale ressaltar a advertência feita por Marçal Juste Filho⁵⁸ de que “A evolução histórica das Autoridades Administrativas Independentes apresenta características autóctones na França, tal como suas funções são essencialmente diversas daquelas concebidas no âmbito do instituto norte-americano.”

Continuando com sua explanação, aduz Marçal Justen Filho⁵⁹ que a *Commission de Contrôle des Banques* (1941) e a *Commission paritaire des publications et de press* (1950) teriam sido as primeiras autoridades administrativas independentes instituídas na França.

Luiz Armando Badin⁶⁰ explica que o modelo francês comporta duas espécies de autoridades administrativas independentes. As AAI's francesas se dividem nas que possuem fortes poderes judiciais e nas que exercem a magistratura de influência moral.

De acordo com o seu magistério as AAI's com rígidos poderes jurídicos “constituem o núcleo duro das autoridades administrativas independentes, por enfeixarem uma gama mais larga e efetiva de poderes jurídicos.”

Por outro lado, as AAI's que atuam por meio de magistraturas morais são as que “procuram influenciar os comportamentos dos administrados, e para tanto se valem mais de seu prestígio moral e de seu poder de persuasão do que de mecanismos fortes de regulação jurídica.”

Resumindo, podemos dizer que as primeiras atuam impondo suas decisões, enquanto as segundas trabalham com a imagem da organização, utilizando-se de seu respaldo junto à sociedade, através da técnica de marketing negativo.

2.2.3 Caracteres gerais das autoridades administrativas independentes na França

Inicialmente vale dizer que o conceito de autoridade administrativa independente ainda não foi solidificado, podendo, para uma melhor apreensão do tema, ser adotado a definição dada por Marçal Justen Filho⁶¹, para quem as AAI's são: “... autoridades no sentido de que algumas (e não todas) dispõem de competências decisórias, além de poderes de proposição ou aconselhamento.”

⁵⁵ AUAD, Denise. *op. cit.* p. 476.

⁵⁶ BADIN, Luiz Armando. *As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação.* in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p. 492.

⁵⁷ BADIN, Luiz Armando. *op. cit.* p. 493.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 178.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 179.

⁶⁰ BADIN, Luiz Armando. *op. cit.* p. 497.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 182.

As AAI's são criadas por lei, o vínculo jurídico de seus membros pode ser de natureza contratual ou estatutário, forte dependência orçamentária, financeira e administrativa, com a vinculação ao Parlamento.

2.2.4 Síntese das AAI's do sistema europeu-continental

Em apertada síntese, Denise Auad⁶², ao comentar sobre o poder de controle das AAI's, aduz que algumas

“AAI's têm a importante tarefa de zelar permanentemente pelo respeito e pela correta aplicação das normas legais e regulamentares. No exercício dessa fiscalização, podem, notadamente, investigar o comportamento dos administrados e aplicar-lhes sanções. Podem, também, ordenar que os infratores ajustem suas condutas irregulares (poder de injunção).”

Mesmo não tendo a mesma função, nem a mesma atuação das agências norte-americanas, o surgimento das Autoridades Administrativas Independentes francesas tem sido resultado do processo denominado de agencificação⁶³, que vem ocorrendo em outros países. Marçal Justen Filho⁶⁴ cita 13 autoridades administrativas independentes existentes no Âmbito da União Européia, sendo que “quase todas são destituídas de poderes regulatórios mais significativos. De todas, talvez apenas uma delas seja dotada de competências regulatórias econômicas típicas. É a Agência Européia de Reconstrução.”

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Contextualizando o tema no cenário nacional

Como pudemos observar as agências reguladoras surgiram em virtude da derrocada do *welfare state* (Estado do bem-estar social) no qual o Estado era um dos, por sinal o mais importante, produtores e fornecedores de bens e prestador de serviços. Neste momento (re)surge um (novo) modelo de Estado concebido sob a ótica do *laissez-faire*.

Saliente Diego Selhane Pérez⁶⁵ que nessa fase o Estado exercia um papel assistencialista, fruto do contexto da Primeira Guerra Mundial, quando foi necessário a criação de “condições instrumentais para a atuação estatal, através de políticas públicas intensamente centradas na figura do Executivo, apoiadas na idéia de intervenção econômica-social intensa.”

Nesse contexto tivemos a “grande depressão” ocorrida com a quebra da bolsa de valores de *New York*, em 1929, a instauração do *New Deal* nos Estados Unidos, a reforma administrativa britânica imposta por Margareth Thatcher, os *Next Steps Agencies* (década de 80) e no Brasil as privatizações ocorridas nos Governos Fernando Henrique Cardoso (década de 90).

Neste sentido afirma Carolina Theodoro da Silva Mota⁶⁶ que

⁶² AUAD, Denise. *op. cit.* p. 502.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 400.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 127.

⁶⁵ PÉREZ, Diogo Selhane. *Auto-regulação: aspectos gerais.* in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p. 607.

⁶⁶ MOTA, Carolina Theodoro da Silva. *Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade.* in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p. 180.

“O ano de 1990 foi marcado por uma ruptura no padrão de intervenção do Estado na economia brasileira. A revisão do papel do Estado voltou-se para a promoção de um intenso programa de privatização, nos termos do Programa Nacional de Desestatização – PND, e para a reforma da Administração Pública, nos termos do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 1995”.

Leciona Caio Tácito⁶⁷ acerca do Plano Diretor e da criação das Agências Reguladoras decorrentes de sua política pública, *verbis*:

“As Agências Reguladoras são outro modelo oriundo do Plano Diretor da Reforma do Estado. Complementam a liberação da atividade privada de natureza econômica, sobre a qual exercem, como representante do Estado, atuação coordenadora e normativa, em garantia do interesse coletivo que representam. À luz do novo modelo foram, sucessivamente, criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP) nos correspondentes setores de energia elétrica, telecomunicações e exploração de petróleo.”

Em linhas gerais, o presente trabalho centrar-se-á na questão do poder regulamentar das agências reguladoras no Direito brasileiro, fazendo, sempre que necessário, os diversos esclarecimentos subjacentes ao tema sob comento.

3.2 Propriedades básicas das agências reguladoras no direito brasileiro

3.2.1 Os paradigmas do modelo brasileiro

Resumidamente o modelo de agência reguladora adotado pelo Brasil é um modelo híbrido, pois surgiu em virtude do modelo norte-americano, mas se filia ao modelo europeu-continental.

Mas as suas peculiaridades não param por aí. O velho hábito de importarmos “modelos” – econômicos, jurídicos, políticos e administrativos, sempre nos causou problemas, *v.g.*, as medidas provisórias do Direito italiano, parlamentarista, para o nosso presidencialismo.

Com o modelo adotado das agências reguladoras não foi diferente. O sistema norte-americano de agências surgiu, como todo processo político-jurídico, nos Estados e depois foi absorvido pela Federação. Isto já faz parte da história dos Estados Unidos da América, pois não podemos olvidar que a Federação norte-americana surge quando os Estados abrem mão de parte de sua independência, em favor de um ente maior, qual seja o Estado federado. No entanto, os Estados membros não perderam sua autonomia em relação à Federação, sendo fator determinante e distintivo do modelo de Estado norte-americano.

No Brasil ocorreu o inverso. Partimos de um Estado unitário, para um Estado Federado, no qual além dos Estados há também a figura ímpar dos Municípios, como ente autônomo.

Com relação ao modelo francês devemos ter em mente que a França permanece até hoje como um Estado Unitário, que, por conseguinte, desconhece a repartição de competências ou a delegação na sua concepção estrutural, consoante o disposto no art. 20 de sua Constituição. Toda esta série de peculiaridades fez surgir um modelo que apesar de suas similitudes com os dois modelos acima expostos, com eles não se confunde.

⁶⁷ TÁCITO, Caio. *Agências Reguladoras da Administração*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. nº 221. p. 3. jul.-set./2000. Trimestral. ISSN 0034-8007.

No entanto, por mais contraditório que pareça, o modelo brasileiro de agência reguladora se aproxima mais do modelo francês do que com o modelo norte-americano, de quem descende. Isto se deve a diferença do sistema jurídico-normativo, *common law* versus *civil law*, e a na estrutura da Administração Pública, independência versus dependência do Executivo.

3.2.2 Caracteres informadores

As agências reguladoras brasileiras são entes da Administração Pública indireta, constituídas sob a forma jurídica de Autarquias especiais, dotadas de alto grau de especialização e autonomia orçamentária, financeira, mas relativa dependência administrativa e regulamentar.

As agências reguladoras nacionais são instituídas por lei, sendo esta responsável pela imposição de limites a sua atuação e definição de seu regime especial, que na totalidade das agências, ora existentes, diz respeito a sua “independência” em relação ao Poder Executivo.

Outra característica das Agências Reguladoras brasileiras é a sua submissão aos Poderes Legislativo, Judiciário e, principalmente, ao Executivo.

4. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

4.1 O Estado brasileiro, democrático de direito, e as agências reguladoras

Diz o *caput* do art. 1º da CRFB que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”

Mas além de ser um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a obediência à lei para sua existência, diz ainda o texto constitucional, art. 2º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Ora, como pudemos constatar ao longo deste trabalho às agências reguladoras devem intervir na economia, regulando-a, com observância aos princípios da especialidade e legalidade, sendo dotadas de “independência” em relação aos Poderes clássicos, para, não sofrendo interferência, poderem atuar com imparcialidade, sob, exclusivamente, critérios técnicos.

A propósito afirmam Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes⁶⁸, acerca da independência das Agências Reguladoras: “São identificadas quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira”

Ocorre que no sistema constitucional brasileiro esta “independência” é mitigada, para não dizer vedada, como poderemos verificar a seguir.

4.2 A dependência quanto ao Poder Executivo

A dependência das agências reguladoras em relação ao Poder Executivo vem disposta no art. 84, II, da vigente Carta Política, que atribui competência exclusiva ao Presidente da República para exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção da

⁶⁸ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. *op. cit.* p. 146.

administração pública federal⁶⁹. Como no nosso direito às agências reguladoras são criadas sob a forma jurídicas de Autarquias, e se as autarquias fazem parte da Administração Pública, art. 37, XIX, da Constituição Federal/88⁷⁰, elas estão submetidas, constitucionalmente, as diretrizes traçadas pelo Presidente da República.

Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 84, da Carta Política de 1988⁷¹, não admite a delegação desta prerrogativa, exclusiva do Presidente da República, a nenhum de seus Ministros.

A propósito afirmam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁷² que a nossa Constituição

“mesmo após as incontáveis emendas que sofreu atribui privativamente ao Presidente da República a competência para ‘expedir regulamentos para a fiel execução de leis’ (art. 84, VI), não sendo essa competência passível de delegação, nem mesmo para os Ministros de Estado.”

Ainda em relação ao Poder Executivo, percebe-se que as Agências Reguladoras brasileiras, órgão integrantes da Administração Pública Indireta, dependem diretamente dos recursos financeiros repassados pela Administração Pública Direta. Isto ocorre porque a capacidade de auto-sustentação das Agências Reguladoras está sendo criado aos poucos, como o FUNSTEL para a ANEEL. No âmbito da ANATEL, determina o inciso XXI, do art. 19, da Lei 9.472/97, que a ANATEL será responsável pela arrecadação e aplicação de suas receitas. No ANEXO III, da mesma Lei, consta a Tabela de Valores da Taxa de Fiscalização da Instalação por Estação, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Outro aspecto da dependência é, como veremos no capítulo seguinte, a existente em relação ao Poder Executivo, responsável pela designação dos Diretores do órgão, resultando na subordinação da cúpula dessas instituições aos órgãos superiores do Executivo, notadamente aos Ministérios a que estiverem ligadas, e, por conseguinte, ao Presidente da República.

Jair José Perin⁷³ informa que não há consenso entre os doutrinadores acerca da independência das Agências Reguladoras brasileiras e o Poder Executivo. Afirma o doutrinador que:

⁶⁹ Diz o artigo 84, II, da CRFB/88, *verbis*: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - (omissis); II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;”

⁷⁰ O referido dispositivo possui a seguinte redação, *litteris*: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...); XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

⁷¹ O parágrafo único do art. 84 da atual CRFB, dispõe que: “Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”

⁷² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *op. cit.* p. 95.

⁷³ PERIN, Jair José. *A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro. Revista de Informação Legislativa.* Brasília. nº 159. p. 158. ano. 40. jul.-set./2003. Trimestral. ISSN 0034-835x.

“Em relação ao Poder Executivo, existe muita controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade, ou não, de controle por parte desse Poder. Existem entendimentos que afirmam categoricamente no sentido de que o Poder Executivo somente exerce o controle no momento da nomeação dos dirigentes da agência, sendo que, no demais, não deve haver qualquer tipo de subordinação hierárquica, ou de qualquer natureza. Outros não pensam de forma tão convicta”.

Resumindo a questão da independência das Agências Reguladoras Mauro Roberto Gomes de Mattos⁷⁴ afirma que “a garantia da dispensa imotivada, inamovibilidade dos diretores e dos métodos de escolha e destituição” de seus integrantes, aliada

“a devida autonomia financeira, com geração de recursos próprios por meio de imposição de taxa de regulamentação ou de fiscalização, instituída na própria lei de criação do ente regulador, possui o ingrediente especial da independência das agências, ou seja, estas providências possuem a finalidade de adotarem as aludidas agências de flexibilidade e autonomia, capaz de gerar independência administrativa.”

4.3 Dependência do Poder Legislativo

As agências reguladoras no nosso sistema encontram-se impossibilitadas, em virtude da teoria do jogo de freios e contrapesos de Montesquieu, pelo Poder Legislativo por força do disposto no art. 49, V e X da CRFB/88, de atuarem como fonte de normativa, senão vejamos:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...) – *omissis*;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

(...) - *omissis*;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”

Desta forma, em que pese os argumentos contrários, entendemos que a normatização de determinada atividade econômica pelas agências reguladoras poderá ser sustada pelo Congresso Nacional, expoente do Poder Legislativo brasileiro, no exercício constitucional de fiscalização e controle dos atos do Executivo, inclusive dos órgãos da Administração Indireta, *in casu*, as autarquias especiais. Desta forma a atuação normativa das agências reguladoras será restrita as questões técnicas, que não ultrapassem os limites impostos por sua lei de regência, nem conflite com os princípios constitucionais, notadamente o princípio da legalidade.

Como solução, Alexandre de Moraes⁷⁵ propõe que haja uma atribuição, pelo Congresso Nacional, através de Lei, oriunda do Presidente da República às Agências Reguladoras de

“uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização para a consecução das metas traçadas na lei”

⁷⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Agências Reguladoras e as suas características*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. nº 218. p. 81. out.-dez/1999. Trimestral. ISSN 0034-8007.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 744.

Desta feita, as Agências Reguladoras ficariam adstritas a uma norma base, que delimitaria sua esfera de atuação. Impedindo que estas inovassem na ordem jurídica ou que impusesse penalidade não prevista na norma definidora de suas funções.⁷⁶

4.4 As agências reguladoras e sua dependência jurisdicional

Quanto à dependência das agências reguladoras do Poder Judiciário é fruto da adoção, pelo Brasil do princípio da unicidade da jurisdição, que, diferentemente do que ocorre na França, que adota o sistema dualista – jurisdição administrativa e judicial, determina a possibilidade de apreciação pelo Judiciário dos atos da Administração Pública e do Legislativo, pois nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CRFB/88).

Por todo o exposto, podemos afirmar que no caso das agências reguladoras brasileiras só se pode falar em autonomia plena em relação ao seu orçamento e com relação a sua capacidade extrafiscal, pela cobrança de taxas e contribuições. No entanto, com relação à autonomia administrativa, ela não é plena, pois há uma relativa dependência administrativa em relação ao Poder Executivo, normativa em relação ao Legislativo e jurisdicional em relação ao Poder Judiciário.

A título de ilustração citamos o art. 1º, da Lei 9.472/97, assim disposto:

“Art. 1º. Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.”

Vale ressaltar que a referida norma acima introduziu no nosso ordenamento jurídico a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 8º), que é considerada a agência reguladora de maior autonomia⁷⁷, dentre todas as demais.

De fato dispõe o parágrafo segundo do art. 8º da Lei 9.472/97, que:

“A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

Mas o Estado Democrático de Direito impõe a observância de seus entesa lei – *lato sensu*, notadamente à Constituição Federal, e no caso brasileiro se afigura, como adverte Marçal Justen Filho⁷⁸

“inconstitucional constituir uma agência e delegar a ela, de modo permanente e definitivo, o poder para editar normas legais sobre certos assuntos. Não poderia reputar-se como constitucional uma lei estabelecer que uma agência reguladora seria dotada dos poderes para disciplinar um certo setor de atividades, editando todas as normas necessárias para tanto.”

5 A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 745.

⁷⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *op. cit.* p. 88.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 512.

5.1 Características fundamentais previstas na Lei Geral de Telecomunicações – L.G.T.

Conforme dissemos alhures as agências reguladoras brasileiras possuem a natureza jurídica de autarquia especial e relativa independência com o Executivo. Com a ANATEL não é diferente. De acordo com o art. 8º, da Lei 9.472/97, a ANATEL compõe a Administração Pública Federal indireta, submetendo-se ao regime autárquico especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, e tem por função regular as telecomunicações.

Como influência do modelo francês, dispõe o art. 9º que a Agência atuará como autoridade administrativa independente, sendo-lhes asseguradas às prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

A ANATEL desenvolverá suas atribuições com estrita observância aos princípios da imparcialidade, independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, consoante preceitua o art. 19 da LGT, senão vejamos:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

A ANATEL terá por atribuições:

- “I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;
- II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;
- III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;
- IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
- V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;
- VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;
- VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas de serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;
- VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
- IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;
- X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
- XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;
- XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

- XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
- XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;
- Jurisprudência Vinculada
- XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;
- XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;
- XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;
- XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;
- XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;
- XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;
- XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;
- XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993;
- XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens;
- XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;
- XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento;
- XXVII - aprovar o seu regimento interno;
- XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;
- XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;
- XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;
- XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.”

A ANATEL tem como órgão superior o Conselho Diretor composto de 5 conselheiros, que terá suas decisões tomadas por maioria, sendo orientados na votação pelos princípios da independência e fundamentação dos votos⁷⁹. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele

⁷⁹ Art. 20. O Conselho Diretor será composto por cinco conselheiros e decidirá por maioria absoluta. Parágrafo único. Cada conselheiro votará com independência, fundamentando seu voto.

nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do artigo 52 da Constituição Federal (art. 23, da LGT), com mandatos de cinco anos (art. 24, da LGT).

Vidalvo Silvino da Costa Filho⁸⁰, em monografia dedicada a ANATEL, que:

“Num primeiro momento, a agência estabelecerá as normas condicionadoras da telefonia, ofertando diretrizes a serem seguidas pelas empresas outorgadas e usuários dos serviços. E depois de regulamentada a matéria, entra em ação o policiamento da ANATEL. Com essa atuação, o ente regulador faz cumprir suas próprias normas técnicas, devendo fiscalizar o cumprimento dos objetivos da Lei Geral. Sabemos que a polícia administrativa da agência de telecomunicações é indissociável da sua atividade regulamentar; muitas vezes ambas as funções até se confundem, não havendo uma ordem precisa quando uma outra atividade se desenvolva”.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão inferi-se do presente trabalho que a figura da agência reguladora no direito brasileiro, deverá ultrapassar barreiras que importam numa mutação constitucional acerca, notadamente, da possibilidade de tais entes puderem cumprir de fato suas competências.

A nossa estrutura constitucional, apesar do modelo de República Federativa não permite que as agências reguladoras possam atuar, regulamentando efetivamente os setores da economia que lhe compete sem que tenham seus atos considerados inconstitucionais.

A tão propagada autonomia, ou se preferirem independência, administrativa legiferante e jurisdicional não é possível na nossa atual conjuntura político-constitucional.

Para que as agências reguladoras brasileiras possam emitir normas capazes de regular o mercado mister se faz uma reestruturação da própria concepção de Estado Democrático de Direito, já que neste o princípio da legalidade veda a delegação da capacidade legiferante do Legislativo para outro órgão, que não seja ao Presidente da República, e em certas e determinadas hipóteses.

Diferentemente do modelo norte-americano, consolidado ao longo de mais de um século, o modelo brasileiro ainda precisará ser aprimorado, não podemos olvidar, que inobstante a longa existência de institutos com tais características⁸¹, a concepção de tais entes não tinham as mesmas competências, nem tampouco as mesmas atribuições das atuais agências.

Destoa ainda do modelo implementado na França, Estados Unitário, que restringe o campo de atuação, a competência e independência das autoridades administrativa independentes, como são designados os órgãos reguladores daquele país.

O modelo brasileiro, inspirado no modelo norte-americano, guarda em si caracteres do modelo francês em virtude das fortes amarras constitucionais que recaem sobre tais órgãos.

⁸⁰ COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 226. p. 110. out.-dez./2001. Trimestral. ISSN 003.8007.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). *op. cit.* p.36.

Como bem adverte Leandro Novais e Silva⁸² a atual conjuntura exige do Estado uma postura em relação ao mercado. Segundo seu magistério: “No que se insere no prisma econômico, emerge o Estado forte, com caracteres de indução, normatização e regulação da economia”. Não se pode creditar o sucesso de sua intervenção na economia a apenas suas estruturação em agências, pois adverte o doutrinador que: “Mais do que a estrutura administrativa das novas agências regulatórias, de inspiração americana, o que deve ser ressaltado e observado com atenção é o aparato regulatório que daí decorre.”, donde podemos concluir que há a necessidade, não só de um corpo técnico especializado, mas de mecanismos que dêem as agências agilidade na atuação.

Em relação à ANATEL a situação não é diferente, a sua atuação, bem como das demais agências reguladoras, está condicionada aos ditames constitucionais, que não permitem com que a sua autonomia seja efetiva, apesar dos avanços registrados na Lei Geral de Telecomunicações ainda há muito o que se discutir para que se efetive um modelo semelhante ao instituído nos EUA.

REFERÊNCIAS

Bibliografia

ALEXANDRINO, Marcelo; **PAULO**, Vicente. *Direito administrativo*. 9 ed. rev. e atual. até a EC nº 48/2005. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. 654 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. 727 p.

_____. (Org.) *Direito Regulatório – Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 688 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. 863 p.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. 639 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 402 p.

PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 196 p.

⁸² **SILVA**, Leandro Novais e. *O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 163. p. 343. ano 41. jul.-set./2004. Trimestral. ISSN 0034-835x.

Artigos

ARAGÃO, Alexandre Santos. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 148. p. 275-299. out-dez/2000. Trimestral. ISSN 0034-835x.

_____. *Agências Reguladoras e Agências Executivas*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 228. p. 105/122. abr.-jun./2002. Trimestral. ISSN 0034-8007.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 226. p. 81-118. out.-dez./2001. Trimestral. ISSN 003.8007.

CUÉLLAR, Leila. *Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 229. p. 153/176. jul.-set./2002. Trimestral. ISSN 0034-8007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado*. Disponível em: [www. buscalegis.ccj.ufsc.br](http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br). Acessado em 08/04/2005.

_____. *Agências reguladoras: A metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional Comparado)*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. nº 50. p. 39-74. ano 13. jan.-mar./2005. Trimestral. ISSN 1518-272x.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Agências Reguladoras e as suas características*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 218. p. 71/91. out.-dez/1999. Trimestral. ISSN 0034-8007.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. vol. 791. p. 739-756. ano 90. set./2001. Mensal. ISSN 0034-9275.

PERIN, Jair José. *A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 159. p. 145/160. ano. 40. jul.-set./2003. Trimestral. ISSN 0034-835x.

SILVA, Leandro Novais e. *O processo de globalização e a instabilidade dos modelos econômicos de Estado*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 163. p. 331-346. ano 41. jul.-set./2004. Trimestral. ISSN 0034-835x.

TÁCITO, Caio. *Agências Reguladoras da Administração*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 221. p. 3. jul.-set./2000. Trimestral. ISSN 0034-8007.

WALD, Arnoldo; **MORAES**, Luiza Rangel de. *Agências Reguladoras*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 141. p. 143-171. ano 36. jan.-mar./1999. Trimestral. ISSN 0034-835x.

*Advogado Especializando em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário) pela Faculdade Maurício de Nassau / Escola de Magistratura de Pernambuco

SILVA, FrancecláudioTavares.

Disponibilizado em 17/07/06.