

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

*Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira**

1. A REGULAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No mundo, há dois sistemas fundamentais que disputam o privilégio de ser o adotado na organização da vida econômica. Temos assim, o sistema que é calcado na propriedade coletiva dos meios de produção e o sistema fundado na propriedade privada dos meios de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência.

A adoção, por nosso ordenamento, do segundo sistema vem consubstanciada no artigo 170 da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada (inciso II), a livre concorrência (inciso IV) e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos excepcionados em lei (parágrafo único).

*Advogada e procuradora jurídica da Fazenda Pública Municipal de Bauru, Professora e coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru. Especialista em Direito Civil e em Direito Municipal e Mestre em Direito Constitucional.

Embora o regime seja o da livre iniciativa, há situações previstas no Texto Constitucional que autorizam a exploração direta da atividade econômica por parte do Estado, quando presentes motivos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (artigo 173).

Além de executar a atividade econômica, em determinadas situações, o Estado também intervém na qualidade de agente normativo e regulador da economia, realizando funções ora de fiscalização, ora de incentivo ou planejamento da atividade econômica, conforme preceitua o artigo 174 da Constituição Federal.

O Estado não pode furtar-se a algumas atividades que, sem implicarem a prestação da atividade econômica, propriamente dita, venham a colaborar, através de um processo de conformação da atividade dos particulares, para o atingimento mais pleno possível de todos os objetivos do artigo 170, ou seja, não só a livre concorrência, mas também, e, principalmente, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Configura-se aí a função reguladora do Estado, sendo um poder amplo que objetiva manter a atividade privada dentro do estabelecido pela Constituição e pelas leis.

A acepção que se pretende atribuir ao termo “regulação” é bastante ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica efetivada pelo Estado, seja através da intervenção nos serviços públicos concedidos ou através do exercício de poder de polícia¹.

Para Vital Moreira, em razão da amplitude do conceito de regulação, o mesmo pode ser dividido em três concepções: “(a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada, e; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)” (Coimbra, 1997, p. 35).

Regular significa estabelecer regras, não importando quem as faça, se o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. A regulação tem um sentido

¹ Poder de polícia, também denominada pela doutrina contemporânea de limitações administrativas, pode ser conceituado como a faculdade discricionária da administração de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.

amplo, enquanto que a regulamentação refere-se a um universo mais restrito. A regulamentação é uma das modalidades utilizadas pelo Poder Público para exercer a regulação de um dado setor da economia.

Na verdade, a regulação presta-se a minimizar, ou tentar minimizar, as forças de mercado através do controle sobre os preços e a qualidade do serviço. Presta-se ainda a viabilizar a existência e continuidade da competição, bem como assegurar a prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental.

No dizer de Ismael MATA (2000, p. 115) a regulação é uma política pública que consiste em uma restrição, ou interferência, nas atividades de um sujeito regulado por alguém (ente regulador), que não desenvolve ditas atividades e que estabelece as regras restritivas, controlando, ininterruptamente, o cumprimento das mesmas.

O incentivo à atividade econômica – seja através do fomento, estímulo, subsídio ou isenção - resta demonstrado e imprescindível quando existe necessidade de um mais rápido desenvolvimento da economia em determinadas regiões do País, que busca o pleno emprego e a redução das desigualdades regionais.

A regulação, como a imposição de limites à liberdade do prestador do serviço, não teria nenhum sentido também, se não visasse introduzir elementos de competição, na medida do possível, na prestação dos serviços públicos ou de interesse público.

A regulação é normalmente vista como um “mal necessário” e como um entrave à liberdade de ação das empresas. É, no entanto, considerada “um mal menor”, vez que é muito maior o dano causado, aos consumidores e à economia em geral, pelo abuso de posição dominante de empresas monopolistas.

Regulação compreende uma ampla gama de atividades que envolvem a regulamentação, a fiscalização, o monitoramento, a mediação e a arbitragem de interesses, a outorga e cassação de concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços públicos e de utilidade pública, bem como a aplicação de sanções.

A regulação passou a ter maior relevância com o processo de privatização, já que seu principal escopo é proteger o consumidor contra a ineficiência, os altos preços e o excesso de lucros por parte das empresas que passaram a prestar serviços públicos.

Além disso, o princípio da eficiência da Administração Pública, introduzida no Texto Constitucional, através da Emenda 19/98², exige que a Administração, seja dotada de competências reguladoras, de natureza técnica e especializada, sob pena de paralisia do mercado. Isto é, é impossível exigir eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes, ou seja, a especialização técnica é requisito da eficiência. (FERRAZ JUNIOR, s.d., p. 151)

Ao se falar em regulação, portanto, especialmente quanto às agências reguladoras que vêm sendo criadas, tenha-se em mente que constitui um termo extremamente abrangente, incluindo modalidades e intensidades distintas de manifestação do poder de autoridade.

Por consequência, desregular – providência adotada no processo de Reforma do Estado – representa a diminuição do regramento da atividade privada, visando diminuir a intervenção do Estado nas liberdades do cidadão. Isso não significa que o Estado deva abdicar de seu poder de busca da compatibilização dos direitos individuais com o interesse público, eis que se trata de poder irrenunciável.

A desregulação não é um fim em si mesma. Representa o ponto de partida na tentativa de reinstaurar o princípio da liberdade e a transparência dos mercados, a partir do qual os particulares devem ajustar sua atuação à prática das liberdades, trabalhar e brigar efetivamente por seus direitos, sem aguardar tudo do Estado. A função deste deve limitar-se ao papel de árbitro imparcial, que atua sobre os fatores econômicos, quando estes entrem em conflito e quando sua intervenção seja imprescindível para o bem público. (CASSAGNE, 1992, p. 164)

Regular significa também ditar regras jurídicas.

Embora a existência do poder regulamentar da Administração seja evidente no mundo atual, nem sempre foi assim. Foi, no seu início, uma novidade que não se ajustava facilmente com o dogma da divisão dos poderes, parecendo impor uma concentração do poder normativo no legislativo e uma limitação da Administração à pura execução das leis. (ENTERRIA, 1991, p. 199)

A função de planejamento do Estado - embora mais branda que nas economias socialistas³, uma vez que não há abandono da economia de livre

2 Embora ele já fizesse parte integrante dos fins do Estado.

3 As economias socialistas são sempre planejadas, obedecendo um plano único nacional traçado por um poder central; plano este, centralizado e obrigatório para as empresas.

iniciativa - edita planos prevendo o atingimento de certas metas, com a profunda diferença, no entanto, de que tais planos não são totalmente vinculantes. Tem essa característica apenas em relação ao Estado e aos serviços desenvolvidos em nome dele. No que respeita aos particulares, contêm estímulos e incentivos para que sejam adotados, mas não são cogentes.

Todas as funções acima mencionadas fazem parte integrante da atividade normativa e reguladora do Estado, que deve pautar-se pelo princípio da legalidade.

Abstraindo-se, o Estado, totalmente ou em parte, da exploração de atividades econômicas e da prestação direta de serviços públicos, restam como atividades de central importância, o controle e a fiscalização.

Para Marcos Jordão Amaral Filho:

O direito administrativo, num Estado mínimo, recuperará sua importância original, na medida em que o Estado desempenhe, com firmeza, atividades de caráter normatizador, regulador e fiscalizador da sociedade civil, e não como concorrente privilegiado da mesma. O controle sobre as atividades econômicas, sobre a prática de cartéis e monopólios, o poder de polícia sobre os serviços prestados à sociedade darão à Administração instrumentos poderosos contra a deformação do mercado, que deverão ser objeto de tratamento sistemático por nossos juristas e legisladores. (AMARAL FILHO, 1996, p. 164)

O Estado foi obrigado a modificar seu caráter autoritário frente ao setor privado, que tornou-se, com o passar dos anos, um setor forte economicamente e articulado socialmente. Além disso, deve estar muito mais aberto à negociação e à mediação com os administrados do que no passado. Por fim, a grande evolução tecnológica faz com que o Poder Público seja obrigado a delegar poderes a órgãos mais especializados, para fazer frente a tamanha evolução.

Não pretende-se dizer que somente na atualidade o Estado tenha sido chamado a regular setores da atividade econômica. A função reguladora do Estado sempre existiu, mas no novo quadro de atuação estatal seu sentido é reformulado. Tanto isso é verdade, que o artigo 174 da Constituição Federal brasileira já previa a função reguladora do mercado pelo Estado, mesmo antes da criação de qualquer agência reguladora. Cite-se, como exemplo, a função exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

(criado em 1992), que organiza a concorrência no Brasil⁴, tendo sido inclusive transformado em ente independente à partir da Lei 8884, de 11 de junho de 1994.⁵

O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, também exerce fortíssima atividade reguladora na sua área de atuação, embora os doutrinadores não tenham discutido e rechaçado com tamanha veemência sua constitucionalidade.

Num passado mais remoto, pode-se citar a criação do Conselho Nacional de Petróleo – CNP, pela Lei nº 2004, de 3 de outubro de 1953, órgão regulador em matéria de combustíveis; bem como a criação do banco Central, através da Lei nº 4595, de 31 de dezembro de 1964, com poderes para executar a política financeira do governo, emitir papel-moeda, autorizar o funcionamento de instituições financeiras e fiscalizar suas operações, de acordo com as leis específicas.

Uma rápida análise sob a perspectiva histórica, lança luz sobre as constantes modificações na participação do Estado como ente regulador da economia. Pela Constituição de 1891, artigo 34, inciso V, o Poder Legislativo central, com competência privativa, regulava o comércio internacional. A Revisão de 1925-1926 avançou no sentido da intervenção do Estado na economia, referindo-se ao poder de autorizar as limitações exigidas pelo bem público, como por exemplo, abrir ou fechar portos ao comércio exterior, segundo o interesse público.

4 Ressalte-se que as agências de regulação dos serviços federais, como a ANATEL, ANEEL e ANP, não absorveram (embora indiretamente influenciem), em relação a seus respectivos setores regulados, competências típicas do CADE, que as possui também nesses setores.

Tais setores estarão permanentemente sob a fiscalização das agências reguladoras, o que permite a elas tomar conhecimento das práticas prejudiciais à concorrência, mas a competência para investigar, reprimir e prevenir os atos lesivos à concorrência pertence genericamente ao CADE.

As agências reguladoras estariam extrapolando a sua competência caso aplicassem por sua conta as regras e as penalidades contidas na Lei 8884/94. A constatação da existência de possíveis infrações à ordem econômica deverá dar ensejo a procedimento de investigações estabelecido na citada lei, culminando com uma decisão do CADE.

5 Carlos Ari Sunfeld chega a discutir a natureza jurídica do CADE, quando pergunta se não seria ela uma agência reguladora. (*Introdução às agências reguladoras*, p. 21)

Estas modificações foram objeto de crítica dos que entendiam que qualquer intervenção do Estado, nas vendas e transportes, representava violência contra a liberdade de comércio e erro grave de política.

Para Vital MOREIRA (1997, p. 34) o essencial do conceito de regulação é a possibilidade de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles fariam se houvessem apenas regras de mercado.

A atividade de regulação poderá ser exercitada num âmbito genérico ou setorial. Será genérica aquela regulação que abarque, indistintamente, toda e qualquer atividade econômica. A regulação setorial, dentro de um campo mais restrito, dirige-se a segmentos determinados da economia, nos quais se pretenda desenvolver um controle específico e peculiar.

Convém ainda distinguir a regulação estatal exercida no domínio das atividades reservadas à iniciativa privada (atividade econômica em sentido estrito) e a regulação dos serviços públicos. Na primeira, há liberdade de iniciativa e de concorrência, circunscrevendo-se a regulação, em princípio, à manutenção de regras de competição entre os particulares. A segunda forma, muito mais abrangente, exige a vinculação dos concessionários e permissionários à realização do interesse público, bem como às determinações impostas pelo vínculo que os une à Administração Pública.

A atividade regulatória, por demonstrar-se imprescindível para a boa prestação dos serviços públicos, sempre foi objeto de estudo pelos doutrinadores nacionais, mesmo antes do surgimento das agências reguladoras.

Em 1940, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho já sustentava que:

As empresas privadas, ou particulares, devem ficar sujeitas, por isso, à regulamentação e controle das autoridades administrativas; as atividades econômicas estão sempre ligadas ao interesse público; tanto os serviços a cargo do Estado como os serviços sujeitos a direção das empresas privadas são melhor conduzidos quando tutelados pelo poder público e sob regime legal e regulamentar. (FRANCO SOBRINHO, 1968, p. 21)

Um ano após, Bilac Pinto publicou obra que pregava a necessidade de criação de comissões – com amplos poderes para fiscalizar os aspectos administrativos, contábeis, técnicos, econômicos e financeiros – para a execução da atividade reguladora do Estado, que teriam finalidade de assegurar o serviço

adequado, fixar tarifas razoáveis e garantir a estabilidade financeira. (PINTO, 1941, p. 33)

Na parte final de sua obra, Bilac Pinto (1941, p. 209) expõe conclusões acerca do tema, entre as quais pode-se enumerar: 1) os serviços de utilidade pública devem ser submetidos ao regime de regulamentação efetiva por comissões; 2) as comissões devem exercer funções administrativas, jurisdicionais e normativas; 3) as comissões terão amplos poderes de fiscalização e controle das empresas concessionárias de serviços de utilidade pública; e, 4) instituída a comissão, esta deverá realizar amplo inquérito destinado a esclarecer a situação das empresas concessionárias, sob os aspectos que interessam a regulamentação.

Embora o autor refira-se à comissões – termo utilizado na época – praticamente enumera as principais características das atuais agências reguladoras.

Os organismos de controle e regulação, segundo Henrique Emanuel Gomes Pedrosa, *“executam suas funções de modo a proteger o usuário e melhorar as qualidades dos serviços, incentivar a eficiência, fiscalizar a fixação de preços justos e razoáveis, assegurar a igualdade, livre acesso, não discriminação e uso generalizado dos serviços.”* (PEDROSA, 2000, p. 305)

A grande vantagem da regulação consiste em que o controle dos serviços públicos, em tese, é realizado através de critérios técnicos, distantes dos interesses localizados dos eventuais e sempre transitórios (nas democracias representativas) donos do poder. É, ou pretende ser, portanto, um controle despolitizado.

A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador.

Cumprе ressaltar que a regulação de um serviço público não é um processo fácil e que se encontra encerrado. Mesmo naqueles locais onde as experiências são mais antigas, a regulação é um procedimento dinâmico, cambiante, que apresenta matizes diferenciadas em cada lugar e momento. A tarefa da regulação jamais cessará, pois os riscos do imobilismo ou da crença de que tudo já foi regulado, são permanentes, ainda mais num mundo globalizado onde as riquezas são constantemente recriadas e, com os mercados interligados, os preços dos bens e serviços outorgados aos particulares sofrem influxos dos mais variados setores.

É exigível, portanto, uma autoridade reguladora dotada de preparação técnica, independência política e legitimação democrática.

No Brasil, a regulação só passou a ser atribuída a entidades independentes, a partir de 1996, com a criação das primeiras agências de regulação nos setores de energia, petróleo e telecomunicações.

O modelo adotado por nosso ordenamento segue, em grande parte, a sistemática norte-americana, embora a formação do Estado e da própria Administração naquele país sejam muito diferentes do aqui implantado.

2. FORMAS DE REGULAÇÃO

A regulação econômica é específica e implica substituir as decisões da empresa ou do mercado pelas decisões dos órgãos reguladores.

A regulação é, portanto, uma forma de intervenção na atividade econômica, visando estabelecer um filtro sobre ações privadas relevantes, estimulando ou restringindo-as, proibindo ou sancionando-as.

A ideia da regulação é sempre harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do executor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da atividade que se propôs executar, como forma de assegurar a continuidade do atendimento dos interesses da sociedade.

A dimensão da atividade regulatória, entendida como o processo pelo qual o Estado restringe as escolhas do mercado, passou por duas fases evolutivas que merecem destaque. Há um sentido restrito e um sentido amplo da regulação que abrange toda a atividade do poder público de organizar e configurar a realidade social.

Numa primeira fase, a “regulação econômica” tinha como principal objetivo, apenas, garantir o acesso de todos os interessados ao mercado, assegurando a liberdade de concorrência, bem como o controle de preços. Na segunda fase, chamada de “regulação social”, busca-se intervir na atividade econômica também para assegurar valores do Estado do Bem-Estar.

No caso dos serviços regulados, a liberdade de iniciativa está, assim, condicionada, na medida em que o agente econômico deverá produzir bens ou

serviços usando técnicas e padrões já delimitados pelo Estado. Disso se extrai que a atividade das agências assume especial relevo, quer porque elas afetarão atividades da economia privada, quer porque atuarão como mediadores entre fornecedores e consumidores de serviços públicos.

Fernando Herren Aguillar classifica a regulação em operacional e normativa, conforme o modelo que se adote para desempenhar a atividade regulatória dos serviços públicos. (AGUILLAR, 1999, p. 164)

Por “regulação operacional” entende-se aquela em que o Estado atua, diretamente, por intermédio de seus órgãos, entidades ou empresas, na atividade que pretende regular. É o modelo adotado até pouco tempo no Brasil, onde a regulação era feita por meio do controle das empresas que desempenhavam os serviços e as atividades públicas.

Com a regulação dita “normativa”, o Estado permite, mediante concessão, que particulares desempenhem os serviços públicos, reservando para si a função de edição de normas (regulamentos), que interferirão no desempenho das atividades, e deverão ser seguidas por aqueles que desejem realizá-las.

Nos últimos tempos, o Estado brasileiro tem modificado o modelo regulatório – conforme abordado anteriormente - substituindo gradativamente o modelo operacional, por aquele identificado nos Estados Unidos, no qual a iniciativa privada desempenha as atividades de interesse coletivo, enquanto as agências independentes realizam a tarefa regulatória.

Com a nova forma de regulação dos serviços públicos, através da desestatização - na qual o Estado opta por delegar à iniciativa privada a execução direta reservando para si a titularidade e a atividade regulatória normativa - são perceptíveis as implicações na esfera dos direitos do cidadão.

Mesmo quando não ocorre a privatização, ou seja, mesmo mantendo-se a qualificação da atividade como serviço público, o cidadão-usuário não vai mais relacionar-se com uma empresa estatal (sociedade de economia mista ou empresa pública) prestadora de serviços públicos e integrante da Administração indireta, mas com uma empresa privada, na qualidade de concessionária

3. AS AGÊNCIAS BRASILEIRAS

Se nos países em que a regulação já está incorporada à respectiva cultura⁶, ainda existem confusões em relação ao seu significado e limites; no Brasil, onde os primeiros marcos regulatórios são postos, a instabilidade do exercício e a incerteza em relação ao seu futuro são realidades que fazem com que não se tenha segurança quanto ao destino do fenômeno regulatório.

Deve-se ter presente, portanto, o fato de que estas agências brasileiras têm peculiaridades próprias, diferentes das existentes em outros países, onde a experiência regulatória por agências independentes já é parte indissociável da prestação do serviço público. Espera-se que, no futuro, as agências liberem mais o mercado, incentivando a livre concorrência e sendo, portanto, cada vez menos interventoras. (COIMBRA, 2001, p. 42)

Este novo modelo regulador ainda possui problemas com a desarticulação entre as agências, a efetividade do controle de suas ações, além da ausência da adoção de marcos e regimes regulatórios definidos que possam ser fornecidos com clareza aos investidores. Em função de tais problemas, dentre outros, o modelo vem angariando críticas que devem ser superadas.

A doutrina tem tecido primeiras considerações acerca do conceito de agências reguladoras. Leila Cuèllar define o instituto como “*pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica.*” (CUELLAR, 2001, p. 81)

A criação de agências reguladoras é resultado direto do processo de retirada do Estado da economia. Dessa forma, são criadas com o escopo de normatizar os setores dos serviços públicos delegados e de buscar equilíbrio e harmonia entre o Estado, usuários e delegatários. E mais, as mudanças realizadas pelo governo, estão alterando sobremaneira a estrutura do poder, pois este eixo se desloca dos Ministérios para as agências.

⁶ Existem órgãos reguladores em quase todo o mundo, e em alguns países, como os Estados Unidos, as organizações são centenárias. Naquele país há mais de 70 entidades do gênero: uma por Estado e as restantes federais. No Canadá há 15; na Argentina 11; na Dinamarca 9, no Reino Unido, na Austrália e na Espanha, 8; na Holanda 7, na Alemanha e na Suíça, 6; no Chile, na Suécia e na China 5, entre outros, segundo informações contidas nos relatórios anuais do Banco Mundial transcritas no texto de Guilherme Socias Villela, *Marco Regulatório* – Introdução, p. 7.

Não pretende-se defender o modelo de agências reguladoras, pois embora tragam em seu bojo grandes benefícios para a sociedade moderna, ainda podem estar distantes – como todas as demais autoridades públicas - do modelo de autoridades equilibradas, imparciais, democráticas, comprometidas com os interesses gerais e respeitadoras do Direito.

Mesmo porque, embora a doutrina internacional aponte claramente para a necessidade de se dar ênfase à regulação como pré-condição e não mera decorrência da desestatização no Brasil, lamentavelmente, isto foi inteiramente desconsiderado, ou seja, optou-se por repassar a execução dos serviços à iniciativa privada para depois estabelecer os marcos regulatórios.

Maria de Lourdes Reyna Coelho elenca os requisitos que, em seu entendimento, são imprescindíveis para o êxito da regulação. São eles: 1) os marcos regulatórios devem ser estabelecidos antes da privatização do serviço público e dispor de regras e fórmulas claras, tecnicamente coerentes com a capacidade de aplicação do ente regulador e compreensíveis para os gestores, os acionistas e os usuários; 2) os marcos regulatórios devem prever um sistema de resolução de conflitos entre o ente regulador e a empresa, assim como sanções claras e proporcionais à infração cometida; 3) a agência reguladora deve ser um ente público independente e a nomeação de seus funcionários não pode coincidir com os mandatos eleitorais, reduzindo-se assim as influências políticas; e, 4) o ente regulador precisa estabelecer mecanismos que garantam uma representação adequada dos interesses dos usuários, entre os quais podem ser citados a indispensável autonomia e os recursos financeiros. (COELHO, 2001, p. 22)

Os instrumentos regulatórios precisam ser concebidos de forma abrangente, permeando entre os campos da defesa do consumidor, de proteção do meio ambiente, de definição de políticas tarifárias, de fixação de planos de investimentos para os concessionários e de fiscalização efetiva da qualidade do serviço.

A regulação serve também, e principalmente, para impedir que a concorrência desapareça, uma vez que sua ausência prejudica, de forma drástica, o usuário do serviço público.

É sensível o gradual aprofundamento da normatização em nosso país, sendo possível afirmar que o aprendizado surge da experiência com a identificação de situações novas. É claro que os órgãos reguladores se ajustam à

necessidade cada vez maior de especialização funcional e de capacitação técnica que se fazem imperativas à luz da complexização, da internacionalização e da segmentação, que marcam os tempos hodiernos.

A União conta com 12 agências reguladoras, que regulam não só os serviços públicos desestatizados, mas também setores considerados, pelo Estado, como de interesse público, tais como o desenvolvimento da região Nordeste e a prevenção e controle de doenças.

Inicialmente foram criadas três agências federais, a saber:

- Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9427, de 26 de dezembro de 1996), que tem finalidade de fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica;

- Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997), responsável pela regulação, controle e fiscalização dos serviços de telecomunicações; e

- Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9478, de 6 de agosto de 1997), com a finalidade básica de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.⁷

Posteriormente a essas foram criadas:

- Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999), que detêm competência para, entre outros, normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde pública, inclusive os ambientes, processos, insumos e tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e fronteiras;

- Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9961, de 28 de janeiro de 2000), que tem como finalidade regular as atividades desenvolvidas pelas operadoras de assistência à saúde, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores;

- Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9984, de 17 de julho de 2000), responsável pela organização, implantação e gestão do Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos;

- Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT (Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001), que regula, supervisiona e fiscaliza as atividades de prestação de serviços de transporte ferroviário e rodoviário;

⁷ Embora não constituindo um serviço público, a exploração da indústria do petróleo é considerada essencial à economia da sociedade.

- Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001), que regula, supervisiona e fiscaliza as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária;

- Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA (Medida Provisória nº 2.157-5, de 24 de agosto de 2001), que se presta a assegurar a utilização de recursos para a realização de investimentos na Amazônia (substitui a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM);

- Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE (Medida Provisória nº 2.156-5, de 24 de agosto de 2001), responsável pela efetiva aplicação de recursos para a realização de investimentos no Nordeste (substitui a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE);

- Agência Nacional do Cinema – ANCINE (Medida Provisória nº 2.228-1, de 06 de setembro de 2001), responsável pela regulação, fiscalização e fomento das atividades cinematográficas e videofonográficas;

- Agência Federal de Prevenção e Controle de Doenças – APEC (Medida Provisória nº 33, de 19 de fevereiro de 2002), que promove a proteção à saúde, mediante ações integradas de educação e de prevenção e controle de doenças e outros agravos à saúde, bem como em atendimento integral à saúde dos povos indígenas, com vistas à melhoria da qualidade de vida da população.

Em algumas unidades da federação foram criadas agências que visam, da mesma forma que as nacionais, regular serviços públicos estaduais delegados. Além de suas funções específicas em relação aos serviços de competência dos Estados, as agências estaduais podem firmar convênios com as agências nacionais com o escopo de realizar os serviços de regulação nacional dentro de seu território.

A função das agências é delimitada dentro de um espectro de grandes dimensões. O âmbito de atuação passa por diversas áreas, sendo as mais importantes as de fiscalização, regulamentação, regulação e, por vezes, arbitragem e mediação, porém, sempre dentro dos limites que a lei impõe.

Embora as agências tenham liberdade de atuação, dentro dos limites impostos pela lei, por algumas razões acabam iniciando a execução de suas atividades de forma suave, com poucas regras, de natureza geral. Tais motivos podem ser resumidos da seguinte forma: 1) é praticamente impossível antecipar comportamentos, principalmente nos casos de privatização; 2) quanto menos regulação, menores as chances de efeitos colaterais imprevisíveis e difíceis de

corrigir rapidamente no setor regulado; 3) o acompanhamento do processo concreto de desenvolvimento do setor é que pode fornecer bases seguras para a regulação adicional; e, 4) caso a regulação seja muito minuciosa, no princípio da atividade regulatória, haverá maiores chances de repetir o antigo quadro regulatório (justamente o que se quer reformar). (WALD, 2012, p. 144)

Não se esqueça também que a intenção da modificação estrutural da Administração Pública foi justamente baseada na necessidade de quebra do padrão de normas minuciosas e burocráticas.

Os argumentos clássicos favoráveis a criação das agências são a independência em relação à esfera política e a eficiência, decorrente da qualificação técnica dos seus dirigentes – caracteres que serão analisados adiante.

Conforme sistematização feita por Angel Manuel Moreno Molina, as justificativas tradicionalmente encontradas para fundamentar a criação das agências independentes são: a) necessidade de imparcialidade resolutória; b) experiência e técnica desenvolvidas por uma entidade especializada; c) colegialidade dos órgãos diretivos; d) continuidade na implementação das políticas públicas confiadas à agência; e) afastamento das ingerências políticas, e f) incapacidade das estruturas tradicionais de satisfazer necessidades contemporâneas da regulação administrativa. (MOLINA, 1995, p.73)

4. CONCLUSÕES

Espera-se, com o presente estudo, ter trazido alguma contribuição para a construção da dogmática da atividade regulatória descentralizada do Estado brasileiro, que tem representado um desafio para muitos dos operadores e pensadores do Direito, em razão da nossa tradição de centralização política e administrativa.

Para tanto são apresentadas as seguintes conclusões:

01) A reforma efetuada no Brasil nos últimos anos tem como uma de suas finalidades a reestruturação do papel do Estado, com a consequente diminuição da atuação direta deste na realização de atividade econômica em sentido estrito e o aumento do grau de participação dos particulares na economia, através de mecanismos como a desregulamentação e a desestatização;

02) Embora o modelo norte-americano de agências reguladoras tenha influenciado a instituição destas em vários países, é preciso observar que cada país adota um modelo particular, não sendo possível transpor para o direito brasileiro análises próprias dos ordenamentos jurídicos alienígenas;

03) A função reguladora do Estado pode abranger atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos, sendo suas atribuições, de um modo geral, assim elencadas: fiscalização dos contratos administrativos e da execução dos mesmos, aplicação de sanções àqueles que descumprirem as normas relativas aos serviços e as cláusulas constantes do referido contrato; recebimento de reclamações e denúncias de usuários ou consumidores; resolução de conflitos existentes entre os concessionários e entre estes e os usuários;

04) É necessária a revisão de enfoques tradicionais acerca da Constituição e dos princípios constitucionais. Desse modo, no novo modelo de Estado, em que se dá ênfase para a função reguladora, é imprescindível que sejam adaptados os instrumentos úteis e adequados para o exercício do papel regulador pelo Estado.

REFERÊNCIAS

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

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, Tomo I.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Maria de Lourdes Reyna. “Um desafio atual: tornar eficiente o processo regulatório”. In: *Revista Marco Regulatório da Agência Estadual e Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul*, nº 4, 1º semestre/2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. “Poder político e poder administrativo”. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1968, nº 6.

MATA, Ismael. “Los entes reguladores de los servicios públicos”. In: *El derecho administrativo argentino, hoy*. Buenos Aires: Editorial Ciências de la Administración, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOLINA, Ángel Manuel Moreno. *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1995.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, out/dez, 1999, vol. 218.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras de serviços públicos*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre. Curitiba, 2000.

PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. *Privatizações sob a ótica do Direito Privado – Desigualdade contratual e fiscalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: RT, 1996.