

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

TÁRCIO VINÍCIUS MADEIRA DE BRITO

**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA ORDEM ECONÔMICA
CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TÁRCIO VINÍCIUS MADEIRA DE BRITO

**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA ORDEM ECONÔMICA
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

TARCIO VINICIUS MADEIRA DE BRITO

**O papel das agências reguladoras na ordem econômica
constitucional**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

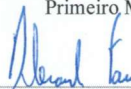


RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Orientador



Coorientador

EGON BOCKMANN MOREIRA - Direito Público
Primeiro Membro



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Segundo Membro

RESUMO

A ordem econômica constitucional predetermina uma certa organização econômica para a sociedade, consagrando uma lógica de convívio entre o Estado e os particulares. O presente estudo centra sua análise na intervenção estatal no domínio econômico de forma indireta através das agências reguladoras independentes. A regulação econômica pode ser definida como o instrumento utilizado pelo Estado para restringir a livre iniciativa, tornando certas escolhas públicas, almejando corrigir as falhas de mercados ou atingir objetivos fundamentais constitucionais. No Brasil, o modelo de Estado Regulatório surgiu, após a crise do modelo estado-empresário, buscando-se uma forma de atuação mais eficiente do poder público na economia. Dessa forma, criou-se no Brasil, tendo como base o Direito estrangeiro, as agências reguladoras, que podem ser definidas como autarquias especiais, dispõem de ampla autonomia para regular determinado setor econômico.

Palavras chaves: Ordem econômica. Intervenção estatal. Agências Reguladoras independentes. Regulação econômica. Autonomia.

ABSTRACT

The constitutional economic order predetermined a certain economic organization for society, consecrating a logic of conviviality between the state and the individuals. This study focuses its analysis in the state intervention in the economic domain of form indirect by independent regulatory agencies. The economic regulation can be defined as the instrument used by State for restricty free enterprise, making certain public choices, aiming to correct market failures or fundamental constitutional objectives. In Brazil, the model of regulatory state emerged, after the crisis of the State-entrepreneur, Seeking a more efficient form of acting public power in the economy. Thereby, was created in Brazil, based in the foreign law, the regulatory agencies, which may be defined as special public entity, have broad autonomy to regulate a particular economic sector.

keywords: Economic order. State intervention. Independent regulatory agencies. Economic regulation. Autonomy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. ESTADO E ATIVIDADE ECONÔMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	2
2.1. A CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA.....	2
2.2. ORDEM ECONÔMICA ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	3
2.3. PRINCÍPIOS E FINALIDADES DA ORDEM ECONÔMICA.....	7
2.4. FORMAS DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	7
2.4.1. O SENTIDO DA ACEPTÃO INTERVENÇÃO.....	10
2.4.2. ATUAÇÃO DIRETA.....	10
2.4.3. ATUAÇÃO INDIRETA.....	11
3. REGULAÇÃO ECONÔMICA	13
3.1. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR.....	13
3.1.1. ESTADO LIBERAL.....	13
3.1.2. ESTADO SOCIAL.....	14
3.1.3. ESTADO REGULADOR.....	14
3.2. DISTINÇÃO ENTRE REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO.....	15
3.3. CONCEITO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	16
3.4. JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAÇÃO.....	19
3.4.1. AS FALHAS DE MERCADO.....	20
3.4.1.1. MONOPÓLIOS.....	21
3.4.1.2. BENS COLETIVOS.....	22
3.4.1.3. CUSTO DA TRANSAÇÕES.....	22
3.4.1.4. EXTERNALIDADES.....	22
3.4.2. OUTRAS JUSTIFICATIVAS.....	23
3.5. MODO E INTENSIDADE DA REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	23
3.6. REGULAÇÃO ECONÔMICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	25
4. AGÊNCIAS REGULADORAS ASPECTOS GERAIS	26
4.1. CONTEXTO DE CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	26
4.2. NATUREZA JURÍDICA.....	27
4.3. ASPECTOS PRINCIPAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	31
4.4. CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	35

5. O PAPEL DAS AGÊNCIAS	39
5.1. PAPEL NA ORDEM ECONÔMICA.....	39
5.2. PRERROGATIVAS PARA REALIZAR SUAS FUNÇÕES.....	42
5.2.1. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	43
5.2.2. PODER DE FISCALIZAR, SANCIONAR E JULGAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	46
5.3. ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO.....	47
5.4. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	48
6. CONCLUSÃO	56

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se analisar as diversas formas que o Estado atua sobre a ordem econômica, passando por várias fases e modos de intervenção do poder estatal na economia, centrando a análise na chamada intervenção indireta realizada pelas agências reguladoras, que ganhou força a partir de uma mudança paradigmática empreendida na forma de atuação do Estado Brasileiro.

No primeiro capítulo será apresentado a construção histórica que tornou visível a intervenção do Estado na economia, resultando em políticas públicas que tentavam equilibrar a sociedade e as relações privadas. Dessa concepção resultou a intervenção estatal no domínio econômico de forma direta, em um primeiro momento com relativo sucesso, mas após a expansão desse modelo surge uma crise funcional devido à presença demasiada do Estado na economia, assim se buscou novas perspectivas para o funcionamento do Estado e da economia.

Diante da busca de um norte para a presença estatal na economia, apresenta-se como solução o direito da regulação econômica, intervenção econômica de forma indireta, que terá seus desdobramentos elencados no segundo capítulo, mas, preliminarmente, cumpre-se esclarecer que a regulação econômica delinea-se como uma atividade normativa que visa estabelecer parâmetros de conduta econômica para a iniciativa privada, moldando-a, mas devemos lembrar que essa regulação também é influenciada pelas necessidades da atividade econômica, assim estabelece-se uma relação dialética onde o Estado no exercício de suas atribuições tem como objetivo a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, mas deve compatibilizar seus objetivos com a ordem econômica estabelecida que permita a livre iniciativa. Nesse cenário de Estado Regulador, desenvolveram-se as agências reguladoras que terá suas atribuições, natureza e funções discutidas nos últimos dois capítulos.

Por séculos, a temática abordada por este trabalho tem despertado o interesse e paixões pela evidente área de contato entre direito e economia e a influência ideológica que lhe é inerente. Embora ainda seja um tema tormentoso, dada a sua complexidade e diversidade de posições no direito e em outras áreas de ciências humanas, por outro lado, é extremamente relevante em razão de sua aplicabilidade prática.

2. ESTADO E ATIVIDADE ECONÔMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1. A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Para o perfeito entendimento do papel das agências e da correta compreensão da função de regulação econômica é necessário, inicialmente, compreender o contexto histórico que legitimou a intervenção do Estado no domínio econômico.

Depois de um intenso período que foi preponderante a ideia de que o domínio econômico era tido como próprio dos agentes privados, com o objetivo de evitar os abusos perpetrados por eles, consolida-se a concepção de um estado transformador da realidade social, objetivando direcionar as relações privadas principalmente em um âmbito econômico.¹

Para que esses objetivos políticos carregados de deveres econômicos sejam efetivamente realizados, as cartas constitucionais passaram a prescrever um feixe normativo específico que regulava as relações econômicas. Essa positivação da ordem econômica foi chamada de constituição econômica.²

Para Vital Moreira, a constituição econômica conceitua-se como:

Conceitua-se como o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.³

Portanto, a constituição econômica é concebida como conjunto de princípios e regras ordenadoras da economia, a partir dessa positivação define-se um parâmetro

¹ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2. V. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 156.

² MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2. V. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 159.

³ MOREIRA, VITAL. **Economia e Constituição**. Volume XVII. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas, 1974, p.35, *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.79.

para funcionamento do sistema econômico, que não se define mais livremente, terá sua estrutura, funcionamento dos bens econômicos e das relações econômicas restringidos.⁴

Eros Grau, por sua vez, argumenta que a constituição econômica, conjunto de regras e princípios essenciais ordenadoras do mercado, consagra uma determinada forma de sistema econômico.⁵

2.2. ORDEM ECONÔMICA ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República de 1988 é categorizada como uma constituição dirigente ou programática⁶, significa que além de edificar a estrutura do estado e o modo do exercício de poder, a Carta Constitucional delimita, expressamente, os objetivos a permearem a atuação estatal.

Desse modo, a Constituição ao dispor sobre a organização econômica da sociedade delimitou um título específico para o tema, determinando a base do sistema econômico, assim como vários princípios elencados.⁷

Essa opção econômica realizada pelo legislador constitucional define o paradigma das funções do Estado, o âmbito de sua atuação e o espaço reservado à iniciativa privada. Em suma, o arquétipo constitucional do sistema econômico vigente.⁸

Marçal Justen Filho ao explanar sobre a intensidade da presença estatal no modelo econômico consagrado na Constituição:

⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2. V. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 159.

⁵ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.76.

⁷ CLARK, Giovani; CASTRO, Lúcio Macedo de. **A ordem econômica constitucional de 1988 e suas alterações reguladoras teorizadas pela escola da análise econômica do direito**. In: MORAES FILHO, José Filomeno; MARTINEZ, Regina Célia; ROBL FILHO, Ilton Norberto. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 22, p. 23. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e72a74d8b2d25bc>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p. 189.

A Constituição Federal consagrou a subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico. Estabeleceu o sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na restrição da intervenção do estado no domínio econômico. Incumbe ao estado disciplinar o exercício da atividade econômica privada, admitindo-se excepcionalmente que desempenhe diretamente atividades econômicas, respeitados determinados princípios.⁹

Da leitura do artigo 170 da Constituição Federal:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.¹⁰

Podemos aduzir que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano.

Tais fundamentos representam a opção essencial do legislador original que, por esse motivo, deverá delimitar o âmbito de atuação estatal, assim como a atividade interpretativa desse ordenamento jurídico. Esse sistema econômico, bem como os agentes atuantes do mercado, agentes privados e o próprio Estado, está subordinado à valorização do trabalho e à livre iniciativa das pessoas.¹¹

Podemos extrair alguns significados dos fundamentos da ordem econômica, primeiro, a iniciativa privada é uma premissa essencial da ordem capitalista, revelando, desse modo, a opção pelo sistema capitalista. Em segundo lugar, revela a opção constitucional de prioridade do trabalho humano sobre os demais valores.¹²

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 307 e 308.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de outubro de 2017.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p.191.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.788.

Também é necessário analisar como esses princípios são implantados no ordenamento jurídico. É certo que nenhum princípio é absoluto, desse modo, a livre iniciativa, assim, como os outros princípios, deve ser sopesada por outros valores e finalidades constitucionais. Por isso, a livre iniciativa deve ceder à regulação e fiscalização feita pelo Estado em busca da efetividade das normas da Constituição podendo coibir abusos da livre iniciativa, além de poder lhe aperfeiçoar as circunstâncias de seu funcionamento.¹³

José Afonso da Silva restringe o princípio da livre iniciativa:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar de facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse de justiça social.

Como foi ressaltado tais princípios em comento deverão ser compatibilizados com outros princípios elencados pelo artigo 170 da Constituição Federal.¹⁴

2.3. PRINCÍPIOS E FINALIDADES DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica tem uma essência teleológica, devendo ser regida por padrões ético-jurídicos estabelecidos por princípios que orientam o controle social, com a perfeita harmonia entre a intervenção estatal no domínio econômico e o papel dos particulares e da livre iniciativa.¹⁵

Interpretando o citado artigo 170, da Constituição, percebe-se a tentativa de compatibilizar diversos espectros ideológicos: a propriedade privada e livre concorrência, de essência liberal; a função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p. 191 e 192.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p.795.

¹⁵ JUSTEN FILHO. Op. Cit., p. 319 e 320.

meio ambiente, redução de desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, preceitos sociais.

Portanto não há uma uniformidade nos princípios em comento. A livre concorrência exerce um papel distinto do princípio que objetiva eliminar as desigualdades regionais. Desse modo, podemos realizar uma classificação desses princípios dividindo-os em dois grupos: princípios basilares do sistema econômico e princípios- fins.

Esses princípios fundamentais estabelecem o parâmetro de funcionamento da ordem econômica em que tanto os agentes econômicos como o Estado deverão orientar-se, estão referidos no artigo 170: (i) soberania nacional, (ii) propriedade privada, (iii) função social da propriedade, (iv) livre concorrência, (v) defesa do consumidor e (vi) defesa do meio ambiente. Os princípios fins estabelecem realidades substanciais que deverão ser atingidas.¹⁶

Esse grupo de princípios basilares determinam o regramento que condiciona e permeia a atuação dos particulares no exercício de atividade econômica, alcança também o Estado quando exerce atividade econômica em sentido estrito. Caberia ao Estado regular as regras do jogo, de acordo com as obrigações trazidas por esses princípios, por exemplo a defesa dos direitos dos consumidores, devendo respeitar, sem outras restrições não permitidas, a livre iniciativa.¹⁷

A Constituição estabelece objetivos a serem atingidos pela ordem econômica que deve garantir a toda sociedade uma vida digna, fundamentada na justiça social, observando os princípios elencados na ordem econômica descritos no artigo 170, da Constituição Federal, que consagra o sistema capitalista.¹⁸

Os objetivos essenciais, que orientam a atuação estatal, estão descritos no artigo 3, da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p. 193.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p.193.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 788.

III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁹

Essas finalidades buscadas não podem contrariar ou retirar os sentidos dos princípios ordenadores da ordem econômica, apesar de lhe impor restrições constitucionalmente consagradas. Mesmo com essa advertência de não subverter a lógica da ordem econômica, o Estado é obrigado desenvolver programas e garantir a efetiva implementação dos princípios fins.²⁰

O Estado é o destinatário dessas finalidades buscadas e não pode, por isso, sem ferir a ordem econômica, transmitir à iniciativa privada de forma obrigatória a realização dos princípios fins de dever do Estado, imiscuindo-se. Ressalta-se que as finalidades particulares são compatíveis com certos interesses sociais, como função social da empresa e de solidariedade, que podem ser incentivados a serem atingidos pelos particulares através de instrumentos de incentivo (incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução da alíquota de impostos).²¹

2.4. FORMAS DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A Constituição Federal consagrou uma ordem econômica fundada na espontaneidade de atuação no mercado. Contudo, o mandamento constitucional, de mesmo modo, garantiu a presença do Estado na economia, intervindo-a, com o intuito de atingir políticas públicas, corrigir o mercado e confirmar a liberdade de iniciativa com o seu devido aperfeiçoamento. Disso, consubstancia-se a legitimidade para a intervenção do Estado, seguindo a advertência de que essa disciplina não pode objetivar eliminar o mercado em sua função no sistema econômico capitalista.²²

Desse modo, como foi explanado anteriormente, o texto constitucional optou por um sistema econômico fundado na livre iniciativa e valorização do trabalho, acontece que, de acordo com artigo 170, da Constituição Federal, esses fundamentos são

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 14 de outubro de 2017.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p. 197.

²¹ Ibidem, p. 198 e 199.

²² Ibidem, p. 202.

temperados por outros princípios e caberia ao Estado garantir a observância desses princípios, bem como os fins, descritos principalmente no artigo 3 da Constituição, previstos pelo legislador constitucional e que devem permear a atuação estatal na economia.

Luís Roberto Barroso elenca alguns fundamentos que justificariam a intervenção disciplinadora do Estado na economia: para efetivar princípios constitucionais, exemplificado, em um cenário econômico de falta de livre iniciativa e de imperfeição de concorrência seria necessário a atuação estatal para o aprimoramento do mercado; a essencialidade do valor social do trabalho humano como fundamento da ordem econômica justificaria a disciplina interventiva estatal, pressupondo um rol de direitos e garantias que deverão ser implementados pela atuação estatal; a preservação ou promoção dos princípios especificados da ordem econômica, buscando assegurar a soberania estatal e os próprios comandos constitucionais sobre a matéria; proteger a propriedade privada e assegurar a realização de sua função social, defender o consumidor e defender o meio ambiente.²³

Eros Roberto Grau classifica a intervenção em: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção e c) intervenção por indução.²⁴

Na primeira modalidade, o estado atua no campo privado (atividade econômica em sentido estrito) desenvolvendo sua ação como ator econômico. Podendo intervir por absorção ou por participação. Quando atua por absorção, o Estado monopoliza a titularidade e o controle dos meios de produção em determinado setor econômico. Em sua atuação por participação o Poder público limita-se a controlar parte dos meios de produção em determinada área da atividade econômica em sentido estrito, atuando em um regime de competição com os particulares que não são proibidos de desempenhar a atividade econômica nesse setor.²⁵

Nas outras duas modalidades, o Estado intervirá sobre o âmbito da atividade econômica em sentido estrito. Atuará como regulador dessas atividades intervindo por direção ou por absorção. Quando age por direção, pressiona a economia, ao estabelecer um regramento e instrumentos de condutas compulsórias para os agentes econômicos. Já quando atua por indução, o Estado age alterando o mercado, manipulando ou

²³ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p. 196.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 90.

²⁵ Ibidem, p. 143.

incentivando, por essas normas indutivas não conterem a mesma carga de observância da citada anteriormente, a atuação privada a realizar determinados fins sociais.²⁶

Esses mecanismos de intervenção no domínio econômico, sendo uma excepcionalidade legalmente consagrada, devem configurar como hipóteses taxativas. É famosa a distinção desses mecanismos feita por Diogo de Figueiredo Neto:

1. Intervenção regulatória – o Estado impõe uma ordenação cogente aos processos econômicos.
2. Intervenção concorrencial – o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais. A Constituição Federal prevê uma suplementariedade precisa e restrita limitada: a) casos expressamente previstos nela (serviços públicos e monopólios) b) casos definidos em lei de atividade econômica necessárias aos imperativos de segurança nacional e c) casos definidos em lei de atividade econômica necessárias aos relevantes interesses coletivos.
3. Intervenção monopolista – O Estado se impõe com exclusividade na exploração econômico de certos bens ou serviços. É a forma mais radical de intervenção do estado na economia, executada com a supressão da iniciativa privada em setor que passa à reserva de atuação do poder público.
4. Intervenção sancionatória – O Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, incluída a economia popular e certos interesses gerais correlatos. Destina-se a punir abusos de poder econômico, a reprimir desvios na função social da propriedade urbana e rural e à defesa do direito do consumidor.²⁷

Pode-se sintetizar a intervenção estatal no domínio econômico em duas formas: diretamente, quando o estado o faz atuando como agente econômico, esta é uma excepcionalidade já que é um intromissão no âmbito de atuação dos particulares; ou indiretamente, quando o estado atua como regulador, seja estimulando o desenvolvimento de determinado setor econômico ou através de mecanismos de

²⁶ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit.,, p. 144.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial**. 12.Ed. Rio de Janeiro Forense, 2001, p. 465-477. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann.; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2.V. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.161.

incentivo, isenções, empréstimos; ou estabelecendo o regramento para atuação no mercado; ou evitando a falta de concorrência do mercado.²⁸

2.4.1. O SENTIDO DA ACEPÇÃO INTERVENÇÃO

Apresenta-se de extrema relevância discutir o sentido da acepção intervenção utilizado por parte da doutrina.

É célebre utilização que Eros Roberto Grau faz da palavra intervenção, aludindo à atuação estatal que vai além do domínio público, adentrando no âmbito de atividade econômica em sentido estrito. A intervenção expressaria, segundo o autor, “atuação em área de outrem”.²⁹

Conclui que o termo atuação estatal conotaria ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo. Já a intervenção denota atuação estatal no domínio da atividade econômica em sentido estrito. Portanto, ao se referir à atuação do Estado estamos mencionando o gênero que comporta não somente atuação estatal no domínio privado (atividade econômica em sentido estrito), mas também as atividades que são de titularidade do Estado (prestação de serviços públicos e sua devida regulação).³⁰

2.4.2. ATUAÇÃO DIRETA

A exploração direta pelo Estado da economia pode ocorrer fundamentalmente de duas formas: sob o regime de monopólio (intervenção monopolística), nos casos previstos na Constituição Federal; ou sob o regime da competição, mediante a criação de empresas estatais, que atuem diretamente nas áreas de indústria, comércio ou prestação de serviços.

²⁸ FARIA, Fernanda Cury; RIBEIRO, Márcia Weber Lotto. **Intervenção do Estado no domínio econômico**. Artigo, p.6. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-intervencaoestadoonodominioeconomico.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p.90.

³⁰ Ibidem, p.142.

A intervenção direta no domínio é um ato excepcional previsto no artigo 173 da Carta Constitucional, permitida na necessidade aos imperativos de segurança nacional ou a relevantes interesses coletivo, conforme previsão legal.

Pode-se sistematizar a intervenção direta na economia em três hipóteses:

- a) Nos casos previstos na própria Constituição, como a prestação de serviços públicos e de atividades monopolizadas, ambas de natureza econômica;
- b) Nos casos em que a exploração direta da atividade econômica do Estado venha a ser declarada necessária aos imperativos de segurança nacional, definidas em lei;
- c) Nos casos em que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado venha, também, ser declarada necessária à satisfação de relevante de interesses coletivo, definido em lei.³¹

O exercício do monopólio pelo Estado é a modo mais brusco de intervenção direta estatal substanciando-se na eliminação concorrencial, esta medida é um ato anômalo do mercado.³²

Ressalta-se que o Estado pode explorar diretamente atividade econômica em sentido estrito de acordo com o regramento da competitividade, neste caso o Poder Público não pode ter prerrogativas não estendidas aos particulares, nem vantagens decorrentes do regime de monopólio, onde suprime-se a iniciativa privada assegurando ao Estado a exclusividade de exercício da atividade econômica.³³

2.3.2. ATUAÇÃO INDIRETA

A atuação indireta revela-se pela intervenção do Estado como centro normativo e regulador da economia, estabelecendo uma disciplina para o exercício da atividade econômica através de mecanismos que visam aperfeiçoar o mercado, equilibrando o sistema econômico e coibindo abusos da livre iniciativa e da livre concorrência, além de

³¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 527.

³² Ibidem, p. 529.

³³ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.553.

garantir o atingimento dos objetivos prescritos pela ordem econômica, propiciando uma existência digna às pessoas e realizando a justiça social.³⁴

Na atuação indireta, temos uma subclassificação feita por Eros Grau. Teríamos uma atuação indireta por direção, que pode se dar por meio de uma normatização da atividade do particular, com o Estado proibindo ou permitindo condutas, e temos uma atuação indireta por indução, em que o Estado não normatiza condutas, mas induz o particular a se comportar de determinada maneira. Funcionaria mais como uma atividade de fomento do que de regulação econômica, apesar do objetivo similar de influir e modificar a conduta dos agentes econômicos.³⁵ Esse conceito trazido pelo citado autor de regulação econômica é mais restritivo, há variadas abordagens conceituais do que realmente estaria no escopo de regulação econômica. Esse ponto será melhor discutido em um item próprio neste trabalho.

Como já explanado, caberia ao Estado regular as regras do jogo, de acordo com as obrigações trazidas pelos princípios e finalidades descritos na ordem econômica, mas essas restrições, por um lado, que orientam à intervenção estatal, seja direta ou indireta, não podem contrariar ou retirar o sentido do sistema econômico celebrado na ordem econômica.³⁶

A intervenção indireta através da regulação do mercado, descrito no artigo 174 da Constituição Federal, é uma das atribuições primordiais das Agências Reguladoras e será objeto de reflexão no presente trabalho.

³⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. Cit., p. 459.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p.143.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p. 199.

3. REGULAÇÃO ECONÔMICA

3.1. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR

Optou-se nesse trabalho por discutir a regulação econômica em um capítulo separado para compreensão por si do instituto. No item seguinte será sistematizado de acordo com práticas de regulação estatal realizada pelas Agências Reguladoras em suas devidas atribuições.

O Estado moldou suas funções e atribuições de acordo com o contexto, inicialmente, verificou-se uma certa independência entre as funções estatais e a economia, seria atribuição do Estado apenas garantir que o mercado funcione naturalmente, porém, mais tarde, mudou de paradigma e passou a valer-se de mecanismos de correção de falhas de mercado e de direção a certos objetivos sociais consagrados pela ordem constitucional.³⁷ Os diversos paradigmas que permearam o Estado serão discutidos nos próximos itens.

3.1.1. ESTADO LIBERAL

A concepção liberal parte do pressuposto que o mercado e suas respectivas forças são suficientes para gerar uma melhor situação social e que as intervenções externas sobre o mercado, principalmente as realizadas pelo estado, são infrutíferas e, conseqüentemente, incapazes de obter benefícios.³⁸

O Estado Liberal destacava-se pela característica omissiva. O Estado em suas atribuições deveria apenas garantir a liberdade, propiciando aos atores econômicos condições de realizarem seus interesses e finalidades. Distinguindo, claramente, de uma concepção de Estado de Bem-Estar Social que envolve a intervenção do estado na seara social-econômica, reconhecendo ao Estado o dever de adaptar e modelar as relações sociais de acordo com os interesses sociais.³⁹ Assim no pensamento liberal, a economia tem uma lógica natural e funcionaria melhor se fosse deixada a própria sorte.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O conceito jurídico de regulação econômica**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba: Jaruá, n.6, 2001, p. 60 e 61.

³⁸ NAPOLEONI, Cláudio. **O pensamento econômico do século XX**. 2. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990, p.93.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Op. Cit., p. 20.

3.1.2. ESTADO SOCIAL

Há uma mudança de visão sobre Estado que, de uma situação de deslegitimidade e desconfiança, passa a ser visto como realizador de justiça social. Diante disso, caberia ao Estado garantir recursos essenciais à parcela mais desprotegida socialmente para assegurar determinadas condições que se revelem em uma existência digna. Ao mercado é atribuída a atividade empresarial, mas caberia ao Estado assegurar a equidade social, pelo fato do processo econômico sempre, de um modo ou outro, excluir determinada parcela da sociedade à margem do desenvolvimento, nesse contexto é atribuído ao Estado a função de conduzir o desenvolvimento social, a partir de políticas redistributivas, atenuando os efeitos negativos do mercado com a inclusão da parcela social desprotegida nas relações econômicas.⁴⁰

Surge uma concepção intervencionista de Estado de Bem-Estar Social, onde surge a função de modelar a vida em sociedade. O Estado passar a ser um prestador de serviços e também adquire uma conotação de empresário ao adentra no domínio privado.⁴¹

Esse Estado de Bem-Estar Social gerou direitos e benefícios que se mostraram insustentáveis de se manterem com uma atuação estatal direta, principalmente em um contexto de crescimento populacional. A necessidade de aumento de receitas sem a devida base de financiamento orçamentária, levou a perda da capacidade do estado de executar de forma satisfatória os seus diversos encargos. A crise fiscal levou a impossibilidade da expansão da atuação estatal, gerando uma fratura mais evidente de deterioração da estrutura e dos serviços estatais pela falta de recursos. Esse cenário de crise incentivou a mudança e adoção de um novo paradigma político de regulação, um modelo regulatório de Estado.⁴²

3.1.3. ESTADO REGULADOR

⁴⁰ PLACHA, Gabriel. **A Atividade Regulatória do Estado**. Dissertação – Pontifícia Católica do Estado do Paraná. Curitiba, 2001, p.39. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024861.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2017.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.17.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.19.

O fato do Estado de Bem-Estar Social estar imerso em uma grave crise financeira conduziu a um novo paradigma de Estado, com a redução de seu tamanho e de sua atuação direta na economia. Surge uma nova forma de estruturação centrada na atribuição normativa de disciplinar as condutas dos agentes econômicos.⁴³

Nesse novo modelo de atuação estatal, a intervenção direta no domínio econômica, reduzida consideravelmente, pressupõe o aumento da função de regulação econômica. Indica que o Estado se desincumbe de atuar como agente econômico e volta-se como árbitro que determina as regras das atividades privadas. Significa alterar os instrumentos para realização do bem-estar social, não uma omissão estatal de suas obrigações. A atuação regulatória estabelecendo um parâmetro predeterminado deve ser orientada pelos princípios da ordem econômica, livre iniciativa e liberdade da empresa, não sendo utilizada de forma excessiva e ineficaz, deve coordenar o agir dos agentes econômicos para realização dos valores essenciais consagrados pelo nosso ordenamento.⁴⁴

Apesar de parte da doutrina identificar a regulação como um instrumento de redução da presença estatal, levando à uma concepção mínima, essa mudança de uma função para outra, mais reguladora, ainda importa em uma atuação estatal diante do domínio privado, podendo ser mais restritiva ou não à liberdade de iniciativa dos agentes econômicos. Portanto, as normas regulatórias possuem um caráter bem distinto e podem ser utilizadas de diversas formas.⁴⁵

3.2. DISTINÇÃO ENTRE REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO

É necessário, antes de avançar na análise do conceito de regulação econômica, distinguir as acepções regulamentação e regulação.

A expressão regulamentação relaciona-se com o exercício do poder normativo pelo qual detalha-se o modo de aplicar uma norma geral e abstrata. A regulamentação corresponderia a especificar as condições essenciais dando eficácia aos dispositivos legais cuja abrangência torna dificultosa a sua utilização. A Constituição Federal

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.20.

⁴⁴ MARÇAL, Op. Cit., p.21.

⁴⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito concorrencial: as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p.145.

descreve, em seu artigo 84, inciso IV ⁴⁶, a incumbência do Presidente da República de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.”⁴⁷

Desse Modo, a regulamentação relaciona-se com a utilização da função normativa. Enquanto a regulação, mesma que relacionada a uma parcela do poder normativo, tem uma abrangência e qualidades distintas, como garantir a aplicabilidade de regras e imposições de sanções. A regulação, assim, é uma acepção mais abrangente e distinta à regulamentação.⁴⁸

Basicamente, a regulação consiste em fixar a disciplina para a conduta dos agentes em determinada área econômica através da normatização. Enquanto a regulamentação reduz a capacidade normativa apenas a fiel execução da lei.⁴⁹

3.3. CONCEITO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Como exposto anteriormente, a regulação econômica é uma forma de intervenção do Estado na economia, indireta, que se afastou do sistema intervencionista do Estado de Bem-Estar Social, revelado na prestação direta de serviços públicos ou na atuação do Estado-empresário.⁵⁰

A regulação econômica, em seu sentido amplo, compreende quatro possibilidades: a) regulação estatal: exercida pelos órgãos que integram a estrutura do Estado; b) regulação pública não estatal: exercida por entidades da sociedade, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal; c) a autorregulação: realizada por instituições privadas, geralmente associativas, sem nenhuma delegação ou chancela estatal; d) a desregulação: quando ausente a

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de outubro de 2017.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.15 e 16.

⁴⁸ PAVANI, Daniela Elias. **Regulação e agências reguladoras no Direito Brasileiro**. Disponível em: file://tcprofiles/usersprofiles/tc820563/Downloads/regulacao_e_agencias_reguladoras_no_direito_brasil_eiro_-_daniela_elias_pavani.pdf. Acesso em 10/10/2017.

⁴⁹ BUENO FILHO, Edgar Silveira. **Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos**. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2003, p.9.

⁵⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2005, p.331.

regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos à mão invisível do mercado.⁵¹

O objeto do presente trabalho é a regulação econômica empreendida pelo Estado, mais especificamente a regulação promovida pelas Agências Reguladoras.

Essa função reguladora do estado denota a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina. “Quem regula estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser considerados regulares, legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos).”⁵² O autor Egon Moreira Bockmann segue desenvolvendo essa acepção:

“Regular significa “fixar as regras” - que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas, em ambos os casos, pretendem disciplinar quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude o seu comportamento natural. O objetivo é o de que a conduta futura seja de acordo com tais pautas. Sob este aspecto revelasse o direito da regulação econômica: aquele conjunto de ações jurídicas que visam a estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado espaço-tempo.”⁵³

Em decorrência dessa óptica caberia ao direito da regulação a função de incentivar e tornar a regular as atividades econômicas que atendam ao ordenamento constitucional pátrio. Tenta, portanto, compatibilizar o objetivo de construção de uma sociedade justa, livre e solidária com a ordem econômica estabelecida que permita a livre iniciativa e atividade econômica particular.

Todavia, essa relação entre Estado regulador e economia é demasiadamente complexa. Primeiramente pelo fato dessa relação ser dialética, em que uma exerce influência sobre a outra, e com intensa mutabilidade está sujeita às circunstâncias econômicas, políticas e ideológicas. Estabelece-se, desse modo, uma relação recíproca de influência e condicionamento entre a economia e as regras jurídicas, que visam impulsionar a atividade econômica. Mas, do mesmo modo, as normas jurídicas são aplicadas e moldadas, até certo ponto, pela imposição das circunstâncias econômicas.⁵⁴

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O Conceito Jurídico de Regulação Econômica**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba: Juruá, n.6, 2001, p. 71.

⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.º 44, 2013, p. 91.

⁵³ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O conceito jurídico de regulação econômica**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba: Juruá, n.6, 2001, p.21.

Em segundo lugar, pelo fato de não existir um único direito regulatório apresentado características variadas, podendo moldar-se às políticas públicas que tenham como finalidade. Como resume o autor Egon Moreira:

“[...] Mas uma coisa é certa: não mais existe o monoteísmo regulatório, nem sua monotemática e respectiva monocultura. O que acontece é a intensificação de uma ou de outra espécie e/ou subespécie, que assumirá traços mais marcantes neste ou naquele momento histórico, neste ou naquele cenário social. Por meio do exame dos meios e instrumentos utilizados pelo Estado para se relacionar com a/na economia, pode-se discernir qual o tipo de regulação econômica adotada, a variar no tempo, espaço e respectivos setores econômicos. Há mais de um modelo em vigor ao mesmo tempo (seja no mesmo setor econômico, quanto mais na comparação de vários deles). O que significa dizer o óbvio: não existe um único Direito da regulação econômica. Há vários níveis de especialização, dinamicidade, fragmentação, diversificação e fluidez. A simplificação analítica seria perniciosa à efetiva compreensão do que hoje se passa no relacionamento entre o Estado e o domínio econômico.”⁵⁵

Por isso, podemos discorrer sobre diversos conceitos de regulação econômica. Como indica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível estabelecer algumas diretrizes para definir a regulação econômica estatal:

- a) Estabelecimento de regras de conduta (característica presente em todos os conceitos);
- b) Controle de atividade privada pelo Estado, que equivale à ideia de polícia administrativa;
- c) Finalidade pública, que seria a de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.⁵⁶

Alexandre Aragão delimita a função regulatória estatal:

Como conclusão, podemos conceituar a regulação estatal da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutivo, determina, controla, ou influencia o comportamento dos

⁵⁵ MOREIRA, Egon. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.º 44, 2013, p. 97.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Direito regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.29.

agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.⁵⁷

Gaspar Ariño Ortiz tece algumas considerações sobre o instituto ora tratado:

“Regulação como atividade normativa pela qual o governo condiciona, corrige, altera os parâmetros naturais e espontâneos do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos.”⁵⁸

Regular, retornando a um conceito mais abrangente, é sujeitar destinatários a determinado regramento, objetivando restringir a capacidade de ação desses destinatários. Restringindo o termo, a atuação estatal regulatória significa a redução da abrangência de escolha dos atores econômicos visando determinar um certo arranjo a um setor econômico.⁵⁹

Através da regulação estatal restringe-se a livre ação dos agentes econômicos no mercado, buscando finalidades que seriam inerentes aos atores econômicos, limitando suas possibilidades. Apesar da ordem econômica reconhecer a utilização do poderio econômico calçado na livre iniciativa, a regulação econômica estatal apresenta-se como uma restrição a esse valor ao afastar determinadas escolhas do escopo particular e tornando-lhe uma decisão de interesse público.⁶⁰

O cerne do questionamento é que a regulação estatal limita a liberdade de ação do particular, afastando as consequências não desejáveis do sistema econômico fundamentado na livre iniciativa. Desse modo, a ação estatal é recomendada quando os atores econômicos agindo, em seus próprios interesses, são ineficazes em identificar certas consequências esperadas socialmente.⁶¹

Adota-se neste trabalho a delimitação de regulação econômica em um sentido que essa regulação equivale à coordenação e à disciplina da atividade privada promovida pelo Estado.

3.4. JUSTIFICATIVAS PARA REGULAÇÃO

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O conceito jurídico de regulação econômica**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba: Jarua, n.6, 2001, p. 74.

⁵⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 52.

⁵⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.*, p.138.

⁶⁰ *Ibidem*, p.140.

⁶¹ *Ibidem*, p. 141.

A discussão quanto aos fundamentos da regulação, basicamente, resumiu-se a duas concepções: 1) Escola do Interesse Público: a regulação justifica-se pelo atingimento dos diversos bens e interesses públicos, em que nada se identifica com a correção das falhas de mercado; 2) outra linha de pensamento relaciona a regulação como um instrumento de garantia para o adequado funcionamento do mercado, corrigindo as suas falhas. Essa linha de pensamento está necessariamente ligada à Escola de Chicago, principal centro divulgador dessa concepção.⁶²

3.4.1. FALHAS DE MERCADO

A proposta regulatória nessa concepção distancia-se do respaldo do funcionamento natural do mercado, objetivando a interferência em seu curso normal. A marca característica dessa intervenção regulatória destinava-se a corrigir as insuficiências e deficiências do mercado, reduzindo a atuação regulatória a objetivos estritamente econômicos.⁶³

O objetivo da regulação é restringir a atuação dos sujeitos econômicos quando conduzirem a resultado não desejáveis no campo econômico. Assim, o mercado é deficiente, em determinado setor econômico, em produzir consequências socialmente esperadas, ocorrendo as chamadas falhas de mercado.⁶⁴

A possibilidade de correção do mercado leva em conta um modelo ideal de mercado. Essa teorização considera um parâmetro de mercado perfeito, suprimindo as falhas de mercado, conseqüentemente, teríamos uma situação de concorrência perfeita, com a otimização dos lucros dos consumidores e produtores, com um aperfeiçoamento na alocação de bens, levando a produzir aquilo que é mais valioso socialmente.⁶⁵

A função da regulação econômica, nesses casos, é a de possibilitar as condições para o adequado funcionamento social do mercado, não observadas devido as falhas de mercado.⁶⁶

⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17-24.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 32.

⁶⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p.150.

⁶⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p.151.

⁶⁶ Ibidem, p.152.

3.4.1.1. MONOPÓLIOS

Monopólio é uma falha de mercado, relacionado ao exercício de poder dentro desse mercado, observado onde, por motivos variados, existe apenas uma empresa prestadora de um determinado serviço ou produto, sem a devida concorrência, conseguirá livremente precificar seu produto ou serviço de forma a maximizar seus lucros.⁶⁷

Monopólio é um caso evidente de falta de concorrência, caracterizado pela ausência de disputa diante do mercado, impedindo que os instrumentos próprios da atividade na economia levem a produção de resultados positivos. Diante da inobservância da concorrência, a intervenção indireta regulatória impõe aos agentes da atividade econômica condutas ou omissões desejáveis para obtenção de resultados mais eficientes.⁶⁸

A teoria econômica classifica os monopólios em natural e estrutural. Nesse primeiro caso, o monopólio observa-se por circunstâncias inerentes que impossibilitam o florescimento de concorrência para determinado produto. Um exemplo é um mineral somente encontrado em uma jazida.⁶⁹

Enquanto o outro tipo de monopólio não advém de condições inerentes ao exercício da atividade econômica, mas da forma que estruturado é a atividade no sistema econômico.⁷⁰

A resposta efetiva aos monopólios pode estar no direito antitruste, que através dos seus mecanismos procura garantir a presença da concorrência. Acontece que há casos em que promover a competição pode ser altamente custoso para a sociedade.⁷¹

A atuação reguladora apresenta-se como desejável em um ambiente onde a concorrência é incapaz de limitar o poderio econômico. Mesmo nos casos de monopólio estrutural, a atuação regulatória objetiva assegurar uma precificação distante de consequências negativas produzidas quando a determinação advém unicamente de um agente.⁷²

⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - Administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 566-567.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.33.

⁶⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p.152.

⁷⁰ Ibidem, p. 158.

⁷¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.39.

⁷² FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p.158.

3.4.1.2. BENS ECONÔMICOS

A ação reguladora, nessa situação, é explicada pela hipótese de bens coletivos, cogitada em situações que a utilização é indispensável a toda coletividade, sem a possibilidade de uma apropriação exclusiva por poucos sujeitos. Determinar o acesso a esses bens exclusivamente por instrumentos do mercado levaria, possivelmente, à exclusão de grande parcela da sociedade.⁷³

3.4.1.3. OS CUSTOS DAS TRANSAÇÕES

Os custos das transações não estão ligados exclusivamente à produção, podem emergir à medida que os agentes se relacionarem entre si e os custos surgem da necessidade de relacionamento. Para conseguir informações desse mercado os agentes incorrem em custos. Nesse contexto, algumas vezes, serão observáveis em uma troca econômica assimetrias de informações entre os envolvidos, conduzindo a possibilidade de condutas oportunista que devem ser contidas. Assim, a regulação econômica busca reduzir tais custos de produção, objetivando garantir ou facilitar as devidas transações econômicas.⁷⁴

3.4.1.4. EXTERNALIDADES

O conceito de externalidade é apresentado por Marçal Justen Filho:

As externalidades consistem em circunstâncias que produzem efeitos econômicos relevantes, mas que não se refletem diretamente nos preços praticados. A externalidade reflete, sob um certo ângulo, a transferência (indevida) para terceiros de custos inerentes à atividade econômica, exemplifica na poluição. A externalidade revela a insuficiência do processo econômico para produzir, de modo imediato, os efeitos reputados como relevantes ou necessários à satisfação do interesse comum.⁷⁵

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.34.

⁷⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p. 170.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 35.

A doutrina enumera, além das negativas, uma externalidade positiva que seria o livre uso pela sociedade de inventos se não existisse a proteção à propriedade industrial.⁷⁶

No geral, a externalidade advém da desigualdade entre o custo e as vantagens do produtor e os custos e benefícios suportados pela sociedade. Caberia a regulação internalizar alguns desses custos para a sociedade não subsidiar a produção.⁷⁷

3.4.2. OUTRAS JUSTIFICATIVAS

Para a correta compreensão de regulação econômica é absolutamente necessário identificar as razões de ser e a finalidade buscada através dela. É necessário considerar os conflitos de interesses e valores que são atingidos pela atuação regulatória. A partir dessa premissa é possível a correta ponderação desta, levando em conta a hierarquia desses valores no ordenamento pátrio.⁷⁸

A intervenção regulatória não se dá em um plano exclusivamente mercadológico. Mesmo que essa atuação vise corrigir falhas dos agentes econômicos, devem fazer objetivando mudar a estrutura econômica implementando políticas públicas. Essas políticas podem não auxiliar o mercado, inclusive indo contra o parâmetro da teoria de concorrência perfeita.⁷⁹

Para a Escola do Interesse Público, a regulação econômica justifica-se pelo atingimento dos diversos bens e interesses públicos em que nada se identifica com a correção das falhas de mercado.⁸⁰

Os objetivos regulatórios estão ligados à produção dos valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico. A regulação pode revelar-se “um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca realizar de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para coletividade em seu conjunto.”⁸¹

3.5. MODO E INTENSIDADE DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

⁷⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p. 171 e 172.

⁷⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. Cit., p.39.

⁷⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p.149.

⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2. V. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.164.

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 17-24.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.40.

Vital Moreira enfatiza que a regulação, retirada da escolha decisória do campo do mercado exclusivamente da livre iniciativa, não é exercida somente por regras de caráter proibitivo, faculta, também, a regulação por normas que objetivam conferir incentivos, chamada de sanções positivas caracterizada por uma margem maior de liberdade.⁸²

Quanto à intensidade, segundo a doutrina, a regulação pode ser *soft* ou *hard*:

A regulação *soft* estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, premiais e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. Pretende que o agente econômico, se assim desejar, adote determinada conduta que a regulação busca atingir. A liberdade é a marca da regulação *soft*, que pode dar-se, por exemplo, através do fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais.⁸³

Enquanto a regulação *hard* é aquela que o agente regulatório competente impõe mandamentos a ser obrigatoriamente observados pelos agentes econômicos, é uma descrição normativa que utiliza os verbos básicos proibir e obrigar.⁸⁴

Essa técnica de regulação de estímulo (regulação *soft*) em sua essência distingue-se das técnicas repressivas, já que estas são exercidas para a manutenção de uma determinada situação de coisas, enquanto aquelas se relacionam com mudanças que pretendem ser implementadas. Procura-se alterar a conduta econômica dos agentes, garantindo juridicamente certos benefícios econômicos caso a conduta dos agentes econômicos seja adequada ao parâmetro social buscado. Essa última técnica pode ser mais apropriada à um Estado que é atribuído o dever de mudança, incentivando a realização de condutas socialmente mais construtivas. Essa atividade de fomento de condutas é dependente da motivação que o gerou e das finalidades buscadas para o aprimoramento da alocação de certos recursos. Essas possibilidades de fomento não são realizadas sem parâmetros que devem respeitar os princípios da publicidade e motivação consagrados constitucionalmente.⁸⁵

⁸² FARACO, Alexandre Ditzel. Op. Cit., p.143.

⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.º 44, 2013, p.96.

⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.º 44, 2013, p. 97.

⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2. V. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 170 e 171.

3.6. REGULAÇÃO ECONÔMICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pelo exposto até aqui, de acordo com a Constituição pátria, a ordem econômica centra-se, primordialmente, na espontaneidade da atuação do mercado. Ao Estado é facultado a possibilidade de intervir para impor políticas públicas, corrigindo distorções e assegurando essa liberdade de iniciativa e promovendo o seu aperfeiçoamento. Este é a legitimidade e o limite da intervenção estatal, seja direta ou indireta.⁸⁶

A fonte da intervenção regulatória na Constituição é, essencialmente, o artigo 174. Por outra via, no campo das atividades econômicas de titularidade do Estado, a regulação estatal também retira o seu fundamento do Poder Público ser o titular da atividade dessa atividade, isso lhe proporciona uma capacidade mais ampla de restringir a conduta dos particulares em seus devidos setores econômicos.⁸⁷

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p.143.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 226, 2001, p.144.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES ASPECTOS GERAIS

4.1. CONTEXTO DE CRIAÇÃO NO BRASIL

O surgimento das Agências Reguladoras Independentes está, inexoravelmente, ligado à mudança paradigmática delineado ao Estado Brasileiro com a implementação de um Estado Regulador.

O Plano Diretor da Reforma empreendido no Estado Brasileiro, em meados da década de 90, possui como diretrizes os seguintes pontos:

1. Autonomia e independência decisória;
2. Ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
3. Celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
4. Participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiências públicas e
5. Limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução.⁸⁸

Assim, durante o período de crise do modelo estatal, que não suportava mais sua estrutura organizacional de empresário e prestador de serviços público, foi empreendida uma reforma, durante os anos de 1990, que culminou com desestatização, no sentido de uma diminuição da prestação direta pelo Estado dos serviços públicos. Desse modo, surge o Estado Regulador que delega à iniciativa privada a prestação de serviços públicos que eram executados de forma direta e, agora, reveste-se no papel de regulador, estabelecendo a disciplina para o mercado que criou.⁸⁹

Procurou, dessa forma, alterar o modo da intervenção do Estado na economia, atenuando o Estado-empresário e incentivando sua atuação indireta, onde estabelece a disciplina ou fomenta determinadas condutas dos agentes econômicos. Mas, de

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.169.

⁸⁹ FRANÇA, Philip Gil. **O Controle da Administração Pública: Combate a Corrupção, Discricionariedade Administrativa e Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.191.

nenhuma maneira, significou uma abstenção de suas prerrogativas e sim a busca de um Estado mais eficiente.⁹⁰

A função regulatória com a reforma estatal e as novas relações sociais que devem ser mantidas, ainda, e devido à complexidade e pluralismo do tecido social com necessidades perante o Estado, da mesma forma, complexas é necessária uma adaptação do modelo estatal para estar a par dessa intensa mutação social, por isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica a necessidade de um paradigma de Estado mais descentralizado com respostas velozes a essa moderna sociedade, fugindo de um modelo hierarquizado de Estado. Assim, esse papel central de regulação econômica estatal é acompanhado de uma nova estruturação para o Ente Regulador.⁹¹

A adoção desse novo modelo com um Estado gerenciador e regulador significou uma distinta organização para o estamento burocrático lançando mão da descentralização e especialização para suprir as complexas relações econômicas surgidas no seio social e, também, garantir o bom funcionamento da economia, implementando os interesses sociais que o mercado não é capaz de atingir.⁹²

O formato regulatório comentado “pressupõe a criação de entes independentes responsáveis pela implementação de políticas públicas e supervisão da atividade desenvolvida por particulares.”⁹³ Nesse contexto surge, no ordenamento pátrio, a agência reguladora, uma tentativa de modernizar a estrutura estatal, inspirada no direito estrangeiro, mais especificamente americano, mas devido ao contexto e complexidade nacional precisou ser adaptada para atender os objetivos traçados.⁹⁴

4.2. NATUREZA JURÍDICA

Como explanado anteriormente, devido à falência do modelo de intervenção direta ocorreu um movimento de desestatização, com o objetivo de diminuir os gastos públicos,

⁹⁰ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.33.

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144 e 145.

⁹² SILVA, Fernando Quadros. **Controle judicial das agências reguladoras: a contribuição do Processo Civil brasileiro**. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, 2012, p.13.

⁹³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 35.

⁹⁴ FRANÇA, Philip Gil. Op. Cit., p. 211.

volta-se sua postura para um Estado gerenciador e regulador da disciplina do mercado.⁹⁵ Essa mudança estrutural ainda significa buscar a realização de certos valores socialmente consagrados, altera-se o instrumento para isso.⁹⁶

Para isso, foram criadas, no nosso ordenamento, autarquias sob regime especial, agências reguladoras, integrantes da Administração Indireta, vinculada de forma limitada a um Ministério competente para tratar da respectiva atividade somente para um fim estrutural, tendo como principal marca a independência política, administrativa e financeira, com prerrogativas para o exercício funcional a seus dirigentes, com a garantia de estabilidade para a permanência no cargo, não existindo uma subordinação hierárquica entre as Agências Reguladoras e a Administração Central.⁹⁷

Destaca-se, preliminarmente, que em nenhum momento a Carta Constitucional faz referência às agências reguladoras, fazendo menção unicamente a órgão regulador. São os legisladores infraconstitucionais que têm empregado o vocábulo “agências reguladoras” para as entidades com competência regulatória que estão sendo criadas, fazendo, claramente, alusão ao direito norte-americano, onde órgãos com prerrogativas semelhantes são chamados de *regulatory agencies* ou *independent regulatory agencies*.⁹⁸

Ressalta-se, nesse ponto, que a Constituição não mencionou a aceção agência reguladora, bem como não definiu, objetivamente, qual seria o instrumento a ser adotado na regulação da ordem econômica.⁹⁹

Definir uma entidade como agência não deve ser uma atividade exclusivamente de identificar a nomenclatura, mas é preciso centrar-se sobre o tipo jurídico e a competência atribuída a agência analisada.¹⁰⁰

Alexandre Santos de Aragão distingue Agência Reguladora de Agência Executiva, outro tipo de autarquia existente no direito brasileiro:

⁹⁵ FRANÇA, Philip Gil. Op. Cit., p.191.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. , p.23.

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 165.

⁹⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.36.

⁹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3848-3850.

¹⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional**. Salvador: Revista de Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.11, 2007, p.5.

A caracterização de uma autarquia como agência reguladora independente diz respeito à natureza das suas funções, destas decorrendo a necessidade de possuir poderes autônomos capazes de fazer com que desempenhem um papel contínuo de observação da atividade regulada, avaliação dos interesses em jogo e de ajustamento e reajustamento das regras às circunstâncias.

[...]

Situação inteiramente diversa é a das agências executivas, mera qualificação conferidas a órgãos despersonalizados ou as entidades da Administração Indireta, que, com isto, não perdem e não têm alterada a sua natureza a sua alterada e sua natureza e o seu círculo competência originário.¹⁰¹

Portanto, não existe uma lei geral aplicável às agências reguladoras que estabeleça um traço comum a todas agências existentes, mas para estabelecer um quadro amplo é necessário analisar cada lei específica de criação de cada agência.¹⁰² Entretanto, é possível identificar características comuns a todas essas agências nessas normas específicas e, conseqüentemente, extrair um conceito.

Para identificar a natureza das agências reguladoras podemos elencar alguns caracteres comuns, segundo Egon Moreira Bockmann:

- a) Ausência de vínculo hierárquico formal com a pessoa administrativa central (compreendendo aí mandato fixo e impossibilidade de exoneração *ad nutum*);
- b) Conjunto de normas que lhe atribuam independência entendida como poderes e deveres próprios e típicos (indelegáveis, intransponíveis e inderrogáveis), excluindo o chamado controle tutelar;
- c) Possibilidade de emanar normas regulamentares exclusivas

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.310 e 311.

¹⁰² CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.37.

d) Possibilidade de decidir as questões controversas postas à sua apreciação (*ex officio* ou mediante provocação da parte interessada ou terceiro).¹⁰³

Assim, qualquer entidade que não detenha competências regulatórias ou subordinada de forma estrita à hierarquia administrativa não deve ser conferida a forma de agência reguladora independente, mas, em compensação, a titularidade de prerrogativas regulatórias e a existência de certos instrumentos que garantam autonomia permitam enquadrar o instituto ora em análise na categoria de agências reguladoras independentes.¹⁰⁴

Diante disso, Marçal Justen Filho delimita um conceito para agências reguladoras:

É uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração Direta.¹⁰⁵

Ressalta-se que a iniciativa para a proposição de lei para criar agência reguladora federal é de atribuição do Presidente da República, em concordância aos seguintes dispositivos: o artigo 61, parágrafo 1, inciso II¹⁰⁶, que prevê que a criação, estruturação e atribuições Ministérios e órgãos da Administração Pública, seja da Administração Direta ou autárquica, são de iniciativa de proposição do Presidente da República; o artigo 84, inciso II e IV¹⁰⁷, atribui ao Presidente executar o direcionamento maior da administração pública federal e expedir regulamentos para o fiel cumprimento das leis. Do mesmo modo, no âmbito estadual, distrital e municipal é de atribuição do Chefe do

¹⁰³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional**. Salvador: Revista de Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.11, 2007, p.6.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.344.

¹⁰⁵ Ibidem, p.344.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2017.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2017.

Executivo a iniciativa de propositura legal para a criação das respectivas agências reguladoras.¹⁰⁸

Portanto, o modelo regulatório brasileiro, especialmente a partir da década de 1990, tem como protagonistas as agências reguladoras, instituídas com a roupagem jurídica de autarquias, com regime especial, dotadas de forte independência administrativa e financeira.¹⁰⁹

4.3. ASPECTOS PRINCIPAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras brasileiras, como descrito no item anterior, por opção do legislador infraconstitucional, possuem natureza jurídica de autarquias, com poderes para edição de normas nos setores regulados, o exercício de atividades administrativas clássicas, inclusive poder de polícia, a resolução de conflitos regulatórios e os poderes sancionatórios. A autonomia reforçada das agências reguladoras brasileiras, que pode variar de intensidade de acordo com o perfil institucional desenhado por leis instituidoras, é justificada pela despolitização compreendida como a diminuição de influências político-partidárias, conferindo tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado, bem como pela necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas.¹¹⁰

As agências reguladoras consubstanciam-se em uma autarquia especial por ter um regime *sui generis*, devendo ser atribuídas certos caracteres que lhe confirmam condições de garantir um maior grau de liberdade ou autonomia em relação à Administração Direta do que as outras autarquias.¹¹¹

¹⁰⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.49.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3844-3846.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - Administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3860-3865.

¹¹¹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.79

Sumariamente, extrai-se das legislações inaugurais das agências reguladoras predominantemente as seguintes características:

Autonomia administrativa (capacidade de autogestão), autonomia financeira (capacidade de autofinanciamento), ausência de subordinação hierárquica em relação à Administração Central (o maior nível/categoria decisória na estrutura funcional é interno à agência) e autonomia orgânica (caracterizada pela previsão de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes).¹¹²

Em mesmo sentido, podemos resumir essas características a três pontos essenciais que garantem a autonomia na atuação regulatória: a funcional, caracterizada pela não oponibilidade dos recursos hierárquicos às decisões do ente regulador; a dos agentes, que se observa pela defesa dos seus respectivos mandatos; e a financeira, verificada pela capacidade de gestão dos próprios recursos.¹¹³

Da mesma forma que o autor Marçal Justen Filho utiliza as acepções “independência” e “autonomia” como equivalentes, apesar da evidente distinção semântica,¹¹⁴ optou-se, igualmente, em atribuir uma equivalência de sentido entre as expressões no presente trabalho.

Um pressuposto para a efetiva incumbência de autonomia às agências reguladoras é a observância de uma competência privativa. Caso a titularidade de certas decisões puder ser conferida a outros entes além das agências, configurar-se-á inexistência de autonomia. Neste caso, a presença de subordinação é deletéria ao exercício de sua competência regulatória.¹¹⁵

Essa independência funcional completa-se com a impossibilidade do recurso administrativa hierárquico contra decisões das Agências Reguladoras já que não há nenhum dispositivo que expressamente contemple essa possibilidade de interposição recursal, em razão da própria natureza dessas entidades integrantes da Administração

¹¹² CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.81.

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.170.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.397.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.399.

Indireta, que não órgãos meramente despersonalizados.¹¹⁶ As pessoas administrativas descentralizadas (entidades integrantes da Administração Indireta, como é o caso das agências reguladoras) gozam de autonomia administrativa, não havendo subordinação hierárquica entre elas e a Administração Direta, sendo certo que a possibilidade aberta de revisão de ofício ou mediante recurso hierárquico impróprio de atos regulatórios pelo Executivo Central elimina a autonomia inerente das agências.¹¹⁷

A autonomia financeira das Agências Reguladoras é condição para garantir que qualquer autonomia seja efetivada na prática. As leis inaugurais das Agências Reguladoras conferem-lhe autonomia financeira através da titularidade das taxas regulatórias; e orçamentária, pelo envio de propositura de orçamento ao Ministério ao qual é vinculada a respectiva Agência Reguladora Independente.¹¹⁸

Quanto à autonomia financeira decorrente do orçamento das Agências Reguladoras será, inevitavelmente, limitada, em virtude do Princípio da Unidade Orçamentária, impondo um contingenciamento orçamentário mesmos aos órgãos constitucionalmente autônomo.¹¹⁹

A autonomia organizacional, desse modo, refere-se ao poder em influir na própria organização, inclusive em relação a estruturação de pessoal. A independência ou autonomia é uma característica essencial da organização das agências reguladoras independentes.¹²⁰

A simples conferência de autonomia às agências reguladoras através da natureza autárquica, todavia, não é suficiente para garantir autonomia dos agentes do ente regulador, especialmente nas hipóteses em que os dirigentes das referidas entidades são nomeados e exonerados livremente pelo Chefe do Executivo, o que acarretaria a politização dessas pessoas jurídicas. Por essa razão, o legislador estipulou critérios diferenciados de nomeação e exoneração dos dirigentes das agências reguladoras, conferindo maior estabilidade e independência perante o Chefe do Executivo. Registre-

¹¹⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 346 e 347.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 4386-4389.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 331 e 332.

¹¹⁹ Ibidem, p.333.

¹²⁰ JUSTEN FILHO. Marçal. Op. Cit., p 403.

se, contudo, que a estabilidade dos dirigentes não garante, por si só, a independência das agências, revelando-se necessária a análise de outros fatores institucionais, tais como a forma de nomeação dos dirigentes, o prazo de exercício da função, a não coincidência dos mandatos com o mandato do Chefe do Executivo e a quarentena dos ex-dirigentes.¹²¹

A nomeação dos dirigentes (presidente, diretor-geral, diretor-presidente ou conselheiros) das agências reguladoras deve observar os requisitos previstos no art. 5º da Lei n. 9.986/ 2000. Com efeito, os indicados devem ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados. A nomeação, na hipótese, é ato complexo, pois depende da escolha do nome pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, na forma permitida pelo art. 52, III, f, da CF¹²². Os dirigentes exercem suas funções durante determinado mandato, cujo prazo será definido na lei de criação de cada agência reguladora. Durante os mandatos, os dirigentes, na forma da legislação em vigor, só perdem os seus cargos por meio de renúncia, sentença transitada em julgado ou por meio de processo administrativo, sempre com observância da ampla defesa e do contraditório, admitindo-se que a legislação especial estabeleça outras formas de perda do cargo, na forma do art. 9º, caput e parágrafo único, da Lei n. 9.986/ 2000¹²³.¹²⁴

Quanto à estruturação e à direção das agências a respectiva lei de criação deve optar pelo modelo que julgar mais adequado à situação concreta. Acontece que essa Lei n.º 9.986, em seu artigo 4º, reporta à atuação de um conselho diretor ou diretoria na gestão das agências reguladoras atuando em regime de colegiado, reservando a lei específica de cada ente regulador especificar determinadas questões, tais como modo de reunião do conselho ou diretoria, colheita de votos.¹²⁵

¹²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3868-3872.

¹²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de outubro de 2017.

¹²³ BRASIL. Lei n.º 9986, de 18 de Julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm. Acesso em 20 de outubro de 2017.

¹²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3890-3894.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.427.

Uma cisão doutrinária emergiu da circunstância de fixação legal do prazo determinado para investidura dos agentes dos administradores, assegurando a estabilidade contra a dispensa discricionária do Chefe do Executivo. O autor Celso Bandeira de Melo entende que o referido dispositivo é inconstitucional, pois a não coincidência de mandatos do Chefe do Executivo e dos diretores das agências reguladoras viola o princípio republicano, cuja essência é a temporariedade dos mandatos. Com efeito, ao permitir que um dirigente escolhido por determinado governante se mantenha no cargo no governo seguinte, ocorreria uma prorrogação indireta e disfarçada do mandato daquele governante que não mais está ocupando o cargo, razão pela qual os mandatos dos dirigentes devem perdurar apenas durante o período governamental em que houve a nomeação.¹²⁶

Em sentido contrário, Marçal Justen Filho entende que uma distinção explícita no ordenamento entre o aparato administrativo burocrático e as funções de direção superior. Não é exequível o entendimento de que a uma sujeição de todo corpo funcional administrativo a um estrito vínculo subjetivo a um desejo da autoridade superior. Sublinha-se que não há nenhum indicativo constitucional de que eleito um novo Chefe do Executivo deva-se incorrer em substituição de todo corpo técnico comissionado. Dessa forma, não existe uma garantia de preenchimento de diversos cargos à absoluta e a ilimitada opção do governante.¹²⁷

Por fim, ressalta-se a impossibilidade da autonomia de modo completamente absoluto das agências reguladoras que levaria, conseqüentemente, a um poder ilimitado de auto-organização, sem qualquer adequação a um limite externo, confundindo-se com o conceito de soberania. A adoção de uma concepção democrática impede que qualquer órgão mesmo dotado de uma margem de liberdade para atingir seus objetivos sem adequação ao esquema tradicional de separação de poderes e ao controle de outras instâncias de poder.¹²⁸

4.4. CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.433.

¹²⁸ Ibidem, p.400.

Um sistema jurídico centrado na separação de poderes pressupõe o controle de todas as instâncias de poderes. A exigência de autonomia às agências reguladoras para atuação regulatória não pode impedir que esses entes regulatórios se adequem ao sistema constitucional pátrio. O controle fiscalizatório não visa eliminar a autonomia desses entes, mas garantem à sociedade civil que os órgãos que detêm poder político não agiram sem limites, evitando que atentem contra o motivo de sua criação, consubstancia-se na realização do bem social.¹²⁹

Decerto, os entes regulatórios submetem-se a diversos controles de suas atividades desenvolvidas, pelo Poder Executivo, Poder Legislativo, Tribunal de Contas, Poder Judiciário, além de um controle social, realizado pela sociedade civil.¹³⁰

O exercício da fiscalização sobre as agências reguladoras pelo Poder Executivo mostra-se, inicialmente, em relação à nomeação dos diretores destas agências, além de um controle financeiro do orçamento das agências em uma modalidade externa, já que a fiscalização sobre o orçamento será realizada pelo Tribunal de Contas. Dessa forma, não se verifica um controle direto do Poder Executivo, até pela própria natureza autárquica especial desses entes.¹³¹

O Poder Legislativo desempenha de algum modo um controle indireto sobre as atividades de prerrogativa das agências. Em um primeiro momento, essa fiscalização mostra-se na atribuição deste poder da aprovação dos agentes que comporão o órgão diretor das agências reguladoras. Outra forma de controle legislativo indireto são as comissões parlamentares de inquérito, que podem solicitar que os agentes regulatórios prestem informações ou depoimentos. A lei inaugural das agências pode funcionar como um instrumento de controle, na medida que cabe ao Poder Legislativo estabelecer ou alterar o regramento das respectivas agências.¹³²

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 584 e 585.

¹³⁰ CUÉLLAR, Leila, **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.104

¹³¹ Ibidem, p.104.

¹³² Ibidem, p.105 e 106.

No que se referem às verbas despendidas pelos órgãos regulatórios é imperioso a necessidade de prestar contas desses gastos ao Tribunal de Contas.¹³³

O Judiciário realizará o controle externo sobre os atos das agências reguladoras, na medida que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal¹³⁴, assegura que não será excluído da análise do Judiciário lesão ou ameaça de direito.¹³⁵

Sobre a atuação do Poder Judiciário, Alexandre dos Santos Aragão delimita esse controle:

O poder judiciário acaba, portanto, não tendo grande ingerência material nas decisões das agências limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal, e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação, e à manutenção da razoabilidade / proporcionalidade das decisões das agências reguladoras.¹³⁶

A observância de regras rígidas procedimentais na atuação regulatória e decisória das agências reguladoras também se configura um meio de controle sobre sua atuação. A legislação inaugural pode discorrer sobre procedimento administrativo que deva ser adotado pelos entes regulatórios, assim como deve ser adotado os ditames da Lei n.º 9.784 de 1999, que estabelece preceitos básicos de processo administrativo no âmbito da Administração Pública.¹³⁷

Modernamente tem-se destacado o papel do controle social sobre as agências reguladoras, consubstanciando-se em instrumentos assecuratórios que permitam a

¹³³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos, **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 340 e 341.

¹³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2017

¹³⁵ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.106.

¹³⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 351.

¹³⁷ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.109.

participação popular de forma efetiva seja diretamente dentro dos órgãos regulatórios ou de forma indireta, com verdadeira possibilidade de influenciar a atuação regulatória dessas agências. Destaca-se dentre esses instrumentos de participação popular a implementação de Ouvidorias, as quais objetivam catalogar com a devida análise as reclamações e sugestões dos usuários e consumidores, assim como a partir desse norte propor soluções para a melhor atuação regulatória.¹³⁸

Essa efetiva participação popular é questionável para Egon Bockmann Moreira, em levantamento estatístico verifica uma tendência de participação, principalmente na elaboração de normas para a regulação, das empresas dos setores regulados que buscam a imposição de seus interesses nessa criação normativa, posteriormente, a sociedade arcará com os custos despendidos para a obtenção dessa legislação.¹³⁹ Por isso a necessidade da criação de efetivos mecanismos de participação popular.

Contudo, como assevera Alexandre dos Santos Aragão:

O ente regulador deve colher as impressões da sociedade, mas não se limitar a elas, devendo produzir com independência e competência técnica o próprio arcabouço fundamentador de sua pretensão normatizadora, submetendo, sem paixões, esse estudo prévio ao debate.¹⁴⁰

Embora assegura-se as agências reguladoras autonomia para o exercício de suas prerrogativas, por ser entes independentes dotados de um grau maior de liberdade, também se sujeitam a diferentes modos de controle para lhe conferir verdadeira legitimidade à função regulatória.¹⁴¹

¹³⁸ Ibidem, p.107 e 108

¹³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antônio Nogueira. **Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes**. In: Gustavo Binenbojm. (Org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.198.

¹⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Regulação e novas tecnologias**. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.152.

¹⁴¹ CUÉLLAR, Leila, **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 p. 112.

5. AGÊNCIAS REGULADORAS E SUAS FUNÇÕES

5.1. PAPEL NA ORDEM ECONÔMICA

Como visto anteriormente, a ordem econômica constitucional propicia ao Estado a possibilidade de atuar de forma indireta sobre a atividade econômica, em que utiliza a competência regulatória, principalmente através das agências reguladoras, para instaurar normas, para fixar a disciplina, indicando que o Estado se desincumbe de atuar como agente econômico e volta-se como árbitro que determina as regras das atividades econômicas.

Essa intervenção do Estado como centro normativo e regulador da economia, através das agências reguladoras, estabelece uma disciplina para o exercício da atividade econômica através de mecanismos que visam aperfeiçoar o mercado, equilibrando o sistema econômico e coibindo abusos da livre iniciativa e da livre concorrência, além de garantir o atingimento dos objetivos prescritos pela ordem econômica, propiciando uma existência digna às pessoas e realizando a justiça social.¹⁴² O objetivo da atuação reguladora dessas agências é o predomínio de escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas.¹⁴³

Embora a origem etimológica sugira a associação da função reguladora com o desempenho de funções meramente normativas pelas agências reguladoras, seu conteúdo é mais extenso e diverso. Mesmo que se aproxime, eventualmente, da ideia de poder de polícia administrativa (poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos) a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções.¹⁴⁴

¹⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. Cit., p. 459.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. **Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p. 300.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 300.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a função regulatória exercida pelas agências reguladoras envolveria uma combinação de atribuições de natureza variada, inclusive fiscalizatórias e negociais, além das normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Essa competência regulatória vale-se de um complexo de funções clássicas: administrativas, normativas e judicantes, variando apenas o método decisório.¹⁴⁵

Esse complexo de funções em que consiste a atividade regulatória é atribuído a um único ente regulador, as agências reguladoras, que no exercício do seu papel deverá definir especificamente o interesse a prevalecer e ser satisfeito nas relações sujeitas a regulação de acordo com uma dedução dos fatos do caso concreto. Em suma, essa função reguladora vale-se basicamente de funções clássicas, administrativa, normativas e judicantes, nela variando apenas o método decisório.¹⁴⁶

Em uma tentativa de sistematizar, inspirada na divisão clássica de funções no âmbito do Estado, Luís Roberto Barroso classifica o papel desempenhado pelas agências reguladoras em executivo, decisório e normativo.¹⁴⁷

A atividade executiva, que envolve a própria autoadministração das agências, pressupõe a implementação das políticas públicas e diretrizes ditas pelo legislador. É nesse espaço para a atuação executiva que estão compreendidos os atos de fiscalização bem como os de natureza sancionatória, em caso de descumprimento do regramento aplicável.¹⁴⁸

Através dessa função executiva as agências reguladoras concedem, permitem e autorizam serviços e uso de bens públicos, expedem licenças, autorizam reajustes e revisões extraordinárias e ordinárias de tarifas de serviços públicos para manter o equilíbrio financeiro das concessões. Além disso, através desse papel executivo as agências reguladoras fiscalizam o exercício das atividades econômicas, levando em conta a sua conformação aos parâmetros dos atos que permitiram o ingresso dos agentes econômicos nesse mercado regulado. Do mesmo modo, o ente regulatório

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 107 e 108.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. **Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p. 301.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 301.

citado, no exercício da regulação de serviços públicos, tem o acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.¹⁴⁹

Ao lado do exercício de funções puramente administrativas, as agências reguladoras também exercem competências decisórias, resolvendo conflitos em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores.¹⁵⁰ Essa função pode ser exercida sob diferentes modalidades, todas com características não jurisdicionais, como o são as atividades de conciliação, de mediação e até o arbitramento de interesses em conflito.¹⁵¹

Por fim, além de funções executivas e decisórias, um papel normativo é atribuído às agências reguladoras em praticamente todas as suas leis inaugurais conferindo-lhes funções normativas de largo alcance.¹⁵² Contudo, o limite desse papel normativo das agências reguladoras gera grande controvérsia na doutrina e será melhor analisado em um item próprio em seguida.

Eurico de Andrade Azevedo firmou algumas premissas básicas para que o órgão regulador possa exercer seu papel fiscalizatório, normativo e sancionatório eficazmente:

"necessidade de possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias; necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário de desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares; necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço; necessidade de associar a participação destes usuários no controle e fiscalização do serviço".¹⁵³

¹⁴⁹ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.41.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. **Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p. 305.

¹⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. **Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p.306.

¹⁵³ AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Agências reguladoras**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 213, jul. /set. 1998, p. 142.

Para Luís Roberto Barroso, tem sido cometido um conjunto diversificado de tarefas às agências reguladoras, dentre as quais se incluem, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, as seguintes:

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; (p.300)
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.¹⁵⁴

Para melhor compreender o papel conferido às agências reguladoras é inevitável a análise dos limites de suas prerrogativas para realizar essas funções descritas nesse item.

5.2. PRERROGATIVAS PARA REALIZAR SUAS FUNÇÕES

Para realizar sua função, a Administração Pública deve possuir certas prerrogativas que lhe permitam realizar seu papel, de acordo com o princípio tradicional administrativo da supremacia do interesse público, onde a vontade dos particulares é conformada ao interesse geral.¹⁵⁵

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p. 300.

¹⁵⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Op. Cit., p. 113.

Contudo, atualmente ocorre uma superação do caráter absoluto do princípio da supremacia do interesse público, com ascensão dos direitos fundamentais e de outros modos para atingi-los que passam, assim, a ser valorados de acordo com o caso concreto.¹⁵⁶ Isso deve permear a regulação econômica feita pelas agências reguladoras, que no exercício do seu papel, deverão definir especificamente o interesse a prevalecer e ser satisfeito nas relações sujeitas a regulação de acordo com uma dedução dos fatos do caso concreto.¹⁵⁷

Evidentemente, as prerrogativas das agências públicas ganham um contorno próprio de acordo com o papel que é lhe atribuído. A extensão das funções desse ente regulador gera alguma controvérsia, principalmente o papel normativo, influenciando nas consequentes prerrogativas para realizar essa função. No próximo item, discute-se os limites das diversas funções das agências reguladoras independentes com as devidas competências para realizá-las.

5.2.1. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A atribuição de regular certo setor econômico às agências reguladoras, fundamentado em conhecimento técnico e de acordo com as particularidades da atividade regulada, obriga a disciplinar a atuação dos devidos agentes econômicos. Assim, definida a política pública para determinado setor, compete ao ente regulador concretizá-la. Por isso, entende-se que é necessário atribuir um poder normativo às agências reguladoras, em razão dessa competência ser inerente à sua atuação reguladora. Não há regulação econômica sem uma competência normativa.¹⁵⁸

O ordenamento pátrio confere autonomia às agências reguladoras para editar atos administrativos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros legais, no âmbito de setor regulado. A intenção é despolitizar o respectivo

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. **Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p. 309.

¹⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107 e 108.

¹⁵⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 57.

setor, retirando da esfera política e transferindo ao corpo técnico da agência a atribuição para normatizar a atividade regulada.¹⁵⁹

Preliminarmente, é necessário distinguir a competência normativa da competência legislativa. Marçal Justen Filho de forma objetiva pontua:

A competência normativa consiste no poder de produzir normas de conduta, em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetivas. A competência legislativa configura-se como o poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo.¹⁶⁰

Na doutrina há uma grande divergência quanto à um poder normativo amplo que conferiria às agências reguladoras a possibilidade de produzirem normas abstratas.

Para parte da doutrina, destaca-se Celso Antônio Bandeira de Mello, a atribuição de poder normativo amplo das agências reguladoras é inconstitucional, tendo em vista a violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade, sendo vedada a criação de direitos e obrigações por meio de atos regulatórios editados com fundamento em delegação legislativa inominada.¹⁶¹

O fundamento para adoção de normas abstratas enquadrar-se-ia no conceito de competência discricionária para Marçal Justen Filho. Ao legislador é oportunizada a escolha entre dois modelos: uma disciplina legal exaustiva e completa, em que se pressupõe todas as hipóteses de incidência e todas as perspectivas da prescrição normativas estão determinados de forma prévia, abstratamente, na forma da lei; ou entre uma disciplina centrada em um regramento básico, deixando maior âmbito de atuação ao seu aplicador. Nesse caso, um dos elementos da hipótese de incidência da norma ou uma parte de seus mandamentos não estão descritos de forma exaustiva na lei. Existiria, então, uma espécie de delegação normativa secundária ou competência discricionária, permitindo ao aplicador identificar os pressupostos ou comandos remanescentes para

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3097-3099.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.485.

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 165.

determinada situação. Para o autor reputar-se-ia inconstitucional uma delegação para uma agência reguladora para disciplinar certo setor econômico, com poderes absolutos, editando todas as regras para tanto.¹⁶²

O autor citado acima identifica na discricionariedade da competência para explicar a competência de produzir normas abstratas das agências reguladoras, bem como o fundamento da competência das agências reguladoras para emitir para editar normas concretas e individualizadas, destinadas a regular determinada situação concreta.¹⁶³

O renomado autor carioca Diogo de Figueiredo invoca o instituto da deslegalização para fundamentar uma transferência de competência normativa sobre certas matérias de um poder para outro. O fundamento do poder normativo das agências reguladoras estaria na técnica da deslegalização, que significa “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento”.¹⁶⁴

Com a deslegalização, opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo.¹⁶⁵ Além da exigência de estrita legalidade para observância dessa transferência de competência normativa, existem certas matérias que estão reservadas ao âmbito legal, que só cumpririam as exigências constitucionais em caso de edição de lei formal.¹⁶⁶

Contudo, o instituto da deslegalização não encontra guarida na maior parte da doutrina, sendo rechaçada essa delegação normativa absoluta para o âmbito administrativo. Nesse sentido, Marçal Justen Filho.¹⁶⁷

Desse modo, apesar da maior ou menor amplitude do poder normativo concedido às agências reguladoras de acordo com sua legislação inaugural, todas as agências

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.512 e 513.

¹⁶³ Ibidem, p.519.

¹⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.126

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3115-3120.

¹⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.172.

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.495.

possuem, ressalta-se em menor ou maior escala, suas normativas abalizadas em *standards*, ou seja, parâmetros de pouca densidade normativa, em alguns casos somente habitadora, tendo o dever de desempenhar a atribuição normativa objetivando realizar as finalidades públicas, também genéricas, descritas nas referentes leis.¹⁶⁸

Deve-se pontuar, entretanto, que a competência normativa exercida pelas agências reguladoras é temperada pela própria sistemática do ordenamento pátrio, encontrando algumas limitações não sendo possível:

(i) inovar de forma absoluta, ab ovo, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio).¹⁶⁹

5.2.2. PODER DE FISCALIZAR, SANCIONAR E JULGAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A regulação econômica pressupõe algumas competências básicas como: edição de normas; implementação concretas de normas e fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações.¹⁷⁰

A competência de regular agrupa uma série de poderes administrativos para o atingimento dessa atribuição, devendo desempenhar diversas funções, o que leva a questionar a concepção tradicional de separação de poderes.¹⁷¹

Assim, além da competência normativa, as agências reguladoras possuem prerrogativas típicas do Direito Administrativo, de cunho autorizativo, como se mostra, a título de exemplo, a fiscalização que recai sobre as entidades reguladas em relação à

¹⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.408.

¹⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.59.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 2874-2875.

¹⁷¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.316.

adequação e respeito ao mandamento legal e à norma complementar administrativa.¹⁷² A atividade fiscalizatória das agências reguladoras, portanto, incide a respeito da atuação dos agentes econômicos que estejam sobre o seu domínio de fiscalização.¹⁷³

Em razão dessa atribuição de fiscalização, as agências realizam sanções que decorrem do não cumprimento das determinações legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos no âmbito de atuação regulatória. Essa atividade sancionatória deve respeitar algum dispositivo legal, ainda que não especificado, ficando a proporcionalidade e a devida individualização dessas sanções a cargo da normatização das agências reguladoras.¹⁷⁴ Respeitando dessa forma o princípio da tipicidade.

A atividade julgadora também é estabelecida para as agências reguladoras, através de determinação das respectivas leis instituidoras, essa competência para dirimir conflitos, também é especificada para as agências reguladoras de serviços públicos, na Lei n.º 8.987/95, artigos 7 e 35, para decidir administrativamente os conflitos entre esses agentes e os usuários e o Poder Público.¹⁷⁵

5.3. ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO

No contexto de um governo que prioriza a atuação de forma indireta na ordem econômica, através de competências regulatórias, as agências reguladoras desempenham papel de destaque, especialmente em razão da autonomia institucional. No entanto, não bastam as estruturas, organizacional e administrativa para garantir a efetivação dos objetivos das políticas públicas; revela-se necessária também a instrumentalização de boas práticas regulatórias por meio de procedimentos que garantam maior eficiência, participação e transparência às decisões regulatórias, tal como ocorre com a análise do impacto regulatório.¹⁷⁶

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.482.

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.317.

¹⁷⁴ Ibidem, p.317.

¹⁷⁵ Ibidem, p.318

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 5538-5542.

Alexandre dos Santos Aragão destaca a importância desse instrumento de análise:

O objetivo é avaliar previamente a razoabilidade das decisões regulatórias do Estado, os seus prováveis custos diretos e indiretos, externalidades positivas e negativas, os benefícios esperados e os meios necessários para atingi-los. Não raro acontece que até a mais bem-intencionada das medidas regulatórias acabe, na prática, gerando efeitos contrários aos por ela pretendidos.¹⁷⁷

Algumas diretrizes devem ser seguidas para a análise do impacto regulatório, segundo Alexandre dos Santos Aragão: necessidade de coordenação entre os diversos polos regulatórios; contínua independência das agências reguladoras, a análise do impacto regulatório não deve ser imposta unicamente às agências reguladoras, devendo revelar-se uma instância de coordenação para a regulação econômica de todo o Poder Público envolvido na atividade regulatória.¹⁷⁸

Ressalte-se que a análise do impacto regulatório não funciona apenas como instrumento para definição da intensidade ou da qualidade da regulação estatal. Em verdade, a própria decisão quanto à necessidade de instituição da regulação é discutida nessa análise prévia regulatória.¹⁷⁹

Nos próximos tópicos, procura-se realizar uma análise profunda sobre a adoção de um modelo regulatório das agências reguladoras, destacando aspectos negativos e positivos marcante dessa forma de atuação estatal indireta.

5.4. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

¹⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre. **Regulação e novas tecnologias**. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.152.

¹⁷⁸ Ibidem, p.152 e 153.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 5549-5550.

Como visto anteriormente, a intervenção do Estado no domínio econômico mudou de paradigma a partir da adoção do modelo regulatório das agências regulatórias. Diante disso, apresenta-se como inevitável refletir sobre os aspectos positivos e negativos acerca da atuação desse ente regulatório.

Em sua obra referencial sobre o tema, Marçal Justen Filho indica potenciais benefícios de um modelo institucional de agências reguladoras independentes. Entre esses benefícios podemos destacar: a dinamização da produção normativa, tendo em vista a dimensão quantitativa e a complexidade qualitativa são efeitos nocivos tendente a tornar demorada a regulação econômica estatal sobre certas matérias, verifica-se que com a especialização do órgão regulador reduz-se a demora da atividade regulatória, evitando todo o complexo e lento trâmite da atividade legislativa. Ademais disso, a concentração em um órgão específico para regulação afasta essa atividade de interesses meramente políticos, de autoridades cuja legitimação é apenas a escolha eleitoral, aproximando de uma estrutura específica altamente sofisticada capaz de uma resposta imediata técnica como a própria complexidade do setor regulador exige. Ainda, a atuação das agências reguladoras pode minorar consequências negativas das disputas partidárias ao evitar a instrumentalização política de suas decisões pelo rigor técnico de suas decisões.¹⁸⁰

Outro benefício é a estabilidade e a racionalidade na produção regulatória pelo fato das agências reguladoras, órgãos estáveis e permanentes, concentrarem a competência regulatória. Isso gera alguns benefícios como a memória regulatória, o que garante uma linha de continuidade na regulação estatal, reduz-se, assim, o risco na renovação de regras e, principalmente, a contradição entre as normativas regulatórias anteriores e posteriores.¹⁸¹

Do mesmo modo, outra vantagem resultante do modelo regulatório das agências reguladoras é o conhecimento mais aprofundado da regulação pela maior especialidade e tecnicidade das agências reguladoras, pois são concebidas para atuar em um setor econômico específico, gerando um aprofundamento das suas decisões.¹⁸²

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.361 e 362.

¹⁸¹ Ibidem, p.365.

¹⁸² Ibidem, p. 365 e 366.

Outra vantagem é a maior visibilidade das decisões e ampliação do controle social, isso devido a concentração das competências regulatórias nas agências regulatórias, com decisões concentrada e especializadas, possibilita uma maior visibilidade dessa atividade à sociedade, assegurando um controle social sobre a regulação econômica.¹⁸³

Há, ainda, um claro benefício de ampliação do controle jurisdicional sobre as decisões estatais ao transferir as decisões regulatórias para o âmbito das agências altera-se a natureza decisória, evita-se o instrumento típico legislativo, a lei, possibilita, dessa forma, um controle jurisdicional maior, inclusive de conteúdo, não se limitando ao controle legal e constitucional característico da lei.¹⁸⁴

Ressalta-se que esse modelo de atuação regulatória pode ter como resultado a produção de uma maior credibilidade política, em razão do desempenho satisfatório da atividade regulatória, gerando a longo prazo maior confiança na comunidade pela qualidade técnica das decisões. Assim, poderá ter a consequente legitimação política por meio das agências reguladoras independente pelo melhor exercício da função regulatória.¹⁸⁵

Por último, há a consequência positiva desse modelo que é o fracionamento do poder e uma ampliação dos instrumentos fiscalizatórios. Cada agência reguladora torna-se um centro de poder, acarretando a redução da centralização de poder e dando maior publicidade das decisões regulatórias possibilita uma melhor atuação dos instrumentos de controle.¹⁸⁶

Em relação a possíveis consequências negativas que decorrem da regulação econômica realizada pelas agências regulatórias, Marçal Justen filho elenca alguns efeitos nocivos desse modelo de regulação econômica realizado pelas agências reguladoras independentes como a ausência de coordenação da atuação regulatória das diversas agências reguladoras, acarretando uma descoordenação da regulação em razão do fato dessas múltiplas agências agirem em seus setores econômicos específicos

¹⁸³ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Op. Cit., p. 366

¹⁸⁴ Ibidem, p. 366.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 367

¹⁸⁶ Ibidem, p.368.

sem uma atuação integrada entre elas, sem uma coordenação geral entre esses diversos polos reguladores.¹⁸⁷

Outra possível desvantagem é a exacerbação da especialização que se distancie da visão do todo, já que o olhar do agente regulador está adstrito à sua seara de atuação específica pode produzir a perda da referência do todo, esquecendo de outras perspectivas importantes para a regulação.¹⁸⁸

Ainda, há um eventual malefício desse modelo regulatória que é a incapacidade das agências reguladoras de obterem informações satisfatórias sobre o setor regulado, existindo uma assimetria de informações entre os reguladores e os regulados. Muitas vezes o regulador para realizar sua competência regulatória depende de informações fornecidas pelos agentes econômicos regulados que podem, eventualmente, manipular essas informações prestadas. Caberia às agências reguladoras munir-se de instrumentos capazes de superar essa assimetria de informação.¹⁸⁹

Há o risco de perda de controle sobre as agências devido às características que lhe conferem maior autonomia, existe a chance dessas peculiaridades produzirem efeitos não previstos, como a supressão dos vínculos dessas agências com o cumprimento das funções públicas essenciais. Por isso, a necessidade de um controle dos órgãos fiscalizatórios e da sociedade efetivos. Ainda, há chance de uma burocratização da agência em razão de uma excessiva tecnicidade, não obstante, esse risco permeia toda a Administração Pública.¹⁹⁰

Há possíveis riscos de desvio de finalidade das agências reguladoras ao utilizá-las como instrumento para inutilizar qualquer controle, subvertendo a lógica de separação de poderes e a aplicação de instrumentos efetivos de controle da atividade estatal. Além disso há a possibilidade que esses entes regulatórios sejam criados para blindar os agentes políticos de tomarem decisões políticas impopulares, levando esses entes a responsabilidade de adotarem todas as decisões consideradas impopulares. O instrumento para combater esses malefícios é a implementação de instrumentos eficazes de controle e respeito a lógica de separação dos poderes. Outro risco é que a

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.371

¹⁸⁸ Ibidem, p. 372

¹⁸⁹ Ibidem, p. 372.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 372 e 373.

criação das agências reguladoras independentes seja uma instituição puramente teórica sem a implementação de um efetivo modelo que lhe é inerente.¹⁹¹

Mas o cerne das críticas ao modelo das agências reguladoras proferidas pelo referido autor centra-se na falta de instrumentos de legitimidade democrática, pelas características inerentes às agências reguladoras assecuratórias de autonomia, como por exemplo, o fato de seus diretores não serem eleitos, além do chamado risco de captura de tais entes regulatórios, distorcendo a finalidade pública desses órgãos estatais.¹⁹² Contra essa aparente falta de legitimidade democrática, Luís Roberto Barroso elenca alguns aspectos capazes de neutralizar essas consequências:

O Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências. Ressalte-se que em tempos de liberdade de imprensa, de organização da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever de motivação adequada, do dever de argumentativa e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.¹⁹³

A concentração de competência nas agências reguladoras em busca de tecnicidade não afasta o risco de que os assuntos regulados sejam apropriados, em determinado momento, indevidamente pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes, levando a chamada captura. De acordo com a teoria da captura, com o passar do tempo, até mesmo em razão da ausência de interesse dos cidadãos ou pela impossibilidade de uma participação popular efetiva em todas as

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 374 e 375.

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 369 e 370.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo, 229, Jul/Set 2002, p. 309.

decisões das agências, as empresas reguladas influenciariam, de forma preponderante, a tomada da decisão regulatória, desnaturando a função pública de tais entes.¹⁹⁴

Fábio Nusdeo ressalta que, diante da criação de uma agência reguladora, há uma tendência da sociedade de considerarem o assunto equacionado e, com isso, deixam de ter o interesse anterior na atuação desses entes regulatórios. Assim, levando em conta que o maior interessado na agência reguladora independente é o próprio setor por ela regulado, haveria uma inclinação de, com o passar do tempo, ocorrerem uma certa identificação entre reguladoras e regulados com uma eventual atenuação dos vínculos fiscalizatórios e de controle originalmente previstos para essas agências.¹⁹⁵

Para Alexandre Santos de Aragão o problema não é específico das agências reguladoras e ocorre, em maior ou menor intensidade, em toda a Administração Pública. Todavia, ressalta que:

[...] quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das agências.¹⁹⁶

O principal instrumento inibidor do risco de captura é através de um efetivo controle sobre as agências reguladoras tanto pelos órgãos estatais legitimados quanto pela sociedade, garantindo a participação popular na tomada de decisões e no controle dos atos das agências. Para que isso ocorra faz-se necessário impor transparência ao processo regulatório, com a divulgação das informações necessárias à participação popular efetiva, bem como fomentar a mobilização social. Nesse contexto, o grande desafio enfrentado pelas agências reguladoras está na superação do seu aparente déficit democrático. A possibilidade de que agentes públicos tecnocratas e sem

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação Estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3927-3933.

¹⁹⁵ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 94 e 95.

¹⁹⁶ SANTOS, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.366 e 367.

responsabilidade política possam, de forma autônoma em relação aos representantes do povo, decidir questões de enorme relevância social, coloca-se no centro da discussão a legitimidade desse modelo institucional.¹⁹⁷ Ressalta-se, ainda, a possibilidade do controle e anulação do Poder Judiciário se a agência reguladora proferir deliberações tendenciosas com o fim de atender interesses escusos, configurando-se o vício de mérito ou de finalidade do ato regulatório.¹⁹⁸

Portanto, existem diversos aspectos positivos e negativos em relação ao modelo regulatório centrado nas agências reguladoras independentes. Para que esse modelo seja verdadeiramente eficiente é necessário que sejam adotadas algumas medidas que conduzam ao fortalecimento da independência das agências, mas, ao mesmo tempo, garantam uma efetiva participação da sociedade e um rigoroso controle sobre o agir dessas agências reguladoras. Para isso, parece inevitável uma efetiva valorização da participação popular, permitindo uma atuação que seja capaz de influir no processo normativo e decisório desses entes.¹⁹⁹ Por isso conclui-se, a exemplo de Marçal Justen Filho, que “a fórmula das agências reguladoras pode propiciar a superação de defeitos inegáveis da organização estatal do modelo clássico, sem que isso implique uma garantia de infalibilidade.”²⁰⁰

O debate sobre a eficiência e a legitimidade das agências reguladoras brasileiras justifica a institucionalização de mecanismos capazes de garantir a efetivação e o monitoramento dos atos regulatórios; novas formas de implementação da regulação; maior participação social na formulação e no controle de políticas regulatórias; diálogos institucionais entre as agências reguladoras e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da sociedade civil; e, por fim, a utilização da Análise de Impacto Regulatório como forma de garantir maior qualidade à regulação.²⁰¹

Portanto, o Estado Regulador pode valer-se dos instrumentos normativos clássicos, mas para determinar a conduta humana possui outros instrumentos

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3943-3946.

¹⁹⁸ GUERRA, Sérgio. Op. Cit., p. 57.

¹⁹⁹ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 144 e 145.

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p.376.

²⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório** Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015, locais do Kindle 3956-3963.

normativos mais atenuados, através de demonstração estatal de incentivo, sugestão e orientação. Não só determina, mas sugere o acolhimento de determinados parâmetros consagrando, ainda, composições negociais.²⁰²

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal, p.46 e 47.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho centrou-se sua análise na intervenção estatal na economia por meio das agências reguladoras. Mas antes foi imprescindível analisar a construção histórica que possibilitou a legitimidade da atuação estatal no domínio econômico.

Como visto anteriormente, a adoção de uma ordem econômica capitalista na Constituição Brasileira consagra uma determinada organização econômica da sociedade. Parte da premissa de uma lógica de convívio entre Estado e iniciativa privada, apoiando-se na apropriação privada de bens e fatores de produção, no direito e na livre concorrência, mas, concomitantemente, impõe certas finalidades trazidas Constituição que permeiam a atuação estatal.

O Estado não está adstrito a uma determinada forma de atuação no domínio econômico, pode realizar esses objetivos de forma distintas, a atuação ou intervenção do Estado no domínio econômico se dá de forma direta, quando o próprio Estado assume a atividade econômica, e de forma indireta, em que não assume a atividade econômica, mas, por meio de normas, procurar conter, modificar, reprimir determinadas condutas dos agentes econômicos em vista de certos fins que o Estado realizará na ordem econômica.

No Brasil, durante muitos anos, a intervenção do Estado na ordem econômica consistiu na execução e exploração direta das atividades econômicas. Entretanto, após um período de grave crise financeira, alterou-se o paradigma para a atuação estatal na economia centrando-se em uma atuação indireta através da regulação econômica. Essa função reguladora do Estado denota a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina, indicando que o Estado se desincumbe de atuar como agente econômico e volta-se como árbitro que determina as regras das atividades privadas.

Como conceituado no presente em trabalho, a regulação econômica limita a liberdade de ação, consubstanciando-se em características próprias: edição de normas; implementação concretas de normas e fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações. A justificativa característica na doutrina para a intervenção regulatória destinava-se a corrigir as insuficiências e deficiências do mercado, reduzindo a atuação regulatória a objetivos estritamente econômicos. Modernamente, tem-se

conceituado que os objetivos regulatórios estão ligados à produção dos valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico e não exclusivamente econômicos.

Nesse contexto surge, no ordenamento pátrio, as agências reguladoras, uma tentativa de modernizar a estrutura estatal, inspirada no direito estrangeiro, mais especificamente americano, mas devido ao contexto e complexidade nacional precisou ser adaptado para atender os objetivos traçados. Assim, o formato regulatório comentado foi seguido pela criação de entes independentes responsáveis pela implementação de políticas públicas e supervisão da atividade desenvolvida por particulares

Portanto, o modelo regulatório brasileiro, especialmente a partir da década de 1990, tem como protagonistas as agências reguladoras, instituídas com a roupagem jurídica de autarquias, com regime especial, dotadas de forte independência administrativa e financeira. A autonomia reforçada das agências reguladoras brasileiras, que pode variar de intensidade de acordo com o perfil institucional desenhado por leis instituidoras, é justificada pela despolitização compreendida como a diminuição de influências político-partidárias, conferindo tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado, bem como pela necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas. Mas essa autonomia não significa que esses entes regulatórios estão livres do controle das outras instâncias de poderes, submetendo-se a diversos controles das suas atividades desenvolvidas pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas, pelo Poder Judiciário, além de um controle social, realizado pela sociedade civil.

Ao final do presente trabalho, analisou-se o papel das agências reguladoras na ordem econômica destacando os diversos aspectos positivos e negativos em relação à adoção desse modelo regulatório. Como visto, para que esse modelo seja verdadeiramente eficiente é necessário adotar algumas medidas que conduzam ao fortalecimento, mas, do mesmo modo, garantam uma efetiva participação popular e um rigoroso controle sobre a atuação dessas agências. O debate sobre a eficiência e a legitimidade das agências reguladoras brasileiras é justificado através da institucionalização de mecanismos capazes de garantir a efetivação e o monitoramento dos atos regulatórios.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução no Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O conceito jurídico de regulação econômica**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba: Jarua, n.º 6, 2001.

ARAGÃO, Alexandre. **Regulação e novas tecnologias**. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Agências reguladoras**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 213, jul. / Set. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: *Revista Direito Administrativo*, 229, Jul/Set 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 9986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF, 03 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm. Acesso em 20 de outubro de 2017.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. **Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos**. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2003.

CLARK, Giovani; CASTRO, Lúcio Macedo de. **A ordem econômica constitucional de 1988 e suas alterações reguladoras teorizadas pela Escola da Análise Econômica do Direito**. In: MORAES FILHO, José Filomeno; MARTINEZ, Regina Célia; ROBL FILHO, Ilton Norberto. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 22. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e72a74d8b2d25bc>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Direito Regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos - as ações do Estado na produção econômica.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial: as telecomunicações.** São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARIA, Fernanda Cury; RIBEIRO, Márcia Weber Lotto. **Intervenção do Estado no domínio econômico.** Artigo. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-intervencaodoestadonodominioeconomico.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração público: combate a corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica.** São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo,** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. 2. V. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional**. Salvador: Revista de Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n.11, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.º 44, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antônio Nogueira. **Regulação Econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes**. In: Gustavo Binenbojm. (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAPOLEONI, Cláudio. **O pensamento econômico do século XX**. 2. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal - administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAVANI, Daniela Elias. **Regulação e agências reguladoras no Direito Brasileiro**. Disponível em: [file://tcprofiles/usersprofiles\\$/tc820563/Downloads/regulacao_e_agencias_reguladoras_no_direito_brasileiro_-_daniela_elias_pavani.pdf](file://tcprofiles/usersprofiles$/tc820563/Downloads/regulacao_e_agencias_reguladoras_no_direito_brasileiro_-_daniela_elias_pavani.pdf). Acesso em 10/10/2017.

PLACHA, Gabriel. **A atividade regulatória do Estado**. Dissertação – Pontifícia Católica do Estado do Paraná. Curitiba, 2001. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024861.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SILVA, Fernando Quadros. **Controle judicial das agências reguladoras: a contribuição do Processo Civil Brasileiro**. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2005.