

DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DA SUA COMPETÊNCIA DE REGULAÇÃO

JOSÉ DA SILVA PACHECO

SUMÁRIO: 1 — Da concessão dos serviços públicos. 2 — Das agências reguladoras em nosso País. 2.1 — De alguns aspectos que se destacam nas Leis que criaram as agências. 2.1.1 — Do generalizado entendimento de que o legislador, ao criar as nossas agências inspirou-se nas agências americanas. 2.1.2 — Das críticas ao seu caráter regulatório e do enfático caráter que se lhes atribui. — Do verbo regular e do substantivo regulação. 3. Considerações Finais.

1 — Da concessão dos serviços públicos

Consoante o disposto no art. 175 da Constituição Federal, “incumbe ao Poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. A Lei n. 8.987, de 13.02.1.995 dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da CF. Poder concedente pode ser a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.

A concessão de serviço público consiste “na delegação de sua prestação, feito pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Incumbe ao Poder concedente os encargos previstos no art. 29 da Lei n. 8.987/95. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, como está expresso no art. 30 da referida lei.

Com as emendas constitucionais ns. 8 e 9, de 1995 admitiu-se, na Carta Magna, a criação de órgão regulador (art. 21, inciso XI e §§ 1º e 2º do art. 177), sendo por diversas leis especiais criadas agências reguladoras, como veremos no item seguinte.

Embora Conrado Hubner Mendes considere a expressão “agência reguladora” como simples rótulo, e Marco Aurélio Gumieri Valério critique a tentativa dos autores de classificar “um certo número de entidades administrativas dentro de um hipotético gênero denominado agência reguladora”, não podemos deixar de assinalar, adiante, as principais agências tidas como agências reguladoras. Não se pode deixar de apontar, todavia que todas elas são autarquias, como se vê, por exemplo, na Lei 9.427/96, art. 1º, na Lei n. 9.472/97, art. 8º, na Lei n. 9.478/97, art. 7º, na Lei n. 9.782/99, art. 3º, na Lei n. 9.961/2000, art. 1º, na Lei n. 9.984/2000, art. 3º, na Lei n. 10.233/2001, art. 21; na Med. Prov. 2.228-1/2001, art. 5º, na Lei n. 11.182/2005, art. 1º.

2 — Das agências reguladoras em nosso País

Desde a última década do século passado, insistiu-se no sentido de que a administração pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais, transferindo para a iniciativa privada atividades, até então exploradas pelo Poder Público, e reordenando o Programa nacional de desestatização, por meio da Lei n. 9.491/97, que revogou a Lei n. 8.031/90.

Deixou, pois, o Estado de ser o único operador dos serviços públicos, impelido pela determinação do art. 175 da Constituição Federal, e, conseqüentemente, passou a criar, como há muito tempo já ocorria nos Estados Unidos, as denominadas agências reguladoras e fiscalizadoras.

Assim, a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal, com as atribuições previstas em seus arts. 3º e 3ºA.

A Lei n. 9.472, de 16.07.1997, criou a Agência Nacional de Telecomunicações com a função de órgão regulador das telecomunicações (art. 8º), com a competência prevista em seu art. 19, incisos I a XXIX.

A Lei n. 9.478, de 6.8.1997, instituiu, em seu art. 7º, a Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis — ANP, com a finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis como

está previsto em seu art. 8º, incisos I a XVIII (Cf. Giovani Ribeiro Loss, A regulação setorial do gás natural, Belo Horizonte, ed. Fórum, 2007).

Com a Lei n. 9.782 de 26 de janeiro de 1999, art. 3º, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA, com a competência prevista em seu art. 7º, incisos I a XXVII, cabendo-lhe regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, respeitando a legislação em vigor.

A Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, como está expresso em seu art. 1º. A Lei n. 9.984, de 17.07.2000 dispôs sobre a criação de Agência Nacional de Águas — ANA, com a finalidade de implementar em sua esfera de atribuições a Política Nacional de Recursos hídricos (arts. 3º e segs.). A Lei n. 9.986, de 18.07.2000, com as alterações da Lei n. 10.871, de 2004 e da Med. Provisória 2.216-37, de 2001, dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras.

A Lei n. 10.233, de 05.07.2001, criou a Agência Nacional de Transporte Terrestre e Aquaviário (art. 1º, inciso II e IV), cujos objetivos são estabelecidos nos arts. 20 a 23, sendo as atribuições da Agência Nacional de Transporte Terrestre assinaladas nos arts. 24 a 26 e as atribuições de Agência Nacional de Transportes Aquaviários estabelecidos no art. 27.

A Medida Provisória 2.218-1, de 6 de setembro de 2001, em seu art. 5º, criou a Agência Nacional do Cinema — ANCINE, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento e comércio exterior, como órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.

A Lei n. 11.182, de 27.09.2005, criou a Agência Nacional de Aviação Civil — ANAC com a competência indicada em seu art. 8º, incisos I a XLIX.

2.1 — De alguns aspectos que se destacam nas leis acima indicadas

Do exame das leis que tratam das agências instituídas ultimamente em nosso País, destacam-se os seguintes aspectos: a) o generalizado reconhecimento de que a instituição delas se deu por influência das agências do direito norte-americano, embora neste, por ser diverso do nosso, tenham as agências caráter mais abrangente; b) do caráter regulatório das agências, em nosso País, visto salientarem as leis específicas que as criaram, a sua função ou finalidade de regular, de promover a regulação, ou a sua qualidade de órgão regulador

ou de regulação, ou de normatização; c) de autarquia, como pessoa de direito público interno (art. 41, IV do Código Civil).

2.1.1 — Do generalizado entendimento de que o legislador, ao criar as nossas agências, inspirou-se nas agências dos Estados Unidos

É generalizado o entendimento de que a adoção, em nosso país, das agências regulatórias, inspirou-se no modelo norte-americano, das *regulatory agencies*, não obstante seja diverso o nosso sistema administrativo do sistema prevalecente nos Estados Unidos da América, em que há *regulatory agency* e *non-regulatory agency* (Cf. Franciso de Queiroz Bezerra, a independência da função reguladora e os entes reguladores independentes, in revista de direito administrativo, n.219, janeiro-março, 2000, pág. 258 e segs.).

Sobre as agências reguladoras nos Estados Unidos, é recomendável a consulta de Bernard Schwartz, *Administrative Law*, Boston e Toronto, Little Brown and Company, pág. 5; Eloísa Carbonell Porrás, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos da América*, Madrid, 1996, págs. 48 e segs.; Eloísa Carbonell e José Luis Muga, *Agencias y procedimientos Administrativos em Estados Unidos de América*, Madri, Marcial Pons, 1996; Marcal Justen Filho, *O Direito das Agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002; Alexandre Santos de Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do Dir. Adm. Econômico*, Rio, 2002, pág. 226; Odete Medaur, *Regulação e auto-regulação*, in revista de dir. Administrativo, Rio, n. 228, de 2002, pág. 124; Angel Manuel Moreno Molina, *La administracion por agências nos Estados Unidos de Norte América*, in *Universidad Carlos III de Madrid, Boletim Oficial del Estado*, 1995, pág. 75.

2.1 2 — Das críticas ao seu caráter regulatório e do enfático caráter que se lhe atribui

A criação de agências reguladoras tem sido, amiúde, criticada e combatida, sob a invocação do princípio da reserva legal (art. 5º, inciso II CF), dos limites do contencioso administrativo (art. 5º inciso XXXV da CF), da competência privativa do Presidente da República sobre a regulamentação de leis (art. 84, inciso IV da CF).

As maiores discussões, relativamente às referidas agências giram em torno do seu caráter regulatório. Há quem admita o poder regulador apenas para as agências previstas nos arts. 21, XI (ANATEL) e art. 177, § 2º III (ANP)

da Constituição Federal; outros, que admitem-no para a normatização de caráter acentuadamente técnico; outros, ainda, que só admitem a normatização com observância das leis pertinentes e em relação às matérias, objeto dos contratos de concessão.

Arnold Wald, por outro lado, recentemente, assinala que “o direito da regulação não se confunde com a regulamentação, pois a agência não regula-menta a lei, mas estabelece normas próprias para o funcionamento dos serviços que lhe cabem” e “o conjunto das normas emanadas das agências constitui um ramo novo, que se destaca do direito administrativo e cuja função consiste em regular uma parte da área econômica em relação à qual existe um relevante interesse público”. (O Direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro, in Revista dos Tribunais, vol. 866, dezembro de 2007, págs.12 e segs.).

2.1.3 — Do verbo regular e do substantivo regulação

Consoante a exposição de De Plácido e Silva, “*regular* — do latim *regulare, de regula* (regra), em sentido jurídico quer exprimir legislar ou estabelecer nova ordem jurídica, mediante a instituição de regras ou princípios disciplinadores dos fatos ou das coisas. Desse modo, em sentido amplo, regular é disciplinar pela lei ou submeter ao regime da lei, instituindo novo preceito ou regra, ou estabelecendo outra regra ou preceito em substituição ao existente. À ação de regular, diz-se *regulação* pela qual se dispõem regras gerais e obrigatórias, reguladoras das instituições e de ordem pública”.

De um modo geral, pois, o verbo *regular* tem o significado de fazer ou editar regras, e o substantivo *regulação* significa o ato ou o efeito de regular. Nos últimos anos, todavia, a acepção do vocábulo *regulação* vem sendo rediscutida em confronto com o significado do termo *regulation*, há muito utilizado nos Estados Unidos no trato das agências regulatórias. Segundo Richard Posner, “toda atividade econômica, nos Estados Unidos, está sujeito a *regulation* ampla. Entretanto, algumas atividades econômicas são consideradas sujeitas à *regulation* no sentido restrito de controle e fiscalização dos lucros até o nível de ganho ou retorno econômico razoável. Sujeitam-se, pois, à regulação restrita os setores de transporte, de comunicações, telefonia e televisão, o setor de energia elétrica e de gás natural, e o setor financeiro (bancos e instituições financeiras). (Richard A. Posner, the effects of deregulation on competition, the experience of United States, Fordham International Law Journal, Nova York, volume 27, 2000).

Etimologicamente, salienta Egon Bockmann Moreira, “regular significa estabelecer a regra. Para o direito, o conceito não se encerra nesse primeiro momento, mas abrange a implementação da regra, a fiscalização quanto ao seu cumprimento e a aplicação de sanções em razão do seu desrespeito” (Agências reguladoras independentes, in Alketa Peci (org.), *Regulação no Brasil*, SP., ed. Atlas, 2007, pág. 107).

Ao tratar da regulação, um instituto oriundo da economia, “mas que cada vez mais adquire sede jurídica, inclusive constitucional (arts. 21, XI, 162, § 2º, 172; 174 e 177, § 2º, III; 186, III; 190; 192 d CF), tendo sido utilizado para qualificar as entidades da Administração Pública”, assinala Alexandra Santos de Aragão que “o termo *regulação* tem causado mal-entendido menos pela sua suposta novidade e mais pela às vezes difícil distinção em relação aos outros institutos do Direito Público da economia, tais como a regulamentação, o poder de polícia, a ordenação da economia e auto-regulação, a desregulação e a desregulamentação e outros”. Do exame desse assunto, conclui o referido autor que “a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis” (Agências Reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico, Rio, ed. Forense 2002, págs. 19, 37 e 447).

No entender de Marcos Juruena Villela Souto, “regulação não se confunde com a regulamentação (ainda que a Emenda constitucional n. 32/2001, ao dar nova redação aos arts. 48, 61 e 84 da CF, explicita a possibilidade de utilização de regulamento autônomo), nem se limita à edição de normas. Enquanto a regulação é técnica, a regulamentação é política (havendo legitimidade eleitoral para tanto, o que não ocorre na regulação que se limita a implementar a decisão política); a regulação atende a interesses coletivos (setoriais), a regulamentação a interesses públicos gerais”. (Direito administrativo regulatório, Rio, ed. Lúmen Júris, 2002, pág. 233).

Considerações finais

Em face do exposto, insta salientar o seguinte: 1º) Diante do múltiplo enfoque da matéria relativa à regulação e às agências reguladoras, sem haver ainda, uniformidade acerca de alguns aspectos, verifica-se a crescente impor-

tância de perquiri-la mais a fundo, o que, com certeza, ocorrerá nos próximos anos; 2º) o conjunto das normas sobre a matéria, que vem sendo discutido principalmente no âmbito constitucional e administrativo, já vem sendo, até prenunciado como ramo novo que se destaca do direito administrativo e cuja função consistiria em regular uma parte da área econômica em relação à qual existe um relevante interesse público; 3º) os que desejarem pesquisar e aprofundar o estudo dessa matéria encontrarão suporte, principalmente, nas obras individuais e coletivas já publicadas, em nosso País entre as quais, as seguintes: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, editora Renovar, Rio, 2003; Leila Cuellar, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo, Ed. Dialética, 2002; Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, Dialética, 2002; Calixto Salomão Filho, *Regulação de atividade econômica*, SP, ed. Malheiros, 2000; Carlos Ari Sundfeld, *Agências reguladoras de serviço público. 10 anos de constituição: uma análise*, São Paulo, Celso Bastos editor, 1998; idem, *Introdução às agências reguladoras*, in *Direito Administrativo econômico*, obra coletiva, SP, ed. Malheiros, 2000; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 21ª ed., ed. Atlas SP, 2008; idem, *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., SP, Ed. Atlas, 2005; Alketa Peci (org. de obra coletiva) *Regulação no Brasil*, SP., Ed. Atlas, 2007; Lucia Helena Salgado, *Agências Regulatórias na experiência brasileira*, Brasília, IPEA, março 2003; Sergio Guerra (coordenador) *temas de direito regulatório*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 2004; Alexandre Santos de Aragão, *O Poder normativo das agências reguladoras* (obra coletiva), Rio, ed. Forense, 2006; Sergio Guerra, *Controle judicial dos atos regulatórios*, Rio, Lúmen Júris, 2005; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 6ª ed., SP, Ed. Rev. Trib., 2002; Gustavo Binembojm (coord.), *Agências reguladoras e democracia*, ed. Lúmen Júris, Rio, 2006; Alexandre Mazza, *Agências reguladoras*, ed. Malheiros, 2005; Maria d'Assunção Costa Menezello, *as agências reguladoras e o direito brasileiro*, Ed. Atlas, 2002; Marcos Juruena Villela Souto, *direito administrativo regulatório*, Lúmen Júris, Rio, 2002; Giovani Ribeiro Loss, *A regulação setorial do gás natural*, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2007; Suriman Nogueira de Souza Junior, *Regulação Portuária*, Ed. Saraiva, 2008.