

AGÊNCIAS REGULADORAS

Mary Ane Anuniação

Graduada em Direito pela PUC Minas.

Advogada atuante na área de Direito Administrativo, com foco em

Licitações e Contratos.

SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1. Direito Regulatório. 1.2. Origem das Agências Reguladoras no Brasil. 1.3. Princípios. 2. Natureza Jurídica. 2.1. Autonomia das Agências Reguladoras. 3. Controle. 4. Agências Reguladoras x Agências Executivas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Direito Regulatório

Ao tratar do Instituto das Agências Reguladoras apresenta-se pertinente traçar resumo do contexto a propósito do Direito Regulatório, como integrante do Direito Administrativo brasileiro.

O doutrinador Marcos Juruena em aprofundado estudo apresenta premissa considerando as Agências Reguladoras como instituto contemporâneo que perpassa as modernas relações entre Estado e Sociedade. Explica o autor:

A necessidade de regular as atividades em que o setor privado substituiu ou ocupou espaços não atendidos pelo público, bem como aqueles de interesse econômico geral acarretou o surgimento de novas estruturas administrativas e de novas categorias de normas, respectivamente, as agências reguladoras e as normas regulatórias¹.

A proposta de Marcos Juruena sistematiza a regulação, afirmando que houve modificação na técnica de intervenção nas liberdades privadas onde atuarem na presença do interesse geral:

Maria Sylvia Di Pietro, ao introduzir o tema da regulação, apresenta dois elementos inerentes ao seu conceito – regularidade e mudança – e define a regulação no âmbito jurídico “como conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”².

¹ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27-30.

Nesse passo, introdução de Juruena ressalta que o incremento tecnológico (especialmente comunicações) trouxe maior contato com a competição respectiva e “mudança no conceito de bens e serviços estratégicos”. E que a “ampliação do volume de negócios, conseqüente ampliação de fronteiras comerciais, formação de blocos econômicos calcados na ideia de livre circulação de bens e serviços, forçou a necessidade de uniformização no tratamento jurídico de determinadas atividades”³.

Assim, historia que do “fenômeno social e econômico originado da evolução tecnológica decorreu nova globalização econômica”. Forçando, então, “a reflexão acerca da função, estrutura e custos dos Estados, especialmente à luz dos princípios da subsidiariedade e da eficiência”.

Para Marcos Juruena a “reengenharia do Estado” ensejou processos de desestatização, transferindo-se para entidades privadas diversas atividades dantes exercidas pelo Estado. A partir da efetivação dessa premissa “os Cofres Públicos ficam aliviados de investimentos que seriam suportados pelo contribuinte em geral”.

Interessante registrar a percepção do autor que destaca o preconceito contra o empresário, o lucro e, ainda, preocupação com a seriedade do compromisso da iniciativa privada com o interesse público, que afetam vários processos de privatizações, concessões, terceirizações, com argumento de fraude ao regime publicístico e conclui que essa burla nem sempre está presente.

Afirma que se fosse considerada somente a concepção clássica, o regime jurídico partilhado pela Administração Pública seria calcado apenas em relações de subordinação e não em relações de coordenação. Sob essa ótica não seria possível a aproximação com institutos do Direito Privado para relações consensuais para execução do bem-estar geral.

Continua ensinando o autor que com o esgotamento do modelo público de financiamento das necessidades sociais, as relações de supremacia não são mais suficientes para atração de capitais privados.

E assim, a consensualidade abre espaços de parceria e de complementaridade entre a sociedade e seus instrumentos políticos necessitando de instrumentos apropriados. Conclui que as políticas tornam-se mais efetivas, pois surgem do acordo de vontades e não de imposição do Estado.

E historia:

Nessa transição, portanto, afeta a estrutura clássica da Administração trazendo necessidade de revisão para acompanhar a evolução dos fatos nos planos econômico e social, proporcionando debate jurídico acerca das novas relações advindas da expansão do público não estatal.

(...)

Com a legitimidade e legalidade de algumas ações estatais pela parceria com a iniciativa privada ou pela completa substituição do Estado por particulares, cabendo definir os limites dessa opção, e respectivas técnicas de controle e de garantia do

³ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito Administrativo Regulatório*, cit.

administrado diante do particular, que age no campo do 'Público não estatal' com ou sem prerrogativas delegadas do poder público.⁴

Marcos Juruena alerta, entretanto, que a transição de economia com forte presença do Estado, monopólios e serviços públicos deve ser gradual, sob pena de se consolidar posições dominantes, criando barreiras à entrada ou à permanência no mercado. Nesse momento aplica-se o papel da regulação de setor definido como relevante no plano do desenvolvimento econômico. Também nessa ótica, Maria Sylvia⁵ destaca que o Estado torna-se mais ativo, atuando diretamente no domínio econômico, na produção de bens e serviços.

Finalmente, o autor Juruena afirma que a finalidade da Regulação apresenta-se, primeiro, para "substituir o mercado por meio de escolhas públicas". E ao passo que se vai criando mercado, a regulação assume "papel de promotora da competição, prevenindo concentrações pela via da desverticalização de atividades e do livre acesso aos dutos para, no seu último estágio, reduzir gradualmente a intervenção regulatória pela via da desregulação"⁶.

Registre-se que o estudo de Juruena realizou abordagem com enfoque na "Administração Consensual e Concertada", e também o papel regulador do Estado, demonstrando que a regulação, embora sendo fenômeno econômico, comporta tratamento jurídico e enfatizou, ainda, que a disciplina jurídica dedicada ao seu estudo é propriamente o Direito Administrativo.

Considerada como instituto contemporâneo, pertinente afirmar, entretanto, que a função regulatória pode ser encontrada também em instrumentos clássicos do Direito Administrativo, como aponta o Professor Luciano Ferraz em Estudo que apresenta a noção de que a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado. *In verbis*:

(...) a licitação pode ser utilizada com instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade. (...) é possível o emprego do procedimento licitatório como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis.

(...)

Portanto, o que se percebe é que a partir duma leitura constitucionalizada da licitação, prescrevo-lhe outros papéis fundamentais e importantes numa economia de mercado. Mas para tanto é preciso aceitar mudanças; perceber que a licitação não é fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos Códigos. (...)⁷

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito Administrativo Regulatório*, cit.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, cit., p. 31.

⁶ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito Administrativo Regulatório*, cit.

⁷ FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 30 de jul. 2010, p. 2 e 11.

1.2 Origem das Agências Reguladoras no Brasil

Como inicialmente contextualizado, as mudanças noticiadas foram acompanhadas pela Reforma da Administração Federal, que colocou em prática no ordenamento pátrio a ideia de se regulamentar instituto que acompanhasse a fase de “desburocratização” e “desestatização” das Entidades do Governo.

Vários doutrinadores⁸ definem os ordenamentos norte-americano e britânico como fontes de inspiração para a criação dos modelos das figuras das Agências Reguladoras no Brasil:

A combinação do modelo norte-americano associado ao modelo britânico e à desestatização por motivos diversos e consequente redução do papel do Estado como agente de serviços públicos, serviu como a grande fonte inspiradora dos atuais modelos adotados em países da América Latina, inclusive o Brasil.⁹

Consoante exposição das autoras Márcia dos Santos e Amanda Fernandes, a política econômica brasileira recente buscava equilíbrio orçamentário após crise fiscal do Estado, que culminou na desestatização de vários serviços públicos até então suportados pelo Estado.

As autoras, inspiradas na orientação do Desembargador Federal do TRF da 5ª Região Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, afirmam que as Agências Reguladoras também são encaradas como garantia de satisfação do interesse público, mediante fiscalização de setor específico para que os serviços públicos atinjam seus destinatários.

Assim, preconizam a importância do direcionamento da conduta das Agências Reguladoras, a fim de que a atuação possa ocorrer tanto na função reguladora como em função fiscalizadora. E para o alcance dessa dupla finalidade, defende autonomia simultânea nas áreas técnica, administrativa e financeira.

Uadi Bulos, também frisando inspiração norte-americana pelo ordenamento brasileiro das Agências Reguladoras, afirma que nos EUA houve o fortalecimento do Estado regulador e disciplinador da iniciativa privada.

Considerando esse pressuposto, contextualiza a trajetória do ordenamento brasileiro tratando-se de regulação, concluindo que:

(...) de todas as conquistas do *Estado de Direito*, há uma que merece destaque especial: o princípio da legalidade.

Como Estado ‘Regulador’ e *Estado de Direito* são ideias associadas, ambos atuam no regime da lei.

Noutros termos, o Estado ‘Regulador’ é o Estado da legalidade.¹⁰ (grifos originais).

⁸ Marcos Juruena Vilela Souto, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Márcia Walquíria B. dos Santos e Amanda Brisola Fernandes, todos citados no decorrer deste estudo.

⁹ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda-Brisola. Agências Reguladoras no Brasil. In *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, agosto, 2002, p. 628.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Agências Reguladoras – Princípios Constitucionais – Autonomia da ANATEL – Desvio de Conduta – Atos Ministeriais. *Revista BDA – Boletim de Direito Administrativo*. Maio de 2004. São Paulo: NDJ, p. 500.

Em Parecer sobre Consulta proposta pela Brasil Telecom Participações S.A. o Douro Uadi Bulos esclarece, objetivamente, sobre o conceito das Agências Reguladoras ensinando que “nada mais são que filhas do Estado ‘regulador’, e, como tais, irmanam-se com o primado do Estado Democrático de Direito”¹¹.

A propósito do princípio da legalidade, menciona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF – que reconhece a prevalência da legalidade na mecânica do Estado “Regulador” brasileiro. Registra medida liminar que considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações em favor da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –, desde que esta se subordine aos preceitos legais aplicáveis à espécie, na ADIn n. 1.668 – DF, Ministro Marco Aurélio.

Uadi Bulos ressalta o sentido material da lei e seus regulares contornos, que se traduz em “qualquer norma editada pelo Poder Público”:

É o caso do Dec. n. 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprovou o regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, dando outras providências. No seu Anexo I, precisamente no art. 16, lista uma série de competências que lhe são *exclusivas*. Em nenhuma delas está prevista, ao menos indiretamente, a mínima possibilidade de o Poder Executivo praticar qualquer comportamento que privilegie ou deturpe o real sentido das Agências Reguladoras do Brasil.¹²

E acrescenta pertinente limitação a eventuais interferências do Executivo:

Todos os incisos aí mencionados evidenciam que, no tocante às atribuições da Anatel, o Poder Executivo só poderá fazer ou deixar de fazer algo com lastro na moldura normativa aí prescrita. Do contrário, não será possível a um Ministro de Estado tomar deliberações, muito menos sugerir providências, no sentido de adentrar na vida econômica das empresas, como se este comportamento lhe fosse facultado pelo legislador.¹³

Marçal Justen Filho, traçando o panorama das Agências Reguladoras no Brasil aponta:

A instituição de agências vem sendo difundida na prática sociopolítica brasileira. Após a criação das três agências *modernas* (Aneel, Anatel e ANP), o que se passou quase contemporaneamente, começaram a surgir outras entidades similares. Nos últimos tempos, intensificou-se essa prática, de modo a ser possível contar quase uma dezena de figuras no horizonte jurídico pátrio.¹⁴

Assim como Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho também pontua acerca da existência de entidades administrativas não tão recentes contendo características das atuais Agências Reguladoras:

Tomando em vista os pressupostos anteriormente examinados, pode reconhecer-se a pré-existência de entidades administrativas dotadas de características próprias das agências. Em certa medida, a doutrina brasileira discutia as características jurídicas

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Agências Reguladoras – Princípios Constitucionais* ..., cit., p. 499.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Agências Reguladoras – Princípios Constitucionais* ..., cit., p. 500.

¹³ *Ibidem*, p. 500.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 328.

dessas figuras sem maior preocupação acerca de sua natureza jurídica, de qualidades diferenciadoras ou de peculiaridades do regime jurídico a elas aplicável. É importante destacar, por isso, que a criação de entidades denominadas agências, na segunda metade da década de 90, não significou consagrar inovações absolutamente originais ou totalmente desconhecidas no universo legislativo brasileiro. Ao contrário, muitas dessas características eram praticadas no Direito Brasileiro anterior, ainda que tal se fizesse por entidades não qualificadas formalmente como agências.¹⁵

Marçal Justen Filho apresenta, nessa seara, comparação peculiar acerca de possíveis figuras do ordenamento pátrio que possam ter característica semelhante às atuais Agências Reguladoras brasileiras. E, segundo o autor, “sob o ponto de vista das atribuições, as funções desempenhadas” destaca o Ente Tribunal de Contas, haja vista não se enquadrar propriamente e puramente na natureza legislativa. *In verbis*:

Não se reserva ao tribunal de Contas o poder de produzir normas jurídicas autônomas (ressalvado o campo próprio atribuído ao regime interno). A função primordial do Tribunal de Contas não é editar normas gerais e abstratas, destinadas a regular a conduta daqueles que administram recursos públicos. Ou seja, o Tribunal de Contas não é órgão dotado de poderes legiferantes.

Incumbe ao Tribunal de Contas o desempenho de controle, especialmente na modalidade de fiscalização. Essa é uma atribuição que, em tese, pode enquadrar-se no âmbito tanto dos Poderes Judiciário quanto Legislativo. Veja-se que a atividade do Tribunal de Contas é, quanto à sua natureza, muito mais próxima da função de controle reservada constitucionalmente para o Judiciário.

(...)

O Tribunal de Contas, sob o ponto de vista das atribuições constitucionais, desempenha funções de fiscalização e julgamento de regularidade de atos, em campos não reservados propriamente para o Poder Legislativo.¹⁶

Marçal pondera que a comparação e respectiva denominação dada ao Ente Tribunal de Contas não possui o condão de “desmerecer” a posição constitucional atribuída pelo Poder Constituinte, posto que não é a denominação que determina o regime jurídico inerente à Entidade ou Órgão. E acrescenta quanto ao tema:

A utilização da expressão *agência* visa a acentuar a consagração, em nível constitucional, de uma estrutura organizacional dotada de autonomia, visando a propiciar o desempenho de funções estatais com proteção contra influências políticas, econômicas e sociais, sem vínculo de subordinação hierárquica e com garantias contra o exercício das competências inerentes aos demais Poderes. É evidente que o Tribunal de Contas não está em posição superior à dos demais Poderes – mas se subordina a regime jurídico que lhe assegura, por determinação constitucional, de hierarquia equivalente à desses outros Poderes. Sob esse ângulo, o regime jurídico do Tribunal de Contas é muito mais reforçado e prestigiado do que o previsto para as agências. Não há nenhuma agência estruturada em nível constitucional, mas a concepção fundamental que dá essência e identidade ao Tribunal de Contas é a

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 329.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 328-330.

mesma que conduz à criação de agências em nível infraconstitucional. Trata-se, em última análise, do reconhecimento de que a formulação tradicional da tripartição de poderes apresenta efeitos secundários maléficos, que exigem a ampliação da organização estatal para compreender outras entidades independentes, dotadas de poderes políticos e competências jurídicas.¹⁷

Nesse passo, a única diferença apontada por Marçal no tocante à comparação empreendida refere-se à vitaliciedade dos membros dos Tribunais de Contas, decorrente da Constituição da República, enquanto nas Agências Reguladoras os administradores são nomeados por prazo determinado.

E finaliza a comparação pontuando a qualificação inerente às funções de ambos os institutos – Tribunal de Contas e Agências Reguladoras –, concluindo pela correta especificidade de cada figura da Administração Pública:

Lembre-se, enfim, que o Tribunal de Contas não poderia ser qualificado propriamente como uma agência reguladora, eis que suas funções não se exercitam na dimensão das competências reguladoras do Estado. Como se disse, o Tribunal de Contas está mais próximo das autoridades administrativas independentes europeias do que das agências norte-americanas. É que o Tribunal de Contas não dispõe de atribuições para fiscalizar a atividade econômica propriamente dita desenvolvida pela iniciativa privada, em cuja órbita apenas pode intervir na medida em que recursos públicos tenham sido transferidos para gestão privada. Por outro lado, as entidades administrativas estatais são fiscalizadas sob os enfoques de legalidade, economicidade e eficiência, basicamente. Não incumbe ao Tribunal de Contas examinar opções de políticas públicas implementadas no âmbito das demais entidades estatais.¹⁸

Exalta, por fim, a importância da figura das Agências Reguladoras no Brasil:

isso permite considerar, portanto, que a instituição de agências reguladoras não configura uma eventualidade irrelevante na concepção estrutural e funcional do Estado. Muito pelo contrário, determinará refletirá uma concepção própria e definida sobre as partilhas de competência estatais e o modo de seu exercício.¹⁹

Oportuno enumerar as Agências Reguladoras brasileiras em atividade e respectivas leis instituidoras: i) Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL: Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996; ii) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL: 9.472, de 16 de julho de 1997; iii) Agência Nacional do Petróleo – ANP: 9.478, de 6 de agosto de 1997; iv) Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA: 9.782, de 26 de janeiro de 1999; v) Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS: 9.961, 28 de janeiro de 2000; vi) Agência Nacional de Águas – ANA: 9.984, de 17 de julho de 2000; vii) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT: 10.233, 5 de junho de 2001; viii) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ: também 10.233/01; ix) Agência Nacional do Cinema – ANCINE: MP 2.228-1, de 6 de setembro de 2002; x) Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC: 11.182, de 27 de setembro de 2005.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 331.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 332.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 50.

1.3 Princípios

Ao expor a finalidade do aperfeiçoamento do sistema regulador, as autoras Márcia dos Santos e Amanda Fernandes²⁰, acompanhando entendimento do autor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, afirmam que “um mercado regulado para a competição, um Estado intervencionista e a criação de Agências Reguladoras como garantia de satisfação do interesse público são elementos essenciais à política que o Estado vem adotando, qual seja dos chamados princípios da regulação.

Citação de Marcos Juruena, a propósito dos princípios da regulação, corrobora exposição das autoras:

Os princípios da regulação exigem preocupação com os monopólios naturais; os órgãos reguladores não devem formular políticas setoriais, devendo ser dotados de independência e autonomia. Sua função é regular segmentos do mercado e serviços públicos, protegendo o consumidor, garantindo a livre escolha, o abastecimento e preços acessíveis.²¹

Ainda quanto aos princípios da regulação:

(...) com relação aos princípios da regulação, uma conduta direcionada deve ser adotada pelo órgão regulador para que este possa atuar tanto na função reguladora como em uma função fiscalizadora. Para tal, há necessidade de o órgão regulador possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune aos entraves burocráticos, às tendências políticas e à falta de verbas orçamentárias, de tal sorte que, na busca desse objetivo, necessita expedir normas operacionais e de serviço para um melhor acompanhamento das demandas populares.²²

Nesse sentido, a Lei 9.472/97 – ANATEL – prescreve vários dispositivos contendo princípios pertinentes ao desempenho das atividades da Agência Reguladora²³, podendo-se registrar:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consu-

²⁰ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. Agências Reguladoras no Brasil. In *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, agosto, 2002, p. 628.

²¹ *Ibidem*, p. 628.

²² SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. Agências Reguladoras..., cit., p. 628.

²³ A Lei 9.478/97 – ANP – apresenta as seguintes disposições sobre princípios: “Art. 17. O processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (...)”

Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção. Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis”. No mesmo sentido, art. 66 da Lei 10.233/01 – ANTT e ANTAQ e, ainda, art. 26 da Lei 11.182/05 – ANAC, que acrescenta os princípios da eficiência, contraditório e ampla defesa.

midor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

(...)

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

(...)

Art. 84. As concessões não terão caráter de exclusividade, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, ao número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigência e os prazos para admissão de novas prestadoras.

§ 1º As áreas de exploração, o número de prestadoras, os prazos de vigência das concessões e os prazos para admissão de novas prestadoras serão definidos considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público.

(...)

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

- I – a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;
- II – a competição livre, ampla e justa;
- III – o respeito aos direitos dos usuários;
- IV – a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;
- V – o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;
- VI – a isonomia de tratamento às prestadoras;
- VII – o uso eficiente do espectro de radiofrequências;
- VIII – o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;
- IX – o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;
- X – a permanente fiscalização.

Assim, somados aos princípios inerentes ao Direito Público e Privado, de acordo com a relação jurídica que se estabeleça, não se pode olvidar, tratando-se de regulação, da garantia de independência e autonomia, nos exatos contornos do Estado Democrático de Direito.

2. NATUREZA JURÍDICA

Na clássica conceituação de Celso Antônio “as Agências Reguladoras são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades”²⁴.

Na mesma linha, demais autores consultados são unânimes em enquadrar as Agências Reguladoras como Autarquias Especiais, isso porque necessitam de características próprias e diversificadas das Autarquias “sob o regime comum” em face de suas competências e finalidades.

Acerca das Agências Reguladoras pode-se transcrever esclarecimento, didático, apresentado pelas autoras Márcia dos Santos e Amanda Fernandes:

A figura da autarquia foi utilizada pelo governo na criação das Agências Reguladoras; no entanto, essas agências não são simples autarquias, são autarquias de regime especial, pois possuem maiores privilégios em relação à autarquia comum, pela necessidade de maior independência.²⁵

A propósito da imperatividade de independência, Celso Antônio e a grande maioria dos doutrinadores pátrios se preocupam, com toda razão, com o efetivo exercício das atividades reguladoras sem a presença de interferências governamentais.

Celso Antônio realiza classificação de todo precedente no tocante às atividades afetas à disciplina e controle de tais entidades reguladoras no Brasil:

- Serviços públicos propriamente ditos: ANEEL; ANATEL; ANTT; ANTAQ e ANAC.
- Atividades de fomento e fiscalização de atividade privada: ANCINE.
- Atividades para promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes do petróleo: ANP (Celso Antônio afirma não estar enquadrada no serviço público por se tratar de monopólio estatal).
- Atividades que o Estado também protagoniza (e, conforme orienta o doutrinador, quando o fizer, serão serviços públicos), mas que paralelamente, são facultadas ao particular: ANVISA e ANS.
- Agência reguladora de bem público: ANA.
- Por fim, enquadra a Entidade Comissão de Valores Mobiliários – CVM – como entidade cujas funções se equivalem às Agências Reguladoras e também teve atribuição da qualificação de autarquia “sob regime especial”, mas não recebeu a designação de “agência”. Manteve-se, portanto, o nome original de CVM.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. Registra, também, que em vários Estados foram criadas agências reguladoras de serviço público.

²⁵ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. Agências Reguladoras no Brasil. In *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, agosto, 2002, p. 628.

Maria Sylvia também se preocupou em registrar que o Estado Regulador está presente, ainda, na ordem social, além da clássica intervenção com a regulação econômica, destacando as Agências ANVISA e ANA²⁶.

Registra o Administrativista Celso Antônio que o verdadeiro problema identificado perante as Agências Reguladoras reside no controle quanto ao exercício da atribuição normativa da Entidade, a fim de que seja assegurada a delimitação da expedição de normas para que não se alcance a constitucional atividade legislativa.

Em resposta ao problema apresentado, afirma que consoante princípio constitucional da legalidade e conseqüente vedação de inovação na ordem jurídica por atos inferiores, as decisões normativas das Agências Reguladoras devem se limitar a “aspectos estritamente técnicos” que, assim, podem se originar de providências subalternas.

Acrescenta o autor que, quando a relação jurídica envolver concessionários e permissionários, podem as Agências Reguladoras igualmente expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração; denominação considerada por Celso Antônio como “Supremacia Especial”.

Estudo da Maria Sylvia também é consistente no âmbito dessa preocupação com os limites e sobre o conteúdo da competência normativa exercida pelas agências reguladoras no direito brasileiro. Ressalta que não é possível justificar e aceitar os fundamentos inerentes aos modelos norte-americano e francês: o primeiro por possuir maior amplitude em sua competência e o segundo por ter órgão de cúpula de jurisdição administrativa.

Pontuando características inerentes ao ordenamento brasileiro, conclui:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão de lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constituiu a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.²⁷

No mesmo sentido da crítica de Maria Sylvia, Celso Antônio²⁸, informa que há doutrina que defende poder normativo amplo às Agências Reguladoras, mas orienta que mencionada atribuição de competência no direito pátrio afigura-se “insustentável”.

Alerta para a possibilidade de abusos caso alguém interprete os poderes das Agências Reguladoras como as norte-americanas, como propriamente questiona Maria Sylvia, posto que lá há poderes legislativos:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade...*, cit., p. 33 e 34.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade...*, cit., p. 58-59.

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, cit., Nota de Rodapé, n. 19 do Capítulo IV.

claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos.

(...)

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorce-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*.²⁹ (grifos originais)

Marçal Justen Filho também se preocupa com o exercício das atividades das Agências Reguladoras no Brasil:

O exame do instituto das agências reguladoras em face do Direito brasileiro deve ser acompanhado de inúmeras cautelas, destinadas a evitar, preponderantemente, o risco de adoção de características incompatíveis com o sistema pátrio. Trata-se da problemática clássica do Direito comparado, em que o estudioso tem o dever de conhecer não apenas o Direito estrangeiro, mas especialmente o nacional. A introdução de determinado instituto, desenvolvido ao interior de um sistema estrangeiro, sempre propicia esse desafio e envolve o dever de diligência dos operadores jurídicos.

Mais do que isso, nenhuma importação de instituto jurídico estrangeiro pode fazer-se sem a adaptação às características essenciais locais. Cada ordem social apresenta peculiaridades próprias, algumas das quais são essenciais. Sob o ponto de vista jurídico, isso significa a necessidade de adequar o instituto estrangeiro ao perfil fundamental da ordem jurídica pátria, especialmente sob o ponto de vista constitucional.

Mas nunca se pode olvidar que a dinâmica da sociedade nacional afetará decisivamente as características estruturais e funcionais do instituto trazido do estrangeiro. A força normativa do ordenamento pátrio produzirá novos significados e efeitos não conhecidos no exterior.³⁰

Pode-se concluir que a natureza jurídica das Agências Reguladoras brasileiras está firmada no sentido de se apresentar como Autarquia Especial, dotada de prerrogativas

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., p. 172-173. O doutrinador faz referência, ainda, a Alexandre Mazza, que recusa a possibilidade de competência regulamentar propriamente dita, fundado na competência privativa do Chefe do Poder Executivo. E, por fim, à Marcelo Figueiredo que anota que no Direito Constitucional brasileiro não cabe criação de "entidades intermediárias", com poderes legislativos ausentes espaço, assento ou previsão constitucional".

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras...*, cit., p. 286-287. E conclui "a expressão *Trobridand Cricket* passou a ser utilizada, no âmbito da Antropologia, para designar o fenômeno da transformação a que uma cultura menos desenvolvida impõe a instituições altamente sofisticadas, oriundas de um ambiente externo. O resultado, usualmente, é um processo folclórico e delirante, em que o fenômeno externo é transformado e institucionalizado pela comunidade menos desenvolvida em termos absolutamente incontroláveis e imprevisíveis".

inerentes a entidades aptas a regularem o mercado em geral e, especialmente, as atividades envolvendo os serviços públicos.

Pode-se acrescentar que a preocupação esboçada pela doutrina pátria está centrada na atenção ao efetivo exercício dessas prerrogativas: i) para que não sofram com interferências do Executivo e ii) nem transbordem das atribuições asseguradas na legislação brasileira ao regularem as relações entre Estado e Sociedade.

2.1 Autonomia das Agências Reguladoras

Com muita propriedade, Celso Antônio estuda o tema na tentativa de esclarecer em que consiste o festejado “regime especial” das Agências Reguladoras, e responde elaborando um apanhado das leis criadoras do ordenamento brasileiro:

- Art. 8º, § 2º, da ANATEL, apresenta os traços específicos: “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.
- Art. 1º, parágrafo único, da Lei da ANS “autonomias administrativa, financeira, patrimonial, e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”.
- Art. 3º, parágrafo único, ANVISA, “independência administrativa, a estabilidade de seus dirigentes e autonomia e financeira”.
- Art. 21, § 2º, ANTT e ANTAQ “independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes”.

Uadi Bulos esclarece também sobre o significado do regime especial:

Mas o que significa esse regime jurídico especial?

Significa que tais Agências não estão submetidas aos Poderes Públicos do Estado, e que nem estes podem adentrar no raio de ação que lhes foi reservado pelo legislador.

E não foi sem motivo que o legislador atribuiu às Agências Reguladoras a capacidade de gerir negócios próprios dentro dos limites que a Lei lhes impuser.

A justificativa para essa *outorga de poder* foi preservar as Agências Reguladoras das intromissões e das injunções dos Poderes Públicos e de seus agentes. Tanto foi assim que o legislador demarcou o espaço de legítima discricionariedade, dessas Agências, com predomínio de juízos técnicos sobre valorações de cunho político.

Conferiu a essas autarquias especiais *autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira*.³¹

Prudentemente, Marçal Justen Filho apresenta orientação de grande relevância, firmando a orientação de que o regime dedicado às Agências Reguladoras apresenta-se como núcleo de competências especializadas:

Sob esse ângulo, a agência não pode ser interpretada como uma solução de pura e simples atribuição de autonomia jurídica a um setor da Administração direta. Corresponde a muito mais do que isso, eis que se pressupõe que a agência é um

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Agências Reguladoras – Princípios Constitucionais...*, cit., p. 499.

núcleo de competências especializadas, cuja instituição ou manutenção no seio da Administração indireta seria impossível.

Mas o tema mais relevante, nesse campo, consiste na estrutura diretiva da agência, o que propicia inúmeras questões jurídicas originais.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação sobre o poder normativo das Agências Reguladoras brasileiras:

1. A regulação das atividades *pro populo* exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.
2. Sob esse enfoque leciona a abalizada doutrina sobre o *thema*: '(...) Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades há de cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir, as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada 'supremacia especial' (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15)' Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2006, p-172.
3. A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos.
4. As Resoluções não são consideradas 'lei federal' para o fins de conhecimento de Recurso Especial e a não incidência de seus ditames somente pode operar-se por declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou concentrado.
5. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias.
6. O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente do STJ: AgRg na MC 10915/RN, DJ 14.08.2006.
7. O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de

harmonia entre os poderes. Consectariamente, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação *prima facie* dos deveres do consumidor. (...)

9. *In casu*, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública *ab origine*, qual seja, o reconhecimento da ilegalidade do item 4.6 (e subitens 4.6.1 e 4.6.1.1) da Norma 03/98 da ANATEL, notadamente no que pertine à restrição de prazo de validade de 90 dias para a utilização de créditos, adquiridos mediante cartões pré-pagos, imposta aos consumidores/usuários do serviço de telefonia celular pré-pago, bem como a condenação das empresas demandadas à reativação do serviço aos usuários que, em razão da não reinserção dos créditos remanescentes após o escoamento do lapso temporal *in foco*, sofreram interrupção na prestação do mencionado serviço, revela hipótese de interesse nitidamente coletivo e por isso apto à legitimação do *Parquet*. (...)

19. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal (fls.1398/1409) e recursos adesivos apresentados por BCP S/A – INCORPORADORA DA TELET S/A (1537/1549) e TIM CELULAR S.A (fls. 1558/1571) desprovidos.³²

A Ministra do STJ Denise Arruda também se manifestou em várias oportunidades sobre o poder normativo das Agências Reguladoras e ponderou:³³

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. DEVER DE OBEDIÊNCIA AOS REQUISITOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO ANTAQ 843/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS.

1. Mandado de segurança voltado contra a Portaria 6/MT, de 5 de janeiro de 1998, que aprova ‘Normas para Outorga de Autorização para Operação de Empresas Brasileiras de Navegação de Longo Curso, Cabotagem, Apoio Portuário e Apoio Marítimo’, exigindo, da pessoa jurídica interessada em operar como empresa brasileira de navegação, o cumprimento dos seguintes requisitos: (a) possuir pelo menos uma embarcação inscrita no Registro de Propriedade Marítima, em tráfego, operando comercialmente; (b) possuir capital mínimo integralizado de 6.500.000 UFIR (seis milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referência), para a navegação de longo curso.

2. O referido ato normativo, entretanto, não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. Aliás, o setor de transportes aquaviários, atualmente, é controlado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, a quem incumbe, entre outras atribuições, nos termos do art. 27, V, XXI e XXIV, da Lei 10.233/2001: (a) ‘celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos arts. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos’; (b) ‘fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre’; (c) ‘autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o

³² STJ. REsp 806.304 RS. Relator Ministro Luiz Fux. DJ 17.12.08.

³³ STJ. REsp 894.442 RJ. Relatora Ministra Denise Arruda. E também REsp 976.599 SC e REsp 1.101.040 PR, publicações em 01.12.09 e 05.08.09.

afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997.

3. O art. 29 da Lei 10.233/2001 dispõe, ainda, que *'somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infraestruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência'*.

4. O legislador ordinário conferiu amplos poderes normativos à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, entre os quais o de criar requisitos para a obtenção de autorização necessária ao funcionamento das empresas brasileiras de navegação de longo curso.

5. O art. 50 do mesmo diploma legal também não deixa dúvida acerca da necessidade de adequação dessas empresas, inclusive das que já eram detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor dos transportes, às novas determinações estabelecidas pela agência reguladora.

6. No exercício dessas prerrogativas, a ANTAQ editou a Resolução 843, de 14 de agosto de 2007, prevendo diversos requisitos para o fim de se obter autorização para operar em navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário, entre os quais: (a) ser proprietário de pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira que não esteja fretada a casco nu a terceiros, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial; (b) comprovar ter boa situação econômico-financeira caracterizada por patrimônio líquido mínimo de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), para a navegação de longo curso.

7. A norma em comento não difere muito daquela prevista no ato impugnado por intermédio da presente impetração. Conclui-se, portanto, que a ora recorrente, para obter a autorização almejada, deverá preencher todos os requisitos definidos pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, sobretudo porque o art. 2º da Lei 9.432/97, cuja ofensa fora invocada nas razões recursais, é claro ao definir o conceito de 'empresa brasileira de navegação' como sendo *'a pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente'*.

8. Recurso especial desprovido.

Diante do apanhado realizado acerca das atribuições e prerrogativas das Agências Reguladoras brasileiras, Celso Antônio concluiu que – dentre a generalidade das autarquias – a única peculiaridade presente “está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes”³⁴. Apresentando, em seguida, as ressalvas para fixidez do mandato: renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar.

Aprofunda na questão da fixidez de mandato, propondo reflexão acerca da garantia dos mandatos estender-se por todo o prazo previsto ou não se estender além de um mesmo período governamental.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 174.

A negativa de Celso Antônio é veemente, pois segundo o Administrativista engessaria a liberdade administrativa do futuro governo. Complementa que a continuidade no poder de dirigentes de Governos findos, intencionalmente investidos nas funções por período superior, atenta contra a ideia de Democracia e República.

Por fim, conclui que “a garantia dos mandatos dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental em que foram nomeados”. E registra que o STF ainda não teve oportunidade de se manifestar sobre esse tópico. Contudo, cita ADINs que, em sede liminar, demonstraram a “tendência” à demissibilidade em autarquias antes do final do mandato³⁵.

Menciona, ainda, qual seria o regime adequado aos servidores das Agências Reguladoras. Inicialmente, afirma que o art. 1º, da Lei 9.986³⁶ – que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras – previa relações de trabalho por emprego público, subordinados à legislação trabalhista, em nota de rodapé. Orienta ademais que ainda o regime celetista *in casu* nunca é puro e sempre há derivações do Direito Público, regime alertado inconstitucional por Celso Antônio no caso das Agências Reguladoras.

No mesmo passo, o Ministro do STF Marco Aurélio, firmou também essa posição, de que “a natureza da atividade desempenhada pelas Agências Reguladoras demandava regime de cargo público e se incompatibiliza com o de emprego”.

A destacada inconstitucionalidade alertada pelo Mestre Celso Antônio e manifestada em liminar pelo STF, foi cessada com a sanção da Lei 10.871/2004 que revogou o art. 1º da Lei 9.986 ao prever a criação de cargos públicos e respectivas carreiras nas Agências Reguladoras, que deu ensejo à extinção da ADIn, por perda de objeto.

Marçal Justen Filho alerta, ainda, para a impossibilidade de aplicação de mecanismos de Direito Privado quando o assunto se trata do instituto de Agência Reguladora:

Deve iniciar-se a análise do tema rejeitando qualquer concepção orientada a produzir a privatização econômico-financeira da agência. A natureza estatal e a titularidade de competências correspondentes acarretam a impossibilidade de uma agência travestir-se de roupagem de Direito privado. Isso significa negar o cabimento de adotar personalidade de Direito privado. Mais ainda, importa vedar o recurso a mecanismos característicos da livre iniciativa.³⁷

O doutrinador Uadi Bulos também orienta acerca da necessária e efetiva autonomia às Agências Reguladoras:

Pela *autonomia político-administrativa*, a legislação instituidora de cada Agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: nomeação dos diretores com lastro político, mandato fixo de três ou quatro anos e impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal. Demais disso, os dirigentes estarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, ao

³⁵ Cita ADIn 1.688-DF e ADIn 1.949-0-RS em *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 176.

³⁶ “Art. 1º As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público. (Vide Lei n. 10.871, de 2004) (Eficácia suspensa por concessão de liminar até o julgamento final da ADIN 2310).”

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras..., cit., p. 473.

longo de determinado período, normalmente doze meses, subsequente ao término de seus mandatos (quarentena).

Já a autonomia econômico-financeira, por sua vez, colima atribuir às Agências Reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas oriundas de outras fontes, a exemplo das taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como corre nos setores de petróleo e energia elétrica.³⁸

No tocante ao tema da autonomia reservada às Agências Reguladoras orientou Marçal Justen Filho:

Mas a autonomia financeira e orçamentária da agência não pode ser ampla a ponto de desnaturar a agência, transformando-a em um polo incontrolável de poder político e econômico. Ou seja, a autonomia é defensável enquanto limitada a impedir interferências externas sobre o desempenho das atividades próprias da agência. Mas devem existir meios de acompanhamento da atividade da agência, inclusive no tocante à gestão dos recursos percebidos, numa sistemática inerente ao espírito do sistema de freios e contrapesos.³⁹

E conclui, levantando questão de grande relevância na rotina das Agências Reguladoras:

Um dos temas mais relevantes a propósito das agências independentes consiste na autonomia econômico-financeira e orçamentária. O desempenho satisfatório das funções que se lhes reservam depende da disponibilidade de recursos materiais. Se não forem instituídos mecanismos que assegurem a obtenção desses recursos de modo automático, a agência acabará subordinada ao processo político usual.⁴⁰

Estudando caso concreto ocorrido na ANATEL, Uadi Bulos reforça a importância de se considerar as prerrogativas eleitas pela legislação pátria às Agências Reguladoras, a fim de que possuam liberdade para executarem seu mister:

O certo é que recebeu do legislador considerável grau de independência frente aos três Poderes da República. Não integrou a Administração Pública direta ou indireta. Seus dirigentes são nomeados por prazo determinado pelo consenso do Presidente da República com o Senado Federal. Daí ter sido rotulada de 'Agência', palavra vazia de conteúdo, sem nenhum significado jurídico imediato, um modismo da globalização talvez, mas que evidencia, de forma irretorquível, a completa autonomia funcional que lhe notabiliza no plano das instituições que se reputam livres, sobretudo pela inadmissibilidade de sofrer ingerências hierárquicas da Administração Central, isto é, pressões, diretas ou indiretas, de Ministros de Estado e, até, de Presidente da República.

Tanto é assim, que a estrutura legal em que foram assentadas repele o chamado recurso hierárquico impróprio, pelo quais Ministros ou agentes administrativos revogam ou anulam decisões autárquicas.⁴¹

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo, cit., p. 508.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 480.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras ...*, cit., p. 473.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo, cit., p. 505.

Tratando também sobre a mitigação da “independência de objetivos” das Agências Reguladoras brasileiras, Arnoldo Wald, Professor Catedrático de Direito da UERJ, apresenta caso concreto em que a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – sofreu interferências ao enfrentar a crise energética brasileira⁴².

Afirma que as Agências Reguladoras encontram-se, em tese, sob supervisão do Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade, art. 4º, § 1º, do Decreto Lei 200/67, e à supervisão pelo Executivo, consoante art. 84, II, e 87, parágrafo único, I da Constituição da República de 1988. Fecha o raciocínio afirmando que, por serem Órgãos da Administração Indireta não podem funcionar como se fossem “Estados Independentes” e cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

De fato, são autarquias, ainda que especiais. Integram, portanto, a Administração indireta, motivo por que não escaparão das regras constitucionais impostas a toda a Administração pelo art. 37, e outros, da Lei Magna bem como dos preceitos do direito administrativo em vigor. Isto limitará, e muito, a sua liberdade de ação.⁴³

Marçal também apresenta outra característica integrante do regime especial das Agências Reguladoras:

(...) há outras competências decisórias das agências que não se relacionam propriamente com julgamento de conflitos. Trata-se do desenvolvimento de atividades administrativas propriamente ditas, tradicionalmente qualificadas como tais. São as hipóteses em que agências (inclusive executivas) *aplicam a lei*, através de atuação orientada à satisfação dos interesses coletivos. Isso pode (ou não) envolver interesse concreto de um determinado sujeito. Dito de outro modo, são os casos em que as agências não desempenham funções jurisdicionais.⁴⁴

Julgamento de Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça menciona atuação concreta das Agências Reguladoras brasileiras:

PROCESSUALCIVIL.ADMINISTRATIVO.RECURSOESPECIAL.TRANSPORTADOR – REVENDEDOR – RETALHISTA (TRR). PORTARIA ANP 201/99. PROIBIÇÃO DO TRANSPORTE E REVENDA DE GLP, GASOLINA E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE.

1. Ação objetivando a declaração de ilegalidade da Portaria ANP 201/99, que proíbe o Transportador-Revendedor-Retalhista – TRR – de transportar e revender gás liquefeito de petróleo – GLP–, gasolina e álcool combustível.
2. A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP –, incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º).
3. Também constituiu atribuição da ANP, nos termos do art. 56, *caput* e parágrafo único, do mesmo diploma legal, baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, estabelecendo as condições para a autorização e para a transferência de

⁴² In WALD, Arnoldo. O Controle Político sobre as Agências Reguladoras no Direito Brasileiro e Comparado. In: *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, setembro de 2004, p. 978.

⁴³ In WALD, Arnoldo. *O Controle Político ...*, cit., p. 978.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras...*, cit., p. 105.

sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego.

4. No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 201/99 (atualmente revogada pela Resolução ANP 8/2007), proibindo o Transportador-Revendedor-Retalhista – TRR – de transportar e revender gás liquefeito de petróleo – GLP –, gasolina e álcool combustível. O ato acimado de ilegal foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANP, de baixar normas relativas ao armazenamento, transporte e revenda de combustíveis, nos moldes da Lei 9.478/97.

5. *‘Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais.’* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. “O Poder Normativo das Agências Reguladoras” / Alexandre Santos de Aragão, coordenador – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs. 81-85).

6. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.⁴⁵

Nesse sentido, o Professor Arnoldo Wald corroborando, por fim, que as Agências Reguladoras não possuem independência absoluta em relação ao poder estatal, mas nos exatos contornos da “não-subordinação dos interesses dos prestadores e usuários dos serviços públicos aos interesses políticos, sem prejuízo da obediência das Agências à política nacional e às diretrizes básicas fixadas no programa governamental”⁴⁶.

3. CONTROLE

As Agências Reguladoras, como integrantes da organização da Administração Pública e constituídas como autarquias sob regime especial, estão submetidas ao crivo das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União e, nos Estados e Municípios, dos Tribunais de Contas Estaduais e, quando houver, Municipais.

Citando, novamente, o Desembargador Federal pernambucano Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, as articulistas Márcia dos Santos e Amanda Fernandes destacam que nos EUA os atos das Agências Reguladoras não possuem a amplitude do controle judicial, tal como no ordenamento constitucional brasileiro⁴⁷. O Catedrático Arnoldo Wald defende o amplo controle das Agências Reguladoras brasileiras, mediante os controles administrativo, parlamentar e judicial⁴⁸.

Tratando-se, ainda, do controle judicial brasileiro exercido sobre as Agências Reguladoras, José dos Santos Carvalho Filho comenta decisão que buscou frear pretensas influências, ora do Ente Instituidor ora dos Entes regulados, contrárias aos usuários dos serviços públicos regulados, impedindo que vagas de Conselho Consultivo de Agência

⁴⁵ STJ. RESp 1.101.040 PR. Relatora Ministra Denise Arruda. DJ 05.08.09.

⁴⁶ WALD, Arnoldo. *O Controle Político* ..., cit., p. 979.

⁴⁷ SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. *Agências* ..., cit., p. 628.

⁴⁸ WALD, Arnoldo. *O Controle Político* ..., cit., p. 979.

Reguladora fossem ocupadas por pessoas que exerceram cargos em empresas concessionárias⁴⁹.

Essa prescrição moralizadora encontra-se presente na legislação das Autarquias de regime especial, podendo-se destacar as Leis 9.427/96 – ANEEL e 9.782/99 – ANVISA, respectivamente:

Art. 6º Está impedida de exercer cargo de direção na ANEEL a pessoa que mantiver os seguintes vínculos com qualquer empresa concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoprodutor ou prestador de serviço contratado dessas empresas sob regulamentação ou fiscalização da autarquia:

I – acionista ou sócio com participação individual direta superior a três décimos por cento no capital social ou superior a dois por cento no capital social de empresa controladora;

II – membro do conselho de administração, fiscal ou de diretoria executiva;

III – empregado, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras.

Parágrafo único. Também está impedido de exercer cargo de direção da ANEEL membro do conselho ou diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses dos agentes mencionados no *caput*, de categoria profissional de empregados desses agentes, bem como de conjunto ou classe de consumidores de energia.

Art. 13. Aos dirigentes da Agência é vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária.

§ 1º É vedado aos dirigentes, igualmente, ter interesse direto ou indireto, em empresa relacionada com a área de atuação da Vigilância Sanitária, prevista nesta Lei, conforme dispuser o regulamento.

§ 2º A vedação de que trata o *caput* deste artigo não se aplica aos casos em que a atividade profissional decorra de vínculo contratual mantido com entidades públicas destinadas ao ensino e à pesquisa, inclusive com as de direito privado a elas vinculadas.

§ 3º No caso de descumprimento da obrigação prevista no *caput* e no § 1º deste artigo, o infrator perderá o cargo, sem prejuízo de responder as ações cíveis e penais cabíveis.

Celso Antônio alerta sobre tema intrigante do Direito pátrio apontando “o propósito da legislação de fugir das formas licitatórias previstas na Lei 8.666/93”. Registra o Administrativista que à ANP foi permitida a oportunidade de regulamentar, por Decreto, aquisição de bens e serviços a PETROBRAS. No mesmo sentido, para concessões para desempenho de atividades relativas à indústria petrolífera a ANP obedecerá a regula-

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 440. O autor registra que essa atuação tendenciosa e desfavorável aos usuários do serviço é denominada de *teoria da captura* e cita o caso concreto referenciado que ocorreu na ANATEL (TRF 5ª Região, Ap. Cível n. 342.739, Rel. Francisco Cavalcanti).

mento próprio. Destaca que a lei criadora nada dispõe sobre procedimento licitatório. Celso Antônio alerta para a inconstitucionalidade de tais disposições.

Historia que “a fuga da licitação” propriamente ocorreu com a introdução das “novas figuras – pregão e consulta” na Lei que instituiu a ANATEL. Que impôs o procedimento da Lei 8.666/93 apenas para contratação de obras e serviços de engenharia, já que nos demais casos poderia adotar as modalidades citadas, mediante procedimentos a serem disciplinados pela própria Agência. Igual procedimento no que concerne às concessões e permissões.

Como se sabe, o Pregão hoje está previsto para toda a esfera federal – Lei 10.520/2002. Já a outra modalidade “Consulta” restringe-se às Agências Reguladoras, por força do art. 37, Lei 9.986/2000. Celso Antônio critica veementemente a forma de inserção de tais modalidades no ordenamento brasileiro, destacando que a edição da Lei 10.520/2002 disciplinando o Pregão regularizou a situação de inconstitucionalidade. Hipótese, porém, mantida no tocante à “Consulta”, considerando que ainda continua restrita às Agências Reguladoras e não está disciplinada em lei. *In verbis*:

O regulamento de contratações desta Agência, aprovado pela Resolução 5, de 15.1.98, a título de desenvolver a previsão destes artigos, em seu art. 15 caracterizou a consulta como *modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns*.⁵⁰ (Grifos originais)

Crítica, também, previsões de contratação temporária de pessoal técnico por período de 36 (trinta e seis) meses, haja vista que se considerados os requisitos para contratação temporária, já desconfiguraria o largo prazo de 36 (trinta e seis) meses.

Recorrendo ao Direito Comparado orienta Marçal Justen Filho:

Nesse ponto, é necessário apontar-se uma relevante diferença cultural-institucional subjacente. Não existe, no Brasil, uma sistemática extrajurídica de controle da conduta dos governantes com características similares às existentes numa sociedade como a britânica. Na Grã-Bretanha, admite-se autonomia extremamente significativa para a agência reguladora, mas isso não se traduz – de regra – em práticas abusivas, arbitrárias e prepotentes por parte da autoridade reguladora. As diversas instituições políticas e sociais desempenham função de limitação da autonomia formal reconhecida à autoridade reguladora. Daí decorrente que a ausência de limites formais ao exercício de poderes não significa autonomia material nem equivale à consagração do arbítrio, pois existem os limites produzidos por processos sociais informais.

A situação é diversa no Brasil. É evidente que a organização social brasileira ainda não produziu instrumentos informais de controle da atuação das autoridades estatais. O Direito tem de suprir essa ausência de limites materiais, produzindo institutos jurídicos equivalentes àqueles processos sociais difusos.

Não se suponha, portanto e acima de tudo, que o controle do poder político através de instrumentos jurídicos formais seria uma providência *dispensável* no Brasil.⁵¹

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 180.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras...*, cit., p. 584.

Corroborando os mecanismos de controle a que estão submetidas as Agências Reguladoras, apresenta-se dispositivo legal constante da ANAC (Lei 11.182/05) que permite expressamente o controle social no exercício das atividades do Ente Regulador:

Art. 27. As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.

Art. 28. Ressalvados os documentos e autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, o segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta pública.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS x AGÊNCIAS EXECUTIVAS

Celso Antônio historia a denominação das Agências Executivas mencionando o advento da Lei 9.649/1998 – que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Menciona que a expressão apareceu, primeiro, no Decreto 2.487/1998 como qualificativo atribuível a autarquias e fundações federais, apresentando característica de “Comenda” já que curiosamente não indicou consequência do qualificativo em questão.

Na oportunidade da 2ª Edição deste Curso Prático de Direito Administrativo, a autora Alécia Bicalho, a propósito do surgimento das Agências Executivas, pontuou que:

Os arts. 51 e 52 da Lei 9.649, de 2.2.1998, especificam que a qualificação de ‘agência executiva’ será feita por ato do Presidente da República, e que o Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para elas, assegurando-lhes autonomia de gestão e disponibilidade de recursos para cumprimento das metas previstas no contrato de gestão, este com prazo mínimo de um ano.⁵²

Sobre as Agências Executivas, Celso Antônio destaca que as Agências ANEEL e ANS também são, por força de lei, “Agências Executivas”.

Citando Toshio Mukai⁵³, as autoras Márcia dos Santos e Amanda Fernandes afirmam que as Agências Reguladoras possuem grau maior de autonomia do que as Agências Executivas, por executarem atividades permanentes, ao longo de vários mandatos governamentais de planejamento, incentivo, regulação, fiscalização e controle sobre serviço público. E, especificamente, sobre as Agência Executivas:

As Agências Executivas são apenas uma qualificação a ser reconhecida, mediante decreto, a uma autarquia ou fundação responsável por serviço ou atividade exclusiva do Estado, sendo seus dirigentes de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República. A Lei n. 9.649, de 27.5.98, nos arts. 51 e 52, dispõe que a qualificação de uma instituição como Agência exige que ela tenha um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e um contrato de gestão com Ministério superior.

⁵² BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Coord. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 130.

⁵³ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. *Agências...*, cit., p. 629.

Citando Marcos Juruena⁵⁴, afirmam em seguida as colocações acerca da exigência constitucional do contrato de gestão e seus elementos específicos, para ser considerado o atributo de Agência Executiva:

Esses elementos são: objetivos estratégicos, metas, indicadores de desempenho, condições de execução, gestão de recursos humanos, gestão de orçamento, gestão de compras e contratos. Para o autor, Agência Executiva é um título jurídico a um órgão ou entidade, que depende de adesão voluntária, com metas negociadas, compatíveis com os recursos, e não impostas, obedecendo a algumas etapas.

A única consequência dessa qualificação para Celso Antônio é a burla à licitação:

Esta titulação, aparentemente, não leva a nada. Em rigor, a consequência única de relevo decorrente da qualificação de uma autarquia ou fundação como agência executiva é a que aparece não na lei própria, mas em outra lei, da mesma data dela (n. 9.648, de 27.5.98); a saber: a *ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar* para as agências executivas. Dita lei agregou aos 23 itens de dispensa de licitação previstos no art. 24 da Lei 8.666, de 21.6.93, mais um, o de n. XXIV, e aí acrescentou um parágrafo único no qual amplia os limites de isenção ao dever de licitar quando se trate de sociedade de economia mista, empresa pública e *agência executiva*. O que há, pois, por detrás desta qualificação é mais uma vez a revelação de que o Executivo – e sua ‘Reforma Administrativa’ – tem horror dos mecanismos moralizadores da licitação e que busca, por todos os meios, escapar o quanto possa da Lei 8.666, de 21.6.93.⁵⁵

Uadi Bulos também traça os contornos e diferenças das Agências Reguladoras e Executivas:

Curioso anotar que as Agências Reguladoras possuem contornos bastante definidos. Tanto é assim que não se confundem com as Agências Executivas, tampouco com as organizações sociais de colaboração.

Basta ver que a nomenclatura agência executiva é um qualificativo atribuído às autarquias e fundações públicas para que exerçam atividades e serviços exclusivos do Estado. Tal qualificação é concedida através de decreto presidencial. Não se trata de uma nova figura jurídica da Administração Pública, mas, sim, de um meio encontrado para se legitimar a candidatura de órgãos e entidades que pretendam desempenhar atribuições próprias da esfera estatal. É como dispõe a Lei n. 9.649/98, para que uma agência seja considerada *executiva*, é necessário ter um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento, bem como um contrato de gestão firmado como o Ministério Superior. Eis o veículo através do qual ocorrerá a concessão de autonomias, cumprindo-lhe estabelecer escopos estratégicos e metas a serem alcançadas pela instituição, em certo lapso de tempo. Numa palavra, o contrato de gestão deverá indicar os requisitos que irão mensurar o desempenho da Agência Executiva, no que tange à consecução dos compromissos firmados.⁵⁶

⁵⁴ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. *Agências...*, cit., p. 630.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 183.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo, cit., p. 506-507.

E resume:

Em suma, resulta de um ato formal e discricionário de reconhecimento, assemelhando-se àquelas instituições particulares que recebem o *status* de utilidade pública. Distingue-se destas pelo conteúdo dos seus estatutos, os quais devem dispor, inclusive, sobre a previsão orçamentária, trespassando bens e recursos que se condicionam à assinatura de contratos de gestão com os órgãos da Administração Pública federal.

Na realidade, as Agências Reguladoras são inconfundíveis em decorrência de um *quid* que as notabiliza no plano das instituições jurídicas: o regime jurídico especial que ostentam.⁵⁷

5. CONCLUSÃO

As Agências Reguladoras brasileiras, identificadas como Autarquias Especiais, vêm exercitando os objetivos primordiais estabelecidos pela legislação ordinária de normatizar e fiscalizar as atividades inerentes aos campos de atuação, seja de serviços públicos ou privados. E, nesse mister, continuam com o desafio de regulamentar e fiscalizar as atividades com autonomia, independência e, sobretudo, com as pertinentes e essenciais limitações do Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. Agências Reguladoras – Princípios Constitucionais – Autonomia da ANATEL – Desvio de Conduta – Atos Ministeriais. *Revista BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, Maio de 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 30 de jul. 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. Agências Reguladoras no Brasil. In *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, agosto. 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- WALD, Arnoldo. O Controle Político sobre as Agências Reguladoras no Direito Brasileiro e Comparado. In *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, setembro de 2004.

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo, cit. 507.