

ano 13 - n. 51 | janeiro/março - 2013  
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO &  
CONSTITUCIONAL

A&C

---

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br  
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados  
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Marilane Casorla

Bibliotecários: Izabel Antonina de A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,  
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**  
Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**  
Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**  
Ana Cláudia Finger  
Daniel Wunder Hachem

**Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

**Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico

**Cristina Alves da Silva**

Graduanda em Direito e aluna do Programa de Iniciação Científica da Faculdade de Ciências, Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte – FACEX.

**Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson**

Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Processo Constitucional da FACEX – Faculdade de Ciências, Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte.

---

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo discutir o surgimento das agências reguladoras diante da evolução do Estado: iniciando no Estado Liberal, passando pelo Estado Social até chegar ao Estado Regulador ou Neoliberal. Fez-se um breve histórico do surgimento das primeiras agências reguladoras no direito internacional e as variadas características desses entes administrativos, criados na forma de autarquias em regime especial, dotados de autonomia e poder normativo; para tanto, utilizou-se uma metodologia de análise qualitativa com métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico. Nesse contexto, buscou-se analisar essa regulação enquanto espécie de intervenção estatal, surgida para ordenar os setores básicos da infraestrutura econômica. Dessa forma, tornam-se as agências reguladoras responsáveis pelo controle, regulamentação e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado.

**Palavras-chave:** Agências reguladoras. Evolução do Estado. Intervenção estatal.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Uma evolução estatal – 3 Agências reguladoras – 4 Considerações finais – Referências

---

## 1 Introdução

As agências reguladoras demonstram a evidente manifestação de uma escolha política e econômica do Estado, para agir como ente fiscalizador das atividades transferidas ao setor privado, corolário do neoliberalismo, contrapondo-se à figura do Estado assistencialista.

O início do Estado Regulador foi caracterizado pelo antagonismo que o poder público representava junto à sociedade, que o confundia com o regime absolutista originário do século XVIII, e qualquer influência do Estado no que diz respeito aos interesses individuais era tida como espúria. Era o antigo Estado Liberal, influenciado pelo jusnaturalismo e individualismo, não dotado de caráter intervencionista, ou seja, o Estado mínimo.

No Estado Liberal, acreditava-se que não havia necessidade de regulamentação do mercado pelo poder estatal, de forma que era regido por uma lei natural da oferta e da procura, denominada por Adam Smith de *mão invisível* do mercado, que regularia o sistema, portanto, um Estado não intervencionista.

Contudo, esse pensamento econômico mostrou-se impossibilitado de solucionar os problemas sociais e, com a crise do liberalismo no final do século XVIII e início do século XIX, houve, então, a necessidade de o Estado intervir na economia para manter a harmonia do mercado e suprir o déficit na distribuição social, surgindo, dessa forma, o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Com a implantação do *Welfare State*, as condições de vida da população elevaram-se, a expectativa de vida aumentou, logo, chegou-se ao estágio mais evoluído no processo de aprimoramento da vida comunitária.

Contudo, manter os projetos para satisfação do interesse coletivo demandava recurso que o Estado não mais possuía; houve, então, um acúmulo de dívidas, de modo que não havia possibilidade de custear nem as despesas essenciais do Estado.

Essa crise fiscal do Estado de Bem-Estar Social, no início da década de 80, conduziu a redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico.

Tornou-se necessário a análise de um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares. Com o aparecimento de um modelo intervencionista, o Estado permanece presente no domínio econômico, entretanto, ao invés de realizar determinadas atividades, vale-se do instrumento normativo e das suas competências políticas para influenciar os particulares a desenvolverem as atividades necessárias à sociedade.

Passaram os particulares a desenvolver atividades para geração de riquezas e a submeterem-se aos ditames do poder estatal para funcionamento e desenvolvimento dessas atividades.

Dessa forma, cria o Estado entidades administrativas dotadas de poder regulamentar, para que essas possam normatizar atividades econômicas e serviços públicos fundamentais, que são, nesse momento, realizados pela iniciativa privada, para garantir o cumprimento da função social dessas atividades e serviços.

Essas entidades administrativas são as chamadas agências reguladoras, criadas na forma de autarquias em regime especial, e responsáveis pelo controle, regulamentação e a fiscalização de serviços públicos transferidos pelo Estado ao setor privado.

Além disso, são entidades dotadas de autonomia perante o Poder Executivo e de amplo poder normativo e, ainda, possuem poder de resolução de conflitos entre as empresas e usuários dos serviços prestados, atuam em um setor específico ou geral da economia, e são dotadas de grande conhecimento técnico.

Dessa forma, o ensaio em tela tem como escopo esmiuçar as características desses entes administrativos autônomos do aparato estatal, bem como analisar a evolução estatal e a sua influência em face das decisões econômicas e políticas do Estado.

## 2 Uma evolução estatal

Desde sua formação, o Estado passou por várias fases até encontrar a melhor adaptação na sociedade, desde o Estado Liberal até o Estado Regulador, passando pelo Estado Social. Pode-se, claramente, perceber que essas transformações do Estado e sua adequação às necessidades da sociedade são decorrentes de escolhas políticas e econômicas.

Na fase Liberal, o Estado omitia-se diante das necessidades da coletividade, não havia interferência na economia porque se entendia que o mercado supriria todas as necessidades sociais. Há, ainda, a fase do Estado Social, em que este assumiu papel de garantidor de todas as necessidades da sociedade; dessa forma, houve uma ampliação do rol de despesas do Estado, não havendo mais como manter os custos.

Logo, demonstrando-se falidos esses modelos estatais, apelou-se para uma nova forma de administração: o Estado Regulador, denominado por alguns autores como *Estado Médio*, de modo que o Estado delega suas funções ao particular e intervém apenas como regulador das atividades desenvolvidas pela iniciativa privada, cuidando apenas para evitar a mercantilização dos direitos fundamentais.

É notório que o modelo mais adequado à sociedade moderna é um *Estado Médio*, aquele que tem a seu cargo as intervenções necessárias e adequadas. Isso porque há um dilema entre a opção de intervenção expressiva do Estado na economia, pelo Estado Social ou *Estado Máximo*, ou, ainda, da liberdade integral dos segmentos econômicos, pelo Estado Liberal ou *Estado Mínimo*.

O que parece adaptar-se melhor à contemporaneidade é o *Estado Médio*: nem o superado liberalismo, nem o fracassado totalitarismo do passado. Logo, tendo cada um assumido sua posição na sociedade, podem conviver harmoniosamente o Estado e a economia.<sup>1</sup>

Passa-se a analisar então, cada fase que o Estado assumiu no decorrer dos anos, e ainda, a forma de adequação das funções estatais à sua época.

## 2.1 Estado Liberal

O Liberalismo clássico surgiu aproximadamente no século XVIII e início do século XIX, defendido por filósofos tais como Adam Smith (1723-1790), John Locke (1632-1704), Kant (1774-1804), Humboldt (1767-1835), John Stuart Mill (1806-1873), Benjamin Constant (1767-1830), Alexis Tocqueville (1805-1859) e Montesquieu (1689-1755). Entretanto, iremos nos ater neste trabalho ao Liberalismo econômico.

O Liberalismo econômico contrapõe-se à intervenção política na economia; os primeiros a se rebelarem contra o controle da economia pelo Estado foram os fisiocratas, cujo lema era “laissez faire”, que significa “deixai fazer, deixai ir, deixai passar”.

Sob este lema, o Estado deveria, somente, garantir a livre concorrência do mercado, não havendo lugar para a intervenção econômica do Estado na sociedade.

O Estado Liberal surge tendo como base a concepção omissiva do Estado e a sua função de segurança da manutenção das condições de liberdade, garantindo aos agentes sociais a realização de seus objetivos.<sup>2</sup>

No Estado Liberal, acreditava-se que não havia necessidade de regulamentação do mercado pelo poder estatal, de forma que era regido por uma lei natural da oferta e da procura, denominada por Adam Smith<sup>3</sup> de *mão invisível* do mercado, que regularia o sistema; era, assim, um Estado não intervencionista. A essa altura, com a implantação desse modelo estatal liberal, qualquer intervenção do Estado na economia era vista como ilegítima.

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO. Estado Mínimo x Estado Máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 20.

<sup>3</sup> SMITH. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, p. 379.

Alguns acontecimentos contribuíram para a falência desse modelo estatal, bem como para o surgimento da reação antiliberal; podem-se citar os acontecimentos da primeira metade do século XX, tais como: Primeira Guerra Mundial (1914-1918), Grande Depressão — marcada pela queda vertiginosa da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 — e Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Isso tudo abalou a confiança no mercado e demonstrou a necessária atuação do Estado na economia.

Esses acontecimentos ecoam de duas maneiras diferentes: de um lado, criam as bases para o desenvolvimento do Estado intervencionista; de outro, propiciam a evolução do fenômeno norte-americano de criação das agências reguladoras, que corresponde ao desenvolvimento da função regulatória do Estado, ocorrida especialmente a partir do “New Deal”, programa instaurado por Franklin Roosevelt, na década de 30, em resposta à crise do Estado Liberal.<sup>4</sup>

Esse modelo de atuação do Estado Liberal tornou-se impotente na solução dos problemas econômicos e sociais, e ainda não trazia benefícios para todas as classes sociais, mas sim, promovia uma crescente desigualdade social, desenvolvendo-se, dessa forma, uma reação antiliberal que surge com base nos ataques feitos pelos socialistas, os quais consideram o liberalismo uma luta inacabável do homem com o meio em que vive.

Surge, então, uma nova fase no Liberalismo, defendida pelo filósofo e economista inglês John Maynard Keynes (1883-1946), que, em 1926, exhibe seu ensaio “The End of Laissez Faire” e torna-se inspiração para os países ocidentais redimensionarem a política econômica; propunha uma intervenção maior do Estado nos negócios, com o objetivo de controlar as forças econômicas, criticando o “laissez faire”, lema dos economistas clássicos.<sup>5</sup>

Em sua crítica, Keynes expressa indignação ao modelo Liberalista, afirmando que esse modelo econômico-social auxilia os negociantes mais favorecidos em seu crescimento econômico, havendo uma autosseleção dos mais eficientes e, por sua vez, há a exclusão dos comerciantes menos favorecidos, deixando evidente a cruel luta no mercado pela sobrevivência.<sup>6</sup>

Dessa forma, diante da falência do Estado Liberal, novos ideais surgiram como caminho para a concepção de um novo modelo estatal, o denominado

<sup>4</sup> AMARAL. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*, p.27.

<sup>5</sup> LIMA; WIHBY; FAVARO. *Liberalismo clássico: origens históricas e fundamentos básicos*.

<sup>6</sup> KEYNES. *Economia*, p. 116.

Estado de Bem-Estar Social,<sup>7</sup> que é definido por um Estado garantidor dos direitos sociais indisponíveis do indivíduo, tais como: saúde, educação e previdência. Sob certo ângulo, é cabível a afirmação de que um Estado do Bem-Estar Social trazia consigo uma grande comodidade filosófica: a transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado.<sup>8</sup>

## 2.2 Estado Social

Com o colapso do Estado Liberal, fez-se necessário adotar um novo modelo de Estado, um Estado garantidor da proteção da dignidade da pessoa humana; os valores fundamentais da sociedade passam a ser buscados pela atuação do Estado. Tal ampliação das funções do Estado diminui a liberdade e autonomia pessoal, havendo uma transferência da responsabilidade do indivíduo para o Estado, surgindo, assim, o Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*.<sup>9</sup>

Apoiado pelas ideias de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), surgiu essa nova doutrina da necessidade de intervenção do Estado como forma de proteger o bem comum, era o denominado *Estado Máximo*.<sup>10</sup>

Marx, em *O Capital*,<sup>11</sup> expressa claramente o pensamento *socialista marxista*, que critica o sistema de Estado fundamentado no Liberalismo e se opõe ao pensamento dos economistas políticos da época, defendendo que o melhor método é aquele que parte do real e do concreto por ser a síntese de múltiplas determinações; no caso da economia política, analisava-se a população, e uma análise assim teria apenas uma visão caótica, visto a diferença das classes sociais que o Liberalismo trazia. Destarte, o ataque aos ideais liberais foram alvos das teorias socialistas desenvolvidas nesse período, que repudiavam a desigualdade social evidenciada pelo modelo de Estado Liberal.

Corroborando com os ideais de Marx, Engels acreditava que o Estado era o produto da sociedade numa certa fase de desenvolvimento, que passa a existir a partir da luta inconciliável das classes, sendo necessária a sua manifestação para serem sanadas tais contradições.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> "O Estado do bem-estar (*Welfare State*), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político" (H. L. Wilensky, 1975. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO. *Dicionário de política*, p. 416).

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 11.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 11.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO. Estado Mínimo x Estado Máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

<sup>11</sup> MARX. Divisão do trabalho e manufatura. In: MARX. *O capital: crítica da economia política*, p. 218.

<sup>12</sup> ENGELS *apud* ULIÂNNOV. O Estado e a revolução.

O assentimento dos ideais socialistas originou o início do *Welfare State*, que trouxe consigo um nível de aperfeiçoamento na vida social jamais experimentado anteriormente, em que o Estado cuidava de interesses coletivos como: previdência, saúde, educação etc. Entretanto, a manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos de que o Estado não mais dispunha e, além disso, as dívidas foram se acumulando de modo a impedir até mesmo o custeio de despesas essenciais.

Tão somente, pode-se aceitar a diminuição da dimensão do Estado e de suas competências quando comprovada a sua ineficiência em assegurar a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, o que ocorre no *Welfare State*, quando o Estado, por não suportar mais as exigências da sociedade, entra em colapso. Destarte, esse foi o cenário que impulsionou a instauração de um novo modelo político, ou seja, um modelo de Estado Regulador.

A crise fiscal do *Welfare State* conduziu a perspectiva de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal que se caracteriza, preponderantemente, pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares,<sup>13</sup> o denominado Estado Regulador.

### 2.3 Estado Regulador

Convém conceituar o Estado Regulador como uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito,<sup>14</sup> que é aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal encontram-se na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a Constituição.<sup>15</sup>

Com o Estado legalista, o Direito tornou-se fundamento do Estado; dessa forma, abandonou-se o Direito costumeiro e idealizou-se a ordem jurídica como um arcabouço de normas positivas, e a ideia de direito natural, que por certo lapso temporal foi acolhida como forma de reger a sociedade, servindo como base para o positivamento das normas e respaldo do poder político, tornou-se maneira de contestação: ideologia contraposta às vigências oficiais e às autoridades instituídas.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 20.

<sup>14</sup> FILHO JUSTEN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>15</sup> SALDANHA. *Formação da teoria constitucional*, p.19

<sup>16</sup> SALDANHA, *op. cit.*, p. 25.

Com o advento do novo modelo político de organização econômica fundamentado no neoliberalismo, o Estado passa a exercer a regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, que se manifesta tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos, como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis.<sup>17</sup>

Dessa forma, o Estado passa a usar de mecanismos de intervenção para garantir que os direitos coletivos sejam desenvolvidos corretamente pelo setor privado, sem que a sociedade seja prejudicada, já que o Estado delegou suas funções ao particular.

Assumindo esse novo modelo de regulação, o Estado continua dominando economicamente, entretanto, isso ocorre de forma indireta, porque busca a realização de determinados fins através da utilização de instrumentos normativos políticos que influenciam os particulares a atingirem esses fins.

Logo, a regulação torna-se uma característica desse novo modelo econômico, em que o Estado não se utiliza das atividades empresariais, e sim de instrumentos que regulam essas atividades desenvolvidas pelo setor privado. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.<sup>18</sup>

A regulação exercida pelo Estado Regulador não busca, apenas, impor os interesses conexos ao Poder Público, e sim, organizar harmoniosamente os vários interesses envolvidos, tanto da sociedade como dos investidores e do setor regulado, de forma que há uma ampliação do controle desenvolvido pela Administração Pública, que busca agir com base nos princípios da eficiência, eficácia, legitimidade e legalidade.

Todavia, para ser possível que essa regulação ocorra de forma satisfatória, faz-se necessário que o Estado opte pela criação de entes públicos capazes de regular os setores da economia e que sejam dotados de especialidade técnica, até porque seria inviável o Estado controlar todos os setores da economia sem conhecê-los tecnicamente. Entretanto, o Estado deve manter sua participação no que concerne à educação e seguridade social, evitando, dessa forma, a mercantilização de valores fundamentais, inerentes à pessoa humana.

O modelo regulatório sugere que somente é cabível ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a iniciativa privada pode colocar em

<sup>17</sup> SUNDFELD. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p.18.

<sup>18</sup> SUNDFELD. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p.23.

risco os valores coletivos, ou ainda em que a atuação do particular for insuficiente para realizar o serviço de forma satisfatória.

Destarte, o Estado cria políticas públicas como forma de incentivar os particulares a aplicarem os seus esforços e recursos para desenvolver atividades necessárias ao desenvolvimento econômico e social.

No Brasil, a implantação de um Estado Regulador começou há, aproximadamente, quinze anos; muitas disputas vêm se verificando ao longo desse período, especialmente em virtude da ausência de uma disciplina normativa mais sistematizada, provocando que, sob certo ângulo, utilizar-se da regulação consista no emprego intensificado das competências de poder de polícia.<sup>19</sup> Essa ausência de disciplinas normativas começou a se alterar, o que se evidenciou com a edição da Lei nº 11.445/07;<sup>20</sup> tal diploma veiculou normas sobre o saneamento básico e contém regras explícitas sobre a atividade regulatória setorial.

Para que se possa estabelecer um modelo de Estado Regulador, fez-se necessário haver uma fragmentação das competências normativas e decisórias do Estado. Logo, é imprescindível a atribuição de competência regulatória a entidades administrativas dotadas de autonomia ante o poder político, as conhecidas agências reguladoras, encarregadas da gestão setorial.

### 3 Agências reguladoras

As agências reguladoras formam, hoje, um conjunto de estruturas originais dentro do aparelho do Estado contemporâneo. Sua criação ocorre em resposta a exigências novas e atestam a insuficiência das estruturas tradicionais para responder aos problemas das sociedades complexas e evolutivas.

Isso porque o Estado não possui mecanismos suficientes para suprir todas as necessidades da coletividade, de forma a garantir que os direitos fundamentais sejam assegurados na sua integralidade.<sup>21</sup>

São entidades administrativas integrantes da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito público, e são criadas na forma de autarquias em regime especial.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 659.

<sup>20</sup> Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 – Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.

<sup>21</sup> AMARAL. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*, p. 27

Não há empecilhos da norma constitucional para lei criar e instituir agências reguladoras, outorgando-lhes forma autárquica e incluindo-as no âmbito do Poder Executivo, de modo que não há que se falar em inconstitucionalidade desses entes administrativos.

Estes consistem, ainda, em entidades administrativas dotadas de competência regulatória no setor em que atuam, de forma que podem editar normas abstratas infralegais e ainda possuem poder decisório para dirimir conflitos entre os particulares; assim, as decisões tomadas por esses entes administrativos são vinculantes para os diversos setores e podem passar por revisão jurisdicional, porque os seus atos são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, no que se aplica aos atos administrativos.

Para entender melhor a estrutura desses entes administrativos, faz-se necessário esmiuçar suas características, bem como fazer breve histórico de seu surgimento e importância no aparato da Administração.

### 3.1 Breve histórico

As revoluções liberais do século XVIII refletiram-se de forma antagônica na França e nos Estados Unidos, enquanto no primeiro país houve desconfianças para com os juízes atuantes, criando uma justiça especializada para a Administração Pública, nos Estados Unidos, houve um fortalecimento do Poder Judiciário e Legislativo e desconfiança em relação ao Poder Executivo.<sup>22</sup> Assim, diante da necessidade de atuação do Estado nas áreas sociais e econômicas, surge o Direito Administrativo e, com ele, as agências reguladoras. Assim, é comum dizer que o direito administrativo norte-americano é o “direito das agências”.<sup>23</sup>

Nos Estados Unidos utilizou-se do modelo das agências reguladoras como forma de intervenção estatal na ordem econômica e social para corrigir as falhas do mercado, o que ocorreu ainda no século XIX.

Evidenciou-se, ainda mais, a necessidade de intervenção do Estado, através da implantação do modelo de agências reguladoras, diante da Grande Depressão, em 1929, que teve como uma das causas a quebra da Bolsa de Nova York; naquele

<sup>22</sup> OLIVEIRA. O modelo norte-americano das agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

<sup>23</sup> CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996 *apud* DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*, p. 196.

momento foi possível perceber que o mercado não possuía a capacidade de se reerguer sem a intervenção reguladora do Estado.

Logo, o Estado implantou o *New Deal*, uma série de programas intervencionistas com o escopo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e auxiliar os lesados com a Grande Depressão; entre esses programas estavam o investimento em obras públicas, a destruição de estoques agrícolas, o controle sobre o preço e a produção, e, ainda, a diminuição da jornada de trabalho. Portanto, torna-se crescente a implementação das agências reguladoras.

A partir da década de 70, há um processo nos Estados Unidos de desregulação da economia, diminuindo o Poder Público as restrições impostas aos setores econômicos e, conseqüentemente, a redução da intervenção das agências reguladoras sobre a iniciativa privada. A partir de críticas surgidas em desfavor das agências reguladoras e de sua adequação ao princípio da tripartição de poderes, ocorre uma ampliação do controle do Poder Judiciário, que começa a avaliar a legalidade e razoabilidade das decisões tomadas pelas agências reguladoras.

No Brasil não foi diferente. A partir da década de 90, começaram a surgir as agências reguladoras inspiradas no modelo norte-americano. Isso porque, diante da ineficiência do intervencionismo do Estado no Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, houve um fortalecimento da política liberalizante da economia. Assim, buscou-se uma diminuição da participação do Estado e um aumento nas atividades desenvolvidas pelos particulares, delegando o Estado algumas de suas funções à iniciativa privada; isso sem, contudo, voltar ao Estado Liberal, passando o Estado somente a exercer função reguladora sobre as atividades desenvolvidas.

Dessa forma, com o processo de desestatização atingindo o setor de serviços estatais, surgem as agências reguladoras. Entretanto, a venda das empresas estatais prestadoras de serviços trazia consigo o risco do Estado perder totalmente o poder de influir na sua prestação e de controlar a estrutura empresarial.

Tanto quanto o sistema financeiro, sistemas como o elétrico ou de telecomunicações demandam autoridades fortes que os monitorem todo o tempo, porque são serviços fundamentais ao país, e seu colapso seria um verdadeiro desastre econômico. Além disso, nesses campos se exerce um extraordinário poder econômico e o Estado não pode ficar indiferente à concentração empresarial excessiva ou fechar os olhos para as práticas anticoncorrenciais.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> SUNDFELD. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 34.

Como consequência das mudanças na economia do país, fez-se necessário a ocorrência de alterações substanciais no sistema legislativo, principalmente no que concerne à abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988,<sup>25</sup> atenuação dos monopólios estatais<sup>26</sup> e a instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND).<sup>27</sup> Assim, após modificações substanciais no aparato legislativo, optou-se por instituir as agências reguladoras como novo modelo de atuação do Estado Regulador, ora interventivo.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 evidenciava que o Estado deveria exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, atuando como agente normativo e regulador da atividade econômica, de forma determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, como se observa nas linhas do art. 174, da Constituição Federal.<sup>28</sup> E, posteriormente, no ano de 1995, com a instituição das Emendas Constitucionais nº 08 e 09, foi prevista a criação de órgãos reguladores específicos para os setores de petróleo<sup>29</sup> e telecomunicação.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Emenda Constitucional nº 06/95 suprimiu o art. 171 da Constituição de 1988, o qual conceituava a empresa brasileira e admitia a outorga de benefícios especiais e preferenciais, e ainda, alterou a redação do art. 176, §1º, permitindo a pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento das potências de energia elétrica concedidos e autorizados para empresas constituídas por leis nacionais, sem a exigência de capital nacional. Emenda Constitucional nº 07/95 alterou o art. 178 da Constituição de 1988. Emenda Constitucional nº 36/02 alterou o art. 178 da Constituição de 1988, passando a admitir participação do capital estrangeiro, no limite de até 30%, nas empresas jornalísticas e de radiodifusão.

<sup>26</sup> Emenda Constitucional nº 05/95 alterou o art. 25, §2º da Constituição de 1988, permitindo que os Estados-Membros concedam às empresas privadas a exploração de serviços públicos locais de gás canalizado. Emenda Constitucional nº 08/95 alterou o art. 21, XI da Constituição de 1988, permitindo a delegação de serviços de telecomunicações às empresas privadas, prevendo ainda a criação de um órgão regulador. Emenda Constitucional nº 09/95 alterou o art. 177, §1º da Constituição de 1988, autorizando contratação pela União de empresas estatais e privadas para execução de diversas atividades ligadas à exploração de petróleo.

<sup>27</sup> Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/90, substituída mais tarde pela Lei nº 9.491/97.

<sup>28</sup> "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

<sup>29</sup> "Art. 21. Compete a União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.95)".

<sup>30</sup> "Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

Assim, a Constituição não optou ou exigiu a criação das agências reguladoras, mas deixou essa opção para o legislador, que optou pela utilização do modelo norte-americano; evidenciou-se, então, a partir da década de 90, um processo de “agencificação”<sup>31</sup> que seria a outorga da função regulatória do Estado para as agências reguladoras. Assim, ainda no Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, houve a criação das agências reguladoras — Lei nº 9.427/97 (ANEEL); Lei nº 9.472/97 (ANATEL); Lei nº 9.478/97 (ANP); Lei nº 9.782/99 (ANVISA); Lei nº 9.961/00 (ANS); Lei nº 9.984/00 (ANA); Lei nº 10.233/01 (ANTAQ e ANTT); Medida Provisória nº 2.228-1/01 e Lei nº 10.454/02 (ANCINE) — como forma de o Estado tentar suprir as necessidades sociais e econômicas, diante do seu atual sistema de intervenção falido.

### 3.2 Natureza jurídica e características

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, classificadas como autarquias em regime especial. Tal classificação é de notória importância para o desenvolvimento das suas funções, isso porque, ao serem criadas na forma de autarquias, são dotadas de autonomia em face dos entes políticos; assim, não há interferência do Estado no desempenho das atividades com interferência no domínio econômico e fiscalização de prestação dos serviços públicos por parte das agências.

Por possuírem natureza autárquica, as agências reguladoras estão sujeitas ao disposto no art. 37, XIX<sup>32</sup> da Constituição Federal de 1988, ou seja, necessitam de lei específica que as institua e a extinga. E ainda, por serem criadas na forma especial, são dotadas de maior estabilidade e autonomia administrativa em razão do seu ente criador, o que as distingue das tradicionais autarquias.

Outra demonstração dessa especialidade é o que concerne à investidura de seus dirigentes, que são nomeados pelo Presidente da República, mas, distinguindo-se das demais autarquias, essa nomeação vai depender de prévia aprovação do

---

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

<sup>31</sup> DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 54.

<sup>32</sup> “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

Senado Federal, conforme previsto nos art. 84, XIV,<sup>33</sup> e 52, III, “f”<sup>34</sup> da Constituição Federal de 1988, combinados com o art. 5º, da Lei nº 9.986/00,<sup>35</sup> recebendo, por isso, a terminologia de investidura especial.

Além disso, os dirigentes têm mandato por prazo certo, fixado no ato da nomeação e a duração não deve ultrapassar a da legislatura do Presidente. Ainda no que diz respeito ao mandato dos dirigentes, há o que a doutrina nomeia de quarentena, que ocorre quando, terminado o mandato, o ex-dirigente é impedido por quatro meses de exercer qualquer atividade ou prestação de serviço no setor regulado pela agência, conforme dispõe o art. 8º da lei supracitada.<sup>36</sup>

Ainda, os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, salvo se a lei que instituir a agência reguladora crie outras condições.<sup>37</sup> Sobre a organização dos demais cargos e carreiras, tem-se a Lei nº 10.871/04,<sup>38</sup> que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais, denominadas agências reguladoras, definindo o regime estatutário para os agentes, e sobre outras regras.

Outro item de fundamental importância na garantia da autonomia das agências reguladoras é a independência financeira em relação ao erário público,

<sup>33</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”.

<sup>34</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] f) titulares de outros cargos que a lei determinar”.

<sup>35</sup> Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. “Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea ‘f’ do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação”.

<sup>36</sup> Art. 8º da Lei nº 9.986/00 diz que o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

<sup>37</sup> Art. 9º da Lei nº 9.986/00 dispõe que os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

<sup>38</sup> Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências.

o que ocorre mediante a arrecadação de uma taxa de regulação devida pela concessionária diretamente à agência do setor regulado, taxa com relação direta em razão do proveito financeiro obtido com a concessão; dessa forma, a agência não depende de verbas orçamentárias para o seu custeio.

Essa taxa de regulação tem natureza contratual, com pagamento contratualmente estipulado, pois é do contrato de concessão de serviços firmado entre o poder concedente e a concessionária que se origina a cobrança, que é fixada como forma de contrapartida para contratação da concessão, assegurando a segurança jurídica dos investimentos.<sup>39</sup>

Entre as principais características das agências reguladoras, pode-se citar o poder normativo concedido a essas autarquias; mediante esse poder, podem editar normas abstratas infralegais de cunho legislativo, como forma de regulamentar o setor a ser regulado — pode-se dizer que seria uma delegação legislativa.

Há certa controvérsia na doutrina acerca dessa nomenclatura e os autores avessos a essa ideia justificam que, em função da natureza de esse instituto ser imune ao controle político, somente poderiam as agências emitir normas acerca de matérias de sua competência a partir de uma teoria sobre os regulamentos autônomos brasileiros.<sup>40</sup>

Outros doutrinadores consideram autênticas as delegações de poder legislativo às agências, porquanto pautadas no imperativo de exercício de uma discricionariedade técnica, que se funda em motivos de cunho científico e tecnológico que tornam essa alternativa tecnicamente a mais viável ou a única adequada,<sup>41</sup> até porque a criação de agências reguladoras, como forma de descentralização da Administração e com o escopo de obter um maior controle dos serviços prestados, exige todo um aparato de conhecimentos técnicos do setor regulado.

Diante disso, válido é o entendimento de que a atribuição de poder normativo às agências reguladoras não exclui o poder de legislar, entretanto, significa o alargamento do desempenho da função normativa do Estado. Destarte, o poder normativo atribuído às agências reguladoras é o que a torna peculiar e a diferencia dos papéis clássicos do Executivo, de forma que excluir sua incidência seria obstruir sua própria essência. Necessário, aqui, a ênfase de que seu exercício depende de limites conferidos pela sua lei criadora, o que aparta o argumento de que se estaria diante de regulamentos autônomos.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> CARVALHO. *Agências Reguladoras. Jus Navegandi*.

<sup>40</sup> CUÉLLAR. *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 142.

<sup>41</sup> SOUTO. *Direito administrativo regulatório*, p. 50.

<sup>42</sup> AMARAL. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*.

Também, é válido ressaltar que a função normativa da agência reguladora é tão somente técnica e direcionada ao setor regulado, o que requer a edição de normas por agentes especializados. Vale ressaltar que a edição dessas normas deve observar a participação da sociedade e do setor regulado, evitando a criação de um sistema repleto de normas tecnocráticas, que desvalorizam os valores humanos e se atêm a mera racionalização.

Tal juízo seria incompatível com o atual estágio do Direito Administrativo que acompanhou a evolução do Estado e da sociedade, que acrescentou um caráter valorativo, tornando-se necessária a justificação de suas decisões publicamente, respeitando o princípio da publicidade de suas decisões, disposto no art. 37, *caput*,<sup>43</sup> da Constituição Federal de 1988.

Além disso, as normas reguladoras editadas por essas autarquias devem obedecer ao processo argumentativo, garantindo a sua legitimidade e assegurando que os interesses da coletividade sejam assegurados, e ainda, se necessário à legitimidade formal, ausente a representação democrática, observar-se-á o princípio da participação, garantindo legitimidade substancial.

Ulterior particularidade das agências reguladoras é a certa independência conferida a esses entes administrativos, dotados de função judicativa, que nada mais é que o poder de solucionar conflitos de interesses, decidindo administrativamente esses conflitos entre os delegatários, o poder concedente, a própria agência e os usuários dos serviços prestados. No caso dos serviços públicos, podemos citar a Lei nº 8.987/95,<sup>44</sup> as leis específicas instituidoras dessas autarquias, que preveem a sua competência para a tomada de decisões, como é o caso da Lei nº 9.427/96,<sup>45</sup> instituidora da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) — que, no art. 3º, V,<sup>46</sup> atribui competência à agência para dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores — e

<sup>43</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

<sup>44</sup> Lei nº 8.987, de 12 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>45</sup> Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 – Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

<sup>46</sup> “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1º, compete à ANEEL: [...] V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”.

as leis instituidoras das demais agências reguladoras, que preveem competência para solucionar conflitos.

Entretanto, essa independência deve ser compatível com o regime constitucional brasileiro e de modo algum se pode afastar o princípio básico determinante em nosso sistema político democrático, predito pelo art. 5º, XXXV.<sup>47</sup>

Assim, em relação ao Poder Judiciário, a suposta independência não existe, tendo em vista o sistema de unidade de jurisdição, garantido pelo artigo supracitado da Constituição Federal de 1988.

Logo, o fato de ser a última instância administrativa, a decisão tomada por ela não deve ser submetida a controle através de recurso hierárquico impróprio e, por ser evidentemente técnica, não pode sofrer intromissão política; com obviedade, não obsta recurso ao Judiciário para revisão dessas decisões no que se aplica aos atos administrativos.<sup>48</sup>

Pode-se afirmar que as competências das quais as agências reguladoras são dotadas fortalecem o Estado, porque retiram do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública; assim, alcançam de forma mais satisfatória o objetivo da separação de poderes, que é garantir de forma mais eficaz a segurança jurídica, proteção da coletividade e dos particulares, mantendo a probabilidade da interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.<sup>49</sup>

### 3.3 Agências reguladoras no Brasil

No Brasil, um dos pontos de máxima proeminência da reforma administrativa do Estado consistiu no processo de desestatização ocorrido na década de 90, quando foram instituídas medidas para distanciar do poder estatal determinadas atividades, que, pensava-se, seriam desempenhadas mais eficientemente pelo setor privado, também porque o Estado interventor do atual momento não conseguia desempenhar seu papel de forma hábil. Sendo assim, fazia-se necessária a

<sup>47</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

<sup>48</sup> MENDES. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 131.

<sup>49</sup> ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 375.

ocorrência de uma desregulamentação, reduzindo a quantidade de normas limitativas da atividade econômica.<sup>50</sup>

Logo, no Brasil, as agências reguladoras são um instituto bastante recente, surgindo a partir de 1996 e fruto do processo de desestatização que se desenhou a partir de 1990, com a edição da Medida Provisória nº 155/90,<sup>51</sup> convertida na Lei nº 8.031/90, que estabeleceu o chamado “Plano Brasil Novo”, no Governo do então presidente Fernando Collor, e posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.491/97,<sup>52</sup> que disciplina o Plano Nacional de Desestatização,<sup>53</sup> instituída em Governo posterior, o do presidente Fernando Henrique Cardoso.

A primeira autarquia em regime especial a ter recebido o nome de agência reguladora no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), constituída pela Lei nº 9.427, de 1996. Em seguida foram estabelecidas igualmente a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), respectivamente pelas Leis nºs 9.472 e 9.478, ambas de 1997.

A criação das agências reguladoras não ocorreu de forma eventual. Insere-se num contexto histórico que ajunta algumas circunstâncias, tais como: crise absoluta e falha do modelo de Estado interventor, ora prestador de serviços, o desencadeamento de um processo de desestatização, atribuindo a entes econômicos particulares o direito de prestar serviços públicos, por meio de delegação, que até então eram prestados exclusivamente por empresas estatais, e a necessidade de se conferir segurança e independência aos investimentos estrangeiros.<sup>54</sup>

A Constituição Federal deixou evidente que o setor econômico estaria a cargo da iniciativa privada, conforme se observa no art. 170,<sup>55</sup> reservando ao Estado o papel de agente normativo e regulador da mesma atividade, segundo o art. 174,<sup>56</sup>

<sup>50</sup> CARVALHO FILHO. Estado Mínimo x Estado Máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

<sup>51</sup> Medida Provisória nº 155/90, de 15 de março de 1990, cria o programa nacional de desestatização, convertida posteriormente na Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990.

<sup>52</sup> Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

<sup>53</sup> AMARAL. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*, p. 37.

<sup>54</sup> MENDES. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 123.

<sup>55</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

<sup>56</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

a ele só atribuindo a exploração direta do setor nas situações descritas na forma do art. 173,<sup>57</sup> ou seja, quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Dessa forma, o Estado atua subsidiariamente no setor econômico, exercendo as funções que não cabem à iniciativa privada como forma de administrar o patrimônio público de forma mais eficiente.

Portanto, ressalta-se que as agências reguladoras sugiram, no Brasil, por decisão estritamente política, visando um melhor desempenho do papel do Estado e da divisão de funções nascidas com o princípio da separação de poderes, como forma de fiscalizar e garantir que as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada obedeçam aos ditames estabelecidos pela sociedade no contexto atual.

#### 4 Considerações finais

Diante da ineficiência das ideias do Estado Liberal, que asseguravam a fantasia de um modelo estatal em que o comércio poderia suprir todas as necessidades sociais sem a interferência do Estado, fez-se necessário o surgimento de um novo modelo de Estado. Passa-se, então, a adotar os ideários do Estado Social, em que o Estado era responsável por suprir todas as necessidades sociais. Entretanto, esse arquétipo de Estado garantidor encharcou os cofres públicos e gerou a sua própria falência.

Assim, mostrando-se insuficiente o modelo do *Welfare State*, o Estado reformulou seu molde administrativo e tornou-se um fiscalizador e regulador da economia, delegando à iniciativa privada funções que lhe eram peculiares. A partir de então, passa a exercer diretamente apenas atividades indelegáveis, quais sejam: aquelas que não são passíveis de comercialização, como saúde e educação, que são inerentes ao próprio ser humano e que estão amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a criação das agências reguladoras teve o escopo de permitir que a Administração exercesse esse controle em cada setor delegado ao particular, visto a máquina estatal não ter condições de fazê-lo de forma satisfatória. Isso porque essas autarquias são dotadas de poder normativo, podendo, ainda, utilizar-se de sua função judicativa para dirimir conflitos de interesses entre os delegatários, o poder concedente, a própria agência e os usuários dos serviços prestados.

---

<sup>57</sup> "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Além disso, por surgir através de decisões políticas e para que não sofresse influências do sistema estatal, foi-lhe conferida certa independência em relação aos três poderes do Estado: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Portanto, mesmo estando inseridas no seio do Poder Executivo, e integrando a Administração indireta, a independência das agências é nítida em face desse poder, não sofrendo interferências de cunho político.

Saliente-se a necessidade de se afastar como verdade a afirmação de que esses entes administrativos usurpam a função do Poder Legislativo. Ora, evidente é que o poder de normatizar das agências reguladoras é estritamente técnico e direcionado ao setor regulado, sendo normas de cunho abstrato infralegal; isso significa que a agência não é investida de competência para editar normas de cunho legislativo.

No que concerne ao controle dessas autarquias pelo Judiciário, as mesmas estão a este Poder submetidas, no tocante à revisão de suas decisões, no que cabe a legalidade dos seus atos administrativos.

Dessa forma, é válida e democraticamente legítima a criação de agências reguladoras como forma de fortalecer o controle do Estado em face dos particulares, porque, conforme demonstrado, essas autarquias não usurpam do Estado a sua função, apenas a complementam.

Por isso, pode-se dizer que foi de muita valia o Estado instituir as agências reguladoras como um mecanismo mais eficiente de controle, ampliando suas funções através de um instituto da Administração indireta, tornando-se um Estado fiscalizador e regulador dos serviços prestados pelo particular, que, ao exercer as funções que eram típicas do Estado, desonera os cofres públicos, deixando que o Estado somente forneça os serviços não passíveis de comercialização, indispensáveis ao ser humano.

Por fim, é notório que a criação das agências reguladoras torna o desenvolvimento das funções do Estado mais eficaz; trata-se de mecanismos que auxiliam um melhor desenvolvimento na prestação do serviço pelo setor privado à sociedade, de forma que esses sejam oferecidos de forma mais satisfatória e dentro dos padrões socialmente exigíveis.

---

#### **Regulatory Agencies and State Developments – A Temporal Analysis of the Role of the State in Economic Sector**

**Abstract:** This article is scoped to discuss the emergence of regulatory agencies on the evolution of the State: starting in the Liberal State, passing

through the Welfare State until you reach the State Regulator or Neoliberal. There was a brief history of the emergence of the first regulatory agencies in international law, and yet, the varied characteristics of these administrative bodies created in the form of local authorities in special regime, endowed with autonomy and legislative powers, and to this end, we used a methodology of qualitative analysis with hypothetical-deductive approach methods of analytical and descriptive character. In this context, we sought to examine this regulation while species of State intervention, which to order the basic sectors of the economic infrastructure, and thus, become the with regulatory agencies, responsible for control, regulation and supervision of public services, activities and assets transferred to the private sector.

**Key words:** Regulatory agencies. Evolution of the State. State intervention.

## Referências

- AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das Agências Reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed. Brasília: Ed. UnB, 1997. v. 2.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.871.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 8.987, de 12 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/lei19969427.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado Mínimo x Estado Máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 12, dez./fev. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 set. 2011.

CARVALHO, Cristiano Martins. *Agências Reguladoras. Jus Navegandi*, Teresina, n. 54, 1º fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2654>>. Acesso em: 19 jan. 2012

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Marya Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KEYNES, John Maynard. *Economia*. Tradução Mirian Moreira Leite. São Paulo: Ática, 1978. (Grandes cientistas sociais).

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Michelle Fernandes; WIHBY, Alessandra; FAVARO, Neide de Almeida Lança Galvão. Liberalismo clássico: origens históricas e fundamentos básicos. Disponível em: <[http://www.histedbr.fae.unicamp.br/acer\\_histedbr/jornada/jornada8/trabalhos.html](http://www.histedbr.fae.unicamp.br/acer_histedbr/jornada/jornada8/trabalhos.html)>. Acesso em: 26 dez. 2011.

MARX, Karl. Divisão do trabalho e manufatura. In: MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 11. ed. São Paulo: Bertrand Brasil-Difel, 1987. L. I, v. 1.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano das Agências Reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 22, jun./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os economistas).

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ULIÃO, Vladimir Ilítch. O Estado e a revolução. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/oestadoearevolucao.htm>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução Estatal: uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 251-273, jan./mar. 2013.

---

Recebido em: 12.03.2012

Aprovado em: 17.12.2012