

Leituras sobre o atual quadro das agências reguladoras no Brasil. Algumas experiências internacionais comparativas para o exame da sustentabilidade brasileira indicada pela Constituição Federal\*

Readings on the current framework of regulatory agencies in Brazil. Some international comparative experiments to examine the sustainability indicated by the Brazilian Federal Constitution

*Sarah Maria Linhares de Araújo\*\**

*Edson Luciani de Oliveira\*\*\**

---

\* Artigo recebido em 17 de outubro de 2012 e aprovado em 11 de fevereiro de 2013.

\*\* Doutoranda em direito do estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); mestra em direito do estado pela UFPR; especialista em direito tributário pela Unicuritiba; professora no Instituto do Litoral Superior do Paraná (Isulpar); advogada. Instituto do Litoral Superior do Paraná, Paraná, Brasil. E-mail: sarahlinhares@yahoo.com.br.

\*\*\* Doutorando em direito econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); mestre em direito econômico pela PUCPR; especialista em direito tributário pela Unicuritiba; auditor fiscal. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, Brasil. E-mail: eluciani@sefa.pr.gov.br.

## RESUMO

As agências reguladoras e assemelhadas no Brasil recebem um tratamento que tenta sistematizar seu estudo perante a realidade nacional. Entretanto, as chamadas modernas Agências Reguladoras foram criadas para responder a problemas históricos diferentes em relação às agências estrangeiras. A ideia deste estudo é colher experiências estrangeiras e, em certa medida, confrontá-las com a realidade brasileira, uma vez que a mesma reflete situações similares em face dos países latino-americanos. Entende-se que o caráter científico do direito não será ferido, caso se faça tal comparação histórico-normativa. O papel do jurista também será cumprido com a análise da eficácia dos comandos normativos constitucionais relacionados à sustentabilidade e seus novos problemas.

## PALAVRAS-CHAVE

Agências reguladoras — experiências internacionais — comparação com a realidade brasileira

## ABSTRACT

Regulatory agencies and similar in Brazil receive a treatment that attempts to systematize their study on the national reality. However, modern regulatory agencies were created to respond to different historical problems regarding foreign agencies. The idea of this study is to collect foreign experience and, to some extent, confront them with the Brazilian reality since it reflects similar situations facing the Latin American countries. It is understood that the scientific character of the Law will not be hurt if it makes such comparison historical norms. The role of the jurist also be fulfilled with the analysis of the effectiveness of normative constitutional commands related to sustainability and its new problems.

## KEY-WORDS

Independent regulatory agencies — international experiences — comparison with the Brazilian reality

## 1. Introdução: preocupação em se estudar as agências reguladoras

Com este estudo se objetiva verificar o quadro das agências reguladoras no Brasil e, com base em experiências internacionais, vislumbrar o futuro para o país, cujo perfil socioeconômico espelha os de outros países latino-americanos.

Como será visto, pode-se dizer que o Brasil implementou novas entidades no seio de sua administração pública, tendo como referência outros países e organizações. O problema diz respeito à adequação e oportunidade de tal implementação.

Justifica-se o estudo do tema ao se perceber que ainda não se teve uma noção exata sobre o desenvolvimento das agências reguladoras (e assemelhadas) no Brasil. São encontrados estudos dogmáticos normativos sobre o tema, mas, como é comum na doutrina jurídica brasileira, poucos trabalhos críticos são realizados.

Deve ser dito, porém, que perante o texto constitucional e por meio de um método de procedimento histórico comparativo, que aqui se emprega, o jurista deve cumprir uma de suas tarefas: examinar se os comandos normativos constitucionais estão sendo respeitados, buscando-se o que determina a Constituição Federal: um país que tem como objetivo uma sociedade justa, com a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, “I” e “II”), mas que preza o meio ambiente, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, “IV”, “V” e “VI”) que, em conjunto, indicam o desenvolvimento sustentável. É certo que o conceito de sustentabilidade ocorre em três dimensões: econômica, social e ambiental. Nesse aspecto, questiona-se: estariam as agências respeitando o perfil da sustentabilidade? Tentar-se-á demonstrar ao longo do texto.

### 1.1 Origem das agências reguladoras e sua influência no Brasil

Conforme literatura brasileira,<sup>1</sup> a denominação de agências reguladoras nasceu por influência anglo-saxã. Na Inglaterra, a partir de 1834, foram criados pelo Parlamento entes autônomos para concretizar medidas previstas em lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e, desde 1887, com a criação

---

<sup>1</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 75.

da Interstate Commerce Commission, ocorreu a proliferação das *agencies* para a regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções.

Adquiriu grande fama a Food and Drugs Administration (FDA), responsável pela regulação, fiscalização e imposição de penalidades no âmbito da produção e comercialização de alimentos, cosméticos e medicamentos. Na França, por exemplo, existem as autoridades administrativas independentes. Interessante destacar que informações semelhantes constam no endereço eletrônico<sup>2</sup> do senado francês, o qual relata as experiências dos principais países europeus, mas consta que mencionadas agências teriam sido criadas, inicialmente, nos Estados Unidos, em decorrência de seu modelo econômico de mercado, que sempre se destacou por uma pouca intervenção do Estado na ordem econômica e um perfil ligado ao liberalismo, embora a criação das agências fosse considerada uma intervenção maior do Estado na própria economia, indo na contramão do que sempre foi pregado.

Neste mesmo endereço eletrônico, se observa que alguns países escandinavos consideram que algumas de suas entidades foram fundadas, no começo do século XIX, em seus países, com atribuições semelhantes às atuais agências reguladoras.

Devido à criação de tais agências no âmbito internacional, surgem questionamentos sobre a oportunidade e adequação da implantação das agências reguladoras no Brasil nos mesmos moldes das agências estrangeiras.

Como lembra Joaquim B. Barbosa Gomes:<sup>3</sup>

Para os EUA, a regulação por intermédio de agências independentes constituiu, como já dito, uma brutal (embora não abrupta) ruptura com uma concepção de Estado mínimo, identificado como “*policing model*”, isto é, um Estado alheio à questão do bem-estar econômico da população, e, sobretudo, proibido de empreender intromissão mais arrojada em áreas tais como fixação de preços, disseminação de informações úteis

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1_mono.html)>. Acesso em: 10 jun. 2012. “*Dans la synthèse de l'étude de droit comparé qu'il a dirigée pour l'Office, M. Jean-Marie Pontier indique que 'les autorités administratives indépendantes sont véritablement nées en Amérique du nord à la fin du XIXème siècle, bien que les pays scandinaves fassent valoir que dès le début de ce XIXème siècle des organismes assimilables à ce que nous appelons des autorités administratives indépendantes ont été créées'*”.

<sup>3</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: ROSALDO, Marilda (Coord.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 236.

aos usuários, imposição, consolidação e monitoramento de práticas concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados. Noutras palavras, trata-se do abandono da conhecida visão do Estado que, segundo Adam Smith, seria regulado pura e simplesmente pela “mão invisível” do mercado. No Brasil, diversamente, a nova regulação nasce em um contexto inteiramente diferente. Aqui se tenta abandonar uma concepção de Estado altamente clientelista, o qual, por certo, sempre foi ativo no campo da economia, mas não para regulá-la, mas, sim, para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores de que sempre foi “presa”.

Doravante, esse Estado pretende transferir a atores privados o essencial das atividades que antes detinha a título de monopólio ou quase monopólio, assumindo o papel de normatizador e de fiscalizador.

Trata-se, como se vê, de um implante, de uma “*greffe*” aplicada a tecidos de textura diferente. Em suma, mais uma tentativa de se ministrar o mesmo remédio a sintomas e pacientes com diagnósticos totalmente diferentes.

Sharon Beder,<sup>4</sup> ao escrever particularmente sobre energia, lembra que, desde meados da década de 1990, dezenas de governos empreenderam o caminho da desregulação e da privatização. Tal caminho é chamado de “liberação” por seus defensores, o que seria, em essência, um impressionante câmbio da propriedade e controle da eletricidade de mãos públicas a privadas. A privatização da eletricidade não seria algo pedido ou desejado pelos cidadãos. Existiram protestos na Argentina, Índia, Indonésia e Gana. Os protestos detiveram as propostas de privatização no Peru, Equador e Paraguai. Segundo ainda a mesma autora,<sup>5</sup> e em tom mais polêmico, afirma que o termo “desregulação” resulta inapropriado, porque as mudanças que se pretende não consistem em se desfazer de regulamentações, mas em substituir as que protegem o público e o ambiente por outras que assegurem um funcionamento sem tropeços no mercado e no sistema elétrico.

---

<sup>4</sup> BEDER, Sharon. *Energia y poder: la lucha por el control de la electricidad en el mundo*. México: FCE, 2005. p. 13-14.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 16.

## 1.2. Demarcação de estudo

A primeira dificuldade em se estudar as agências reguladoras é circunscrever seus respectivos âmbitos de análise, em razão dos diferentes vocábulos que se invocam e, muitas vezes, se confundem: agências reguladoras, independentes, executiva (autarquia qualificada), autarquias especiais, e outros mais.

Como destaca Marçal Justen Filho:<sup>6</sup> “Pode haver agência denominada como comissão, conselho, tribunal ou qualquer outra expressão. Mas também pode não se caracterizar como agência uma entidade que assim seja denominada”.

Acate-se a posição de Leila Cuéllar,<sup>7</sup> ao afirmar que é preciso distinguir a regulação estatal em face das atividades econômicas em sentido estrito daquela referente aos serviços públicos, sendo importante destacar que tal diferenciação nasce a partir da teoria de Eros Roberto Grau.<sup>8</sup> A primeira, reservada à iniciativa privada, em que há liberdade de iniciativa e de concorrência, destina-se, em princípio, à manutenção de regras de competição entre particulares. À segunda regulação, na seara dos serviços públicos, em que há submissão aos princípios relativos ao regime jurídico de direito público, cabe ao Estado disciplinar integralmente a atuação pública, isto é, a prestação do serviço, ainda que desenvolvida por particulares. Só para que reste claro, segundo a teoria de Eros Roberto Grau: atividade econômica seria o gênero, no qual faz parte o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito; por sua vez, o serviço público é considerado uma atividade econômica.

Inicialmente, há que se mencionar que não existe previsão constitucional expressa sobre a constituição das agências reguladoras. O art. 174 da Constituição Federal estabelece que o Estado exercerá, na forma da lei, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Em outras passagens, o texto constitucional

---

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 340.

<sup>7</sup> CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 54.

<sup>8</sup> (i) Ao afirmar que ‘serviço público’ é tipo de ‘atividade econômica’, a ela atribui a significação do gênero no qual se inclui a ‘espécie’, ‘serviço público’. (ii) Ao afirmar que o ‘serviço público’ está para o setor público assim como a ‘atividade econômica’ está para o setor privado, a ela atribui a significação de ‘espécie’. Daí a verificação de que o gênero – ‘atividade econômica’ – compreende duas ‘espécies’: o ‘serviço público’ e a ‘atividade econômica’. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 250-251.

refere-se à criação de órgãos reguladores para determinadas atividades (art. 21, XI e art. 177, § 2º, III). Também não há legislação infraconstitucional que trate de modo uniforme sobre a gestão, organização e controle social das agências reguladoras. O Projeto de Lei nº 3.337/2004<sup>9</sup> procura regulamentar as atribuições de tais agências.

Mas, devido aos vários conceitos encontrados e elaborados por diferentes autores, resumidamente sugere-se o seguinte quadro:

- As chamadas **agências independentes** seriam criadas por via legislativa dotadas de autonomia em face do restante da estrutura organizacional do Poder Executivo;
- **As agências executivas** seriam autarquias destituídas de competências regulatórias destinadas a atividades administrativas clássicas, envolvendo, inclusive, serviços públicos.<sup>10</sup> Fortemente criticadas por Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>11</sup> as agências executivas (Lei nº 9.649/1998) teriam por incumbência **desenvolver atos de gestão**, medidas de organização administrativa (arts. 51 e 52 da mencionada lei). Este autor reprova as atividades de tais entidades, asseverando que a única consequência de relevo decorrente da qualificação de tais agências executivas estaria em outra Lei, a de nº 9.648/1998, que trata da ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar, afastando-se dos rigores da Lei nº 8.666/1993;
- **As autarquias especiais.** Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>12</sup> no passado, fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial para referir a universidades que gozavam de um teor de independência administrativa em relação aos órgãos da administração direta. Considera que as agências reguladoras são autarquias especiais, mas que possuem como único traço marcante, no tocante ao regime especial, a nomeação pelo presidente da República, sob a aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978)>. Acesso em: 10 jun. 2012.

<sup>10</sup> A partir de Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 341-342.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 182-183.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 172-174.

Enfim, e como ensina Egon Bockmann Moreira,<sup>13</sup> hoje se pode afirmar que as autarquias estão divididas entre autarquias ordinárias, agências reguladoras (autarquias especiais) e agências executivas (autarquias qualificadas).

## 2. Por que regular?

Serão observadas, em outro momento, as atribuições das diversas espécies das chamadas agências reguladoras e assemelhadas brasileiras referentes às atividades econômicas em sentido estrito e aos serviços públicos, conforme a classificação de Eros Roberto Grau, já analisada anteriormente.

Porém, antes disso, cabe observar as variadas teorias, que tentam justificar a regulação, e já se pode adiantar que, realmente, os motivos estão basicamente ligados ao interesse público e de correção de mercado. Com a correção de mercado, as agências reguladoras estariam tentando trazer a sustentabilidade econômica.

Em alguns casos, e a depender da posição política ideológica que se tenha, a regulação é demandada em razão da insuficiência dos tradicionais instrumentos do Estado. A regulação indica, segundo Marçal Justen Filho,<sup>14</sup> a evolução de um estado de bem-estar para estado regulador. Observa-se, porém, que os motivos históricos são diferentes, dadas as situações políticas institucionais encontradas.

Seguindo nesse passo, Lucas de Souza Lehfeld<sup>15</sup> destaca duas teorias sobre o tema: escola do interesse público e escola neoclássica da regulação (ou escola econômica da regulação).

A escola do interesse público não se volta às correções de mercado, mas sim para a consecução do interesse público em suas diversas formas no mercado, embora o conceito de interesse público seja de difícil concreção, por possuir diversas dimensões, política, jurídica e econômica.

Para a escola neoclássica, a regulação significa um mecanismo que objetiva substituir ou corrigir o mercado, pois este não seria, por si só, eficiente.

A grande crítica que se faz a esta teoria seria a **captura** que as agências reguladoras podem sofrer.

---

<sup>13</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 176.

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 459.

<sup>15</sup> LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69-82.

Robert Baldwin e Martin Cave,<sup>16</sup> professores no Reino Unido, apontam diversos tipos de regulações e seus respectivos problemas.

Cabe destacar, neste sentido, as seguintes preocupações dos autores como as mais relevantes:

- **Captura das agências.** A primeira preocupação diz respeito à relação entre reguladores e os regulados que pode se estreitar demais e levar à captura — à prossecução dos interesses das empresas reguladas e não dos interesses do público em geral;
- **Legalismo.** Uma segunda preocupação é a alegada propensão para produzir desnecessariamente regras complexas e inflexíveis, e, ademais, a proliferação<sup>17</sup> de regras de super-regulação, prazos de inserção, que prejudicam a competição entre as empresas.

Note-se que, já em 1999, nos Estados Unidos foi verificado, segundo texto destes últimos autores,<sup>18</sup> que:

- as normas não são precisas em desenhar os quadros da realidade de forma fiel;
- por questões políticas, reguladores tendem a responder a problemas particulares com generalidades;
- pressões para reduzir prerrogativas em favor do estado de direito podem vir dos políticos ou dos consumidores e tais pressões podem induzir à produção excessiva de regras;
- os reguladores desejam responder à opinião pública, enquanto algum desastre possa ainda estar recente. E essas regras não passam a ter um caráter de prevenção, mas, apenas, de resposta à sociedade;
- a tendência da regulamentação só tende a crescer, pois um trabalho de revisão normalmente não é feito e o volume das normas aumenta.

Os autores mencionaram o caso da Oftel,<sup>19</sup> que foi uma agência britânica que promovia a competição entre as empresas de telecomunicações, mas que contava com regras que, na realidade, inibiam a competição, barravam a entrada e discriminavam os licenciamentos de operadores.

Acredita-se que a exposição que agora segue, embora de cunho não estritamente jurídico, esteja justificada pela necessidade em se conhecer o

---

<sup>16</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 36-37. (tradução livre)

<sup>17</sup> Esta preocupação já foi manifestada, no caso brasileiro, por Bockmann Moreira, Os limites à competência normativa das agências reguladoras, op. cit., 215-216.

<sup>18</sup> Baldwin e Cave, *Understanding regulation*, op. cit., p. 36-37. (tradução livre)

<sup>19</sup> Ibid.

motivo da criação e oportuna existência das agências (reguladoras) brasileiras. Claro que há que se levar em conta os aspectos históricos, sociais e econômicos, além de elementos ligados à concorrência e aos interesses dos consumidores de cada país. Mas as razões históricas que provocaram a criação das agências e da própria regulação são importantes.

Segundo Robert Baldwin e Martin Cave,<sup>20</sup> existem vários motivos para se adotar a regulação:

### a) *Monopólios e monopólios naturais*

Um monopólio descreve a posição na qual um fornecedor produz para toda a indústria ou para todo o mercado.

O preço e a saída determinados pelo monopólio são sustentados onde ocorrem três fatores:

- um único fornecedor se ocupa de todo o mercado;
- o produto vendido é único, no sentido de que não há substitutos suficientes para serem repostos;
- fortes barreiras restringem a entrada de outras empresas.

Onde ocorre o monopólio, o mercado falha porque é deficiente, então, há a necessidade de uma intervenção, tentando fazer com que haja uma sustentabilidade econômica e social, pois pessoas ficarão privadas do acesso a tal mercado, caso não haja a intervenção estatal.

Do ponto de vista do interesse público, o problema é que a empresa monopolista, ao maximar o lucro, poderá restringir sua produção e manter o preço acima do custo marginal. Se ela cobra um preço único para o seu produto, vendas adicionais só serão alcançadas por meio da redução do preço de toda a produção.

Os efeitos de um monopólio comparado a um mercado perfeito são: saídas reduzidas, preços mais altos e transferência de renda dos consumidores para os produtores.

Uma resposta a um potencial monopólio é o uso de leis de competição (ou *antitrustes*) para criar ambientes que conduzam à competição. Um monopólio natural<sup>21</sup> ocorre quando a economia de escala no processo de produção é tão

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 9-16. (tradução livre)

<sup>21</sup> No artigo de COSTA, Carlos José de Castro. *Monopólio natural: a legitimação do monopólio para minimizar os custos de produção*. Disponível em: <[www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/)>

grande que o mercado relevante pode ser servido com o menor custo por uma única empresa. Os autores<sup>22</sup> citam o caso de companhias de energia elétrica, onde há uma aplicação evidente, neste caso, da chamada regra da razão, que vem possibilitar a existência de monopólios com o intuito de privilegiar a concorrência e, principalmente, a eficiência, cujo princípio norteou a reforma da administração pública no Brasil.<sup>23</sup>

Se uma empresa está em uma posição de monopólio natural, então, como qualquer monopólio, vai apresentar problemas como saídas reduzidas, preços mais elevados e transferências de riqueza dos consumidores para a empresa. O restabelecimento de uma concorrência pelo uso de leis antitrustes não é, contudo e neste caso, uma resposta adequada, dado que a concorrência pode ser socialmente custosa, não atendendo, desta forma, a uma sustentabilidade econômica e social.

O regulador tentará definir o preço perto do custo incremental (o custo de produção e adicional por unidade), objetivando incentivar o monopólio natural para expandir sua produção a fim de que atinja o nível que seria alcançado em condições normais de concorrência, ou seja, sem a intervenção do regulador. A tarefa de muitos governos e reguladores (ao menos aqueles dirigidos minimamente para a regulação) é identificar aquelas partes do processo que são naturalmente monopolistas e que podem ser reguladas, enquanto outros aspectos podem ser deixados sob a influência das forças competitivas (geração e distribuição de energia, por exemplo).

### *b) Lucros inesperados*

Os autores apontam<sup>24</sup> que as empresas conseguirão lucros inesperados quando encontrarem um fornecedor que venda mais barato do que os produtos disponíveis no mercado.

Poderá ocorrer também, por exemplo, quando se encontrar um rico filão de um mineral facilmente extraído, ou, então, possuir um ativo que subitamente aumenta de valor.

---

bh/carlos\_jose\_de\_castro\_costa.pdf>. Acesso em: 7 maio 2011. Podem ser verificadas diversas exposições sobre o tema.

<sup>22</sup> Baldwin e Cave, *Understanding regulation*, op. cit., p. 9-16. (tradução livre)

<sup>23</sup> A 'regra da razão', como originariamente elaborada, tinha um objetivo muito simples: tornar viável a aplicação do direito concorrencial. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 151.

<sup>24</sup> Baldwin e Cave, *Understanding regulation*, op. cit., p. 9-16. (tradução livre)

A regulação é necessária quando desejável que se transfiram lucros para os contribuintes ou que permitam que os consumidores ou o público se beneficiem.

### c) Externalidades

A razão para regular externalidades se dá devido ao preço de produto que não reflita o verdadeiro custo para a sociedade.

Assim, um fabricante de pneus pode manter os custos para os consumidores abaixo de *dumping* poluentes resultantes do processo de fabricação em um rio. O preço dos pneus não representa os verdadeiros custos de produção que se impõem à sociedade, pois os custos de limpeza são deixados fora da conta.

O processo resultante é um desperdício, porque muitos recursos são atraídos para as atividades poluentes (muitos pneus são produzidos e vendidos) e muito poucos são os recursos do fabricante para evitar a poluição ou para a adoção de métodos de produção livre da poluição.

A lógica de regulação é eliminar este desperdício — e proteger a sociedade ou terceiros que sofram com essas externalidades —, pois se deve obrigar a internalização desses custos — pelo princípio do poluidor-pagador.

Entende-se, portanto, que, quando o Estado vem regular por meio de uma intervenção na ordem econômica, tentando diminuir as chamadas externalidades, no caso negativa, e tal regulação ocorre por meio das chamadas agências reguladoras, então, está se atendendo à questão da sustentabilidade em suas três dimensões, caso a externalidade negativa seja ambiental: social, econômica e do meio ambiente.<sup>25</sup>

### d) Inadequações das informações

Mercados competitivos só podem funcionar se os consumidores forem suficientemente bem informados sobre a competição dos produtos.

---

<sup>25</sup> *La externalidad es la consecuencia de la divergencia entre el precio de un bien o servicio y el verdadero coste social. La brecha entre el precio y el coste que no se asume procede de un fallo del mercado que solo puede colmarse, coactiva o voluntariamente, por la intervención pública.* ROSEMBUJ, Tulio. *El impuesto ambiental*. Barcelona: Editorial el Fisco, 2009. p. 18.

O mercado pode falhar, contudo, para produzir informações adequadas, e por várias razões: informação significa custo (p. ex.: para pesquisas dos efeitos de produtos, como remédios, algo extremamente caro). O produtor da informação, contudo, pode não ser compensado por outros que usam tal informação (p. ex.: outros fabricantes de remédios).

A informação sobre o produto pode, ademais, não ser suficiente para o consumidor, porque faltar-lhe-ia conhecimento sobre os detalhes técnicos.

Por último, a insuficiente competição do mercado pode reduzir o fluxo de informação abaixo do nível desejado aos consumidores.

A regulação, por meio de informações mais acessíveis e seguras, deve proteger os consumidores contra informações inadequadas e suas consequências, encorajando as operações que levem à saudável competição de mercado. Nesse aspecto, a regulação atende à sustentabilidade social, pois concede proteção aos consumidores.

#### *e) Continuidade e avaliabilidade do serviço*

Em determinadas circunstâncias, o mercado não pode prover o nível socialmente desejado de continuidade e avaliabilidade de um serviço, por exemplo, onde a demanda seja cíclica (passageiro de transporte aéreo em férias). Serviços de água devem ser considerados como problemas de política social, devem também ser amplamente avaliados.

A regulação, portanto, deve ser justificada em casos similares para produzir resultados socialmente desejados.

#### *f) Comportamento anticompetitivo e preço predatório*

Mercados podem ser deficientes não em razão apenas da carência de competição, mas porque as empresas podem produzir comportamentos pouco saudáveis.

Uma das principais manifestações nesse sentido é o preço predatório.

Isto ocorre quando uma empresa pratica preços abaixo do custo, na esperança de dirigir competidores no mercado, conseguindo um grau de dominação, e usar tal posição para recobrir os custos predatórios e aumentar seus lucros com as despesas dos consumidores.

As precondições para identificar que uma empresa está praticando preços predatórios são:

- ela deve ser capaz de sobreviver a seus concorrentes, uma vez que os preços serão reduzidos abaixo do custo variável por tempo suficiente para recuperar suas perdas anteriores;
- os custos de entrada e de saída devem permitir um período de conforto antes que seus novos competidores surjam;
- O objetivo dos reguladores é sustentar a competição e proteger os consumidores dos efeitos do mercado dominado com leis que afastem os preços predatórios e outros comportamentos não saudáveis.

### *g) Bens públicos e perigo moral*

Alguns produtos, como segurança e serviços de defesa, devem trazer benefícios compartilhados.

Podem, no entanto, ser muito caros para quem paga pelos serviços diante daqueles que usufruem de tais serviços, mas não os pagam. Nesse caso, o mercado pode falhar para incentivar a produção dos serviços e a regulação pode ser exigida — muitas vezes pela imposição de impostos àqueles que não pagam.

### *h) Desigual poder de negociação*

Uma condição prévia da eficiência para alocação de recursos em um mercado é a igualdade do poder de negociação. Se o poder de negociação for desigual, a regulação pode ser justificada para proteger certos interesses. Assim, se o desemprego for predominante, não será possível aos trabalhadores a negociação para proteger seus interesses, e a regulação deve existir para salvar a saúde e a segurança desses trabalhadores.

### *i) Escassez e racionamento*

A regulação também deve existir dentro dos mecanismos de mercado para alocar certos serviços quando estes se mostrarem insuficientes. Escassez de gasolina, por exemplo.

### *j) Distribuição de justiça e política social*

A regulação pode ser usada para redistribuir riqueza ou transferir recursos para vítimas ou para os carentes.

Por uma série de motivos, os governos podem regular simplesmente para continuar políticas sociais como a prevenção à discriminação de raça, cor, sexo etc.

### *k) Racionalização e coordenação*

Em muitas situações, é muito caro para o indivíduo negociar contratos privados e se organizar de modo eficiente com empresas e indústrias. Muitas vezes, as empresas estão dispersas e produzem de modo diferente e com processos industriais incompatíveis.

Nessas circunstâncias, regular pode ser justificado para racionalizar os processos de produção (talvez para padronizar equipamentos criando redes eficientes) e para coordenar o mercado.

### *l) Planejamento*

Os mercados podem garantir razoavelmente bem que as preferências dos consumidores particulares sejam satisfeitas, mas os mercados são menos capazes de atender às demandas das gerações futuras ou satisfazer as preocupações altruístas. Muitas pessoas só terão atitudes altruístas se outras assim se comportarem, daí a necessidade de planejamento a longo prazo.

Para finalizar este item, seria oportuno, ainda, citar a lição de Fernando Antonio Santiago Junior,<sup>26</sup> que destacou a existência atual de **três faces de uma noção de regulação** (relativas ao setor elétrico, mas que podem ser estendidas a outros setores):

- **mais ampla.** Corresponderia a uma função da administração cujo objetivo é o de manter o funcionamento de um sistema complexo segundo os parâmetros estabelecidos pelo Estado de modo permanente, compreendendo desde a regulamentação, a gestão de procedimentos,

---

<sup>26</sup> SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 25-37.

a garantia de acesso à rede, a resolução de litígios, a mediação, as manifestações de opinião e consultas, dentre outras;

- **intermediária pela manifestação de um estado “neoweberiano”.** Hoje a sociedade em um determinado território é extremamente complexa e reativa e não mais pode ser gerida apenas pela rigidez burocrática administrativa justificada pelo racional-legalismo baseado na força do estado weberiano. A sociedade não mais se exprimiria adequadamente numa estrutura piramidal, comandada por um número restrito de políticos. Em face dos atos de contestação da sociedade, o Estado se vê obrigado a negociar e a mediar, passando da verdade revelada à verdade negociada. As ideias não mais são postas do alto para baixo, mas negociadas dentro de um grupo. O jogo do direito entra em cena e a presença das agências é oportuna. Segundo esta concepção, a produção normativa é delegada pelo Estado a um “regulador do terreno”. A regulação seria uma resposta a uma “crise de normatividade” (Gérard Timsit);
- **restrita.** Seria a noção ligada ao “*softlaw*”, direito sem sanção, não aceito pelos positivistas que aceitariam apenas a lei como norma, e não enxergariam atos da administração como avisos, conselhos, orientações e recomendações como legítimos. A regulação aqui seria um direito pós-moderno, líquido adaptado às situações mais diversas, mas, principalmente, vinculado à economia. A regulação estaria aqui limitada a uma solução normativa a problemas econômicos.

### 3. As agências brasileiras

Não se pode afirmar que não existiam entes destinados a regular certas atividades de interesse público antes da criação das chamadas modernas agências reguladoras brasileiras como a Agência Nacional da Energia Elétrica (Aneel); a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) etc., criadas em meados da década de 1990.

Marçal Justen Filho<sup>27</sup> entende que já existiam<sup>28</sup> certas entidades administrativas dotadas de características próprias de agências, como os tribunais

<sup>27</sup> Justen Filho, O direito das agências reguladoras independentes, op. cit., p. 329.

<sup>28</sup> Semelhante opinião é compartilhada por ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípios de direito regulatório do petróleo. In: Rosaldo (Coord.), *Estudos e pareceres*, op. cit., p. 317. “O Instituto Brasileiro do Alcool, o Instituto Brasileiro do Café, etc., todos eles eram autarquias de regulação da economia.”

de contas; o Conselho de Contribuintes da União; o Banco Central do Brasil; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); a Comissão de Valores Imobiliários (CVM); o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), entre outras, as quais, a propósito, serão observadas, posteriormente, neste estudo tratando-as como entidades assemelhadas. Marçal Justen Filho define agência reguladora independente como “uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial”.<sup>29</sup>

Pode-se dizer que estas agências são assim classificadas por certas peculiaridades<sup>30</sup> ou privilégios:<sup>31</sup>

- titularidade de competências **privativas**: as atribuições são retiradas da administração direta, reduzindo o poder desta última;
- em tese, entende-se que as agências não podem ter suas decisões revisadas por outras esferas da administração pública. Suas deliberações seriam privativas, tornando-as autônomas, evitando-se a captura de tais agências;
- titularidade para editar **normas regulamentares**;
- a capacidade para emitir regulamentos não está limitada a apenas um ente administrativo. Portanto, as agências devem ter o poder para emitir regulamentos na área de sua competência, definindo os marcos regulatórios e os instrumentos de regulação;
- titularidade de competência **discricionária**, ou seja, devem possuir capacidade de decisão para solucionar o caso concreto;
- deve existir a independência de objetivos (sem conflitar com o interesse público). Devem poder decidir qual o melhor caminho para os casos concretos;
- cargos em comissão com **prazo determinado**.

Deverá ser excluída a possibilidade de exoneração ou movibilidade a qualquer tempo, mesmo tratando-se de cargos em comissão, admitindo-se a exoneração apenas em casos de ação ou omissão incompatíveis com os deveres da função. Deste modo, assegura-se a desvinculação da administração pública. A nomeação dos administradores se dá pelos chefes do Poder Executivo, federal, estadual ou municipal, e suas atribuições devem ter prazos fixados previamente;

- possuem **autonomia financeira**.

<sup>29</sup> Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 475.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 478-481.

<sup>31</sup> Cuéllar, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, op. cit., p. 93.

Leila Cuéllar<sup>32</sup> lembra que a autonomia financeira significa que as agências, além das dotações orçamentárias gerais, podem buscar a arrecadação das taxas de fiscalização sobre os serviços regulados; produtos de multa; rendimentos de operações financeiras; recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos celebrados; doações, legados e valores apurados na venda ou aluguel de bens imóveis ou móveis de propriedade de agências.

Abaixo serão examinadas algumas agências reguladoras brasileiras, as quais, como será visto, podem ser constituídas no âmbito federal, estadual e municipal. Em alguns momentos, serão feitas abordagens consideradas oportunas em comparação à teoria e às experiências internacionais apontadas.

### 3.1 Agências federais

#### a) Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)

Criada pela Lei nº 9.427/1996, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Merecem destaque as seguintes atribuições da Aneel previstas no art. 3º da mencionada lei:

(...)

I — **implementar as políticas e diretrizes do governo federal** para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, (...)

II — promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os **procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público** para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (...)

IV — **gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público,**

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 94.

**bem como fiscalizar**, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (...)

VIII — estabelecer, **com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica**, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; (...)

IX — **zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência**, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; (...)

XII — estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, **visando a universalização do uso da energia elétrica**; (...)

XVII — **estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização** para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004) (...).

(sem grifos no original)

A Resolução Aneel nº 63, de 12 de maio de 2004, disciplina os procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. A Resolução nº 273, de 10 de julho de 2007, aprova as normas sobre procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Aneel, bem como disciplina as audiências, consultas públicas, a produção de atos normativos, o rito processual, os recursos administrativos etc.

Quanto às tarifas de energia elétrica no Brasil, a Lei das Concessões nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prevê o seguinte:

Art. 9º **A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação** e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.

§ 1º **A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.** (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

(...).

(sem grifos no original)

Não existe, portanto, lei específica que imponha os valores tarifários de forma pontual.

Pode-se entender, então, que a agência reguladora do setor elétrico brasileiro cuida tanto do interesse público, quanto das correções de mercado, merecendo a atenção de ambas as escolas que estudam a regulação (escola do interesse público e escola neoclássica da regulação), conforme mencionado anteriormente.

Logo, a agência reguladora visa proteger a questão da sustentabilidade, seja econômica, com a regulação do mercado, seja social, pois com uma maior proteção tarifária os usuários de serviços públicos se encontram com uma proteção maior, bem como com um maior acesso à energia elétrica, que é essencial para uma vida digna.

### *Regulação europeia do setor elétrico*

Alessio Parente<sup>33</sup> se refere à regulação “pró-competência” para responder à aplicação de determinados princípios e técnicas jurídicas que vinculam a conduta dos agentes europeus de mercado para fomentar a competência.

Tais princípios deveriam, segundo o autor,<sup>34</sup> ser sopesados e abaixo são arrolados:

---

<sup>33</sup> PARENTE, Alessio. *Principios de derecho europeo de la energía*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 150-169. (tradução livre)

<sup>34</sup> *Ibid.*

- Princípio da transparência, que, com o princípio da obrigação da informação, representam um dos fundamentos da regulação. Permitem conhecer as dinâmicas de mercado dos produtos energéticos, além de favorecerem o bom funcionamento do mercado, autorizando instrumentos de controle para salvaguardar a segurança de abastecimento em um complexo de relações que pode afetar os operadores, os consumidores, os Estados-membros e a União;
- Princípio da confidencialidade. Aparente antítese do princípio anterior, permite evitar que se transfiram informações reservadas que poderiam favorecer determinadas empresas, prejudicando outros competidores;
- O acesso à rede: da “*essential facilities doctrine*” ao princípio do “*common carrier*”;
- Este princípio leva em consideração o direito da empresa em eleger livremente com quem deve fazer negócios de modo neutro. No caso, para a atividade regulada, a neutralidade é perseguida pelo legislador mediante mecanismos que impõem acordos forçados, para uso compartilhado, entre competidores do acesso à rede. Diz respeito ao “*common carrier*”, onde o conteúdo das obrigações é definido *ex ante*. No caso da “*essential facilities doctrine*”, a neutralidade se assegura com a intervenção de uma autoridade instituída para a proteção da competência. As obrigações são definidas *ex post* por uma autoridade para verificar abuso de posição;
- O “*unbundling*” (não agrupamento). A presença no mercado de empresas integradas, em toda a cadeia elétrica, pode causar distorções no desenvolvimento da competência por subvenções cruzadas e ações discriminatórias. Contra este tipo de comportamento devem existir regras chamadas de *unbundling* contábil (separação contábil por segmentos de atividade das empresas), *unbundling* jurídico-gestacional (normas jurídicas impeditivas, com criação inclusive de empresas *ad hoc*) e *unbundling* de propriedade (impedir que a mesma empresa controle a produção e distribuição de energia);
- Princípio da não discriminação. Não discriminação das empresas quanto a direitos e obrigações;
- Princípio da reciprocidade. Antes da abertura dos mercados de energia dos países europeus, alguns países poderiam definir alguns clientes como qualificados perante algumas empresas. Tal definição poderia desequilibrar o mercado de energia. Com a aplicação deste princípio,

não mais se pode falar em cliente qualificado. Deste modo, caso algum Estado considere qualificado determinado cliente em um determinado país, o mesmo deve acontecer em outros países;

- Instituição de uma autoridade reguladora nacional. O art. 35 da Diretiva 2009/72/CE estabeleceu que cada Estado-membro designará uma autoridade reguladora em escala nacional.

Quanto à Agência de Cooperação Europeia de Energia (Regulamento 713/2009), destacam Gonzalo Maestro Buelga, Miguel Ángel García Herrera e Eduardo Virgala Foruria<sup>35</sup> que, após a abertura de mercado e da definição de competências regionais, a nova configuração dos reguladores nacionais europeus adquiriu um papel relevante na construção do mercado interno, convertendo-se no pilar fundamental do mercado energético e na inovação normativa.

Tal inovação se deu em razão da criação, pelo Regulamento nº 713/2009, da Agência de Cooperação Europeia de Energia. A criação de tal agência se justificou pela insuficiência dos instrumentos de coordenação até então existentes para os grupos de gás e eletricidade, os quais demandavam uma coordenação mais incisiva, centralizada, com a superação da coordenação voluntária. Estes autores<sup>36</sup> entendem, porém, que ainda são os reguladores nacionais que constituem a base do sistema e do papel europeu (aliás, subsidiário, conforme ditames do direito comunitário europeu), o qual é destinado para a estrutura de garantia de mercado. Como carecem de instrumentos vinculantes, as funções da nova agência passam a ser modestas, com competências e poderes débeis.

Interessante destacar que poderia existir, subsidiariamente, uma intervenção europeia em um determinado país, caso se tratasse de problemas de regulamentação em matéria de condições de acesso e segurança operativa. Mas tal intervenção só seria possível sobre a base de um desacordo dos reguladores nacionais ou a pedido destes. Ademais, este processo de intervenção duraria 18 meses.

---

<sup>35</sup> BUELGA, Gonzalo Maestro; HERRERA, Miguel Angel García; FORURIA, Eduardo Virgala. *El mercado europeo de la energía: contradicciones y paradojas*. In: BUELGA, Gonzalo Maestro; HERRERA, Miguel Angel García; FORURIA, Eduardo Virgala (Coord.). *La construcción del mercado europeo de la energía*. Granada: Comares, 2011. p. 25-26. (tradução livre)

<sup>36</sup> Ibid.

## *Importância do tema energético no mundo e no Brasil*

Focando-se, particularmente, o tema da energia, é interessante notar como os países estão dedicando estudos ao assunto, o qual envolve a justiça social, direitos fundamentais e o papel do Estado pelas agências reguladoras, privatizações e concessões de serviços, além dos respectivos poderes políticos e econômicos.

Neste sentido, já se fala em um direito à energia (embora esteja conceitualmente em construção) como direito moderno fundamental, acessível a todas as pessoas como necessidade vital, nas palavras de Michel Vakaloulis,<sup>37</sup> professor da Universidade de Paris 8, Saint Denis.

Por sua vez, Sharon Beder,<sup>38</sup> professora australiana da Universidade de Sidney, especialista em relações sociais e de corporações, abre seu livro com o seguinte texto:

Racionamento de eletricidade no Brasil. Apagões desde a Califórnia à Nova York até o sul da Austrália e Buenos Aires. Protestos massivos na Índia, África e toda a América Latina. Enron, a sétima maior empresa dos Estados Unidos se declara em quebra... e em Auckland, Nova Zelândia, o distrito comercial central careceu de energia durante semanas. Bem vindos ao mundo feliz da desregulação e da privatização elétrica.

---

<sup>37</sup> VAKALOULIS, Michel. Droit à l'énergie et légitimité sociale. Le cas de l'électricité. In: FRACHON, Olivier; VAKALOULIS, Michel. *Le droit à l'énergie*. Paris: Syllepse, 2002. p. 56-61.

*"Penser le droit à l'énergie.*

*Qu'est-ce que le droit à l'énergie? C'est le droit pour toute personne le pouvoir disposer d'un minimum d'énergie quelle que soit sa situation financière. C'est un droit universel qui devrait s'appliquer sur l'ensemble du territoire national, voire au niveau mondial sans discriminations.*

[...]

*Dans les sociétés de la modernité avancée, le droit à l'énergie ne représente pas une question annexe des politiques de la lutte contre les "exclusions", mais désigne un besoin vital des citoyens "aussi nécessaire que l'oxygène pour respirer".*

[...]

*Un droit in achevé [um direito em construção]*

[...]

*Le premier point concerne l'extensibilité du droit à l'énergie. En fait, quel est son domaine précis de juridiction? Se limite-t-il à l'électricité ou renvoie-t-il, en perspective, à l'accès pour toute personne aux diverses formes d'énergie dans leur ensemble? Concerne-t-il exclusivement l'opérateur public chargé de missions d'intérêt général ou devrait-il inclure tous les opérateurs privés qui seraient amenés à travailler sur le territoire national?"*

<sup>38</sup> Beder, *Energia y poder*, op. cit., p. 13. (tradução livre)

Em outra passagem<sup>39</sup> do mesmo trabalho, a autora escreve que:

### O impulso à **desregulação**

O abundante e confiável abastecimento elétrico, além de uma grande quantidade de anúncios pagos por consumidores e campanhas de relações públicas, permitiram que durante várias décadas muito poucos questionassem o sistema de monopólios regulados pelo Estado. Sem dúvida, os aumentos nas tarifas ocasionados pelo custo da construção de plantas de energia nuclear nos anos setenta e o aumento das taxas de interesse e dos preços do petróleo cru causaram descontentamento, o qual foi utilizado e potencializado por interesses que viram na desregulação da eletricidade oportunidades para obter ganhos ou reduzir custos. **Tal retórica foi criada por um novo tipo de equipes de especialistas em investigação (*think tanks*) que proliferava em Washington e em outras partes. Estas equipes de especialistas em investigação, criadas na década de setenta como parte da reação conservadora contra movimentos ecologistas e de consumidores, dedicaram muito tempo e energia para atacar a intervenção e a regulação do governo na maioria das áreas de negócios e economia.** (grifou-se)

Em outro ponto da obra,<sup>40</sup> mas particularmente dedicado ao Brasil, escreve a mesma autora que a privatização no Brasil teve início antes mesmo da criação da Agência Reguladora (Aneel) e que existiria uma tendência em mudar a matriz energética do país, da hidreletricidade para o gás natural, dada a desregulação e a privatização, significando com isso maior impacto ambiental e, por sua vez, uma não observância à questão da sustentabilidade ambiental.

Claro que a autora se refere à desregulação que poderia ser justificada, justamente, para limitar e coordenar o excesso de normas regulatórias, evitando-se o chamado custo regulatório constatado por alguns países na década de 1980.<sup>41</sup>

Embora significativa, porém, não se verificou total mudança na matriz energética brasileira provocada pela desregulação ou mesmo pelo processo de

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 181-182. (tradução livre)

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 662-663. (tradução livre)

<sup>41</sup> Ver JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 472-473.

privatização. Os aspectos econômicos e tecnológicos de produção e consumo ainda devem pautar a definição da matriz energética brasileira. Comprove-se tal afirmação pela tabela fornecida pelo Ministério das Minas e Energia:<sup>42</sup>

Tabela 1  
Oferta interna de energia no Brasil (% e tep) 1973-2010

Ano		1973	2010	
<b>não renovável</b>	Deriv. petróleo	45,6%		37,7%
	gás natural	0,4%		10,3%
	carvão mineral	3,1%		5,2%
	urânio	0,0%		1,4%
	<b>subtotal</b>	<b>49,1%</b>	<b>subtotal</b>	<b>54,6%</b>
<b>renovável</b>	eletricidade/ hidráulica	6,1%		14,1%
	Biomassa/ eólica/outras	44,8%		31,3%
	<b>subtotal</b>	<b>50,9%</b>	<b>subtotal</b>	<b>45,4%</b>
<b>total</b>	<b>100,0%</b>	<b>total</b>	<b>100,0%</b>	

Fonte: Ministério das Minas e Energia (2010).

Desta maneira, talvez ainda seja cedo para se retirar conclusões acerca do papel da Agência Reguladora Brasileira do setor elétrico (Aneel), em se tratando de definições da matriz energética brasileira, dentre outras atuações, e não se pode, assim, concluir se a agência reguladora no Brasil, no que toca à energia elétrica, trará ou não sustentabilidade ao país, seja em caráter social, econômica e ambiental.

### *b) Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)*

Merecem destaques os seguintes dispositivos da Lei nº 9.472/1997, que instituiu a Anatel, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/1997:

<sup>42</sup> Disponível em: <[www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3\\_-\\_Resenha\\_Energetica/Resenha\\_Energetica\\_2010\\_-\\_PRELIMINAR.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3_-_Resenha_Energetica/Resenha_Energetica_2010_-_PRELIMINAR.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011. p. 21.

Art. 1º Compete à União, por intermédio do **órgão regulador** e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, **organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.**

[...]

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I — **garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;**

II — **estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações** pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III — **adotar medidas que promovam a competição** e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV — **fortalecer o papel regulador do Estado;**

V — **criar oportunidades de investimento** e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI — **criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico** com as metas de desenvolvimento social do País.

(grifou-se)

### *Tarifas de telecomunicações no Brasil*

Os arts. 103 e 104 da mesma lei estabelecem o modo de fixação das tarifas de telecomunicações no Brasil:

Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 1º **A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.**

(...)

§ 3º **As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.**

(...)

(grifou-se)

De modo semelhante à energia, as tarifas serão fixadas no momento da concessão, como uma forma de o poder público controlar as tarifas e tentar preservar uma proteção neste sentido. Contudo, questiona-se: como fica a teoria da tripartição dos poderes? Não deveriam as agências reguladoras possuírem autonomia suficiente para fixar as tarifas ou cabe ao Poder Legislativo fixar mediante lei e atuar, portanto, na esfera do Poder Executivo? É uma questão a ser refletida, mas que por ora não encontra uma solução pacífica. Em muitos casos, há conflito, também, entre a atuação dos ministérios — órgãos da administração pública direta — com as agências — autarquias especiais da administração pública indireta.

Cabe menção, ainda, o que dispõem os arts. 39 e 44 da mesma lei, uma vez que preveem a participação do particular nos atos da referida agência:

Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo único. A Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.

Art. 44. Qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias.

Tais dispositivos confirmam a escrita de Alexandre Santos de Aragão,<sup>43</sup> que entende que hoje não mais se pode falar apenas em uma participação por meio de ampla defesa e contraditório tradicionais, para defesa de determinados interesses, mas sim de uma ampla defesa de direitos difusos, admitindo-se um processo administrativo normativo.

Em rápido exame dos dispositivos destacados, pode-se afirmar que a Anatel cuida não apenas das correções de mercado (art. 2º, III e VI), ou apenas de especificações técnicas (art. 1º, par. único) do sistema de telecomunicações no Brasil. O interesse público está presente em âmbito normativo (art. 2º, I e II).

---

<sup>43</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípios de direito regulatório do petróleo. In: Rosaldo (Coord.), *Estudos e pareceres*, op. cit., p. 315.

Os brasileiros, após a privatização dos serviços de telecomunicações, puderam ter maior acesso aos meios de comunicação, como telefonia fixa, móvel, sistemas de televisão digitais etc. Mas também é verdade que os serviços de telecomunicações (ao lado do setor bancário) são aqueles mais criticados<sup>44</sup> pela população, mesmo se tendo em conta os problemas de infraestrutura estatais ligados ao setor e, assim, o próprio papel da Anatel passa a ser questionado.

### *c) Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)*

Também instituída na década de 1990, pela Lei nº 9.478/1997 (art. 7º), a ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º).

A ANP é responsável por regular importante atividade econômica vinculada ao monopólio da União, como se observa no art. 177 da Constituição Federal:

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, (...)

V — a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

(...)

---

<sup>44</sup> Disponível em: <[www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx](http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx)>; <[www1.folha.uol.com.br/mercado/1070586-bancos-e-telefonia-lideram-reclamacoes-do-procon-neste-ano.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1070586-bancos-e-telefonia-lideram-reclamacoes-do-procon-neste-ano.shtml)>; <<http://idgnow.uol.com.br/mobilidade/2012/07/19/operadoras-moveis-sao-lideres-em-reclamacoes-nos-procons/>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

A atividade relacionada ao petróleo é merecedora de regulação intensa e independente, pois não se está diante da regulação de serviço público prestado por particulares, mas de atividade econômica altamente relevante.<sup>45</sup> É indispensável destacar que vários interesses estão em jogo, vinculados à manutenção produtiva do país (assim como no caso da energia), mas principalmente à soberania e independência dos produtos e mercados internacionais.

Note-se a dependência das matrizes energéticas (ofertas de energia) no mundo e compare-se com a situação brasileira da Tabela 1 anterior.<sup>46</sup>

Tabela 2  
Oferta interna de energia na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Ocde)<sup>47</sup> – (% e tep) 1973-2008

Ano		1973	2008
<b>não renovável</b>	deriv. petróleo	52,5%	37,5%
	gás natural	19,0%	23,4%
	carvão mineral	22,6%	20,8%
	urânio	1,3%	10,9%
	<b>subtotal</b>	<b>95,4%</b>	<b>92,7%</b>
<b>renovável</b>	eletricidade/ hidráulica	2,1%	2,1%
	biomassa/ eólica/outras	2,5%	5,2%
	<b>subtotal</b>	<b>4,6%</b>	<b>7,3%</b>
<b>total</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	

Fonte: Ministério das Minas e Energia (2010).

Sem nenhuma dúvida, um setor tão importante não pode ficar à mercê apenas das regras de mercado, sem a intervenção estatal no sentido de consolidar as políticas públicas.

<sup>45</sup> CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 117.

<sup>46</sup> Disponível em: <[www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3\\_-\\_Resenha\\_Energetica/Resenha\\_Energetica\\_2010\\_-\\_PRELIMINAR.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/BEN/3_-_Resenha_Energetica/Resenha_Energetica_2010_-_PRELIMINAR.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2012. p. 21.

<sup>47</sup> Os 30 países-membros da Ocde: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coreia do Sul, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido, Rep. Eslovaca, Rep. Tcheca, Suíça, Suécia e Turquia. Obs.: Os chamados Brics (Brasil, Rússia, Índia e China) não constam.

#### *d) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)*

A Anvisa foi instituída pela Lei nº 9.782/1999 (art. 3º).

Como estabelece o art. 6º da referida lei:

A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Aqui, também, a regulação não diz respeito, simplesmente, às correções de mercado, mas se volta para a distribuição de justiça e políticas sociais, já comentadas. Pode-se perceber a importância do caráter técnico que deve ser empregado neste tipo de regulação.

#### *e) Agência Nacional de Águas (ANA)*

Criada pela Lei nº 9.984/2000 (art. 3º), possui como finalidade implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

#### *f) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)*

Criadas pela Lei nº 10.233/2001 (art. 20), têm como atribuições: regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros.

#### *g) Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)*

Criada pela Lei nº 11.182/2005, tem como incumbência regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (art. 2º).

### 3.2 As agências federais assemelhadas

Como já dito anteriormente, algumas entidades estatais já cumpriam alguns papéis que, hoje, com advento das chamadas modernas Agências Reguladoras Independentes (criadas na década de 1990, Aneel, Anatel e ANP) poderiam ser vinculadas às normas de regulação, de controle, planejamento, políticas sociais, enfim, de interesse público.

As mais citadas pela literatura jurídica administrativa são as seguintes:

#### a) Os tribunais de contas (federal, estaduais e municipais)

Segundo Marçal Justen Filho,<sup>48</sup> tais tribunais, qualificados como autoridades administrativas independentes, desempenham funções de controle da administração dos demais órgãos estatais, recebendo autonomia necessária para que citados órgãos desenvolvam suas funções com independência em face dos ocupantes de mandatos eletivos e demais órgãos dos poderes do Estado.

Segundo o mesmo autor,<sup>49</sup> o Tribunal de Contas não deve contar com poder legiferante. A única diferença entre a estruturação de tais tribunais e o modelo das “modernas” agências seria a vitaliciedade na função dos cargos dos referidos tribunais.

Mas, de fato, estes órgãos não desempenham, diretamente, atividades relacionadas ao mercado, não podendo, com certeza, ser enquadradas “modernamente” como reguladoras.

#### b) O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf)

O atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), antigo Conselho de Contribuintes da União, foi criado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Seguindo-se a relação de entidades arroladas por Justen Filho,<sup>50</sup> tem-se o conselho não classificado como autarquia. Possui como incumbência julgar, em grau de recurso, os processos administrativos fiscais relativos aos tributos da União.

---

<sup>48</sup> Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 329.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 332.

O Conselho é composto por representantes da iniciativa privada e pública, outra peculiaridade bastante marcante.

Embora esteja localizado na estrutura da administração direta, não está submetido à submissão hierárquica.<sup>51</sup>

### *c) Banco Central do Brasil (Bacen)*

Entidade responsável em formular a política monetária do Brasil, exigindo-se autonomia da autoridade estatal. Marçal Justen Filho<sup>52</sup> lembra que a disciplina legislativa do Banco Central foi delineada em época autoritária. Sua autonomia foi sendo consolidada com a redemocratização do Brasil. Segundo o mesmo autor,<sup>53</sup> os exercentes das funções diretivas deveriam ser protegidos contra pressões de ordem pública ou privada.

Leila Cuéllar,<sup>54</sup> ao concordar com Egon Bockmann Moreira, escreve que embora o Bacen desempenhe atividades regulatórias, não possui o mesmo grau de independência normativa hoje conferida às agências reguladoras. Assim, não se pode classificá-lo como agência reguladora independente.

Como se sabe, a nomeação do presidente do Banco Central e de seus diretores, após aprovação do Senado Federal (art. 84, XIV da CF/88), é de incumbência do presidente da República.

O que se observa na realidade brasileira, contudo, é uma ligação muito forte entre a política monetária e os direcionamentos financeiros ditados pelo Ministério da Fazenda e pelo próprio poder executivo por meio do Conselho Monetário Nacional (CMN).

Esta percepção é confirmada pela legislação relativa à matéria.

O Comitê de Política Monetária (Copom), órgão do Bacen, tem como objetivo estabelecer as diretrizes da política monetária e definir a taxa básica de juros.

Com o advento do Decreto nº 3.088/99 (art. 1º, “*caput*”) ficou estabelecida, como diretriz para fixação do regime de política monetária, a sistemática de “metas para a inflação”. Tais metas para a inflação serão fixadas pelo Conselho

---

<sup>51</sup> No âmbito do estado do Paraná é admissível o recurso hierárquico conforme art. 36 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes — Resolução Sefa nº 82/2011.

<sup>52</sup> Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 334.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Cuéllar, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, op. cit., p. 77.

Monetário Nacional, mediante proposta do ministro de Estado da Fazenda (art. 1º, § 2º do citado decreto).

Ao Banco Central do Brasil compete executar as políticas necessárias para cumprimento das metas fixadas (art. 2º do citado decreto).

Entretanto, o CMN é composto por (art. 6º da Lei nº 4.595/1964):

- Ministro da Fazenda que será o presidente;
- Presidente do Banco do Brasil S.A.;
- Presidente do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
- Sete (7) membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete (7) anos, podendo ser reconduzidos.

Por último, mencione-se, ainda, que o CMN possui diversas atribuições, mas deverá seguir as diretrizes determinadas pela Presidência da República (art. 4º). Ratifica-se, portanto, a opinião dos autores anteriores que afirmaram que não se pode enquadrar o BACEN (e também o CMN<sup>55</sup>) como entidade reguladora independente (sentido estrito), dada sua pequena autonomia.

#### *d) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*

Criado pela Lei nº 4.137/1962, o Cade consiste num órgão regulador que precedeu aos atuais modelos de regulação. É o órgão responsável pela regulação da concorrência no Brasil.

Foi transformado em autarquia pela chamada Lei Antitruste nº 8.884/1994, que, por sua vez, foi revogada pela Lei nº 12.529/2011.

Faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo próprio Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 3º da Lei nº 12.529/2011).

O Cade é constituído pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º da Lei nº 12.529/2011).

Dentre as variadas atribuições do **Tribunal** (Plenário), cabe mencionar as seguintes: decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos

---

<sup>55</sup> Conforme posições de Egon Bockmann Moreira e Leila Cuéllar. Ver Cuéllar, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, op. cit., p. 77.

para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; etc. (art. 9º da Lei nº 12.529/2011).

Cabe à **Superintendência-Geral**, dentre outras atribuições (art. 13 da Lei nº 12.529/2011):

- acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas, que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e os documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

- promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

- instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

- remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica.

Ao **Departamento de Estudos Econômicos** cabe elaborar estudos e pareceres econômicos (art. 17 da Lei nº 12.529/2011).

Compete à **Secretaria de Acompanhamento Econômico** promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (art. 19 da Lei nº 12.529/2011). Basicamente, é um órgão opinativo destinado à elaboração de pareceres.

Importante mencionar que na Lei nº 12.529/2011 se encontram dispositivos que disciplinam os processos administrativos referentes às infrações concorrenciais e contra ordem econômica, não se limitando apenas a aspectos de competência ou administrativos.

### *e) Comissão de Valores Mobiliários (CVM)*

Criada pela Lei nº 6.385/1976, vinculada ao Ministério da Justiça, possui como atribuição a disciplina e a fiscalização de mercado de valores.

Interessante as palavras de Marçal Justen Filho,<sup>56</sup> que considera exemplar o desempenho da CVM, mas critica a posição de parte do empresariado brasileiro pela recusa em reconhecer a necessidade de produção de lucro e de sua distribuição aos acionistas.

### 3.3 Agências estaduais

De acordo com o art. 30, I, da Constituição de 1988, os municípios detêm competência para prestação de serviços de interesse local. Os estados possuem competência remanescente. Pelo princípio federativo, portanto, é possível a criação de agências federais, estaduais (distritais) e municipais.

Leila Cuéllar<sup>57</sup> escreve que os estados possuem agências especializadas (como no âmbito federal), mas têm optado (devido a questões financeiras e territoriais) por entes reguladores multissetoriais, classificados como autarquias especiais, que cuidam de diferentes áreas como rodovias, ferrovias, terminais de transporte, transporte rodoviário coletivo intermunicipal de passageiros, inspeção de segurança veicular, telecomunicações, petróleo e seus derivados, álcool, portos, navegação aérea, eletricidade, gás canalizado, saneamento, irrigação etc.

Aponta a autora<sup>58</sup> que algumas leis estaduais estabelecem que a indicação para cargos não partem apenas do Poder Executivo, mas que representantes da sociedade também integram os órgãos de direção.

Exemplos de Agências estaduais:

– Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arseps);

– Agência Reguladora de Saneamento Básico e Energia do Estado do Rio de Janeiro (Agenera).

No Paraná, foi criada a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura, pela Lei Complementar nº 94/2002, mas que até hoje não foi regulamentada.

Existe o Projeto de Lei nº 361/2011 que quer ampliar a abrangência não só de serviços públicos relacionados à infraestrutura, mas todos os serviços públicos delegados, especialmente aqueles relacionados ao saneamento, energia e tecnologia e informática.

---

<sup>56</sup> Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 336-337.

<sup>57</sup> Cuéllar, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, op. cit., p. 125.

<sup>58</sup> *Ibid.*

### 3.4 Agências municipais

As agências municipais cuidam basicamente dos setores de água e saneamento e, segundo Leila Cuéllar,<sup>59</sup> podem existir conflitos de competência entre os vários entes federativos, mas também convênios para exercer parcelas do poder regulatório. Pelo estudo efetuado pela autora, pode-se constatar que em alguns casos a criação de agências municipais passou por um modismo e que a criação de muitas delas, concentrando diversas áreas de atuação, não teria sentido, dada a falta de especialização e técnica própria das agências reguladoras modernas.

Exemplos de agências municipais:

- Agência Reguladora de Saneamento Básico de Cascavel (Paraná);
- Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgoto de Mauá (São Paulo).

## 4. Considerações finais

Percebe-se, pela literatura jurídica e pela realidade nacional, que o interesse pelas agências reguladoras passou a ser maior com o advento das modernas ou independentes agências reguladoras criadas principalmente em meados da década de 1990 (Aneel, Anatel e ANP).

Como visto, o Brasil já contava com algumas entidades antes desta data, mas não existia uma qualificação sistematizada que possibilitasse um estudo particularizado. Conforme destacam os autores, existiam mecanismos de regulação dirigidos ao interesse público e para correção das atividades de mercado, visando, assim, uma efetiva sustentabilidade econômica e social, mas a autonomia de tais entidades era bastante reduzida, uma vez que estavam vinculadas de alguma maneira à administração central.

Sob críticas e esperanças, o Brasil acabou por importar a ideia das chamadas agências reguladoras independentes sob influência do direito anglo-saxão.

É de se perceber que antigos órgãos mantêm as mesmas funções paralelamente às chamadas agências reguladoras, trazendo alguns conflitos, inclusive, de competência em alguns momentos, e não existiu um movimento para uniformizar tais procedimentos regulatórios, instituindo-se novos órgãos

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 46-47.

ou legislações. Ideologicamente, talvez, o Brasil ainda não estivesse maduro para tais agências, pois convivia ainda com relação de poderes antigos, estruturas administrativas voltadas para a administração central (baixa autonomia) e, principalmente, não sabia conviver com o poder normativo que deveriam receber estas novas agências.

Some-se a isso, ainda, o fato de que estas agências reguladoras independentes brasileiras terem sido referenciadas por outras agências criadas no âmbito do *Common Law* anglo-saxão, as quais tomaram força por motivos políticos ideológicos de mercado diferentes dos motivos brasileiros. Houve uma importação de modelo sem adequá-lo à realidade nacional.

Diante dessa realidade, constata-se que o Brasil ainda não conta sequer com uma lei, que organize ou discipline a formação e condutas das agências reguladoras. E não se pode negar, ademais, que a atuação e o fortalecimento de tais agências passam, periodicamente, pelo interesse e perfil ideológico dos governantes.

Espera-se que, caso seja efetivamente implantada tal moderna ideia de regulação, que o Brasil tenha sucesso em tal jornada. Não se deseja que recursos sejam destinados a estas agências e que todo este processo se mostre inviável, seja pela opção de negligência política, pela captura de tais agências ou mesmo pela incompetência delas próprias.

Tendo-se em conta algumas experiências internacionais aqui apontadas, pode-se dizer que o Brasil ainda não obteve uma impressão definitiva a respeito do desempenho das chamadas modernas agências reguladoras. Vários são os resultados que devem ser analisados, se é que um dia poderão ser conclusivos, em face dos diversos interesses públicos e de correção de mercado, mas o certo é que as agências possuem um papel fundamental para a sustentabilidade econômica, social e ambiental, pois corrigem distorções do mercado com a conseqüente regulação tarifária e uma maior democratização na prestação do serviço público.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípios de direito regulatório do petróleo. In: ROSALDO, Marilda (Coord.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 313-322.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDER, Sharon. *Energía y poder: la lucha por el control de la electricidad en el mundo*. México: FCE, 2005.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 173-220.

BUELGA, Gonzalo Maestro; HERRERA, Miguel Angel García; FORURIA, Eduardo Virgala. El mercado europeo de la energía: contradicciones y paradojas. In: BUELGA, Gonzalo Maestro; HERRERA, Miguel Angel García; FORURIA, Eduardo Virgala (Coord.). *La Construcción del mercado europeo de la energía*. Granada: Comares, 2011. p. 1-49.

COSTA, Carlos José de Castro. *Monopólio natural: a legitimação do monopólio para minimizar os custos de produção*. Disponível em: <[www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carlos\\_jose\\_de\\_castro\\_costa.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_jose_de_castro_costa.pdf)>. Acesso em: 7 maio 2011.

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

\_\_\_\_\_. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: ROSALDO, Marilda (Coord.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 323-359.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PARENTE, Alessio. *Principios de derecho europeo de la energía*. Navarra: Aranzadi, 2010.

ROSEMBUJ, Tulio. *El impuesto ambiental*. Barcelona: Editorial el Fisco, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VAKALOULIS, Michel. Droit à l'énergie et légitimité sociale. Le cas de l'électricité. In: FRACHON, Olivier; VAKALOULIS, Michel. *Le droit à l'énergie*. Paris: Syllepse, 2002. p. 19-80.