

## Características da regulação exercida pelas agências reguladoras independentes.<sup>1</sup>

Characteristics of regulation carried out by independent regulatory agencies.

Priscila Rodrigues Ghedini

### Resumo

As agências reguladoras independentes assumiram um papel de destaque no cenário nacional após o processo de desestatização ocorrido na década de 90. O protagonismo dos agentes privados no exercício das atividades econômicas demandou a criação de estratégias de intervenção indireta na ordem econômica, com a conformação do comportamento dos agentes econômicos aos interesses sociais perseguidos pelo Estado. Este artigo se propõe a analisar as principais características da regulação exercida pelas agências reguladoras independentes, com ênfase nos elementos de seu regime jurídico especial que buscam assegurar uma atuação despolitizada e de caráter técnico.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo – Regulação – Agências Reguladoras Independentes – Regime jurídico especial – Autonomia reforçada.

### Abstract

Independent regulatory agencies have assumed a prominent role on the national stage following the privatization process that occurred in the 1990s. The leading role of private actors in economic activities demanded the creation of strategies for indirect intervention in

---

<sup>1</sup> A finalidade deste trabalho é analisar, com esteio na doutrina nacional especializada, as principais características da regulação exercida pelas agências reguladoras independentes, com especial ênfase às prerrogativas inerentes ao seu regime jurídico diferenciado, essenciais ao cumprimento adequado e eficiente da função regulatória, essencialmente técnica e despolitizada.

the economic order, aligning the behavior of economic agents with the social interests pursued by the State. This article aims to analyze the main characteristics of the regulation exercised by independent regulatory agencies, emphasizing the elements of their special legal regime that seek to ensure a depoliticized and technical performance.

**Keywords:** Administrative Law – Regulation – Independent Regulatory Agencies – Special legal regime – Reinforced autonomy.

## 1 – INTRODUÇÃO

A regulação é uma atividade por meio da qual o Estado interfere de forma indireta na ordem econômica, conformando o comportamento de agentes econômicos com vistas à consecução de fins socialmente desejáveis. Trata-se de atividade complexa, que compreende a integração de diversas funções administrativas, tais como a função normativa, a função executiva e a função judicante.

O autor Alexandre Aragão traz um conceito preciso e completo de regulação da economia, cujo teor merece ser reproduzido:

Por todo o exposto neste capítulo, já podemos condensadamente definir a regulação da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.<sup>2</sup>

Do conceito apresentado é possível extrair que a grande finalidade da atividade regulatória reside na adequação do comportamento dos agentes econômicos aos interesses da coletividade, o que pode ser alcançado tanto pelo uso de métodos de indução e consenso quanto pela instituição de estratégias regulatórias restritivas da autonomia empresarial.

No contexto do Estado-Regulador, as agências reguladoras independentes assumem um importantíssimo papel no exercício da atividade regulatória desempenhada pelo Estado, sobretudo em razão da considerável autonomia que preservam frente à Administração centralizada, o que lhes permite conferir um tratamento técnico e despoliticizado ao setor regulado.

---

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

Em que pese a incontestável importância das agências reguladoras no modelo de regulação brasileiro, é importante esclarecer que o exercício da atividade regulatória do Estado pode ser realizado por diversos meios, e não pressupõe, necessariamente, a criação de uma agência reguladora independente, podendo ser exercida até mesmo no âmbito da Administração Direta. Desta feita, as agências reguladoras representam apenas um dos modelos organizacionais possíveis para o exercício da atividade regulatória.

Por razões metodológicas, no entanto, o presente trabalho focará apenas na regulação exercida pelas agências reguladoras independentes, com ênfase nas principais características de seu regime jurídico especial.

## **2 – O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL**

O surgimento das agências reguladoras no direito brasileiro só pode ser compreendido a partir de uma análise prévia da gênese desse fenômeno, surgido nos Estados Unidos da América a partir da década de 30, no contexto da crise do liberalismo deflagrada após a quebra da Bolsa em 1929<sup>3</sup>. Essa crise evidenciou uma falha do Sistema Liberal Clássico adotado pelos Estados Unidos da América, caracterizado pela “mão invisível do mercado” (autorregulação da economia), o que levou o Governo a criar uma série de projetos com a finalidade de reestruturar o ambiente do mercado, plenamente devastado com a Grande Depressão.

Uma das medidas adotadas pelo Governo norte-americano para superação da crise ocasionada pelas falhas de um mercado excessivamente livre foi levada a efeito por meio da criação de agências reguladoras, como forma de viabilizar uma intervenção maior do Estado na ordem econômica. Tais entidades administrativas deveriam se voltar à edição de atos normativos de conteúdo técnico, com vistas à conformação do comportamento dos agentes econômicos de diversos setores da economia.

No Brasil, o aparecimento das agências reguladoras ocorreu na década de 90, momento em que o país, presidido por Fernando Henrique Cardoso, efervescia em filosofias desestatizantes<sup>4</sup>. Na visão político-econômica prevalecente à época, a centralização de

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 2ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 2ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 81.

atividades nas mãos do Estado gerava uma ineficiência na prestação dos serviços e no exercício das atividades econômicas por meio de empresas estatais. Assim, surgiu a necessidade de reformulação do papel e do tamanho do Estado, o que foi por meio de alterações legislativas que liberalizaram a economia e efetivaram a desestatização.

A implementação desse modelo, no entanto, não poderia desconsiderar o risco que uma excessiva diminuição do papel do Estado poderia ocasionar, sobretudo em razão das notórias falhas do modelo liberal clássico evidenciadas após a crise de 1929 nos Estados Unidos da América. Neste contexto, o Estado Brasileiro optou por criar agências reguladoras que permitissem que o Estado atuasse indiretamente na ordem econômica, como agente fiscalizador e regulador.

Note-se que nos Estados Unidos da América o que justificou a intensificação da regulação foi a necessidade de aumento da intervenção do Estado. Por outro lado, no Brasil, o que justificou o incremento da atividade regulatória foi a necessidade de diminuição da intervenção direta estatal, que passou a ser mais branda. Em ambos os casos, contudo, a solução foi encontrar um “justo meio”, alcançado a partir de uma intervenção indireta na ordem econômica por intermédio de estratégias regulatórias levadas a efeitos por agências reguladoras independentes.

### **3 – AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO REGIME JURÍDICO ESPECIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

As agências reguladoras independentes são autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada. A autonomia reforçada das agências reguladoras fundamenta-se na necessidade de despolitização da atividade regulatória, de modo a conferir tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado, e, ainda, na necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades.

Sobre o caráter técnico das decisões das agências, um dos principais fundamentos para a criação de agências reguladoras independentes, André Cyrino leciona:

Como já consignado, o Estado contemporâneo demanda a tecnicização de seu aparato administrativo. Na complexa realidade hodierna, as respostas às necessidades coletivas não poderão ser somente uma questão de decisão política das maiorias. Para regular as relações sociais e econômicas, carece-se, sem se propugnar por um regime tecnocrático, de justificativas científicas, as quais são, também, importantes para que se alcance a imparcialidade da atuação estatal. Uma

das formas pelas quais isso pode ser feito é através da criação de entidades especializadas, insuladas dos debates políticos, capazes (ao menos teoricamente) de tomar decisões (ao menos tendencialmente) neutras (mesmo que antipopulares), as quais deverão ser fundadas em argumentos a priori técnicos. O objetivo é o atendimento da necessidade de especialização. O que não pode significar, repise-se, um afastamento dos dois outros vetores que justificam a própria existência do Estado e da separação de poderes, quais sejam, a democracia e a promoção dos direitos fundamentais.<sup>5</sup>

Veja-se que as agências reguladoras são entidades especializadas e alijadas do cenário político, e, por essa razão, possuem condições de tomar decisões pautadas em parâmetros essencialmente técnicos. Com o fim de materializar a desejada neutralidade política, a agência reguladora possui um regime jurídico especial que lhe confere maior autonomia em relação às demais autarquias.

A referida autonomia reforçada materializa-se, basicamente, nas seguintes prerrogativas: (i) Poder normativo primário para editar normas técnicas no setor regulado; (ii) Vedação à exoneração ad nutum dos dirigentes, o que representa um reforço da autonomia orgânica; (iii) Mandatos dos dirigentes não coincidentes com os do Chefe do Executivo; (iv) Nomeação submetida à prévia aprovação do Senado Federal; (v) Inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre seus atos decisórios (autonomia funcional), sendo incabível o Recurso Hierárquico Impróprio.

### **3.1 - PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Na doutrina, a maior polêmica a respeito do modelo de agências reguladoras sempre gravitou entorno da constitucionalidade do poder normativo conferido a estas entidades. grande parcela dos juristas entendeu que a previsão de poder normativo às agências reguladoras significaria uma violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio da legalidade<sup>6</sup>. O raciocínio defendido por essa corrente é o de que discricionariedade técnica inerente às agências reguladoras importa a inovação do ordenamento jurídico por meio de atos de entidades administrativas, o que não é permitido no nosso sistema. Haveria, por assim dizer, uma repudiável delegação legislativa em branco<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> CYRINO, André Rodrigues. *Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: por um Amicus Curiae Regulatório*. Artigo publicado em: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 20. Novembro, dezembro e janeiro – 2009/2010 – Salvador, Bahia. p. 12-13.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>7</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 277.

No entanto, contrapondo-se a estes argumentos, uma parcela significativa da doutrina administrativista passou a defender a tese de que a possibilidade de edição de atos normativos pelas agências reguladoras se justificaria em função do fenômeno da deslegalização (ou delegificação). A deslegalização consiste na retirada, pelo próprio legislador, de determinada matéria do domínio da lei, transferindo-a para o domínio do ato administrativo normativo. Nas palavras de Rafael Oliveira, “*opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria*”<sup>8</sup>. O intuito do legislador é trazer para o setor regulado um tratamento técnico e despolitizado, transferindo essa competência para uma entidade que detém a *expertise* necessária para a edição da norma. Desta feita, não haveria ofensa à legalidade na medida em que a própria lei confere essa prerrogativa no setor regulatório. Ademais, não haveria uma delegação inominada, na medida em que a lei que autoriza a delegação impõe parâmetros (*standards*) que condicionam esse poder normativo. Logo, não seria um “cheque em branco”, como aduz a doutrina que sustenta sua inconstitucionalidade.

A tese passou a ser amplamente aceita e hoje já é consagrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece como constitucional a atribuição de autonomia normativa e discricionariedade técnica às agências reguladoras, como decorrência do fenômeno da deslegalização. Nesse sentido, a Corte tem reforçado o entendimento de que os atos normativos técnicos editados pelas agências, para serem válidos, devem observar os *standards* traçados nas leis que as criaram<sup>9</sup>.

Cumprir notar que a participação ativa dos cidadãos na elaboração de normas regulatórias, por intermédio de consultas e audiências públicas, é desejável por representar um reforço de legitimidade no exercício dessa competência normativa.

### **3.2 – AUTONOMIA ADMINISTRATIVA REFORÇADA**

O reforço da autonomia política e administrativa das agências é alcançado a partir de três características principais: (i) a estabilidade reforçada de seus dirigentes, (ii) o descabimento do recurso hierárquico impróprio e (iii) a não coincidência do mandato de seus dirigentes com o mandato do Chefe do Executivo que fez a nomeação.

---

<sup>8</sup> Por todos: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 154.

<sup>9</sup> STJ, Primeira Turma, REsp: 1101040/PR, Relator: Ministra Denise Arruda, Julgamento em 16/06/2009, DJe 05/08/2009.

Com efeito, os dirigentes das agências reguladoras gozam de uma estabilidade diferenciada em relação aos dirigentes das demais autarquias. Enquanto os dirigentes de autarquias comuns em regra são nomeados e exonerados livremente pelo Chefe do Executivo, como instrumento de controle político do Chefe do Executivo sobre as entidades da Administração Indireta, os dirigentes das agências reguladoras não são livremente nomeados e exonerados, sendo necessária a observância de determinados requisitos, o que reforça sua autonomia administrativa.

Quanto à nomeação, o procedimento é parecido com o da escolha dos ministros do STF e do STJ. Isto é, o Chefe do Executivo escolhe o nome, e esse nome deve ser aprovado pela Casa Legislativa respectiva. No âmbito federal é o Senado que deve sabatar a escolha do Presidente da República. Além disso, a lei impõe o cumprimento de alguns critérios (objetivos e subjetivos), tais como conhecimento técnico sobre o setor regulado, reputação ilibada e formação universitária (art. 5º da Lei nº 9.986/2000).

Quanto à exoneração, inexistente a possibilidade de exoneração *ad nutum*. O dirigente da agência reguladora exerce mandato a termo, cujo período pode variar conforme a lei que cria a agência. A Lei nº 9.986/2000 assegura que durante o mandato o dirigente só perderá o seu cargo em três hipóteses: (i) renúncia, (ii) sentença judicial transitada em julgado ou (iii) processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório. Isso confere uma maior blindagem da agência reguladora em relação às interferências políticas do Chefe do Executivo, garantindo uma autonomia administrativa reforçada.

O descabimento de recurso hierárquico impróprio no que toca às decisões das agências reguladoras se funda na ausência de previsão legal expressa nesse sentido. É necessário ter em mente que o recurso hierárquico impróprio é um mecanismo de controle da Administração Direta em relação às entidades da Administração Indireta. Justamente por representar uma restrição da autonomia decisória dessas entidades, doutrina e a jurisprudência sempre afirmaram que, como regra geral, só cabe recurso hierárquico impróprio se houver previsão legal e expressa (*nulla tutela sine lege*), pois não é natural a revisão de atos entre pessoas jurídicas distintas. Com base nesse entendimento, e tendo em vista que as leis que criaram as agências reguladoras até então existentes não trouxeram a previsão de recurso hierárquico impróprio, conclui-se pelo seu descabimento, elemento que reforça sua autonomia administrativa.

Por fim, a regra da não coincidência dos mandatos, também estabelecida na Lei nº 9.986/2000, visa garantir a independência dos dirigentes em relação ao Chefe do Executivo, o que contribui para a despolitização do setor regulado.

#### **4 – CONCLUSÃO**

De todo o exposto, é possível concluir que a criação das agências reguladoras no direito brasileiro ocorreu em um contexto de esvaziamento das atribuições econômicas assumidas pelo Estado (desestatização), com o escopo de viabilizar uma atuação indireta do Estado como fiscalizador e regulador da atividade econômica, promovendo um equilíbrio entre o atuar dos agentes econômicos, a formação da vontade da Administração e o interesse coletivo.

Para o atingimento das finalidades pretendidas, as agências reguladoras foram contempladas com um regime jurídico diferenciado em relação às demais entidades da Administração Indireta, o que lhes garante independência no desempenho de suas funções de natureza eminentemente técnica. Para tanto, é importante que essas entidades não sofram ingerências políticas que comprometam a tecnicidade de suas decisões, o que é assegurado por características peculiares inerentes ao seu regime jurídico.

Desta feita, prerrogativas como o poder normativo para a edição de normas técnicas no setor regulado, a vedação à exoneração *ad nutum* dos dirigentes, mandatos dos dirigentes não coincidentes com os do Chefe do Executivo e descabimento do recurso hierárquico impróprio devem ser encaradas como elementos essenciais para o adequado exercício da função regulatória, que requer expertise técnica e independência funcional, com o necessário alijamento do cenário político.

#### **5 - BIBLIOGRAFIA**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1101040 - DF. Relator. Min Denise

Arruda; Julgamento: 16/06/2009; Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200802374017&dt\\_publicacao=05/08/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802374017&dt_publicacao=05/08/2009). Acesso em: 05.09.2016

CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: por um Amicus Curiae Regulatório. Artigo publicado em: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 20. Novembro, dezembro e janeiro – 2009/2010 – Salvador, Bahia.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor. 2ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Constitucionalização do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.