

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO

Juliana Palma

**DOS LIMITES E DAS POSSIBILIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL**

Santa Cruz do Sul
2018

Juliana Palma

**DOS LIMITES E DAS POSSIBILIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Luiz Egon Richter

Santa Cruz do Sul
2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais Rosemeri e Camilo por serem meus maiores exemplos e pessoas que muito me orgulham. Agradeço pelo apoio permanente e pelo esforço incalculável que dedicaram a mim desde que decidi cursar Direito.

Ao meu amor eu agradeço pelo companheirismo, pelas palavras de incentivo quando o medo esteve presente e por acreditar em mim.

A minha sogra sou grata por torcer por meu sucesso e comemorar até as minhas pequenas conquistas como se fossem suas.

Ao meu orientador, que muito admiro, agradeço por todos os apontamentos e disponibilidade durante a construção desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho monográfico aborda como tema a regulação dos serviços públicos pelas agências reguladoras. Possui como problema e compreender quais são os limites e possibilidades das agências reguladoras no exercício do serviço público, tem como objetivo geral estruturar estas possibilidades e limites, como objetivo específico busca-se descrever noções conceituais e institucionais sobre as agências reguladoras; caracterizar a atividade de regulação dos serviços públicos à luz da doutrina e da legislação no Brasil; e estruturar os limites e possibilidades das agências reguladoras com base na legislação brasileira. Para dar conta dessa tarefa, será utilizado o método de abordagem dedutivo e o de procedimentos será o método hermenêutico, a técnica de pesquisa será de revisão bibliográfica, baseando-se no exame de doutrinas, legislações, artigos e periódicos. Por fim, pode-se inicialmente afirmar que os limites das agências reguladoras ao exercerem o Poder Regulador decorre dos princípios e preceitos fundamentais da Constituição Federal, e na lei de criação de cada agência reguladora.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Direito Administrativo. Direito Público. Serviço Público.

ABSTRACT

The present monographic work has as objective the regulation of public services by regulatory agencies. It has been proposed that the concept of regulatory agencies should be based on the rules and regulations of the regulatory bodies, The scope and possibilities of regulatory agencies based on Brazilian legislation. In order to deal with this task, the orientation method will be used and the plan will be the hermeneutical method, the research technique will be of bibliographical revision, based on the examination of doctrines, laws, articles and periodical of newspapers and magazines. Finally, it is initially said that the limits of the regulatory agencies when exercising the Regulatory Power following from the fundamental principles and concepts of the Federal Constitution, and the law of creation of each regulatory agency.

Keywords: Administrative law. Public law. Public service. Regulatory agencies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DOS ASPECTOS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	11
2.1	Da noção histórica no Brasil.....	11
2.2	Da noção conceitual das agências reguladoras.....	14
2.3	Características	15
2.3.1	Independência.....	15
2.3.2	Autonomia financeira.....	17
2.3.3	Poderes-deveres.....	18
2.4	Da natureza jurídica.....	18
2.4.1	Administração Indireta.....	18
2.4.2	Autarquia de regime especial.....	20
2.4.3	Direito Público.....	21
3	DA ATIVIDADE DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS A LUZ DA LEGISLAÇÃO E DA DOCTRINA.....	24
3.1	Noção geral sobre a atividade de regulação.....	24
3.2	Noção geral sobre serviço público	26
3.2.1	Histórico geral do serviço público.....	26
3.2.2	Conceito de serviço público.....	28
3.2.3	Princípios do serviço público.....	31
3.3	Da atividade de regulação de serviços públicos de acordo com a lei e a doutrina.....	33
4	DOS LIMITES E DAS POSSIBILIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM BASE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	37
4.1	Poderes das agências reguladoras.....	37
4.1.1	Poder Normativo.....	37
4.1.2	Poder fiscalizatório e sancionatório.....	37
4.1.3	Poder para solucionar conflitos.....	39
4.2	Agências Reguladoras Federais em espécie.....	39

4.2.1 Agência Nacional e Energia Elétrica (ANEEL).....	39
4.2.2 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).....	40
4.2.3 Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).....	41
4.2.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).....	42
4.2.5 Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).....	43
4.2.6 Agência Nacional de Águas (ANA).....	43
4.2.7 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).....	44
4.2.8 Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).....	45
4.2.9 Agência Nacional do Cinema (ANCINE).....	46
4.3 Dos Limites da função reguladora das agências.....	46
4.3.1 Limitações de ordem externa e limitações de ordem interna.....	47
4.3.2 Discricionariedade técnica.....	48
5 CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade dos anos noventa, em âmbito federal, as primeiras agências reguladoras foram implantadas no sistema jurídico do Brasil, isso ocorreu quando o Estado deixou de agir diretamente como executor para atuar como o regulador e fiscalizador de determinadas atividades relevantes para ele, como é o caso dos serviços públicos, a fim de desenvolver uma atuação mais eficaz e racional.

O Estado cresceu abundantemente e já não conseguia suportar a sua atuação em tantos setores da economia como operador em regime de monopólio, neste momento o Estado encontrava-se em crise e isso era relacionado ao caráter cíclico da intervenção estatal e ao processo de globalização que estava ganhando notável influência no final desse século e desta forma o Estado foi compelido a implantar uma reforma de Estado para reduzir a autonomia das políticas econômicas e sociais, as atividades que não fossem consideradas essenciais deveriam ser repassadas à iniciativa privada e reguladas pelos Estados.

Nos serviços públicos as agências reguladoras passaram a ser implantadas no governo de Fernando Henrique Cardoso, em virtude da edição da Lei 9.491/97 que alterou o Plano Nacional de Desestatização e incluiu a execução dos serviços públicos por meio de autorização, permissão, concessão e etc., bem como por causa da promulgação de inúmeras emendas constitucionais que flexibilizaram o monopólio estatal de muitos setores da economia (05/95, 06/95, 07/95, 08/95 e 09/95). A implantação foi necessária para que o Estado mantivesse o controle e regulasse esses serviços prestados por particulares.

Regular quer dizer que há o estabelecimento e implementação de regras a fim de manter ou restabelecer o adequado funcionamento de um sistema. A regulação, o controle e a fiscalização desses serviços delegados podem ser feitos através de órgão da Administração Direta ou por ente instituído com essa finalidade, como é o caso das agências reguladoras, que serão o objeto de estudo deste trabalho.

Ademais, as agências reguladoras de serviço público podem ser concedentes ou elas podem ser utilizadas somente para desempenharem o controle das atividades concedidas e controle desempenho dos concessionários, isso decorrerá da lei reguladora do serviço concedido, mas nas duas situações as agências

reguladoras devem exercer o poder-dever de fiscalizar serviços concedidos e o desempenho do concessionário.

O presente trabalho monográfico aborda como tema a regulação dos serviços públicos pelas agências reguladoras. Possui como problema e objetivo compreender quais são os limites e possibilidades das agências reguladoras no exercício do serviço público tendo como finalidade estruturar estas possibilidades e limites.

Para a exposição da temática, no primeiro capítulo será trabalhado os aspectos gerais das agências reguladoras, primeiramente será estudado o contexto histórico em que o Brasil encontrava-se no momento da implantação destes novos entes reguladores no ordenamento jurídico brasileiro, após, será examinada a noção conceitual destes entes e por último as características similares entre todas as agências reguladoras federais existentes atualmente.

Posteriormente, no segundo capítulo será estudada a atividade de regulação dos serviços públicos. Primeiramente será explanada a noção conceitual da atividade de regulação, o histórico geral do serviço público no Brasil, o seu conceito, seus princípios e por fim será apresentada a atividade de regulação dos serviços públicos segundo a legislação e a doutrina.

Outrossim, no terceiro capítulo será aludido em torno dos limites e possibilidades das agências reguladoras com base na legislação brasileira, estruturando seus poderes, após, rapidamente, serão estudadas as agências reguladoras existentes em âmbito federal com relação ao setor que cada uma delas atua e também algumas das suas principais atribuições.

O método de abordagem utilizado para a concretização da pesquisa será o dedutivo e o de procedimentos será o método hermenêutico. A técnica de pesquisa será de revisão bibliográfica, a partir do exame de doutrinas e legislações, bem como de materiais já publicados como artigos, periódicos, etc.

A escolha do tema surgiu a partir de indagações feitas no cotidiano, principalmente quanto à prestação dos serviços de telecomunicação, pois muitas vezes os serviços públicos são prestados de forma insatisfatória, isso ocorre quando o prestador não fornece um serviço minimamente adequado, contínuo e eficiente, conseqüentemente os usuários acabam prejudicados.

Ademais, atualmente as agências reguladoras são o meio de se encontrar um equilíbrio entre o lucro e o social, deste modo este trabalho monográfico tem relevância social e jurídica, pois busca compreender quais são as possibilidades e

instrumentos que podem ser utilizados para reduzir os problemas causados pelas prestadoras de serviços públicos.

2 DOS ASPECTOS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Da noção histórica no Brasil

As agências reguladoras foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro e assim chamadas na esfera federal a partir do momento em que o Estado deixou de agir como executor para atuar na regulação e fiscalização de algumas atividades, com a finalidade de desenvolver maior eficácia e racionalidade em sua atuação (MENEZELLO, 2002).

Embora seja comum a afirmação de que as reformas para o mercado que foram feitas a partir da década de 80 resultaram na passagem do Estado produtor para o regulador, para Bresser Pereira (2000) esta linguagem é perigosa, pois a reforma não resumiu-se na privatização de serviços monopolistas ou quase-monopolistas e no estabelecimento de agências reguladoras dos preços das empresas privatizadas.

Por isso, prefiro falar em uma reforma gerencial do Estado e, portanto, que a transição do Estado produtor para o Estado gerencial vai além de criar agências reguladoras: é também o Estado democrático e eficiente, que financia a fundo perdido os serviços sociais e de pesquisa científica e age como capacitador (enabler) da competitividade das empresas privadas (BRESSER PEREIRA, 2000, <http://bibliotecadigital.fgv.br>).

A primeira grande reforma administrativa no período democrático recente foi montada no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, chamado de Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare), tinha como propósito alterar as bases do Estado com o intuito de melhorar seu desempenho e democratizá-lo (PÓ; ABRUCIO, 2006).

Como as novas ideias da reforma gerencial do Estado surgiam em meio a uma onda de ideologia neoliberal e em um país com um governo neoliberal, elas foram inadequadamente associadas como neoliberais, no entanto a reforma tinha como objetivo fortalecer o Estado e não lhe enfraquecer como pretendiam os neoliberais. Ainda que fosse compatível com governos de esquerda ou de direita, a reforma visava a eficiência dos serviços sociais e científicos prestados pelo Estado, deste modo legitimaria politicamente o estado social (BRESSER PEREIRA, 2017).

O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, por meio de suas secretarias, era responsável pela formulação, proposição e negociação das ações e projetos da reforma do aparelho do Estado (BRASIL, 1995).

Para atingir esse propósito as atividades que não fossem consideradas essenciais deveriam ser repassadas à iniciativa privada e reguladas pelos Estados, no entanto, não foram feitas propostas específicas sobre a criação de entes com função regulatória (PÓ; ABRUCIO, 2006).

Apesar da referência à função de regulação, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (Pdrae) não apresentou proposta específica para a criação de entes regulatórios. Englobou-os, junto com as demais atividades exclusivas do Estado, dentro da proposta de “agências autônomas”, que deveriam ter maior autonomia para atingir melhores resultados. O foco era o da superação da rigidez burocrática, que desde a Constituição de 1988 amarrou a administração indireta aos mesmos controles formais da administração direta (PACHECO, 2006, p. 526).

Quando o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado foi criado, o debate sobre regulação ainda não tinha iniciado, mas naquele momento o Congresso estava debatendo sobre as primeiras emendas constitucionais para que os monopólios estatais fossem quebrados (PACHECO, 2006).

Paralelamente, contudo, o Conselho da Reforma do Estado, órgão consultivo do presidente da República, formado por intelectuais e notáveis discutia assuntos, dentre os quais, critérios e princípios que deveriam ser aplicados pelos marcos regulatórios e, para efeitos de execução, a instituição de novos entes reguladores, com autonomia e independência decisória da entidade reguladora. A independência destes órgãos deveria se concretizar através de mandatos fixos para os dirigentes e não deveriam ser coincidentes com os do Executivo. Além disso, a decisão colegiada deveria ser antecedida de ampla e prévia consulta pública ao setor regulado e aos usuários sobre as normas a serem editadas; deveria haver agilidade processual e, também, o estabelecimento de níveis desejáveis de prestação do serviço (PACHECO, 2006).

O Estado estava em crise e ela era associada, ao caráter cíclico da intervenção estatal e ao processo de globalização que no final desse século ganhou grande influência e assim pressionou a implantação de uma reforma do Estado e reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais (BRESSER PEREIRA, 1998).

Contudo, para Silva não foi apenas a Reforma do Estado que acarretou a criação dos entes regulatórios, mas outros três fatores “[...] a incapacidade do Estado liderar investimentos e levar o país rumo ao desenvolvimento econômico e social; a impossibilidade material [...] de se implantar aqui o Estado Providência, [...] e a ineficácia dos órgão de regulação até então existentes.” (SILVA, 2015, p. 116 - 117). Outro reflexo importante foi o afastamento do Estado de uma série de funções resultou no aumento de uma construção legislativa que se destinava a conformar o funcionamento de certos setores da economia nacional (ZIMMER JÚNIOR, 2009) e, por fim, conclui-se que as desestatizações foram suporte material e a Reforma do Estado foi suporte teórico à criação das agências reguladoras. (SILVA, 2015).

O primeiro projeto para a criação de uma agência reguladora foi no setor de energia elétrica (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) em 1995, foi enviado sem incluir os requisitos de estrutura e procedimentos que são característicos das agências reguladoras, ou seja, nada mais era que o modelo de autarquia convencional (PACHECO, 2006).

Embora o projeto de lei tenha partido do Poder Executivo, foi o Congresso que questionou e discutiu o modelo tradicional, a autonomia desejável aos novos entes reguladores e também procurou modelos alternativos com base nas experiências internacionais (PACHECO, 2006).

No Brasil esses entes reguladores foram intitulados como agências reguladoras principalmente sob a influência dos ordenamentos anglo-saxônicos (MEDAUAR, 2012). No entanto, a inovação foi apenas na terminologia “agência”, já que as funções normativas e de regulação já eram exercidas pela Administração Direta e Indireta, portanto a adoção dessas agências reguladoras não trouxe novidade (MARINELA, 2018).

Na Inglaterra, foi intensificada a criação de entes autônomos pelo seu Parlamento a partir de 1834, a fim de que fossem executadas as medidas previstas na legislação e também para que pudessem solucionar as questões controversas que fossem resultantes do texto da legislação (MEDAUAR, 2012).

Os Estados Unidos foram influenciados pela Inglaterra e a partir de 1887 ocorreu uma forte propagação de agências que tinham a finalidade de regular atividades específicas, imporem deveres e também aplicar sanções (MEDAUAR, 2012). Os americanos entendiam que os serviços seriam melhores se pessoas especializadas executassem a prestação e a fiscalização do serviço (FIGUEIREDO,

2000). No Brasil as agências reguladoras desempenham atividades típicas de administração pública, quer dizer, a regulação e fiscalização de serviços públicos ou de outras atividades pertinentes para o Estado (*lato sensu*) (MAFFINI, 2009).

2.2 Da noção conceitual das agências reguladoras

Legalmente não há uma definição de seu conceito, pois não há lei geral de criação, ademais a Constituição meramente refere-se a órgão regulador (BRASIL, 1988).

[...] deve-se frisar que não há, na Constituição de 1988, qualquer norma que determine que a atividade de regulação deva obrigatoriamente ser exercida por autarquias; aliás, a Carta Política nem mesmo contém em seu texto, literalmente, a expressão “agências reguladoras”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2012)

No entanto, em 2016 foi proposto o Projeto de Lei nº 6621 que ainda está em tramitação, se aprovado vai ser a lei geral das agências reguladoras, e irá dispor sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, ademais, o art. 3º trará os elementos para a definição das agências reguladoras:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação (BRASIL, 2016, <http://www.camara.gov.br>).

A doutrina administrativista na tentativa formar o seu conceito costuma fazê-lo baseando-se em algumas características gerais das principais agências reguladoras e geralmente ressaltam que as variações individuais são bastante expressivas (ALEXANDRINO; PAULO, 2012).

Em sentido amplo, agência reguladora é um órgão da Administração Direta ou uma entidade da Administração Indireta que detenha como função a regulação determinada matéria que a lei lhe atribuiu (DI PIETRO, 2011).

[...] podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as **autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias [...] e dirigidas por colegiado cujos**

membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum* (ARAGÃO, 2004, p. 275, grifo do autor).

Para Justen Filho (2013) as agências reguladoras independentes são autarquias especiais, são competentes para regularem determinados setores e o regime jurídico delas garante que haja autonomia com relação à Administração Direta.

São criadas para exercer o poder regulamentar e o poder de polícia, dessa forma produzem atos normativos de caráter infralegal e fiscalizam o seu cumprimento pelas entidades privadas prestadoras de serviço público por delegação ou que exercem atividade econômica em estrito (ZIMMER JÚNIOR, 2009). A sua formação ocorre por lei específica, ou seja, ela existe juridicamente a partir da vigência da lei que a criou (MAFFINI, 2009).

2.3 Características

Conforme veremos nos próximos itens, as agências reguladoras possuem três características principais: a independência, a autonomia financeira e os poderes-deveres próprios de suas funções (poder normativo, poder fiscalizatório, poder sancionatório e poder para solucionar conflitos), embora estas características não sejam exclusivas das agências reguladoras (SILVA, 2015).

2.3.1 Independência

Esta característica se encontra presente na gestão própria de sua estrutura interna e dos serviços do seu cargo e ainda “no âmbito interno, a independência dos órgãos reguladores é marcada pela composição, forma de investidura, mandato, estabilidade e incompatibilidades de seus dirigentes.” (SILVA, 2015, p. 128). Assim, a impossibilidade de que ocorra a exoneração *ad nutum* dos seus direitos pela Administração Direta evita a influência político-ideológica na aplicação dos seus fins (MAFFINI, 2009).

Cúellar (2001 apud MENEZELLO, 2002) também utiliza a palavra independência como uma característica. Entende que a independência é garantida pela estabilidade dos administradores. Para o autor a estabilidade está presente na

forma de nomeação dos seus dirigentes, pela fixação prévia e determinada do mandato e a impossibilidade de exoneração desmotivada dos seus dirigentes pelo Chefe do Poder Executivo. Somente quando há a combinação de todos os elementos é que uma entidade pode ser considerada uma agência reguladora independente (ARAGÃO, 2004).

No caso das agências reguladoras há uma vinculação a um determinado Ministério em que a sua área de competência tenha afinidade com a sua atuação, sendo tal Ministério responsável por exercer o controle administrativo sobre ela, chamada de supervisão ministerial (MEDAUAR, 2012).

Alexandrino e Paulo (2012) entendem que nenhuma entidade da Administração Indireta poderia ser independente, portanto, o uso da expressão no art 4º da lei que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) é inadequado.

Ora, autonomia administrativa e financeira e ausência de subordinação hierárquica são características de qualquer autarquia (a lei usa a expressão “independência administrativa” inadequadamente, pois nenhuma entidade da administração indireta pode ser “independente”, por força, dentre outros, do art. 84, II, da Carta Política) [...] (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 50).

Para Medauar (2013) o uso do termo autônomo pelo Dec. Lei 200/67 (art. 5º, inc. I) é inadequado, pois pode ser confundido com a autonomia política que faz parte da natureza dos entes federados, sendo que no caso das autarquias há apenas uma maior liberdade de ação com relação aos órgãos da Administração.

Cabe compreender a independência das agências reguladoras com certa cautela e dentro das disposições do regime constitucional, pois as agências reguladoras não possuem independência em sentido próprio, ou seja, não há soberania, visto que são apenas detentoras de uma autonomia maior com relação às demais entidades da Administração indireta (ARAGÃO, 2004).

Ser uma entidade autônoma significa que não há subordinação hierárquica frente à entidade estatal a que pertence, trata-se de uma vinculação que permite o exercício de um controle legal pela entidade estatal sobre a finalidade do serviço da autarquia (MEIRELLES, 2010).

[...] visando conformar a atuação da autarquia à lei e ao cumprimento dos seus fins. Não se trata, atente-se, do exercício de poder hierárquico, pois não há hierarquia entre a autarquia e a entidade a que se vincula. A hierarquia só é compatível entre órgãos e agentes da mesma entidade. Ademais, a hierarquia é permanente, contínua e total em relação aos órgãos

e agentes inferiores, enquanto a tutela não só esporádica, como somente ocorre nas hipóteses e condições previstas em lei (GASPARINI, 2007, p. 318).

Com relação ao Poder Legislativo também essa independência é quase inexistente já que os seus atos normativos não podem contrariar as normas constitucionais ou legais. Ademais, há sujeição ao controle do Congresso Nacional nas hipóteses previstas no art. 49, inc. X e art. 70 e seguintes da Constituição Federal (DI PIETRO, 2011).

No tocante ao Poder Judiciário ela é quase inexistente, pois ainda que as agências reguladoras possam resolver seus conflitos em instância administrativa, os seus atos podem ser apreciados quando provocarem lesão ou ameaça de lesão a direito, uma vez que o direito brasileiro adotou o sistema de unidade de jurisdição (DI PIETRO, 2011).

O objetivo de possuírem uma maior independência com relação ao Poder Executivo é para desempenharem devidamente a sua função regulatória (SILVA, 2015). Trata-se, portanto, de uma característica necessária para que consigam desempenhar suas atribuições longe de influências políticas ou econômicas, portanto, decisões técnicas e imparciais (PESSOA, 2003).

A adoção de agências independentes orienta-se a realizar o postulado de que todo sujeito que é titular do poder tende a dele abusar. O que se busca é ampliar o instrumental da separação de poderes, precisamente para evitar a concentração nociva de poderes em mãos de estruturas dotadas de uma pluralidade de competências (JUSTEN FILHO, 2002, p. 358).

Para Aragão (2004), pretendeu-se que a regulação das atividades das agências reguladoras não ficasse sujeita as variações de ideologias político-partidárias e por isso foram dotadas de uma autonomia especial. Buscou-se a despolitização nos conteúdos das decisões por serem interferências desnecessárias e inúteis ao interesse público (MOREIRA NETO, 2001).

2.3.2 Autonomia financeira

Para que a autonomia das agências reguladoras seja efetiva na prática a autonomia financeira deve existir, trata-se de um requisito basilar (ARAGÃO, 2004).

É uma característica indispensável para que haja imparcialidade da atividade

exercida por elas e para que se evite a captura do agente regulador pela corrupção ou por interesses contaminados, tendo em vista que as atividades reguladas são desenvolvidas por grupos econômicos organizados e possuidores de forte poder econômico (MADEIRA, 2014).

A autonomia financeira decorre da atribuição legal de fonte de recursos próprios, quer dizer que são mantidas pela cobrança de taxas de fiscalização. (MENEZELLO, 2002).

Ademais, não são submetidas aos repasses orçamentários e portanto suas atividades não ficam submissas aos interesses e influências políticas do Poder Executivo (MADEIRA, 2014).

2.3.3 Poderes-deveres

As agências reguladoras, nos seguimentos em que são competentes para atuarem, são detentoras de poder normativo, fiscalizatório, sancionatório e mediador de conflitos, que serão estudados no capítulo 3, além de outros que podem ser conferidos à elas mediante lei para o exercício de suas atribuições (SILVA, 2015).

Elas são obrigadas a exercerem esses poderes outorgados pela legislação e dentro dos limites impostos, portanto não são meras faculdades. Esses poderes-deveres visam atender o interesse público e a Administração não pode dessa finalidade se desprender (SILVA, 2015).

2.4 Da natureza jurídica das agências reguladoras

Conforme estudado no item 1.1, as agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, sob a forma de autarquias com regime especial, possuindo personalidade jurídica de direito público. Para entender a sua natureza jurídica faz-se necessário esclarecer mais detalhadamente nos próximos itens.

2.4.1 Administração Pública Indireta

Antes de entender o que é a Administração Pública Indireta faz-se necessária a compreensão do conceito da Administração Pública em sentido formal, subjetivo ou

também chamado de orgânico e quanto a sua subdivisão em Direta e Indireta.

Muitos doutrinadores afirmam que é difícil fixar um conceito de Administração Pública “diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações” (MEDAUAR, 2013, p. 57).

Administração Pública pode ser entendida como um conjunto de órgãos e entes instituídos para executar os objetivos do Governo, portanto são instrumentos do Estado com a função de realizar os serviços, buscando satisfazer as necessidades coletivas da qual fazem parte as autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas (MEIRELLES, 2010).

Cabe ressaltar que a Administração Pública não pratica atos de governo, ou seja, atividades políticas e discricionárias, ela limita-se aos chamados atos administrativos que são atos de execução, com maior ou menor grau de autonomia funcional, de acordo com a competência do órgão e dos seus agentes (MEIRELLES, 2010).

Para Mukai (1999) Administração Indireta é a realização dos serviços públicos por meio de entidades criadas pelo próprio Estado para esse desempenho. Ela surge da outorga e não por delegação, além disso, seus entes não possuem prazo determinado de existência (ZIMMER JÚNIOR, 2009).

Esses entes são pessoas jurídicas possuidoras de personalidade de Direito Público ou Privado, para as quais foi transferida a titularidade execução das atividades administrativas (DI PIETRO, 2012). “[...] são fruto de um processo de descentralização de serviços ou atividades públicas, até então realizadas de forma direta ou centralizada.” (PESSOA, 2003, p. 138). Embora essas entidades sejam criadas pela pessoa política não se confundem, portanto são colaboradoras da União, Estados-Membros e dos Municípios (CRETELLA JUNIOR, 2000).

Em razão de tais entidades movimentarem recursos públicos encontram-se submetidas a uma rígida fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na legalidade bem como a legitimidade e economicidade do trato com dinheiro, bens e valores, assim como a Administração Direta (PESSOA, 2003).

Estão obrigadas à observância do procedimento de licitação quando forem celebrar contratos para realização de obras, serviços, compras e alienação, com exceção dos casos que se enquadre a dispensa ou a inexigibilidade de licitação (PESSOA, 2003).

A Administração Pública Direta se confunde com os próprios entes federados. São pessoas jurídicas com atribuições e competências políticas, possuidoras de competência legislativa, são também conhecidas como pessoas políticas (MAFFINI, 2010).

Enquanto a administração direta formula, decide e coordena as políticas públicas, a administração indireta as implementa, cabendo ainda à administração direta, durante e após a implementação dos programas e projetos governamentais, sua supervisão e fiscalização, fechando assim o também clássico ciclo de gestão: planejamento, organização, direção, coordenação e controle (PINHEIRO; MOTTA, 2002).

A competência legislativa é a principal distinção entre a pessoa política e a pessoa administrativa. A pessoa administrativa em nenhuma hipótese legisla, está restrita ao exercício da competência de executar a legislação criada pelas pessoas políticas (ALEXANDRINO; PAULO, 2010).

2.4.2 Autarquia de regime especial

As entidades autárquicas são pessoas jurídicas de Direito Público Interno, independente de registro elas nascem com a lei instituidora, autônomas, de natureza administrativa, possuem patrimônio próprio e são criadas por lei específica que estabelece as suas atribuições estatais específicas e também como devem funcionar e operar (MEIRELLES, 2010).

O Dec. Lei 200/67 (art. 5º, inc. I), traz o conceito de autarquia, para Marinela (2018) o conceito é insuficiente e inapropriado:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (BRASIL, 1967, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Levando em conta a noção semântica e o direito positivo o termo acaba por não refletir a noção exata do instituto, pois a sua terminologia significa autogoverno ou governo próprio (MARINELA, 2018).

A iniciativa para a criação de uma autarquia ou a extinção, assim como os demais órgãos da Administração Pública, necessita partir do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, §1º, inc. II, alínea 'e', da Constituição Federal

(BRASIL, 1988). Mesmo que a Constituição Federal não exigisse expressamente, elas deveriam ser criadas sempre por lei, haja vista que são desdobramentos do Estado e por serem pessoas novas sujeitas a direitos e obrigações (GASPARINI, 2007).

Trata-se de uma “[...] forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. Por essa razão, à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo” (MEIRELLES, 2010, p. 367, grifo do autor).

Entre as pessoas que compõem a Administração Pública foi a que melhor se adequou as duas necessidades do modelo regulatório: são dotadas de personalidade de Direito Público, deste modo capazes de titular relações de poder com os administrados; e caráter autônomo, deste modo garante certo grau de independência (MIRAGEM, 2013). Portanto, embora sejam criadas pelo Estado, possuem como característica a independência administrativa em relação ao poder que lhe instituiu (SILVA, 2015).

Conforme citado anteriormente, são possuidoras de personalidade jurídica própria, deste modo, são sujeitos de direitos e obrigações, assim como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal (MEDAUAR, 2013). São classificadas como autarquia de regime especial, o caráter de especialidade que se destaca é o maior grau de independência em relação ao Poder Executivo (MIRAGEM, 2013).

Essa maior independência, conforme já foi estudado, se concretiza em alguns aspectos: autonomia administrativa, financeira, patrimonial, das decisões técnicas, pelo mandato dos seus dirigentes e etc. (MEDAUAR, 2013).

Ademais, constata-se que não há uma distinção geral e legal entre a autarquia comum e especial, por isso as características especiais serão determinadas pelas leis instituidoras de cada autarquia (MEDAUAR, 2013).

2.4.3 Direito Público

Conforme Meirelles (2010) há uma divisão do Direito em dois ramos no que se refere a sua destinação, o Privado e o Público, sendo que o primeiro ainda é subdividido em Interno e Externo.

O Direito Privado tutela majoritariamente os direitos individuais, visando assegurar a coexistência dos indivíduos em sociedade, a fruição de seus bens, tanto nas relações entre os indivíduos, quanto na relação dos indivíduos com o Estado (MEIRELLES, 2010).

O Direito Público Externo rege as relações entre os Estados e as atividades do Estado no âmbito internacional. O Direito Público Interno é destinado à regular os interesses estatais e sociais, as condutas individuais são reguladas de modo reflexo (MEIRELLES, 2010).

Cabe salientar que as autarquias são necessariamente pessoas jurídicas de Direito Público (interno) por determinação do Dec. Lei 200/67 (BRASIL, 1967). Esse ramo é fruto da caracterização normativa de certos interesses como importantes à sociedade e não aos particulares na sua forma individualizada (MELLO, 2012).

Por serem entidades de Direito Público Interno, as autarquias têm basicamente os mesmos privilégios e prerrogativas que os entes federados, ao contrário daquelas entidades da Administração Pública Indireta de direito privado, pois as últimas possuem somente os privilégios e prerrogativas que estiverem previstas expressamente na lei que derroga o direito comum (DI PIETRO, 2012). Do mesmo modo escreve Meirelles (2010, p. 378, grifo do autor):

[...] a autarquia sendo um prolongamento do Poder Público, uma longa manus do Estado, executa serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos constitucionais. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais, que permitem maior flexibilidade de atuação, com possibilidade de decisões rápidas e ações imediatas.

São privilégios administrativos transmitidos naturalmente e institucionalmente a elas e não privilégios políticos (MEIRELLES, 2010). Em face do exposto, são criadas pelo Estado, não possuem a finalidade de obter lucro, os seus fins são de interesse coletivo, só podem ser extintas por quem tenha criado, estão sujeitas ao controle do Estado, possuem prerrogativas autoritárias e estão sujeitas a funcionar e operar na forma dada pela lei instituidora (DI PIETRO, 2011).

Resta indicar apenas alguns dos privilégios próprios das autarquias e das demais pessoas de Direito Público: processo especial de execução que traz como consequência a impenhorabilidade dos seus bens (art.100 da Constituição Federal); prazos dilatados em juízo, presunção de veracidade; autotutela sobre os seus atos.

Além dos privilégios mencionados podem existir outros previstos nas leis que são específicas de cada autarquia ou ente (DI PIETRO, 2012).

Seus bens servem para atender imediatamente ou mediatamente o interesse público e por causa disso devem incidir normas especiais (MEDAUAR, 2012). Deste modo, o seu patrimônio é público e afetado a fim público, ou seja, o regime dos seus bens também é de direito público, portanto são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis (FIGUEIREDO, 2000). São impenhoráveis, uma vez que o instrumento da penhora não pode ser utilizado para garantia do credor e são imprescritíveis, pois terceiros não podem adquiri-los por usucapião (CARVALHO FILHO, 2010).

Estes preceitos que norteiam a gestão dos bens públicos são justificáveis em razão da finalidade destes bens em atender ao interesse geral e também para eles sejam protegidos dos particulares e dos agentes públicos (MEDAUAR, 2012). Em regra, o Direito Privado traz a ideia de autonomia, já o Direito Público a ideia de finalidade/função, haja vista que existem finalidades a serem cumpridas com respeito às normas legais em nome do interesse público (PESSOA, 2003).

3 DA ATIVIDADE DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS A LUZ DA LEGISLAÇÃO E DA DOUTRINA

Foi estudado no capítulo anterior o contexto histórico que se encontrava o Brasil quando as agências reguladoras foram introduzidas no ordenamento jurídico, o conceito delas e suas características. O Estado deixou de ser um prestador para ser regulador das atividades econômicas de interesse público, a partir deste capítulo teremos noção de como funciona essa regulação e como ocorre nos serviços públicos.

3.1 Noção geral sobre a atividade de regulação

Conceituar a atividade de regulação não é uma das tarefas mais fáceis, visto que existe uma variedade de significados, abordagens e objetivos, que as vezes se inter-relacionam, em outras se diferenciam. Para Pessoa não é fácil delimitar o conceito de regulação. Contudo, pode-se dizer que é uma forma de intervenção na ordem social e econômica que se difere da intervenção direta do Estado Social no seu primeiro momento. (PESSOA, 2003)

Regulação é a atuação do Estado de forma indireta, portanto é uma atuação meramente normativa, pois ele não desempenha diretamente todas as atividades de interesse público, mas tão somente aquelas que são consideradas como essenciais e produz as normas e decisões que influenciam o funcionamento das instituições estatais e não estatais (JUSTIN FILHO, 2013).

Para Marques Neto (2005, apud SILVA, 2015, p.101) “a moderna regulação busca o equilíbrio no setor regulado”. Portanto, Silva (2015) conclui que busca o equilíbrio entre os interesses privados e os objetivos e meta de interesse público. O conceito de origem anglo-saxônica supõe a ideia de estabelecimento e implementação de regras e manter ou restabelecer o adequado funcionamento de um sistema (serviço público e atividade econômica de interesse público) (PESSOA, 2003).

Para Silva (2015) a regulação econômica em sentido amplo é toda ação ou omissão estatal voluntária que busque influenciar os agentes do mercado e ainda salienta que essa atividade do Estado sempre existiu, por conseguinte não se originou da desestatização, mas sim da necessidade corrigir falhas de mercado.

[...] podemos afirmar que **a regulação estatal na economia é o conjunto de medias legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva de liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis** (ARAGÃO, 2004, p. 37, grifo do autor).

Com relação ao direito pós-privatizações as atividades transferidas ao particular vêm sendo reguladas pelas agências reguladoras, no entanto não é apenas por meio delas que o Estado regula a economia, tendo em vista que também controla preços, fixa taxas de cambio e juros, define a quantidade de moeda em circulação, entre outras (SILVA, 2015).

Para Menezello (2002) não se trata de uma invasão de competências dos Poderes, mas sim de uma atuação administrativa dentro dos limites da lei que foi proposta, criada e votada pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

O processo de regulação envolve o Poder Legislativo que edita leis fixando parâmetros da regulação para cada setor e a Administração Pública que exerce a competência regulatória através de agências independentes (PESSOA, 2003). As agências reguladoras ficam obrigadas a abordar temas concretos e deixar os abstratos para a esfera do Poder Legislativo (MENEZELLO, 2002).

Esse poder normativo há de se cingir aos termos de suas leis instituidoras, aos preceitos legais e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo. Suas funções normativas estão absolutamente subordinadas à lei formal e aos referidos decretos regulamentares. Assim, o poder outorgado às agências, neste campo, visa a atender à necessidade uma normatividade essencialmente técnica, com um mínimo de influencia política (MEIRELLES, 2010, p. 378).

O limite das agências reguladoras ao exercerem o Poder Regulador decorre dos limites previstos nos princípios e preceitos fundamentais da Constituição Federal, e na lei de criação de cada agência reguladora (MENEZELLO, 2002).

Há uma medida genérica e abstrata que é a competência normativa e outras medidas específicas e concretas que são o controle, a fiscalização, a punição de infratores e apreciação de recursos (PESSOA, 2003). Regular, nesta situação é “organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor” (DI PIETRO 2011, p. 479).

São emitidas normas jurídicas que se completam, são infralegais, derivadas ou secundárias (MENEZELLO, 2002). Por isso, torna-se complexo para as agências re-

guladoras compreender até onde podem regular sem que estejam invadindo a competência legislativa (MELLO, 2012).

3.2 Noção geral sobre serviço público

Neste subtítulo será estudado histórico geral dos serviços públicos no Brasil, o seu conceito, seus princípios e por fim será apresentada a atividade de regulação dos serviços públicos segundo a legislação e a doutrina.

3.2.1 Histórico geral do serviço público

Primitivamente os serviços públicos foram seguindo os rumos da Revolução Industrial, eram delegados com prioridade aos prestadores particulares, tendo em vista que o Estado não gozava de grandes recursos, como também em virtude do pensamento político da época que era de formato liberal (MOREIRA NETO, 2001).

Neste século a competição entre os Estados modificou essas concepções. Os confrontos militares e ideológicos causaram o crescimento de potências militares, deste modo o Estado precisava ser fortalecido em todos os seus setores com o propósito de impor a sua vontade política frente aos demais, diante disto dirigiu a ele o ponto central das decisões sobre investimento (MOREIRA NETO, 2001).

Por causa das razões apontadas a prestação dos serviços públicos foi tida como matéria de segurança nacional, foi retirada da iniciativa privada e deu causa ao aumento de instituições de entidades estatais (MOREIRA NETO, 2001). A criação do Estado empresário que atuava diretamente na atividade econômica de produção de bens e prestação de serviços não aconteceu apenas no Brasil, mas também na Europa pós-guerra para que as nações devastadas pudessem ser reconstruídas (SILVA, 2015).

“No Brasil, esse processo foi acentuado pela colocação de técnicos nos principais ministérios, [...] pela centralização do governo federal na condução de temas econômicos e pela falta de transparência na tomada de decisões” (SILVA, 2015, p. 78).

As prestadoras eram consideradas o próprio Estado atuando de forma direta nas atividades econômicas, conseqüentemente não era necessário a regulação da sua atuação porque ela era feita para atender o interesse público (SILVA, 2015).

Em razão de ser o próprio Estado, considerava-se desnecessário manter controle sobre a sua própria atuação, no entanto, era uma ilusão a ideia de que o Estado era submetido a regras e controles de interesse público só por ser ele o explorador das atividades (MOREIRA NETO, 2000). Ao acumular a função de fiscalizar e prestar os serviços não era conveniente denunciar as próprias falhas, em razão disso acabavam sendo ocultadas (MANNHEIMER apud MOREIRA NETO, 2001, p. 147).

No quadro dos modelos de Estado hegemônicos neste século, o do Bem-Estar Social e Socialista, as respectivas empresas estatais, por serem tidas como o próprio Estado atuando indiretamente, gozavam de relativa autonomia técnica para prestar os *serviços públicos* que lhes eram delegados e, por isso, considerava-se supérfluo e redundante manter controles estatais específicos sobre seu desempenho.

Essa concepção, não obstante teoricamente sustentável, na prática não era real, pois as empresas do Estado geralmente desenvolviam uma autonomia de fato e uma burocracia própria que as afastavam da prossecução dos interesses públicos e acabavam servindo de instrumento de parasitismo e privilégios (MOREIRA NETO, 2001, p. 146, grifo do autor).

Esses fatores acima mencionados, acrescidos da crise energética da década de setenta e da falta de transparência no planejamento econômico acarretaram o descontrole da inflação, desemprego, aumento do endividamento público e etc., e tudo isso levou à desestatização e à adoção do modelo intervencionista com maior foco na regulamentação do que propriamente na exploração direta das atividades econômicas (SILVA, 2015).

Segundo Silva (2015), a desestatização no Brasil seguiu a tendência dos países desenvolvidos, e a Constituição de 1988 acolheu esse pensamento no sentido de confiar à iniciativa privada daquelas empresas assumidas pelo governo central.

No Brasil a mudança da atuação do Estado na economia teve como um dos primeiros movimentos o Decreto 83.740 de 1979 (Programa Nacional de Desburocratização) que ocorreu no Governo de Figueiredo, após, no Governo Sarney o Decreto 91.991 de 1985 (disciplinou sobre processo de privatização de empresas sob controle direto ou indireto do Governo Federal) e o 95.886 de 1988 (Programa Federal de Desestatização) (SILVA, 2015).

Porém, para Moreira Neto a promulgação da Constituição Federal somente retardou este processo no Brasil por quase uma década porque não continha prévias providências a fim de retomar o desenvolvimento dos serviços públicos,

manteve o Estado como atuante e não se preocupou com o controle. (MOREIRA NETO, 2001).

Para o autor, sua inadequação com relação à realidade política, econômica, e social justifica a primeira Emenda em pouco mais de três anos após a promulgação da Constituição Federal (MOREIRA NETO, 2001).

No governo de Fernando Henrique Cardoso a edição da lei 9.491 intensificou o processo desestatizador, haja vista que alterou o Plano Nacional de Desestatização, pois incluiu a execução dos serviços públicos por meio de autorização, permissão e concessão, as instituições financeiras públicas estaduais e bens móveis e imóveis da União (SILVA, 2015).

Após, foram promulgadas as emendas 05/95 (terminou com o monopólio estadual de exploração dos serviços locais de gás canalizado), 06/95, 07/95, 08/95 (permitiu a prestação dos serviços de telecomunicação por empresas privadas e não somente delegado para empresas estatais) e 09/95 (tratou da flexibilização o monopólio das atividades relativas ao petróleo) (SILVA, 2015).

Deste modo, o Estado passou a nortear os serviços públicos e não ser mais o protagonista direto da sua execução (MENEZELLO, 2002). A privatização dos serviços públicos, portanto, resultou na implantação das agências reguladoras para controle desses serviços. Algumas foram criadas após a desestatização e a consequência disso foi tarifas onerosas e a falta de planejamento para que os contratos fossem bem desenvolvidos e etc. (SILVA, 2015).

Foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) pela lei 9.427 em 1996, primeira agência reguladora de serviço público, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, responsável pela regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica (ZIMMER JUNIOR, 2009).

A lei 9.472 criou a Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL), em 1997, vinculada ao Ministério de Comunicações, responsável pela regulação e fiscalização da exploração do serviço de telecomunicações (ZIMMER JUNIOR, 2009).

A lei 10.233 de 2001 também é exemplo um dos exemplos de lei instituidora de agência reguladora de serviço público, criou a Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT), em 2001, vinculada ao Ministério dos Transportes e também criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), vinculada ao Ministério dos Transportes (MEDAUAR, 2012).

3.2.2 Conceito de serviço público

A Administração Pública tem por finalidade atender ao interesse público e, por isso, desenvolve inúmeras atividades, dentre as quais apenas uma é serviço público. Por isso a atividade considerada como serviço público, não se confunde com outras atividades, como por exemplo, função de polícia, intervenção do Estado na economia, fomento público, entre outras. Para Di Pietro (2011, p. 103, grifo da autora) a definição de serviço público é composta por três elementos:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

O elemento subjetivo leva em conta a pessoa jurídica prestadora, no serviço público o Estado é sempre responsável, portanto é ele que estabelece mediante lei as atividades que em determinado momento são consideradas serviços públicos já o elemento material consiste na atividade executada, neste caso, são atividades de interesse público (DI PIETRO, 2011).

Para Justin Filho materialmente (2013) consistem em atividades que visam satisfazer as necessidades individuais ou trasindividuais que são consideradas essenciais. Mas é importante salientar que não basta o objetivo de interesse público para ser serviço público, a lei deve atribuir esse objetivo ao Estado, portanto “[...] **todo serviço público visa atender necessidades públicas**, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.” (DI PIETRO, 2011, p. 105, grifo da autora).

Já o elemento formal leva em conta o regime jurídico, os serviços públicos configuram-se pela aplicação do regime jurídico de direito público (JUSTIN FILHO, 2013). Por isso, Mello conceitua essa atividade estatal, nestes termos:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (2012, p. 687, grifo do autor).

Ademais, existem serviços que não podem ser públicos, outros que são necessariamente públicos, e aqueles que podem vir a ser públicos por meio de lei (MELLO, 2002).

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público (JUSTIN FILHO, 2013, p. 731, grifo do autor).

Ainda que o Estado (*lato sensu*) seja o titular de serviços públicos isso não lhe obriga a prestá-los por si mesmo ou por criatura sua, pois na maioria dos casos está apenas obrigado a disciplinar e a promover a sua prestação (DI PIETRO, 2011).

Tendo em vista que o Brasil adota o modelo federativo se faz necessário compreender qual entidade federativa possui competência para instituição, regulamentação e controle dos serviços públicos. A Constituição arrolou alguns serviços como comuns que, portanto podem ser prestados por mais de uma entidade e os serviços privativos que são prestados apenas por uma entidade federativa (CARVALHO FILHO, 2011).

Deve-se frisar a relevância do critério da extensão territorial dos interesses, tratando-se de serviço que abranja o território do país que deve ser prestá-los é a União, aos Municípios cabe a prestação daqueles serviços públicos de interesse local e os que abrangerem todo Estado (federado) e ultrapassarem os limites municipais devem ser prestados pelos Estados (CARVALHO FILHO, 2011).

Cabe esclarecer que em alguns casos a titularidade dos serviços públicos não é exclusiva do Estado, pois eles podem ser prestados complementarmente pelo particular como serviço privado, ou seja, não ocorrem por meio de delegação e deste modo, não são serviços públicos, mas serviços de utilidade pública (ALEXANDRINO; PAULO, 2010).

Os serviços de saúde, educação, previdência social e de assistência social são exemplos do exposto porque também podem ser prestados por pessoa jurídica de Direito Privado, ainda que sejam submetidas às fiscalizações do Poder Público, são as regras do direito privado que predominam na rotina de condução (ZIMMER JUNIOR, 2009).

São submetidas a um tratamento normativo com rigor especial em comparação ao tratamento normativo aplicado às outras atividades privadas, tendo em vista a grande relevância destes serviços. Embora não sejam serviços exclusivos do Estado, ele encontra-se obrigado a prestá-los, conferindo-lhes o regime de Direito Público (MELLO, 2015).

Conforme o art. 175 da Constituição Federal a prestação dos serviços públicos pode ocorrer de duas formas, uma pode ser de forma centralizada ou direta e a outra pode ser descentralizada legalmente ou contratualmente também chamada de indireta (PESSOA, 2003).

Quando a prestação ocorre de forma centralizada ou direta quer dizer que são prestados pelos próprios órgãos da Administração Direta, quando são prestados de forma descentralizada ou indireta legal quer dizer que são descentralizados mediante lei para ente da Administração Indireta, e quando prestados de forma descentralizada ou indireta contratual quer dizer que são delegados à entidades estranhas ao aparelho administrativo por meio dos institutos da autorização, concessão ou permissão (PESSOA, 2003).

Não há delegação da prestação do serviço público à entidades estranhas ao aparelho quando eles são prestados por repartição pública destituída de personalidade própria, por autarquias ou por entidade administrativa com personalidade de direito privado, tendo em vista que as entidades administrativas, em regra, não dispõem de interesses próprios e a sua autonomia de atuação é fortemente limitada. Por não ser caso de concessão em sentido próprio não se faz necessária licitação para que os serviços públicos possam ser prestados por essas entidades (JUSTEN FILHO, 2013).

Para Medauar (2012) a concessão, a permissão e a autorização são formas clássicas utilizadas pela Administração Pública para delegar a prestação dos serviços públicos, porém, novas formas estão sendo utilizadas (ex: franquia e arrendamento).

3.2.3 Princípios do serviço público

A Constituição Federal, no seu art. 175, inciso IV, determina que a lei deve dispor sobre a obrigação de manter um serviço adequado (BRASIL, 1988). A definição de serviço adequado foi feita pela lei 8.987, art. 6º, §1º (BRASIL, 1995),

que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, como sendo aquele que é prestado de forma regular, contínua, eficiente, segura, é atualizado, há generalidade, há cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Tais características, por maior parte da doutrina, são consideradas princípios próprios dos serviços públicos (MAFFINI, 2009).

O princípio da regularidade determina que os serviços públicos precisam ser prestados na quantidade e periodicidade que seja capaz de atender a demanda dos seus usuários (MAFFINI, 2009). Exige-se que os serviços públicos sejam prestados em conformidade com os padrões de qualidade e quantidade exigidos, observando as condições técnicas e as condições de sua prestação (GASPARINI, 2002).

Continuidade, também conhecido como princípio da permanência, proíbe a interrupção ou paralisação injustificada dos serviços públicos, tais medidas serão admitidas sem que afrontem o princípio nos casos previstos no art. 6º, § 3º da Lei 8.987. A primeira hipótese consiste em caso de emergência, a segunda consiste em razões de ordem técnica ou por inadimplência do usuário, contanto que sejam precedidas de aviso (MAFFINI, 2009).

Em caso de inadimplência a suspensão do serviço só é viável se o débito for atual, se tratando de débitos não atuais a cobrança deve ser feita pelos meios ordinários, além disso, o novo usuário não pode sofrer suspensão por consequência de débito do usuário anterior (CARVALHO FILHO, 2011). Tudo isso, porque os serviços públicos são considerados funções de enorme importância à coletividade não podem parar (DI PIETRO, 2011).

A concessionária deve cumprir o contrato e não deve interromper a prestação do serviço público mesmo que o poder concedente não esteja cumprindo total ou parcialmente o contrato administrativo, ou seja, não é permitido que esse descumprimento seja transferido ao usuário, haja vista a obrigação constitucional de manter o serviço público adequado, tais prejuízos sofridos devem ser posteriormente levados ao Poder Judiciário (ZIMMER JÚNIOR, 2009).

O princípio da eficiência apresenta dois aspectos, um é o modo de atuação do agente público e outro diz respeito ao modo de atuação, estruturação e disciplina da Administração Pública, de ambos se espera o alcance dos melhores resultados possíveis na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2011). Para Meirelles o princípio da eficiência transcende ao princípio da legalidade.

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. [...] não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento de necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2010, p. 98).

O princípio da segurança estabelece que a prestação do serviço não pode gerar riscos ao usuário e nem a terceiros, além daqueles inerentes a atividade executada. (MAFFINI, 2009). O princípio da atualidade abrange a atualidade técnicas e equipamentos e instalações modernas, a sua conservação, melhoria e expansão do serviço (BRASIL, 1995).

O princípio da generalidade para Moreira Neto (2005) é o mais importante princípio entre aqueles que são considerados como próprios do serviço público. Ademais, possui dois significados, o primeiro consiste em atender a maior quantidade de usuários possível e o segundo consiste em impor que prestador do serviço faça o tratamento isonômico dos usuários (MAFFINI, 2009).

Para Mello o denominado de princípio da universalidade, impõe que o serviço seja indistintamente aberto a generalidade (MELLO, 2012), enquanto que o princípio da cortesia, também chamado de urbanidade, impõe o dever de o prestador ter bom trato para com os seus usuários (SOUTO, 2002).

Não se trata apenas de uma exigência para um agradável convívio social e sim de um dever legal, inclusive com amparo constitucional (MOREIRA NETO, 2005). A prestação não é um favor ao usuário, mas sim um direito seu, e, portanto é um dever do prestador (GASPARINI, 2002).

Modicidade das tarifas indica que o serviço público deve ser remunerado por valores baixos. Se tal prestação é considerada importante para os membros da sociedade seria um enorme absurdo que os destinatários tivessem que pagar valores onerosos (MELLO, 2012). Portanto, o valor das tarifas deve atender a capacidade econômica dos usuários e ao mesmo tempo as exigências do mercado (MOREIRA NETO, 2005).

3.3 Da atividade de regulação dos serviços públicos de acordo com a lei e a doutrina

Conforme estudado anteriormente, o Estado tem a possibilidade de intervir na prestação dos serviços públicos tanto como sujeito ativo, deste modo participa dire-

tamente como o prestador do serviço, como também pode intervir sendo o agente regulador, neste caso é responsável por regular a atuação dos particulares à quem foi delegada a prestação de determinado serviço público (PESSOA, 2003).

Ademais, cabe salientar que a Administração mantém o vínculo com as atividades exercidas porque a delegação só transfere a execução dos serviços públicos e não a sua titularidade, conseqüentemente é responsável por fixar normas para a sua execução e por fiscalizar o seu cumprimento (MEDAUAR, 2012). A administração pode delegar aos particulares a prestação desses serviços por meio do regime de concessão ou permissão (PESSOA, 2003).

Embora a Constituição Federal tenha feito previsão da autorização como forma de delegação, ela pode ocorrer em restritas hipóteses, ou seja, trata-se de medida excepcional (ALEXANDRINO; PAULO, 2010).

A concessão de serviços públicos é o instituto que o Estado utiliza para conferir o exercício a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e que podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público, sendo indispensável que o concessionário se remunere pela exploração do serviço concedido (MELLO, 2012). Em regra, o concessionário se remunera pelas tarifas, mas não é necessário que seja de forma exclusiva (MELLO, 2012).

Para Di Pietro (2011) trata-se de um contrato administrativo que a Administração Pública utiliza para delegar a execução de determinado serviço público, em nome próprio, por sua conta e risco e que é remunerado pela tarifa paga pelo usuário ou por outra forma que decorra da exploração do serviço.

A permissão de serviço público difere-se da concessão de serviço público em algumas características: a primeira é constituída por ato unilateral e a segunda por acordo de vontades; na precariedade, pois só ocorre na permissão; a permissão pode ser feita tanto com pessoa física quanto com pessoa jurídica e a concessão somente com pessoa jurídica; a concorrência é modalidade de licitação obrigatória na concessão, entretanto na permissão não existe esta referência (DI PIETRO, 2011).

Conforme o art. 2º, inciso, o poder concedente é: “[...] a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; [...]” (BRASIL, 1995, <<http://www.planalto.gov.br>>). O Poder Público pode utilizar os meios que necessite para adequar e alcançar a satisfação da melhor forma possível para o interesse público (MELLO, 2012).

Tendo em vista o exposto, possui a titularidade de um conjunto de poderes: poder de inspeção e fiscalização, poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estabelecido, poder de intervenção e o poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente (MELLO, 2012).

A regulação, o controle e a fiscalização desses serviços delegados pela pessoa política competente podem ser feitos através de órgão da Administração Direta ou por ente criado para esse fim, como é o caso das agências reguladoras (PESSOA, 2003).

As agências reguladoras podem ter a natureza de concedentes no contrato ou elas podem ser constituídas somente para desempenharem o controle das atividades concedidas e controle desempenho dos concessionários, isso dependerá da lei reguladora do serviço concedido, mas em ambas as situações elas devem exercer o poder-dever de fiscalização desses serviços concedidos e o desempenho do concessionário (CARVALHO FILHO, 2011).

Quando uma lei cria uma agência reguladora retira essas atribuições do Poder Executivo e atribui a ela (DI PIETRO, 2011). Ocorre uma transferência do exercício de poderes, também denominados de prerrogativas do poder concedente, proporcionam que a Administração Pública concedente esteja em posição de supremacia em relação ao delegatário (ALEXANDRINO; PAULO, 2010).

A concessão é um instituto que resulta da necessidade de satisfação do interesse público da forma mais adequada e conveniente, portanto o poder concedente possui os meios essenciais para alcançar esse objetivo e nem pode dispor desses poderes (MELLO, 2012).

A atividade fiscalizatória das agências reguladoras de serviço público fundamenta-se no dever inerente do poder concedente de inspecionar e fiscalizar que a elas foram delegados (ARAGÃO, 2004).

É um direito que pode ser exercido mesmo quando não há menção expressa no ato de outorga e pode ser utilizado a qualquer instante enquanto a concessão for vigente, ademais não é um direito que exaure quando utilizado (GASPARINI, 2002).

Para Carvalho Filho a fiscalização não é apenas um poder, mas também é um dever do concedente, ele representa uma garantia aos usuários. A execução do serviço e o desempenho do concessionário devem ser fiscalizados de forma eficaz e

severa para que a coletividade usuária do serviço esteja protegida e deste modo não acabe prejudicada pela omissão do Estado. (CARVALHO FILHO, 2010)

Não há forma especial para o exercício da fiscalização, mas ela só será realmente eficaz quando um órgão específico estiver encarregado por esse poder (CARVALHO FILHO, 2010).

O art. 29 da lei 8.987 apresenta as atribuições do poder concedente e o art. 30 apresenta o modo como a fiscalização pode ser feita e dá o direito ao acesso de dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros (BRASIL, 1995).

O art. 31, inciso V, traz como encargo do concessionário permitir o livre acesso e sem época certa aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis (BRASIL, 1995).

Diante disso, pode verificar como o concessionário está atendendo as obrigações assumidas através da análise de livros, registros, as providências tomadas e a sua lisura (MELLO, 2012).

Trata-se de uma atribuição que não esgota a cada vez que é utilizada, portanto poder ser exercida a qualquer instante, enquanto o contrato viger, desde que tenha relação com o contrato (GASPARINI, 2007).

O controle dos serviços públicos também pode ser exercido pela população e pelos órgãos que tutelam interesses difusos e coletivos, como o Ministério Público e órgãos de defesa do consumidor (ALEXANDRINO; PAULO, 2010).

De nada adiantaria existir o poder fiscalizatório se o concedente não pudesse aplicar sanções ao concessionário. Este poder, também conhecido com encargo, está indicado no art. 29 da lei 8.987 (GASPARINI, 2002).

No entanto, estas sanções não podem ser ilimitadas, e, portanto só poderão ser aplicadas aquelas que já estão estabelecidas na legislação ou aquelas estipuladas no contrato, após procedimento administrativo que respeite o direito de ampla defesa (GASPARINI, 2002).

4 DOS LIMITES E DAS POSSIBILIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM BASE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No capítulo anterior estudamos a atividade de regulação dos serviços públicos, a partir da noção conceitual da atividade de regulação, do histórico geral do serviço público no Brasil, do seu conceito, dos seus princípios e da atividade de regulação dos serviços públicos segundo a legislação e a doutrina.

O último capítulo será aludido em torno dos limites e possibilidades das agências reguladoras com base na legislação brasileira, estruturando seus poderes, após, brevemente, serão estudadas as agências reguladoras existentes em âmbito federal com relação ao setor que cada uma delas atua e também algumas das suas principais atribuições.

4.1 Poderes das agências reguladoras

Ao Estado a Constituição e as leis outorgam certas competências que são executadas no plano material através da máquina pública, com foco no interesse público. Para que exercício destas competências seja adequado e eficiente são conferidos poderes à Administração, sendo que sem esses não se conseguiria priorizar o interesse público sobre o interesse privado (SILVA, 2015).

Ademais, esses poderes são obrigações e não faculdades e devem ser sujeitos sempre a determinada finalidade, ou seja, de forma mediata essa finalidade consiste no atendimento ao interesse público e de forma imediata, na edição de normas para regulamentação de atos e ações, na fiscalização para averiguar se o particular cumpre essas normas, e na aplicação de sanção para reprimir práticas que vão contra a regulamentação (SILVA, 2015).

Embora agências reguladoras possam ser classificadas levando em consideração a atividade regulada, portanto, classificadas como agências reguladoras de serviços públicos, agências reguladoras da exploração de monopólios públicos, agências reguladoras da exploração de bens públicos e agências reguladoras de bens públicos (ARAGÃO, 2004). Não foram encontrados poderes ou deveres que as distinguem de forma marcantes, portanto, estudaremos o que é comum a todas elas.

4.1.1 Poder normativo

Por meio do poder normativo conferido às agências reguladoras busca-se

alcançar a almejada atuação rápida e flexível para solucionar questões (abstratas e concretas) em que prevaleça a escolha técnica (MOREIRA NETO, 2001).

O poder normativo é próprio do exercício da função regulatória, seja quando é exercida pela Administração Direta, seja quando é exercida por órgão regulador independente, em virtude disso é que as leis que criam as agências reguladoras outorgam a competência para edição de atos normativos (SILVA, 2015).

Essa competência não deve ser confundida com o poder regulamentar dado ao Chefe do Poder Executivo, pois a competência de editar atos normativos tem como finalidade disciplinar um setor, sua natureza tem função administrativa, de outro modo o poder regulamentar tem o propósito de complementar a lei para que possa ser executada, sua natureza é de função política (SILVA, 2015).

Consequentemente as normas das agências reguladoras apenas podem ser consideradas válidas quando as motivações possam ser fundamentadas pela racionalidade e pela razoabilidade (MOREIRA NETO, 2001).

Não há produção de legislação de mesma hierarquia que as leis que são construídas por processos legislativos políticos (sentido amplo), encontrados na Constituição no art. 59 e seus incisos, portanto as normas reguladoras criadas pelas agências reguladoras não alteraram e nem derogaram as leis (sentido amplo) (MOREIRA NETO, 2001).

Ademais, ao exercerem a competência normativa elas se encontram vinculadas aos princípios, bases e diretrizes fixadas pela lei (sentido formal e material) (SOUTO, 2002).

4.1.2 Poder fiscalizatório e sancionatório

O poder fiscalizatório sobre os agentes econômicos que se encontrarem no seu âmbito de atuação encontra-se previsto em todas as leis que instituíram as agências reguladoras (ARAGÃO, 2004).

Silva conceitua o poder fiscalizatório como “[...] exame de adequação entre comandos legais ou convencionais e as ações concretamente realizadas [...]” (SILVA, 2015, p. 151).

A fundamentação da fiscalização varia conforme a classificação da agência reguladora, podendo ser inerente ao exercício do poder de polícia administrativa como também pode ser inerente ao cumprimento do dever do Poder Concedente

(ARAGÃO, 2004).

Para Di Pietro (2011) existem dois tipos de agências reguladoras, sendo que o primeiro tipo se trata daquelas que exercem o poder de polícia e o segundo tipo trata-se daquelas que regulam ou controlam as atividades que são objeto do instituto da concessão, permissão ou autorização de serviço público. Diferente de Di Pietro, para Aragão existem três formas de classificá-las:

[...] (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente, (b) reguladora de exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássico ou econômico (ARAGÃO, 2004, p. 317).

Quando a fiscalização não é qualificada pode causar dano ao administrado, portanto enseja responsabilização do Estado e ação de regresso contra o corpo diretivo da agência (SILVA, 2015).

O poder sancionatório decorre do poder fiscalizatório, portanto as agências reguladoras aplicam sanções quando há descumprimento de preceitos legais (regulamentares ou contratuais) por parte dos agentes econômicos regulados (ARAGÃO, 2004).

É por meio de penalidade que se procura reprimir a reiteração de práticas que violem os preceitos legais (SILVA, 2015). Para Aragão (2004), as sanções devem ser aplicadas com fundamento em algum dispositivo legal, mesmo que genérico.

Assim como nos demais processos administrativos, é imprescindível o respeito ao devido processo legal, o administrado deve ter garantido o princípio do contraditório e da ampla defesa, portanto deve ter conhecimento do que está sendo acusado, ter acesso as provas produzidas contra ele, e ser permitido oferecer defesa e recorrer da decisão. (SILVA, 2015). Do mesmo modo, ao exercerem este poder, devem respeitar os princípios da motivação e da segurança jurídica (MENEZELLO, 2002).

4.1.3 Poder para solucionar conflitos

O poder de solucionar conflito trata-se de uma delegação feita pelo legislador ordinário da gestão e solução administrativa. Trata-se de uma atuação técnica e

racional que foca no entendimento dos agentes regulados que fazem parte de um conflito com o menor ônus possível a todos (MENEZZELO, 2002).

Este poder, com relação às agências reguladoras de serviços públicos, decorre da Lei 8987/95. As leis específicas das agências reguladoras também prevêm essa competência para decidirem administrativamente os conflitos entre os delegatário, o Poder Concedente, a agência e os usuários. As demais leis instituidoras de agências reguladoras também prevêm tal poder (ARAGÃO, 2004).

4.2 Agências Reguladoras Federais em espécie

Nos próximos subitens as agências reguladoras existentes em âmbito federal serão estudadas brevemente, quanto ao setor que cada uma delas atua e também algumas das suas principais atribuições.

4.2.1 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi instituída pela Lei 9.427 em seu art. 1º, no ano de 1996 e regulamentada pelo Decreto nº 2.335 no ano de 1997. É responsável pela fiscalização e regulação da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica (BRASIL, 1996).

Ela realiza os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público, celebra e gere tais contratos e também atua junto com a Agência Nacional das Águas (ANA) na outorga de autorizações e concessões de exploração do potencial hidroenergetico dos cursos d'água que estão sob domínio da União (SILVA, 2015).

Além das competências supracitadas, a ANEEL institui metas para que o mercado tenha equilíbrio e funcione corretamente, fiscaliza o fornecimento dos serviços, media conflitos na esfera administrativa entre as concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, como também entre esses agentes e os usuários dos serviços (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, <http://www.aneel.gov.br/competencias>).

Silva (2015) traz dados extraídos de um relatório da ANEEL no ano de 2011 e compara o número de multas de 1998 e 2011, os números são de causar espanto,

pois em 1998 foram aplicadas 4 multas por infrações no montante total de R\$ 1.075.222,00, já em 2011 foram aplicadas 246 multas com montante total de R\$ 270.238.954,00.

4.2.2 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é vinculada ao Ministério de Minas e Energias, foi instituída pela Lei 9.478 em 1997, após a flexibilização do monopólio da União sobre o petróleo, pela Emenda Constitucional de nº 09 no ano de 1995 (SILVA, 2015).

A lei instituidora traz a sua finalidade no art. 8º: “[...] promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis [...]” (BRASIL, 1997, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm).

É a agência reguladora que elabora os editais e realiza o procedimento licitatório para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebra os contratos e fiscaliza a execução deles, autoriza a prática das atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento e estabelece critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, regula e autoriza as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como a avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade, fiscalizando diretamente ou mediante convênios com outros órgãos dos entes federados (BRASIL, 1997).

A ANP, em conjunto com o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), fiscaliza o comércio de combustíveis, analisa a qualidade e o atendimento aos padrões quantitativos dos combustíveis que estão chegando aos consumidores (SILVA, 2015).

Além disso, acompanha os preços nas fases de distribuição e revenda semanalmente dos combustíveis automotivos e derivados de petróleo (gasolina comum, etanol hidratado, óleo diesel e GL) e tem o dever de comunicar aos órgãos de defesa da concorrência quando existirem indícios de práticas que desvirtuam a concorrência nos mercados por ela regulados. Analisa prováveis infrações à ordem

econômica quando solicitada (Ministério Público Federal e Estadual, Procons, os três Poderes e etc.), elaborando notas técnicas a fim de detectar indícios (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUTÍVEIS - ANP, <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca>).

4.2.3 Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

A Agência Nacional de Telecomunicações foi criada pela Lei 9.472 em 1997 e regulamentada pelo Decreto nº 2.338 de 1997 e pela Resolução 270 de 2001, vinculada ao Ministério da Comunicação, após a flexibilização na prestação dos serviços de telecomunicação que eram só prestados por empresas estatais. A ANATEL tem como tarefa organizar a exploração dos serviços de telecomunicações (SILVA, 2015). Ademais, a ANATEL exerce o poder regulamentar e o poder de polícia administrativa, pois ela regula e fiscaliza a exploração dos serviços de telecomunicações (ZIMMER JÚNIOR, 2009).

O art. 60 nos traz a explicação do que são os serviços de telecomunicações e também o que é telecomunicação.

Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. [...] Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (BRASIL, 1997, <http://www.planalto.gov.br>).

A prestação do serviço de telecomunicações pode ser tanto de regime público quanto de sistema privado, no entanto são obrigatoriamente de regime público todas aquelas prestações que são consideradas essenciais e, portanto satisfazem o interesse da coletividade, são indispensáveis as regras de universalização e continuidade, a fim de promover o acesso a todos ou a instituição de serviço que seja fruído ininterruptamente (ZIMMER JÚNIOR, 2009).

Tem como atribuição implementar a política nacional de telecomunicações; expedir normas com relação à outorga, à prestação e à fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e autorizar o uso de radiofrequências, não decorrentes de procedimentos licitatórios, ou detidas por empresas que se enquadrem no conceito de prestadoras de pequeno porte; administrar o espectro de

radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; reprimir infrações dos direitos dos usuários; e exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, etc. (BRASIL, 1997).

4.2.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde, foi criada em 1999 pela Lei 9.782 (BRASIL, 1999). Tem como

[...] 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. (BRASIL, 1999, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm).

Para conseguir desempenhar a sua finalidade, a ela foram conferidas amplas competências normativas e competência de poder de polícia (autorizativa e repressiva) nos setores da economia geradores de potencial risco à saúde pública (tabaco, medicamentos, bebidas, alimentos, cosméticos, etc.) (ARAGÃO, 2004).

A sua atuação acaba sendo mais de natureza social do que propriamente econômica, pois é voltada ao atendimento de interesses difusos. Suas ações evitam a propagação de doenças, serviços de saúde prestados sem qualidade e confiança, etc. (SILVA, 2015).

4.2.5 Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde, foi criada no ano 2000 pela Lei 9.961 (BRASIL, 2000). Tem como

[...] finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais,

inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (BRASIL, 2000, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm).

Conforme estudado anteriormente, as ações e serviços de saúde podem ser prestados pela iniciativa privada, mas por serem de grande relevância sempre foi necessário certo controle sobre a iniciativa privada (SILVA, 2015).

A ANS é responsável por registrar e autorizar o funcionamento de operadoras de plano de saúde, controlar e fiscalizar suas atividades, autorizar e registrar a comercialização de planos de saúde (BRASIL, 2000).

4.2.6 Agência Nacional de Águas (ANA)

A Agência Nacional das Águas (ANA), vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, foi criada pela Lei 9.985 em 2000 “[...] com a finalidade de implementar, no âmbito de suas competências, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico” (BRASIL, 2000, <http://www.planalto.gov.br>).

A água é um recurso natural escasso, sofre degradação por diversos agentes, é essencial à vida e fundamental para a geração de energia elétrica, conseqüentemente o regramento do seu uso é fundamental e indispensável (SILVA, 2015).

Além de outras atribuições da ANA, ela faz coordenações e planejamentos gerais para supervisionar, controlar, avaliar as ações relacionadas aos recursos hídricos e atua em conjunto com outros órgãos e agências locais (SILVA, 2015).

Ela emite outorgas para regulação do uso de recursos hídricos de rios, reservatórios, lagos e lagoas que são de domínio da União e também fiscaliza os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União, para averiguar o cumprimento da legislação federal sobre o uso da água (AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS - ANA, <http://www3.ana.gov.br>).

4.2.7 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)

No ano de 2001, a Lei 10.233 deu origem a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), as duas possuidoras de modelos e competências similares, a ANTT responsável pela atuação na esfera rodoviária e ferroviária e a ANTAQ responsável pela atuação na navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, apoio portuário, etc. (SILVA, 2015). Seus objetivos são:

[...] implantar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Transportes e pelo Ministério de Transportes e disciplinar a prestação de serviços e a exploração da infraestrutura de transportes exercida por terceiros (SILVA, 2015, p. 204).

Dentro da sua esfera de competência, cada uma disciplina os operadores de mercado a partir da edição de atos normativos, outorgas e fiscalização de contratos de concessão e permissão de exploração dos serviços de transporte, arbitra conflitos, etc. (SILVA, 2015).

A ANTT é responsável pela concessão de ferrovias, rodovias e transporte ferroviário associado à exploração da infraestrutura; pela permissão de transporte coletivo regular de passageiros pelos meios rodoviário e ferroviário não associados à exploração da infraestrutura; e pela autorização de transporte de passageiros por empresa de turismo e sob regime de fretamento, transporte internacional de cargas, transporte multimodal e terminais (Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, <http://www.antt.gov.br>). As suas extensas competências incidem tanto sobre serviços públicos quanto sobre atividades econômicas privadas (ARAGÃO, 2004). A ANTAQ busca

[...] tornar mais econômica e segura a movimentação de pessoas e bens pelas vias aquaviárias brasileiras, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas. Arbitra conflitos de interesses para impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica, e harmoniza os interesses dos usuários com os das empresas e entidades do setor, sempre preservando o interesse público (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ, <http://antaq.gov.br>).

A ANTAQ tem como finalidade implementar as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, de acordo com os princípios e diretrizes estabelecidos pelas leis, sua responsabilidade é regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da

infraestrutura portuária e aquaviária.

4.2.8 Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi criada em 2005 pela Lei 11.182, vinculada ao Ministério da Defesa, é responsável por regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (BRASIL, 2005).

Ela deve adotar as medidas necessárias para promover a segurança da aviação civil, atender o interesse público, desenvolver e fomentar a aviação civil a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, estimular a concorrência e melhoria da prestação do serviço do setor. Para alcançar o seus deveres ela possui vastas competências, quais sejam, normatização, fiscalização, certificação, concessão e autorização, etc. (AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC, <http://www.anac.gov.br>).

Quanto à normatização, compete a ANAC estabelecer as regras para o funcionamento da aviação civil no Brasil, e, portanto ela revisa, atualiza e edita regulamentos técnicos e relativos aos aspectos econômicos. A criação de normas, na maioria das vezes, é precedida por consultas públicas, audiências públicas e estudos (ANAC, <http://www.anac.gov.br>).

A fiscalização acontece a partir de atividades de vigilância continuada, fazendo o acompanhamento planejado e constante sobre o desempenho de produtos, empresas, operações, processos e serviços e dos profissionais certificados e também acontece a partir de ações fiscais, ou seja, a ANAC procura identificar e prevenir infrações aos regulamentos do setor e, em parceria com outros órgãos, a prática de atos ilegais (ANAC, <http://www.anac.gov.br>).

4.2.9 Agência Nacional do Cinema (ANCINE)

A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) foi instituída em 2001 pela Medida Provisória nº 2.219, tem como incumbência o fomento, a regulação e a fiscalização do mercado cinematográfico e videofonográfico brasileiro. Atualmente a ANCINE é vinculada ao Ministério da Cultura, no entanto na Medida Provisória que lhe deu origem era vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio

(AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE, <https://www.ancine.gov.br>).

Sua concepção original previa vinculação ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, mas o texto legal estabelecia sua permanência sob a supervisão da Casa Civil da Presidência por um ano, contado após a emissão da MP. Ali permaneceu, contudo, até outubro de 2003, quando finalmente foi transferida para o Ministério da Cultura (FORNAZARI, 2006, <http://www.scielo.br>).

Diferente das demais agências reguladoras estudadas, a ANCINE tem mais competências de fomento do que regulação, mas isso não quer dizer que não é caracterizada como agência reguladora, trata-se apenas de menor quantidade de competências regulatórias com relação às outras, ademais, cabe lembrar nenhuma delas exerce somente a competência regulatória (ARAGÃO, 2004).

4.3 Dos Limites da função reguladora das agências

Conforme estudado anteriormente, é necessário compreender que a independência das agências reguladoras de acordo com disposições do regime constitucional, pois as agências reguladoras não possuem independência no sentido próprio, pois não há soberania, são apenas detentoras de uma autonomia maior com relação aos demais entes da Administração Indireta (ARAGÃO, 2004).

Ademais, uma entidade autônoma não é subordinada hierarquicamente à entidade estatal a qual pertence, mas é uma vinculação que permite o exercício de um controle legal pela entidade estatal sobre a finalidade do serviço da autarquia (MEIRELLES, 2010).

Existem diversos limites com relação à atuação das agências reguladoras, tendo em vista que não são independentes com relação aos Poderes e órgãos de controle, pois não possível que as agências assumam formulações de políticas e sejam possuidoras de competências importantes para o país (JUSTEN FILHO, 2013).

4.3.1 Limitações de ordem externa e limitações de ordem interna

As limitações de ordem externa são aquelas que qualquer ato normativo, seja legislativo ou não, é sujeito, qual seja, a norma deverá estar em harmonia com o

sistema jurídico (MOREIRA NETO, 2001).

Não é permitido que a norma reguladora contrarie ou desrespeite as normas e princípios hierarquicamente superiores e se o fizer terá prejuízo de sua validade, haja vista sua ilegalidade ou inconstitucionalidade (MOREIRA NETO, 2001).

É o que ocorre quando a emanção do poder normativo cria obrigação não prevista em lei; modifica conceitos jurídicos legalmente definidos; fixa valor de multa em desconformidade aos parâmetros legais; institui sanção não capitulada em lei; estabelece rito sem observar o devido processo legal; desarrazoadamente e por qualquer modo, agrava a situação jurídica do administrado (SILVA, 2015, 149-150).

Do mesmo modo não é permitido a norma reguladora opor-se ou contrariar normas de mesma hierarquia, haja vista que normas de mesma hierarquia derivam de fundamentos legislativos distintos, portanto elas devem ser harmoniosas e não se permite a invasão de poder de um sobre a outra (MOREIRA NETO, 2001).

As limitações de ordem interna tratam-se daqueles limites de parâmetros formais e materiais que são submetidas as normas derivadas. O parâmetro formal estabelece limites procedimentais e temporais obedecidos pelas normas regulamentadoras e o parâmetro material fixa conteúdo substantivo das normas reguladoras (MOREIRA NETO, 2001).

O limite das agências reguladoras ao exercerem o Poder Regulador decorre dos limites previstos nos princípios e preceitos fundamentais da Constituição Federal, e na lei de criação de cada agência reguladora (MENEZELLO, 2002).

Portanto, as normas das agências devem limitar-se aos termos de suas leis instituidoras, as disposições legais e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo, além disso, estão totalmente subordinadas à lei formal e aos referidos decretos regulamentares, tendo em vista que o poder outorgado às agências visa satisfazer à necessidade de normas substancialmente técnicas e que deste modo sofram minimamente influência política (MEIRELLES, 2010).

Assim, nos dias atuais, não há apenas uma estrutura hierárquica de normas, mas, também, uma estrutura horizontal de normas jurídicas de mesma hierarquia e validade, gerando a necessidade de serem aplicadas concomitantemente e integradas entre si, estabelecendo elos indissociáveis entre os microssistemas de normas. A extensão do sistema regulatório alcança toda a estrutura normativa vertical e horizontal iniciada na Constituição, seguindo pelas leis emanadas do Poder Legislativo e terminando nas normas regulatórias expedidas pelas agências. Com isso, temos um amplo e complexo quadro normativo que deve atender à

unicidade jurídica, configurando um entrelaçamento lógico de normas (MENEZELLO, 2002, p.127-128, grifo do autor).

Para Menezello (2002) cada ato normativo que for criado deve estar em harmonia com o ordenamento jurídico, portanto deve ser um ato legal, legítimo, obrigatório, sua motivação deve ser necessária e suficiente.

4.3.2 Discricionariedade técnica

Conforme já estudamos, as agências reguladoras executam funções técnicas, atuam imparcialmente e com independência. É por meio de atos administrativos (normativos e decisórios) que elas externam suas manifestações que são dadas a partir de um juízo de valor considerando a interpretação das normas e as regras científicas (SILVA, 2015).

Discricionariedade quer dizer que a Administração dispõe, explícita ou implicitamente, de certa liberdade para decidir o caso concreto ao observar as circunstâncias, avaliar e decidir optando por uma das soluções possíveis entendendo ser a mais adequada forma de satisfazer o interesse público que a norma busca concretizar, ao contrário dos atos vinculados em que a Administração não possui liberdade porque a lei já decidiu o comportamento que deve ser adotado (MELLO, 1995 apud PESSOA, 2003).

Os atos discricionários não possuem liberdade absoluta, eles são sempre vinculados com relação a sua competência e finalidade, trata-se de uma liberdade regrada, portanto não existe ato administrativo totalmente discricionário (PESSOA, 2003). São atos vinculados aos limites da Constituição, legislação correspondente e pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade (ZIMMER JÚNIOR, 2009).

A lei não faz uma normatização detalhada e exaustiva da matéria, ela se limita em estabelecer princípios e valores gerais da matéria a ser regulamentada que devem ser aplicados pelo ente regulador (ARAGÃO, 2004).

No entanto, quando a lei aplica conhecimento técnico-científico para tomar determinadas decisões em uma situação que não incorporada no corpo da lei se denomina como discricionariedade técnica, para alguns doutrinadores o uso da expressão é inapropriado, pois as agências não dispõem de certa liberdade em seus atos normativos porque eles são de natureza técnica, portanto devem ser definidos

apenas com base em critérios técnicos extraídos da ciência, ademais a lei não autoriza escolhas de natureza política, como ocorre na discricionariedade administrativa, deste modo não podem ser confundidas (JUSTEN FILHO, 2013).

Ao se estabelecer esta nítida clivagem entre a discricionariedade político-administrativa, geralmente de amplo espectro de alternativas válidas, que devem ser avaliadas por políticos e burocratas, e a discricionariedade técnica, geralmente comportando opções mais restritas e que devem ser consideradas à luz de regras científicas para que se determine a melhor escolha, está se ministrando não só o critério diferenciador entre os dois tipos de discricionariedade como o próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências reguladoras (MOREIRA NETO, 2001, p. 169, grifo do autor).

Portanto o conteúdo das normas está definido no limite de escolha técnico-científicas se ultrapassar esses limites e fizer escolha política-administrativa ela será configurada como invasão de poderes que são próprios da esfera do Poder Legislativo (MOREIRA NETO, 2001).

Além disso, cabe ressaltar que essa discricionariedade técnica só pode ser exercida sobre aqueles assuntos de sua competência e nos termos autorizados legalmente pela legislação criadora da agência (MENEZELLO, 2002).

5 CONCLUSÃO

Nesta senda, no primeiro capítulo, buscou-se descrever noções conceituais e institucionais das agências reguladora, constatou-se que esse ente regulador conhecido como agência reguladora não é conceituado legalmente, no entanto a doutrina lhe conceitua baseando-se em algumas das principais características encontradas em todas as agências reguladoras existentes em âmbito federal, algumas delas são fundamentais para sua classificação como tal, é o caso da independência, que também é reconhecida como autonomia por alguns autores.

Deste modo, verificou-se que seu conceito informa que elas são entidades da Administração Indireta, ainda que haja a possibilidade de que sejam organismos da Administração Direta todas as agências em âmbito federal são autarquias de regime especial, ou seja, sempre serão de Direito Público, além disso, são detentoras da função reguladora, portanto produzem atos normativos de caráter infralegal e fiscalizam o cumprimento pela entidade privada regulada de forma independente, cada agência fica responsável pela regulação do setor da economia que a lei instituidora determinar.

Conclui-se que estão obrigadas à observância do procedimento de licitatório quando forem celebrar contratos para realização de obras, serviços, compras e alienação, com exceção dos casos que se enquadre a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, além disso, tais entidades movimentarem recursos públicos encontram-se submetidas a uma rígida fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na legalidade bem como a legitimidade e economicidade do trato com dinheiro, bens e valores, assim como a Administração Direta.

No segundo capítulo, buscou-se caracterizar a atividade de regulação dos serviços públicos à luz da doutrina e na legislação no Brasil.

Primeiramente constatou-se que os serviços públicos são sempre atividades de interesse público, porque visam satisfazer as necessidades individuais ou trasindividuais que são consideradas essenciais, mas que devem ser consideradas como serviço público por lei, haja vista que o Estado é o responsável, portanto é ele que estabelece as atividades que em determinado momento são consideradas como tais, ante o exposto, o regime jurídico dos serviços públicos é sempre de direito público.

Evidenciou-se que embora a Administração possa delegar a prestação dos serviços aos particulares conserva-se o seu vínculo com as atividades exercidas pelos delegatários, uma vez que a delegação só transfere a execução dos serviços

públicos e não a sua titularidade, portanto é responsável por fixar normas para a sua execução e por fiscalizar o seu cumprimento.

Ademais, regular é uma atuação do Estado meramente normativa, pois ele não desempenha diretamente todas as atividades de interesse público, não significa invadir as competências típicas dos Poderes, pois constatou-se que a sua atuação está estritamente limitada aos ditames impostos pela legislação e que esta foi proposta, criada e votada pelos próprios Poderes.

Averiguou-se que o Poder Público possui uma titularidade de poderes para adequar e alcançar a satisfação da melhor forma possível para o interesse público pela pessoa política competente podem ser feitos através de órgão da Administração Direta ou por ente criado para esse fim.

Portanto, constatou-se que a atividade fiscalizatória das agências reguladoras de serviço público fundamenta-se no dever inerente do poder concedente que foi delegado a elas, é um direito que não se exaure quando é exercido, portanto poder ser praticado a qualquer instante, enquanto o contrato viger, desde que tenha relação com o contrato, além disso, essa atividade pode ser exercida mesmo quando não há menção expressa no ato de outorga.

Ademais, verificou-se que ao poder concedente também é permitido aplicar sanções ao concessionário, mas estas sanções estão limitadas, porque só poderão ser aplicadas quando a legislação já previa ou aquelas que foram estipuladas no contrato, respeitando o procedimento administrativo e o direito de ampla defesa.

No último capítulo pretendeu-se estruturar os limites e possibilidades das agências reguladoras com base na legislação brasileira.

Constatou-se que as agências reguladoras são detentoras de poderes que são também deveres, quais sejam, poder normativo, poder fiscalizatório, poder sancionatório e poder de solucionar conflitos.

O poder normativo é próprio do exercício da função regulatória, é por meio dele do poder-dever normativo conferido as agências reguladoras que se pretende alcançar a desejada atuação célere e flexível para solucionar questões abstratas e concretas em que predomine a escolha técnica.

Quanto a sua limitação, é a mesma que os atos normativos das agências reguladoras de serviços públicos, quais sejam, suas normas só podem ser consideradas válidas quando as motivações possam ser fundamentadas pela

racionalidade e pela razoabilidade, além disso, encontram-se vinculadas aos princípios, bases e diretrizes fixadas pela legislação.

Ademais, foi mostrado que o poder fiscalizatório é a averiguação se as ações concretamente realizadas estão de acordo os comandos legais ou convencionais, a fundamentação varia conforme a classificação da agência reguladora, podendo ser inerente ao exercício do poder de polícia administrativa como também pode ser inerente ao cumprimento do dever do Poder Concedente.

O poder sancionatório decorre do poder fiscalizatório, portanto as agências reguladoras aplicam sanções quando há descumprimento de preceitos legais (regulamentares ou contratuais) por parte dos agentes econômicos regulados, procura-se reprimir a reiteração de práticas que violem os preceitos legais, no entanto, as sanções devem ser aplicadas com fundamento em algum dispositivo legal, mesmo que genérico, além de ser imprescindível o respeito ao devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa, aos princípios da motivação e da segurança jurídica.

Denotou-se que o poder de solucionar conflitos é uma atuação técnica e racional que visa solucionar os conflitos com o menor ônus possível a todos.

Ademais, neste mesmo capítulo constatou-se que as agências reguladoras sofrem limitações de ordem externa que são aquelas que qualquer ato normativo está sujeito, seja legislativo ou não, qual seja, a norma deverá estar em harmonia com o sistema jurídico; e limitações de ordem interna que são os limites de parâmetros formais e materiais que são submetidas as normas derivadas.

Outra limitação encontrada é quanto a finalidade do serviço, e por isso as agências reguladoras encontram-se vinculadas a um determinado Ministério em que a sua área de competência tenha afinidade com a sua atuação, sendo tal Ministério responsável por exercer o controle administrativo sobre ela, chamada de supervisão ministerial.

Conclui-se que o conteúdo das normas deve partir de escolhas técnico-científicas, apenas sobre assuntos de sua competência e autorizados pela lei criadora da agência, portanto não lhe é permitido ultrapassar esses limites fazendo escolhas políticas-administrativas, uma vez que esse tipo de escolha são poderes próprios da esfera do Poder Legislativo .

Portanto, conclui-se que entre as agências reguladoras de serviço público e as demais agências reguladoras não existem diferenças gerais marcantes entre os seus limites e possibilidades.

Ademais, constatou-se que o limite das agências reguladoras ao exercerem o Poder Regulador decorre dos limites previstos nos princípios e preceitos fundamentais da Constituição Federal, e na lei de criação de cada agência reguladora.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AGUAS - ANA. **Regulação**. Disponível em: <<http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/regulacao>>. Acesso em: 20 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC. **O que fazemos**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos>. Acesso em: 24 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. **Competências da ANEEL**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/competencias>>. Acesso em: 20 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIOS – ANTAQ. **A ANTAQ**. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/institucional/a-antaq/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. **Competências**. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/textogeral/Competencias.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE. **Apresentação**. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/ancine/apresentacao>. Acesso em: 24 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. **Preços e Defesa da Concorrência**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed., rev e atual. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2018.

_____. **Plano diretor da reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e

Reforma do Estado, 1995. Disponível em:
<<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 ago. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 set. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm> Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Projeto de Lei nº 6621/2016. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 dez. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 de set. 2018.

_____. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7 a 26, jan. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289>>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. Reforma gerencial e legitimação do estado social. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 147-156, Fev. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122017000100147&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-manual-de-direito-administrativo-jose-dos-santos-carvalho-filho-em-pdf-epub-mobi-ou-ler-online/#tab-additional_information>. Acesso em: 09 set. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**: autarquia, concessionária, subconcessionária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FORNAZARI, Fabio Kobol. Instituições do Estado e políticas de regulação e incentivo ao cinema no Brasil: o caso Ancine e Ancinav. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 647-677, ago. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 set. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito administrativo**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2002

_____. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública**: tomo I. 12. ed. Rio de

Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito administrativo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=udNiDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=caracteristicas+das+ag%C3%A2ncias+reguladoras&ots=PSeBTaEXuM&sig=xZMWyHBQtTrThuqc5uIXvp9kjkE#v=onepage&q=caracteristicas%20das%20ag%C3%A2ncias%20reguladoras&f=false>>. Acesso em: 19 de ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Direito Administrativo moderno**. 17. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PACHECO, Regina Silva. **Regulação no Brasil**: desenho das agencias e formas de controle. Rio de Janeiro, Jul./Ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>. Acesso em: 08. ago. 2018.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Agências reguladoras e o direito à digna**

existência. 1.ed. Curitiba: Prismas, 2015.

PINHEIRO, I. A; MOTTA, P.C.D. A condição de autarquia especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3, p. 459-484, jan. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6447/5031>>. Acesso em: 08 Ago. 2018.

PÓ, M. V; ABRUCIO, F. L. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679 a 698, jan. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6846>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

SOUTO, Marcos Jurue. **Direito administrativo regulatório**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TONIOLO, Giuliano. **Concessões e direitos fundamentais**: em busca da eficiência. 1. ed. Porto Alegre: Entremeios, 2009.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo: Método, 2009.