

# Autonomia e Independência da ANATEL no Contexto Juspolítico Brasileiro

Vanessa Copetti Cravo<sup>1</sup>

1 Introdução. 2 ANATEL e a Concepção de Agência Reguladora. 2.1 A Reforma do Estado e a Criação da ANATEL. 2.2 A ANATEL e o Modelo Regulatório. 3 Os Atributos de Autonomia e Independência da ANATEL. 4 Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho visa compreender e analisar a efetividade de duas das mais importantes características da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel –, quais sejam a sua autonomia e a sua independência, que denotam justamente a especialidade desta autarquia, criada para exercer a função de órgão regulador do setor, consoante mandamento constitucional insculpido no art. 21, XI, com a alteração decorrente da Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995. A fim de subsidiar a apreciação pretendida, inicia-se com uma breve passagem pela Reforma do Estado ocorrida na década de 1990 no Brasil, revisitando-se a transformação do papel de intervenção do Estado na ordem econômica, a desestatização de serviços públicos, a privatização de empresas estatais e a criação das agências reguladoras, sobretudo da Anatel. Posteriormente, passa-se a um relato sobre as principais características desta Agência, tais como natureza jurídica, atribuições, organização, gestão e controle, no intuito de embasar a demarcação dos seus atributos de autonomia e independência na doutrina, na legislação e na jurisprudência, recorrendo-se também às interessantes noções ofertadas pelo Direito Comparado.

**Palavras-chave:** Agência Reguladora. Anatel. Autonomia e Independência.

**Abstract:** This research's aim is to understand and to analyse the effectiveness of the two most important National Agency of Telecommunications - Anatel's characteristics, whose autonomy and independence indicate precisely the specialty of this entity, created to play the realm's regulatory body role by the constitutional commandment behold at the article 21, clause XI, witch was modified by the Constitutional Amendment n° 8, ratified on August 15th, 1995. In order to ensure the wanted appreciation, the study begins with a brief passage through the State Reform occurred in the 1990 decade in Brazil, revisiting the transformation of the state intervention at economic

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Faculdade IDC, Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações.

order's role, the desestatization of public utilities, the state's enterprises privatization and the creation of regulatory agencies, primarily the Anatel. Later on, the paper report the main characteristics of this agency, such as legal nature, mission, organization, management and control in order to base their attributes of autonomy and independence's demarcation at the doctrine, legislation and jurisprudence, also using the interesting notions given by the Comparative Law.

**Keywords:** Anatel. Autonomy. Independence. Regulatory Agency.

## 1 Introdução

O presente trabalho busca abordar alguns dos aspectos mais relevantes da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –,<sup>2</sup> quais sejam a sua autonomia e a sua independência, cujo surgimento é resultado da transformação do papel de intervenção do Estado na ordem econômica, ocorrida na década de 1990, que passa de empresário a regulador, no objetivo de atuar indiretamente nas relações econômicas, no sentido de conduzi-las ao alcance dos fins consagrados em nossa Carta Constitucional, a qual arquiteta, nitidamente, um projeto de Estado Social.

Essa mudança não significa a ausência do Estado nem a adoção de uma concepção mínima ou liberal. Na verdade, trata-se de uma reforma qualitativa na sua esfera de atuação, na tentativa de aperfeiçoar a administração pública brasileira, ineficiente e gigantesca ao apagar das luzes do século XX.

Todo este contexto pode ser canalizado na desestatização dos serviços públicos, na privatização de empresas estatais e na criação das Agências Reguladoras, autarquias especiais, cujas características de dirigentes nomeados para mandatos fixos e sem possibilidade de demissão *ad nutum*, de ausência de recurso hierárquico impróprio de suas decisões, de discricionariedade técnica e de poder normativo denotam a sua especialidade, sintetizadas nos atributos de independência e autonomia.

---

<sup>2</sup> Artigo resultante de adaptação da monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Público, realizada sob a orientação do Prof<sup>o</sup> Me. Aloísio Zimmer Jr.

Assim nasceu a ANATEL, uma entidade da administração indireta vinculada ao Ministério das Comunicações, instituída para exercer a função de órgão regulador do setor de telecomunicações, abarcando a normatização, a fiscalização e o planejamento setorial. Seu surgimento foi viabilizado pela promulgação da Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, que retirou das mãos do Estado a prestação do serviço de telecomunicações, permitindo sua outorga a terceiros.

Em que pese a existência das agências reguladoras desde 1996, ainda hoje não existe uma posição consolidada acerca dos contornos de sua independência e autonomia, terminologia largamente utilizada, porém sem a devida acuidade na caracterização e definição de seus limites. Dessa maneira, o escopo deste trabalho é estudá-los, fazendo um compêndio da doutrina, jurisprudência e legislação vigente, bem como das idéias contempladas nos projetos de lei e proposta de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional, apoiando-se em experiências do Direito Comparado e na realidade fática vivenciada por essas agências, focando-se na ANATEL.

Desde logo, cabe ressaltar que a presente pesquisa visa passar ao largo da discussão crítica sobre privatização de empresas estatais, ingresso de capital estrangeiro e desestatização de serviços públicos, consubstanciados na Reforma de Estado, a fim de se concentrar na independência e na autonomia da ANATEL.

Assim, o estudo foi dividido em duas grandes partes. Na primeira, inicia-se a análise sobre a conjuntura da Reforma de Estado, a criação das Agências Reguladoras e, especificamente, a ANATEL, passando pelas suas características, funções, estrutura, constituição, controle e peculiaridades, bem como pelo modelo regulatório adotado. Na segunda parte, centra-se na tentativa de compilar as noções existentes sobre os atributos de independência e autonomia, recorrendo-se à legislação, à doutrina e à jurisprudência brasileiras e a

pertinentes concepções de Direito Comparado, a fim de que se possa compreendê-los e definir suas implicações.

Não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas de apenas trazer à baila algumas questões importantes sobre o assunto, extremamente em voga em razão dos terríveis acidentes aéreos ocorridos no país nos últimos meses, que desencadearam discussão sobre o papel e a eficiência das Agências Reguladoras, principalmente sobre a nomeação e possibilidade de demissão de seus dirigentes pelo Presidente da República.

## 2 ANATEL e a Concepção de Agência Reguladora

### 2.1 A reforma do Estado e a criação da ANATEL

No final do século XX, o Estado Brasileiro sofreu grandes reformas no seu arranjo institucional, conjuntamente designadas de Reforma do Estado, cujo mote central recaiu sobre a administração pública e a forma de intervenção do estado na ordem econômica.

Essa relevante alteração do perfil estatal foi observada em todo o mundo como resposta a conjuntura mundial de crise do Estado do Bem-Estar Social<sup>3</sup>, que se arrastava desde a década de 1970, contribuindo para uma situação deficitária e ineficiente de muitos Estados.

Grotti<sup>4</sup> identifica na legislação brasileira os primeiros movimentos no intuito de inverter o modelo expansionista de Administração Pública. Tem-se o Decreto n.º 83.740, de 18 de julho de 1979, que institui o Programa Nacional de Desburocratização, cujas alíneas “g” e “h” do seu art. 3º limitam a criação de entidades da administração indireta. Nessa linha, o Decreto n.º 91.991, de 28 de novembro de 1985, dispõe sobre

<sup>3</sup> Não se pretende discutir as diferenças entre Estado Social e *Welfare State* apontada por alguns doutrinadores, sendo estes termos utilizados como sinônimo neste trabalho.

<sup>4</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Museiti. *O Serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. 406 p. 149-150.

o processo de privatização; o Decreto n.º 95.886, de 29 de março de 1988, estabelece o Programa Federal de Desestatização; a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, cria o Programa Nacional de Desestatização, ressaltando a transferência à iniciativa privada das atividades indevidamente exploradas pelo setor público, fulcro art. 1º, inciso I; e a Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, que alterou procedimentos relativos ao Plano Nacional de Desestatização – PND –, em decorrência das emendas constitucionais promulgadas em 1995, as quais marcam a quebra do monopólio da exploração dos serviços públicos pelo Estado, conforme ver-se-á a seguir.

A autora ainda aponta com propriedade a consubstanciação do descrédito das idéias Keynesianas de intervenção do Estado na economia, oriundo da Escola de Chicago, no Consenso de Washington, que representa uma fórmula composta de dez medidas com o objetivo de acelerar o desenvolvimento econômico, energeticamente recomendada pelo FMI na década de 1990, para adoção pelos países emergentes. As regras pregam: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos; reforma tributária; desregulamentação da economia e reforma da legislação trabalhista; defesa do direito de propriedade; câmbio livre; privatização; abertura comercial; ampliação da entrada de capital estrangeiro; e juros de mercado.<sup>5</sup>

A Reforma do Estado foi capitaneada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, especificamente através do Ministério da Administração Federal e Reforma de Estado – MARE –, que adotou a terminologia de Estado Gerencial. Outrossim, Bresser-Pereira defende que esta é uma nomenclatura mais democrática,<sup>6</sup> cuja justificativa transcreve-se:

Tornou-se comum afirmar que as reformas orientadas para o mercado, que vêm sendo realizadas desde 1980,

<sup>5</sup>GROTTI, O Serviço, p. 149-152.

<sup>6</sup>BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma Gerencial de 1995. In: CADERNOS ADENAUER II (2001), n.º 3, Burocracia e Reforma do Estado, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001. 109 p. p. 29-45. p. 30.

importam na passagem do “Estado produtor” para o “regulador”. Esta linguagem é, porém, enganosa, e tem forte sabor neoliberal, na medida em que se afirma que a reforma limita-se a privatizar serviços monopolistas ou quase-monopolistas, para, em seguida, estabelecer 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 a pesquisa científica e age como capacitador (*enabler*) da competitividade das empresas privadas.

Dessa maneira, ocorreu a redefinição do perfil estatal, abandonando-se a concepção do Estado interventor e agente econômico, conforme a dicção de Faria:<sup>7</sup>

Ele deixa de ser o controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento e passa a atuar como regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócios para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico.

Assim, verifica-se uma substancial modificação do papel do Estado, no sentido de que deixa de atuar diretamente como agente econômico, principalmente na prestação dos serviços públicos, para atuar indiretamente, o chamado Estado Regulador, regulando a atividade econômica exercida por particulares. Essa intervenção justifica-se pela importância dos serviços (serviços essenciais à população que não podem ficar somente aos cuidados de um mercado eficiente) ou pela necessidade de garantir a competição em determinados setores, fazendo com que a atividade econômica coadune-se com o projeto de país previsto por nossa Magna Carta.

---

<sup>7</sup> FARIA, José Eduardo C. O. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p. 8.

Deve-se destacar que a desestatização ocorrida no país com a entrega da prestação de serviços públicos ao setor privado e a privatização de empresas estatais não significam a retirada do Estado da economia, nem o abandono da concepção de Estado Social. Nesse sentido, Aragão<sup>8</sup> afirma:

Refutamos assim a correlação necessária que às vezes se faz entre Estado social e estatização. A democraticidade do Estado, apesar de não excluir, não pressupõe a estatização. A ordem econômica constitucional dos Estados Democráticos deixa, dentro dos limites já assinalados, espaço para uma maior ou menor estatização ou intervenção na economia.

Outrossim, Barroso<sup>9</sup> ensina que a delegação às empresas privadas não retira a natureza de serviço público, na medida em que o Estado "*conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada*", e Sundfeld<sup>10</sup> esclarece que a implantação das agências não importa em processo de privatização, cuja recíproca também não é verdadeira.

Marques Neto destaca que nessa nova configuração o Estado "*estará presente, porém definido os marcos regulatórios. O que será substancialmente distinto será a forma de intervenção, seja no que concerne aos seus pressupostos, como objetivos e instrumentos*".<sup>11</sup>

Ao abordar o tema, complementa Mattos:<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 509 p. 58.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p. 109-131, p. 116-117.

<sup>10</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p. 17-38. p. 19.

<sup>11</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: ABAR, 2000. p. 53.

<sup>12</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e Democrática. In: FARIA, José Eduardo C. O. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p. 43-66. p. 56.

Diante desse quadro normativo, a mudança na forma de atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme previsto no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, constitui o principal elemento de transformação jurídico-institucional introduzida pelo projeto de reforma do Estado no Brasil. E o que caracteriza e define tal mudança é a criação de agências de regulação como órgãos responsáveis por certos setores da economia, principalmente por aqueles caracterizados como de infra-estrutura e serviços públicos, com funções normativas e reguladoras orientadas especialmente pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Cabe uma pequena digressão histórica, a fim de compreender a evolução da forma de intervenção do Estado brasileiro na economia. Lehfeld<sup>13</sup> menciona que a estatização iniciou-se a partir da década de 30 do século passado, pois até então a prestação dos serviços públicos era realizada pela iniciativa privada, sob regulamentação. Posteriormente, numa fase organizacional, para atendimento das necessidades coletivas, criou-se as autarquias, conforme os ensinamentos de Marques Neto,<sup>14</sup> e, mais adiante, as sociedades de economia mista e empresas públicas, para concretizar o novo papel do Estado, qual seja de explorador de atividade econômica. No próximo passo da evolução, tem-se o Estado Regulador.

Em que pese as palavras do então Ministro do MARE, anteriormente referidas, a vinculação da terminologia "Estado Regulador" à ideologia neoliberal não procede, uma vez que regulação não pode ser compreendida como privatização

---

<sup>13</sup> LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 232 p. 149.

<sup>14</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, março, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 15/07/2006. 14 p. 3-4.

e enxugamento do Estado. Precisa ser entendida como um fenômeno maior de transformação do perfil de intervenção econômica do Estado, que não significa a adoção de um Estado Liberal, nem Mínimo.

Para entender o novo perfil de intervenção estatal, faz-se necessário trazer a colação uma definição da atividade de regulação. Para tanto, adota-se o conceito apresentado por Aragão:<sup>15</sup>

[...] regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da 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.

Cita-se ainda sobre o tema regulação, a lição de Campos e Santiago Junior:<sup>16</sup>

Em sua versão contemporânea, a regulação pode ser entendida como o processo composto da desregulamentação de um segmento da economia funcionando de modo planejado, seguida de novo estabelecimento de regras de funcionamento, com vistas a preservar condições de concorrência e, conseqüentemente, eficiência. Note-se que, neste texto, a palavra regulamentação está associada à idéia de funcionamento planejado de um setor da economia. Essa planificação pode ser obtida por meio de um conjunto de normas e procedimentos originados no interior do Estado, traduzindo em leis, decretos, portarias, e instruções normativas; e/ou pela presença direta do Estado no sistema produtivo, através da criação de empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e etc.

<sup>15</sup>ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>16</sup>CAMPOS, Anna Maria; SANTIAGO JUNIOR, Dércio. Regulação gradual: a opção de aprendizagem. In: CADERNOS ADENAUER II (2001), n.º 3, Burocracia e Reforma do Estado, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001. 109 p. 97-108. p. 109.

Neste contexto, surgem as Agências Reguladoras – ARs – no Brasil, tanto na esfera federal como na estadual e municipal, concebidas como entidades autárquicas em regime especial. Essas são entidades criadas por lei, algumas inclusive com previsão constitucional como a ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP – e a sua nota de especialidade, a qual deve “*ater-se ao ordenamento jurídico-constitucional vigente*”,<sup>17</sup> concentra-se em maior autonomia. Moraes<sup>18</sup> afirma que “*a grande novidade das Agências Reguladoras consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública Indireta*”. Ferreira Filho<sup>19</sup> ainda aponta que o objetivo dessas agências é a independência no tocante às “*vicissitudes político-partidárias*”.

Uma importante característica da criação das ARs é a segregação entre o órgão que normatiza, fiscaliza e planeja, ou seja, que regula àquela determinada atividade econômica, daquele que efetivamente presta o serviço, o que não ocorria no monopólio estatal. Macedo<sup>20</sup> clarifica:

Desse modo, a saída do Estado na atuação econômica, especialmente naquelas atividades que configuravam serviço público, acabou por evidenciar a separação do que antes convivia conjuntamente: o órgão regulador e o prestador de serviço. Tal evidencia-se, claramente, no setor de telecomunicações, em que o antigo Sistema

---

<sup>17</sup>Observação de ARAUJO, Edmir Netto. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p 39-55. p. 39.

<sup>18</sup>MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p. 13-36.

<sup>19</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p. 133-143. p. 110.

<sup>20</sup>MACEDO, Jaqueline Mainel Rocha de. Discricionariedade Técnica e Função Normativa em Setores Regulados, e sua Identificação na Lei Geral de Telecomunicações. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005. 250 p. 121-187. p. 124.

Telebrás concentrava a prestação do serviço de telefonia e a expedição de normas regulamentadoras.

A separação das duas faces de ação estatal configura, então, a distinção entre intervencionismo direto e o intervencionismo indireto. O primeiro ligado à prestação direta de determinado serviço pelo Estado, e o segundo concernente à atividade de fiscalização, regulamentação e monitoramento da atividade econômica.

Moreira e Maças<sup>21</sup> esclarecem os objetivos de uma agência reguladora, para a qual adotam a terminologia de Autoridade Administrativa Independente – AAI. Rezam os autores portugueses:

Pode dizer-se que as autoridades administrativas independentes visam corresponder a necessidades que se fazem sentir em dois domínios fundamentais: por um lado, assegurar a regulação de sectores sensíveis ou estratégicos, cuja actividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência; por outro lado, proteger os direitos dos administrados, em especial, os novos direitos à transparência e à informação, contra o risco de actuação burocrática arbitrária da administração.

Outra nota fundamental dessas entidades é o seu poder normativo que implica a criação de ordenamentos setoriais e que decorre diretamente da sua lei criadora, conforme ensinamento de Rezio:<sup>22</sup>

[...] a pluralização das fontes normativas conjugada à descentralização do aparato estatal, pela criação de entes ou órgãos autônomos independentes, representam o grande paradigma finalístico do Estado Moderno. Nesse contexto, a normatização setorial constitui eficaz instrumento

<sup>21</sup>MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 318 p. 24.

<sup>22</sup>REZIO, Juliana Oliveira. O Poder Normativo do Executivo e a Separação de Poderes. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005. p. 81-120. p. 101 e 112.

regulatório diante dos mecanismos, até então, adotados pelo Estado.

[...]

As leis atributivas de poder normativos às entidades reguladoras possuem baixa densidade normativa a fim de propiciar o desenvolvimento de ordenamentos setoriais, estabelecendo, apenas, parâmetros bem gerais de regulamentação a ser efetivada pelo ente regulador uma vez que a competência normativa da entidade encontra-se prevista em sua lei de criação.

A nossa Norma Fundamental consagrou, no art. 170, os princípios da ordem econômica, fundada na livre iniciativa, destacando-se a livre concorrência, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, o pleno emprego e a defesa do consumidor, entre outros. Veja-se que a livre iniciativa nunca impediu a intervenção estatal, uma vez que ao seu lado se impõe a observância aos ditames da justiça social. Outrossim, os princípios justificam, inclusive, a exploração da atividade econômica de forma monopolista pelo Estado.

O art. 174, *caput*, da Constituição Federal contempla essa nova configuração, ao determinar que o Estado, como agente normativo e regulador, exerça as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Com a edição das Emendas Constitucionais n.ºs 5, 7 e 8, promulgadas em 15 de agosto de 1995, substancialmente, ocorre a quebra do monopólio de exploração dos serviços públicos pelo Estado, permitindo, por exemplo, que os serviços de gás canalizando (Emenda Constitucional n.º 5/95) e de telecomunicações (Emenda Constitucional n.º 8/95) pudessem ser explorados por empresas privadas, através de concessão, autorização ou permissão. Igualmente, amplia-se a possibilidade de participação do capital estrangeiro nas concessões, com a modificação do conceito de empresa brasileira.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup>Nesse sentido, ver GROTTLI, *O Serviço*, p. 150.

Embora o intuito deste trabalho não ser a discussão crítica sobre todo o processo de Reforma do Estado vivenciado pelo nosso país, cabe demonstrar a existência de vozes destoantes como Grau, que profere crítica à Emenda Constitucional n.º 8/95.<sup>24</sup>

A Emenda Constitucional n.º 8/95 conferiu novas redações ao inciso XI e à alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição.

O inciso XI referia concessão a *empresas sob controle acionário estatal* dos “serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”. A nova redação conferida ao preceito, que mencionava singelamente *serviços de telecomunicações*, refere simplesmente a autorização, concessão ou permissão dos serviços, o que importa em que possam vir ser privatizados. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais sobretudo na telefonia celular é bem marcante, articulando-se com grande eficiência.

Bonavides reforça o caráter social presente na Carta Constitucional de 1988, a qual não pode ser afastada do ordenamento. Assim, todo e qualquer instituto deve ser interpretado conforme os preceitos contidos nela. Prega o autor<sup>25</sup>:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm de ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é uma Constituição antigoverno

<sup>24</sup>GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 351 p. 267.

<sup>25</sup>BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793 p. 366.

e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

Dessa forma, as Agências, como todo e qualquer instituto jurídico do nosso ordenamento, precisam ser pensadas e avaliadas dentro da concepção de um Estado Social, a fim de concretizar o projeto de país insculpido na Carta Política de 1988.

Antes de passar-se ao estudo da ANATEL, cabe mais uma consideração. Existe uma espécie de preconceito em relação a essas entidades, possivelmente gerada pela inspiração e adoção da nomenclatura norte-americana<sup>26</sup> e pela alegação de que representam a opção pelo Estado Liberal, fato que não subsiste a uma pesquisa aprofundada sobre o tema. Barroso<sup>27</sup> adverte:

A questão que se vive hoje da desconstrução do Estado brasileiro, por ruim que possa ser, não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica. É preciso, assim, pela primeira vez na história do Brasil, publicizar o Estado, não importa o tamanho que ele tenha.

Reforçando os argumentos trazidos anteriormente, leciona Sundfeld<sup>28</sup>:

Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências Reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram

---

<sup>26</sup>Ver ARAGÃO, Op. Cit., p. 37.

<sup>27</sup>BARROSO, Op. Cit., p. 110.

<sup>28</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p. 17-38. p. 19.

implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, que por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina da década de 80).

A constituição desses órgãos revela uma idéia de afastamento das vicissitudes do jogo político-partidário, uma vez que regulam setores estratégicos para a sociedade, sendo consideradas entidades de Estado, ao invés de entidades do Governo. Setores como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e transportes (regulados, respectivamente, pela ANATEL; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; ANP; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC) entre outros, exigem investimentos a longo prazo, que necessariamente ultrapassam o lapso temporal de um mandato. Dessa forma, não podem ficar a sua mercê, sob pena de comprometer o desenvolvimento e o crescimento do País. Nesta esteira, corrobora Marques Neto:<sup>29</sup>

A razão para tanto não nos parece muito complexa. Dissemos há pouco que o surgimento destes órgãos coincide com um novo estágio de regulação estatal marcado pela separação entre o prestador do serviço essencial e o ente encarregado de regulá-la. Em se tratando de serviços ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, teremos sempre uma relação tripartida. Há i) o produtor da utilidade pública; ii) o seu consumidor; e iii) o poder público.

A criação da ANATEL foi possibilitada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, a qual alterou a redação dos incisos XI, alínea a, e XII do art. 21 da Constituição

---

<sup>29</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos*, p. 29.

Federal, permitindo a outorga de serviços de telecomunicações, através de concessão, permissão ou autorização, a entidades privadas. Ademais, determinou a necessidade de lei para definir essa outorga, a qual também deveria dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação de órgão regulador, entre outros aspectos institucionais.

Em atendimento ao mandamento constitucional, em 16 de julho de 1997, foi editada a Lei n.º 9.472, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações – LGT –, criando a Agência Nacional de Telecomunicações, autarquia federal em regime especial, integrante da administração indireta e vinculada ao Ministério das Comunicações, com função de órgão regulador.

Oportuno trazer aqui um questionamento, ainda que raramente apontando, que seria a contradição em estabelecer uma entidade, dotada de personalidade jurídica, em relação ao texto da Carta Política que prevê a criação de órgão regulador.<sup>30</sup> A criação de órgãos na administração decorre do fenômeno da desconcentração administrativa, não possuindo personalidade jurídica e ficando hierarquicamente subordinados ao órgão ao qual pertencem, enquanto que a instituição de autarquias corresponde à descentralização da administração, criando-se pessoas jurídicas para o exercício de determinadas atividades, restando estas vinculadas a algum órgão do respectivo poder, sem relação de hierarquia,<sup>31</sup> mas tão-somente de supervisão, de tutela.

Interessante mencionar que no art. 2º, inciso IV, da LGT consta a obrigação do Poder Público em fortalecer o papel regulador do Estado.

## 2.2 A ANATEL e o Modelo Regulatório

À ANATEL compete organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, por expressa delegação da União, nos

<sup>30</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo, 2007. 432 p. 154.

<sup>31</sup> Sobre o assunto, ver ZIMMER JÚNIOR, *Op. Cit.*, p. 130-161.

termos do art. 1º, *caput*, da LGT, o que inclui a regulamentação e a fiscalização do setor, entre outros aspectos.

A LGT no seu art. 8º, § 2º, destaca que a natureza de autarquia especial caracteriza-se, *in verbis*: “por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. O Decreto n.º 2.238, de 07 de outubro de 1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e marcou a instalação da entidade, contém disposição semelhante no seu art. 1º, § 2º.

O órgão máximo da ANATEL é o Conselho Diretor, composto por 5 conselheiros, equiparados a Secretários-Executivos de Ministérios,<sup>32</sup> dentre os quais será nomeado o Presidente, decidindo por maioria absoluta e não existindo a possibilidade de abstenção. Todos os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade. São escolhidos pelo Presidente e por ele nomeados, após sabatina do Congresso Nacional, consoante disposto no art. 23 da LGT e art. 5º da Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, também chamada de Lei Geral das Agências – LGA.

O mandato dos conselheiros é não coincidente e de 5 anos. A vedação da recondução foi retirada pela LGA, a qual suprimiu a parte final do *caput* do art. 24 da LGT. Para estabelecer a não coincidência, os mandatos iniciais foram estabelecidos com prazos de duração diferenciados, nos termos do art. 25 da LGT.

A LGA determinou, no art. 9º, que os conselheiros só perdem o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, autorizando que a lei de criação de cada Agência

---

<sup>32</sup> A eles são assegurados os mesmos direitos, vantagens, prerrogativas e tratamento, inclusive protocolar, nos termos do parágrafo único do art. 20 da LGT.

elencasse outras condições. Embora a LGT, ainda que anterior, se coadunasse perfeitamente com as normas gerais estabelecidas naquela, ressaltando outra hipótese no § 1º do artigo 26, além de outras estabelecidas por leis criminais ou pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.º 9.429, de 2 de junho de 1992, qual seja a inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo, inclusive no tocante ao descumprimento das políticas setoriais estabelecidas pelo Governo e pelo Parlamento, a LGA revogou expressamente todo o art. 26 da LGT.

O Conselho é chefiado por um Presidente, escolhido dentre seus membros, nomeado pelo Presidente da República e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação, consoante § único do art. 5º da LGA e a revogação expressa do art. 31 da LGT que estabelecia o prazo de 3 anos e a impossibilidade de recondução na função de Presidente do Conselho.

A LGT estabelecia nos arts. 28 e 31 o regime de incompatibilidade dos dirigentes, restando vigente apenas o art. 31 que proíbe a representação de pessoas e interesses por ex-conselheiros até um ano após o término do mandato e a utilização de informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo. O art. 28 vedava o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção política, bem como a existência de interesse significativo, direto ou indireto, em empresa de telecomunicações, tendo sido expressamente revogado pela LGA.

A LGA impõe um período de quarentena aos ex-dirigentes, definido em quatro meses, durante o qual ficarão vinculados à respectiva agência e receberão remuneração compensatória equivalente ao cargo ocupado, nos termos do art. 8º, com redação dada pela Medida Provisória n.º 2.216-37/2001.

À Agência também foi destinada a administração exclusiva do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL –, cujas taxas são devidas em razão da fiscalização exercida.

Interessante notar que a LGA também determina que a licitação nas agências poderá ser realizada nas modalidades de consulta e pregão, observados os arts. 55 e 58 da LGT, e nos termos de regulamentação própria.

O organograma da Agência contempla um Conselho Consultivo, no qual a sociedade tem assento, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades descentralizadas.

Inicialmente, a LGA determinou que o quadro pessoal efetivo da agência seria regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – em regime de emprego público, disposição com eficácia suspensa pela liminar *ad referendum* do Plenário do STF na ADI 2310, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, a qual foi julgada prejudicada, em face da edição da Lei n.º 10.871, de 20 de maio de 2004, que impôs o regime estatutário aos integrantes do quadro pessoal efetivo das Agências Reguladoras, este sim, em consoante orientação do STF, compatível com a atividade desenvolvida por estas entidades, qual seja, essencialmente, o exercício do poder de polícia administrativa.

O modelo regulatório do setor de telecomunicações adotado no Brasil impõe um papel multifacetado e interdisciplinar ao órgão regulador, na medida em que concentra a regulação econômica, técnica, de acesso ao mercado e de proteção da concorrência,<sup>33</sup> esta última em interação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Dessa forma, à ANATEL incumbe diversas atribuições, dentre as quais: controle, gerenciamento e revisão de tarifas dos serviços prestados em regime público (concessionárias do serviço de telefonia fixa comutada); expedição de atos de outorga, administração do espectro de radiofrequências e estabelecimento de metas e padrões de qualidade; regulamentação

---

<sup>33</sup>ANATEL. Curso de Formação para os Candidatos ao Cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações. Módulo V: Defesa da Concorrência em Telecomunicações. Instrutores: Carlos Jacques Gomes, Daniela Arbex e Miguel Mattos. Brasília: CESPE, 2005. 67 p. 53.

da interconexão; e a repressão de infrações à ordem econômica e aos direitos dos usuários. Estas competências, insculpidas nos incisos do art. 19 da LGT, representam, respectivamente, as quatro esferas de regulação anteriormente citadas.

Cabe aludir à função antitruste da Agência, que ao disciplinar o setor deve observar os princípios da ordem econômica, cujas normas gerais, quando não conflitantes com o disposto na LGT, também se aplicam às telecomunicações. Neste ponto, o órgão regulador abarca o papel de garantir o acesso de novas prestadoras, denominado de regulação de acesso ao mercado, bem como de proteção da concorrência. Assim, observa-se uma interessante interface com a autoridade antitruste brasileira, o CADE, organizado pela Lei n.º 8.884/94, de 11 de junho de 1994.

A ANATEL, na matéria referente ao setor de telecomunicações, substitui a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE – ou a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, dependendo do caso, respondendo pela instauração e pela instrução do processo, cujo julgamento é atribuição do CADE.

Tendo em vista as competências regulatórias exercidas pela ANATEL, demonstra-se a adoção da configuração institucional chamada de *isenção antitruste*,<sup>34</sup> na medida em que a Agência também aplica a lei de proteção da concorrência. Ressalta-se que a aplicação não é exclusiva do órgão regulador nem abarca o julgamento destes processos, limitando-se à instauração e à instrução dos mesmos. O Poder decisório continua designado à autoridade antitruste. Em face destas peculiaridades, verifica-se uma aproximação com o Modelo de Competências Concorrentes, no qual ambas entidades aplicam a legislação concorrencial, cuja atuação de uma não afasta a competência da outra.<sup>35</sup>

Para Grotti<sup>36</sup> a atividade das ARs abarca uma regulação tripla: regulação dos monopólios, regulação para a

<sup>34</sup> ANATEL, *Op. Cit.*, p.52.

<sup>35</sup> ANATEL, *Op. Cit.*, p. 65-66.

<sup>36</sup> GROTTI, *O Serviço*, p. 157.

competição e a regulação social. Respectivamente, seus objetivos são: atenuar os efeitos das forças de mercado, assegurar e promover a concorrência e universalizar os serviços.

Coutinho<sup>37</sup> destaca a importância da regulação social, especialmente no contexto em que foi implementada a privatização na América Latina, no qual se encaixa o processo de desestatização e de privatização sofrido pelo Brasil na última década. Prega o autor:

A forma como as privatizações foram implementadas na América Latina em geral preteriu à universalização em favor da maximização do valor das estatais em leilão. As conseqüências disso são de difícil antecipação, mas há claros indícios de que não haverá inclusão da população de baixa renda à rede de serviços públicos como resultados das reformas, a não ser que os escopos da regulação econômica passem a valorizar uma racionalidade distinta.

Uma regulação econômica de conteúdo verdadeiramente redistributivo deve criar mecanismos rígidos de universalização dos serviços, bem como de investimentos em expansão das infra-estruturas o mais independente possível de fatores políticos ou econômicos de curto prazo.

Intrigante questão se coloca em relação à existência de serviços de telecomunicações de interesse coletivo que podem ser prestados, concomitantemente, em regimes jurídicos de direito privado e direito público, nos termos dos arts. 63 e 64 da LGT. A diferenciação reside no tipo de outorga do serviço e nas obrigações da prestadora. Atualmente, o único exemplo é o Serviço de Telefonia Fixa Comutada, que no regime público, exclusiva hipótese expressamente contemplada pela LGT, é executado mediante concessão ou permissão, atribuindo-se à prestadora as obrigações de universalidade e continuidade, as quais inexistem no regime privado, outorgado mediante autorização. Esta diferenciação de regimes é

---

<sup>37</sup>COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p. 67-94. p. 93.

apontada como inconstitucional por Aguillar,<sup>38</sup> porque se admitiria a prestação de um serviço público pela iniciativa privada, sem submissão aos preceitos do art. 175 da Constituição. No entanto, tal questão não tem sido objeto de debate.

A ANATEL submete-se ao controle do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo, como toda entidade integrante da administração pública. No entanto, constata-se algumas particularidades em face do seu regime especial que lhe garante maior autonomia, tentando afastar a ingerência do jogo político-partidário. Nesta esteira, Marques Neto<sup>39</sup> ressalta a impropriedade do argumento de ausência de controle sobre as agências reguladoras, que são fiscalizadas tanto interna quanto externamente.

Para esse autor,<sup>40</sup> o controle divide-se em quatro espécies: de gestão, de cumprimento das políticas públicas, contra abusos e ilegalidades e relativo ao alcance das finalidades e metas da regulação.

O Poder Judiciário atua controlando a legalidade de seus atos. Não se pretende discutir a sindicabilidade do mérito dos atos administrativos, merecendo, nesse caso, destaque a discricionariedade técnica do órgão regulador, uma vez que regula um setor extremamente dinâmico e tecnológico, sobre o qual o juiz não tem condições técnicas de adentrar, v.g., questões tecnológicas.

Neste sentido, Barroso<sup>41</sup> aponta:

É bem de ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses,

---

<sup>38</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. 302 p. 273.

<sup>39</sup> MARQUES NETO, *Agências reguladoras: instrumentos*, p. 55.

<sup>40</sup> MARQUES NETO, *Balanço*, p. 12.

<sup>41</sup> BARROSO, *Op. Cit.*, p. 127.

o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Com relação à fiscalização exercida pelo Poder Legislativo, menciona-se a participação da Agência nas comissões e audiências públicas no Congresso e a prestação de informações, bem como a prerrogativa contemplada no art. 49, inciso V, que possibilita ao Congresso sustar ato normativo do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Outrossim, o Parlamento também conta com auxílio do Tribunal de Contas da União, fulcro art. 71 da Constituição Federal.

Aqui se ressalta a atuação do TCU em relação às agências reguladoras, a qual é balizada por 22 diretrizes constantes do controle de regulação proposto pela INTOSAI – Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores – na qual se inclui o TCU, dentre as quais se destacam: aquisição de competência técnica pela entidade de fiscalização; competência técnica, integridade, imparcialidade e poderes do órgão regulador; universalidade, segurança e qualidade do serviço; eficiência, custos e investimento das prestadoras dos serviços; controle de preços; arcabouço regulatório; e desenvolvimento da competição.<sup>42</sup>

No tocante à ANATEL, o TCU tem sido bastante incisivo, a fim de que a entidade se torne mais eficiente e atenda aos anseios dos usuários dos serviços de telecomunicações, conforme pode ser constatado nas conclusões do relatório da auditoria operacional de 2006 – Acórdão n.º 2.109/2006, constante da Ata 46/2006 (Plenário - Sessão 14/11/2006 – Aprovação 22/11/2006 - Dou 23/11/2006):

---

<sup>42</sup>BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O Controle Externo das Agências Reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural. Brasília: TCU, SEFID, 2003. 28 p. Disponível em: <[http://www2.tcu.gov.br/portal/page?\\_pageid=33.456479&\\_dad=portal&\\_schema=PÓRTAL](http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33.456479&_dad=portal&_schema=PÓRTAL)>. Acesso em: 17/10/2007. p. 9-11.

538. Conclui-se das observações apresentadas neste relatório que existem limitações nos processos de regulamentação, de fiscalização e de sanção que comprometem a atuação da ANATEL no acompanhamento da qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações pelas empresas operadoras. Soma-se a essas constatações a não priorização de uma política de educação dos usuários e o fato do órgão regulador não ter como foco os usuários na execução dos processos acima descritos.

Dentre as extensivas recomendações expedidas pelo Tribunal à ANATEL, destacam-se as abaixo colacionadas:

9.1.6. com fulcro no art. 3º da Lei 9.572/1997, formule e apresente a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da ciência deste acórdão, diretrizes para promoção de uma política de informação e educação dos usuários de telecomunicações, que contemplem, prioritariamente, os seguintes aspectos:

9.1.6.1. maior participação dos usuários nas decisões regulatórias da ANATEL;

9.1.6.2. reativação do Comitê de Defesa dos Usuários;

9.1.6.3. a disseminação dos direitos e deveres dos usuários e das obrigações das prestadoras relativamente a esses serviços;

9.1.6.4. política de incentivo à criação de conselho de usuários junto às prestadoras dos principais serviços de telecomunicações e política de educação dos participantes desses conselhos;

9.2.2.4. revise as estratégias de fiscalização para atender os aspectos mais cobrados pelos usuários, em especial, questões relativas à qualidade e presteza no atendimento de suas necessidades e reclamações à correção na cobrança realizada por meio da conta telefônica;

9.2.5. com vistas a inibir o não-atendimento ou o atendimento inadequado ao usuário, adote medidas no sentido

de sancionar com maior rigor as operadoras de telefonia quando as reclamações dos usuários dirigidas ao call center da ANATEL não tenham sido adequadamente atendidas pelas operadoras sem motivo justificado.<sup>43</sup>

Nesse ponto, pode-se questionar a amplitude do controle exercido pelo TCU. Barroso possivelmente enxergaria no relatório supracitado inconstitucionalidade, consoante se extrai de sua lição:<sup>44</sup>

É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação dos Poderes.

Logo, não pode o Tribunal de Contas, por exemplo, questionar decisões político-administrativas das agências reguladoras, tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela agência ou por concessionário, que especificuem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual. Somente lhe cabe informar-se sobre o que possa ser legitimamente objeto de sua apreciação.

Na esfera do Poder Executivo, não se vislumbra controle hierárquico, em face da disposição do art. 8º, § 2º, da LGT, e da inexistência de previsão de recurso hierárquico impróprio, mas apenas um controle sobre o atendimento das políticas públicas, que estão no âmbito da competência do Governo. Nessa esteira, leciona Ferreira Filho.<sup>45</sup>

Assim, seus atos, normativos ou não, fogem à revisão pelas autoridades do Executivo, seja o Ministro a cujo departamento o ente estiver vinculado, seja, em última instância, ao Presidente da República.

Entretanto, não é seguro que prevaleça essa interpretação, à vista dos precedentes. Estes são no sentido de que o

---

<sup>43</sup>Grifo não original.

<sup>44</sup>BARROSO, Op. Cit., p. 130.

<sup>45</sup>FERREIRA FILHO, Op. Cit., p. 140.

chefe do Executivo pode sempre rever atos da administração indireta.

Existe também a fiscalização desempenhada por parte da Controladoria-Geral da União – CGU –, relativa à gestão de patrimônio e de recursos públicos, além de outras funções.

Por fim, o organograma da Agência contempla os órgãos de ouvidoria, auditoria e corregedoria que exercem a atividade de controle interno.

### 3 Os Atributos de Autonomia e Independência da ANATEL

Inicialmente, buscou-se identificar na doutrina a delimitação do conceito de independência, característica considerada como marca diferencial das agências reguladoras, e de autonomia, deparando-se com um quadro de inexistência de definição precisa do que seria a independência e a autonomia desses entes. Ainda assim, menciona-se algumas notas de consenso em relação à ausência de independência absoluta, à constatação de autonomia reforçada e à importância desses atributos.

Faz-se a ressalva que a análise desses atributos dar-se-á de forma conjunta, pois estão intrinsecamente conectados.

*Prima facie*, destaca-se que a expressão “independência administrativa” da ANATEL já foi atacada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668/DF, que objetivava fulminar diversos dispositivos e expressões da LGT, uma vez que aquela seria estranha às instituições e às normas de Direito Administrativo decorrentes da Constituição Federal, em síntese, ferindo a competência do Presidente da República de direção superior da Administração Pública, a competência do Ministro pertinente de supervisão, a impossibilidade de regime especial e o atributo de independência concedido apenas aos três poderes. A ação foi proposta pelos Partidos Comunista do Brasil, dos Trabalhadores, Democrático Trabalhista e

Socialista Brasileiro. No tocante à referência à independência administrativa da ANATEL contida nos arts. 8º, § 2º, e art. 9º da LGT, o Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, a expressão independência administrativa exarada na LGT, não afasta a tutela por parte da própria administração pública federal, nem implica entidade soberana, afastada do controle pertinente, compreendendo-se a independência, como autonomia.

Passa-se a uma análise das idéias doutrinárias sobre o tema. Lehfeld<sup>6</sup> ressalta a importância da independência:

A independência efetiva da ANATEL se reveste de particular importância, pois permite que sejam atingidas a credibilidade e a eficiência das políticas regulatórias. A introdução da concorrência e o cumprimento das metas de universalização dos serviços só ocorrerão, de fato, com a presença de uma agência que detenha força e independência suficientes para implementar essas políticas regulatórias.

Sifontes<sup>47</sup> identifica o atributo da independência como maior grau de autonomia na tomada de decisões sem a influência do Governo e dos regulados. Veja-se:

Neste sentido, quando falamos de independência, nos referimos ao grau de autonomia que o regulador possui para tomar decisões isoladas do poder político e das firmas reguladas, assumindo que a regulação de serviços públicos tem como finalidade: proteger os consumidores do abuso das firmas com poder de mercado, proteger os investimentos de oportunismo governamental e promover a eficiência econômica.

---

<sup>46</sup>LEHFELD, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>47</sup>SIFONTES, Domingo. *Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: una Revisión de la Literatura*. Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. Disponível em: <<http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>>. Acesso em 06/08/2007. p. 13. Tradução livre.

Moraes<sup>48</sup> fala em independência funcional e financeira das ARs, delineada pela autonomia financeira, assegurada pela disponibilidade de recursos humanos, infra-estrutura material e dotação orçamentária; pela possibilidade de escolha dos instrumentos de regulação e pela forma de nomeação de seus dirigentes.

Já Wald e Moraes<sup>49</sup> apresentam uma definição diferenciada, focada nos resultados, conforme se percebe do fragmento abaixo:

Tem-se entendido que uma regulação eficiente deve atender a dois requisitos essenciais: *a independência da agência reguladora* (definida como a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais) e *a escolha de instrumentos que incentivem a eficiência produtiva e alocativa*.

[...]

São identificadas quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.

Com propriedade, Aragão<sup>50</sup> sintetiza as características desse atributo, destacando seu caráter não absoluto, a sua definição como uma autonomia reforçada e a sua instrumentalização. É de sua dicção:

---

<sup>48</sup>MORAES, *Op. Cit.*, p. 25-26.

<sup>49</sup>WALD, Arnaldo; MORAES, Lufza Rangel de. *Agências Reguladoras*. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n.º 141, jan./mar., 1999. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_141/r141-12.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_141/r141-12.pdf)>. Acesso em: 08/01/2008. p. 145-146.

<sup>50</sup>ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 9-10.

Entendemos que a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação efetiva dos seus interesses.

É importante desde já frisar que a qualificação de “independente”, comumente atribuída às agências reguladoras, deve ser entendida em termos. Em nenhum país onde foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas maior ou menos autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o termo “independência” utilizado não é, logicamente, equivalente a “soberania”, mas sim a uma efetiva descentralização autônoma, a uma autonomia “reforçada” em comparação com a autonomia das demais entidades da Administração Indireta, o que, como será delimitado ao longo do trabalho, não exclui a coordenação pela Administração central.

Neste sentido, as principais notas da autonomia/independência das agências reguladoras são a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, competências regulatórias e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios; sendo que apenas a conjunção destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente.

Mendes<sup>51</sup> apresenta esse atributo como a impossibilidade de ingerência do Governo na atividade da Agência: “*Tem como característica fundamental independência em relação ao poder político, [...], podendo realizar as atividades de regulação (fiscalização, produção de normas, solução de conflitos etc.) sem qualquer ingerência do núcleo do Poder Executivo*”.

---

<sup>51</sup>MENDES, Op. Cit., p. 135.

Neto<sup>52</sup> aborda o tema como uma característica inerente à garantia do exercício politicamente neutro da regulação, devendo ser entendida com um “conteúdo restrito a quatro aspectos: a independência dos gestores, a técnica, a normativa e a gerencial, orçamentária e financeira”.

Moreira e Maças<sup>53</sup> ensinam que “a regulação por auto-riedade independente supõe sempre uma separação entre a esfera da política econômica, que cabe ao Governo, e a esfera da regulação em sentido estrito, que pode e, em certos casos, deve ser desgovernamentalizada”. No tocante à independência, advertem o afastamento do jogo político governamental, consoante o fragmento que ora se colaciona:

O que distingue a regulação independente é o facto de ela ter passado a ficar *fora da órbita governamental*, dentro da qual tradicionalmente se inseriam todas as funções administrativas e de execução das leis em geral. Desse modo, o panorama da regulação alterou-se substancialmente, sobretudo quanto ao seu formato institucional e quanto à relação com o Governo.<sup>54</sup>

Os autores compreendem a independência em sentido orgânico (estrutural) – “composição, modo de designação dos titulares dos seus órgãos, regras relativas ao mandato e regime de incompatibilidades”,<sup>55</sup> que, em síntese, reflete a impossibilidade de destituição dos seus dirigentes pelo Governo antes do término dos seus mandatos; em sentido funcional (quanto à atividade) – independência decisória – ausência de subordinação a controle hierárquico ou tutelar do Poder Executivo; e em relação aos interesses setoriais que integram o grupo ou grupos que desempenham a atividade regulada.<sup>56</sup> Eles concluem no seguinte sentido:<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165-166.

<sup>53</sup> MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>54</sup> MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>55</sup> MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>56</sup> MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 24-27.

<sup>57</sup> MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 28.

Em jeito de síntese, podemos dizer que o conceito de independência assume aqui um significado preciso, essencialmente negativo, qual seja o corte com o aparelho executivo, a ausência de sujeição à autoridade ou orientação de qualquer outra entidade política ou administrativa.

Além disso, é interessante notar que os autores portugueses enxergam nas agências reguladoras uma entidade<sup>58</sup> que transcende da administração, apresentando-se como perseguidora dos interesses de representante do Estado. Veja-se:

[...] a verdade é que as AAI não integram a administração descentralizada, uma vez que em termos substantivos elas não prosseguem interesses próprios ou de colectividades auto-administradas, mas sim interesses do Estado.

Marques Neto, ao estudar o assunto, divide independência em orgânica e administrativa. Na sua classificação, a primeira diz respeito aos mecanismos que asseguram a neutralidade da agência em relação “à *vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor*”.<sup>59</sup> Concretiza-se nos seguintes instrumentos: estabilidade dos dirigentes (mandato por prazo determinado e inamovibilidade) e ausência de controle hierárquico (inexistência de recurso hierárquico impróprio). Já a independência administrativa, visa possibilitar o exercício e uma regulação independente. Seus mecanismos são: autonomia de gestão (organizar e gerir seu orçamento); autonomia financeira (garantia de recursos financeiros não dependente da vontade da gestão do tesouro); liberdade para organizar seus serviços (auto-organização) e regime de pessoal compatível.

O autor ainda coloca importantes questões ao abordar as autonomias de gestão e de finanças, cujas relevantes indagações transcreve-se abaixo:

---

<sup>58</sup> MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>59</sup> MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes*, p. 72-78.

Tal autonomia, no nosso entender, interdita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal. Ela também torna absolutamente incompatível com as agências reguladoras a previsão de contratos de gestão [...].

Quando as receitas das agências provierem da cobrança das taxas, é importante dizer, os recursos auferidos deverão ser necessariamente despendidos no exercício da atividade regulatória.<sup>60</sup>

Para finalizar as idéias do autor, faz-se necessário transladar uma fração que descreve com propriedade como a atuação do órgão regulador deve pautar-se em relação aos interesses envolvidos na atividade de regulação.<sup>61</sup>

A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (como titular da atividade objeto de regulação – no caso de serviços públicos –; como titular de bem explorado no setor – no caso de bens públicos escassos ou de bens reversíveis –; e no caso de titular de capital de empresa que opera no setor regulado – nas situações em que o setor foi aberto à competição, mas eles remanesceram operadores públicos).

Procedendo-se na análise ainda dos atributos de autonomia e independência, faz-se necessário mencionar o precedente *Humphrey's Executor versus Unites States*, decidido em 27 de maio de 1935, pela Suprema Corte Norte-Americana. Em resumo, William E. Humphrey foi nomeado pelo então Presidente Hoover como membro da Comissão Federal de

<sup>60</sup> MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes*, p. 76.-77.

<sup>61</sup> MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes*, p. 68.

Comércio, em 10 de dezembro de 1931, e confirmado pelo Senado do Estados Unidos, para um mandato de 7 anos. No dia 25 de julho de 1933, o Presidente Roosevelt solicitou a sua renúncia. Após resposta negativa, o Presidente o demitiu em 7 de outubro de 1933. A Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade de mandatos com prazo determinado e sem possibilidade de demissão *ad nutum* para determinadas autoridades, visto que o Congresso, no exercício de seu poder, criou agências com poderes quase-judiciais e quase-legislativos.<sup>62</sup>

O Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar sobre a restrição imposta à possibilidade de demissão dos dirigentes das agências reguladoras na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1949/RS,<sup>63</sup> proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, na qual, em síntese, questionou-se a constitucionalidade da necessidade de aprovação pela Assembléia Estadual da nomeação

---

<sup>62</sup>Tradução livre. Trecho original do precedente: "We think it plain under the Constitution that illimitable power of removal is not possessed by the President in respect of officers of the character of those just named. The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted, and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid their removal except for cause in the meantime. For it is quite evident that one who holds his office only during the pleasure of another cannot be depended upon to maintain an attitude of independence against the latter's will."

<sup>63</sup>Veja-se o brilhante Voto Vista do Ministro Nelson Jobim, que constitui verdadeira aula de direito comparado sobre o tema, destacando-se o resgate do voto visionário do Ministro Victor Leal, no MS n.º 8.693, de 17.11.1962 (RTJ 25/55), que aqui se transcreve trechos: "[...] eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo; e definir-lhe as atribuições [...]". "O cargo que a lei dotou com a investidura de prazo certo não pode ser tido como função de confiança, porque é justamente o oposto dela, sendo antinômicos os propósitos do legislador num e noutro caso. Permitam-me repetir um trecho da decisão da Corte Suprema, no caso Humphrey, repetida no Caso Wiener: 'quem exerce o cargo somente enquanto agrada o outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante vontade desse outro.'"

dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS –, bem como a possibilidade de destituição dos mesmos apenas por decisão daquele Parlamento. A decisão afirma a constitucionalidade da subordinação da nomeação de dirigentes de autarquias à prévia aprovação do Parlamento, ressaltando no seu item 4 que “*A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo [...]*”.<sup>64</sup>

Aragão explica dualidade entre a autonomia dessas entidades e a Administração Pública:<sup>65</sup>

Não há, portanto, antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade da Administração, muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente.

Vemo-nos diante de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a idéia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista, detalhadamente normatizada e sujeita a uma linha hierárquica,<sup>66</sup> que substitui por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas.

O autor ainda vincula a independência aos valores tutelados por estas entidades, cuja defesa desses bens fundamenta uma atuação neutra e com liberdade decisória, consoante o texto abaixo colacionado:<sup>67</sup>

A independência assegurada aos órgãos e entidades neutrais do Estado é uma relação qualificada com os bens

<sup>64</sup> Item constante da ementa do acórdão exarado na ADI-MC nº 1949/RS.

<sup>65</sup> ARAGÃO, Op. Cit., p. 211.

<sup>66</sup> Grifo original.

<sup>67</sup> ARAGÃO, Op. Cit., p. 445.

e valores que tutelam ou expressam, que os separa de tudo o que não for a eles concernente. Na independência, portanto, estão ínsitos traços de sujeição a estes bens valores, quem se agregam à autoridade neutral, podendo-se dizer haver "uma relação de 'fundamentação', ou uma relação hierárquica imprópria, entre os valores tutelados e os órgãos neutrais, relação que produz a liberdade dos órgãos para atuar na proteção destes valores, o que lhes dá autoridade porque demonstra que os órgãos independentes pertencem ao ordenamento no qual, justamente com os valores tutelados, estão inseridos".

Em que pese a inexistência de consenso sobre o significado da atribuição de independência a essas autarquias especiais, especialmente em face da formatação jurídico-institucional da Administração Pública no país, pode ser elaborada uma síntese, congregando os elementos comuns encontrados na doutrina. Dessa forma, menciona-se, primeiramente, que a independência administrativa estabelecida pelo legislador para a ANATEL no § 2º do art. 8º da Lei n.º 9.472/97, que também preceitua que a Agência como "*autoridade administrativa independente*",<sup>68</sup> deve coadunar-se com o ordenamento vigente, importando em inexistência de independência absoluta, pois apenas a República Federativa do Brasil é soberana, inclusive os três poderes sofrem limitações em sua independência, por meio do sistema de freios e contrapesos.

Ademais, a agência foi instituída como autarquia, com características especiais, que é definida pelo art. 5º, II, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, como "*o serviço autônomo, criado por lei com personalidade jurídica, patrimônio e receita para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*".

Mello<sup>9</sup> leciona:

---

<sup>68</sup>Art. 9º da Lei n.º 9.472/97.

<sup>69</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 936 p. p. 148-149.

Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são *subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasses estatais ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios, de tal sorte que desfrutam de "autonomia" financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.

[...]

O controle – O controle das autarquias, às vezes designado, sobretudo na doutrina estrangeira como tutela, é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado.

Ora, o controle do Poder Executivo é exercido mediante o cumprimento das políticas públicas setoriais, não se podendo falar em usurpação das competências do Ministério ao qual a agência está vinculada e do Presidente como chefe da administração pública, fulcro art. 84, II, da Carta Política, cujo controle será desempenhado nos termos anteriormente citados. Embora a LGA tenha revogado a possibilidade de demissão, em face do não cumprimento das políticas públicas estabelecidas, contida no art. 26, § 1º, da LGT, ela autoriza a perda decorrente de Processo Administrativo Disciplinar, o qual serve para apurar infrações praticadas por servidor, nos termos do art. 148, *caput*, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, podendo este descumprimento ser enquadrado como violação aos deveres de servidor constantes do art. 116 desta lei e, eventualmente, como na proibição contemplada no

seu art. 117, inciso IV, que veda a resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço.

Portanto, como entidade autárquica, já detém autonomia administrativa, financeira e de gestão, acrescendo-se, conforme disposto no § 2º do art. 8º, independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, estabilidade e mandato fixo de seus dirigentes. Note-se que essas características recebem nomenclatura diferenciada pelos doutrinadores, mas as conclusões são próximas. Nesse sentido, pode-se inferir que a independência é reconhecida principalmente nos instrumentos de mandato fixo e não-coincidente de seus diretores, na sua impossibilidade de sua demissão *ad nutum* e na ausência de recurso hierárquico impróprio, a fim de possibilitar que a autoridade possa exercer suas atribuições de forma equidistante dos interesses das empresas reguladas, do Governo e da sociedade, na tentativa de esquivar-se das vicissitudes do jogo político-partidário e dos grandes interesses econômicos envolvidos no setor.

Ao mesmo tempo em que atribuir independência visa a uma atuação técnica da entidade, no intuito de que os interesses do Estado prevaleçam sobre aqueles do governo, das empresas e das corporações reguladas e dos consumidores, os quais devem ser sopesados e coordenados dentro do projeto de país e de sociedade estabelecido pelo legislador, o afastamento do Poder Político pode gerar vulnerabilidade do regulador, propiciando o fenômeno da captura, que ocorre *"quando o agente regulado, pelo poder econômico que possui, passa a determinar o comportamento do ente regulador"*.<sup>70</sup>

Marques Neto<sup>71</sup> compendia a importância da independência e dos instrumentos que a materializam:

---

<sup>70</sup>Definição de MENDES, Conrad Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p. 98-138. p. 105.

<sup>71</sup>MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p.72-98. p. 87-88.

Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador se desenvolva com independência frente às vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: ou seja, tanto as leis, que ancilam os instrumentos regulatórios como mesmo as macropolíticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em mera longa manus do núcleo estratégico estatal. A especificidade e especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública em determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular.

[...]

Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: i) a estabilidade dos dirigentes; ii) a autonomia de gestão do órgão; iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

Assim, pode-se dizer que além da autonomia própria das entidades autárquicas que compõem a administração direta, as agências reguladoras possuem independência em relação a outros interesses, especialmente dos atores do jogo-político

partidário e dos grupos econômicos atingidos pela regulação, que se concretiza no mandato fixo e não-coincidente de seus dirigentes, na impossibilidade de demissão *ad nutum* dos mesmos, na existência da quarentena e na inexistência de recurso hierárquico impróprio.

#### 4 Conclusão

O presente trabalho procurou discutir alguns aspectos relevantes no tocante à independência e à autonomia da ANATEL. Para tanto, partiu-se de uma síntese sobre a transformação da figura estatal interventora da ordem econômica, cujo papel de atuação sofreu substancial reforma no final da década de 1990 no Brasil. Até então, tinha-se o Estado Empresário que explorava muitos setores da atividade econômica, especialmente, os relacionados à prestação de serviços públicos, o qual se configura atualmente em um Estado Regulador, agindo indiretamente na economia, no sentido de regular, fiscalizar, planejar, incentivar, conduzir e orientar as atividades para o alcance dos fins estabelecidos pela Constituição e pelo legislador, os últimos consubstanciados nas políticas públicas.

Procurou-se ressaltar que essa remodelação do Estado não implica a sua ausência da ordem econômica, nem o abandono do Estado do Bem-Estar Social. Busca-se justamente mais eficiência na concretização do projeto de país institucionalizado na Constituição de 1988. Posteriormente, passou-se ao estudo das Agências Reguladoras, notadamente da ANATEL, explicitando suas características, estrutura, atribuições, gestão e peculiaridades, a fim de subsidiar o estudo dos seus atributos de independência e autonomia.

Pode-se dizer que além da autonomia própria das entidades autárquicas que compõe a administração indireta, as agências reguladoras possuem independência em relação a outros interesses, especialmente aos dos atores do jogo-político partidário e aos dos grupos econômicos atingidos pela

regulação, concretizando-se no mandato fixo e não-coincidente de seus dirigentes, na impossibilidade de demissão *ad nutum* dos mesmos, na existência da quarentena e na inexistência de recurso hierárquico impróprio.

A atribuição de independência objetiva uma atuação técnica da entidade, a fim de que os interesses do Estado prevaleçam sobre aqueles do governo, das empresas e corporações reguladas e, até mesmo, dos consumidores, os quais devem ser sopesados e coordenados dentro do projeto de país e de sociedade estabelecido nossa Carta Política.

## Referências

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

AGULLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. 302p.

ANATEL. Curso de Formação para os Candidatos ao Cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações. Módulo V: Defesa da Concorrência em Telecomunicações. Instrutores: Carlos Jacques Gomes, Daniela Arbex e Miguel Mattos. Brasília: CESPE, 2005. 67p.

\_\_\_\_\_. Curso de Formação para os Candidatos ao Cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações. Módulo V: Defesa da Concorrência em Telecomunicações. Instrutor: Tarcísio Barroso da Graça. Brasília: CESPE, 2005. 46p.

\_\_\_\_\_. Relatórios. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>. Acesso em: 25/05/2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 509 p.

ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS – ABAR. *Agências Reguladoras*. Porto Alegre: ABAR, 2003. Disponível em: <[http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agencias\\_reguladoras.pdf](http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agencias_reguladoras.pdf)>. Acesso em: 08/01/2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IDPB,

n.3, ago./out. de 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 17/07/2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. trad. Varrialle, Carmen C. 12. ed. Brasília: Ed. da Unb, 2004. 2 v. 1330p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793p.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O Controle Externo das Agências Reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural. Brasília: TCU, SEFID, 2003. 28p. Disponível em: <[http://www2.tcu.gov.br/portal/page?\\_pageid=33,456479&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,456479&_dad=portal&_schema=PORTAL)>. Acesso em: 17/10/2007.

CADERNOS ADENAUER II (2001), n.º 3, Burocracia e Reforma do Estado, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001. 109 p.

CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO PARA O BRASIL – AMCHAM. *Relatório da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL*. 2007. Disponível no sítio <[http://www.amcham.com.br/update/2007/update2007-10-19a\\_dtml.pdf](http://www.amcham.com.br/update/2007/update2007-10-19a_dtml.pdf)>. Acesso em: 25/05/2008. 72 p.

DÍ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449 p.

FARIA, José Eduardo C. O. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. 359 p.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 194 p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*. 21 p. Disponível na Internet: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>>. Acesso em 08/01/2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 351 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IDPB, n.6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 17/06/2006.

\_\_\_\_\_. *O Serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. 406p.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Editora Singular, 2001. 255p.

LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 232 p.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: ABAR, 2000.

\_\_\_\_\_. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, março, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em: 15/07/2006.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. 220 p.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. *NOVOS ESTUDOS*, CEBRAP, n. 76, novembro 2006, pp. 139-156, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n76/07.pdf>>. Acesso em: 13/08/2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. 15 ed. 863p.

\_\_\_\_\_. (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p.

MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 318 p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 182p.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Relatório sobre a Reforma Regulatória – Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/gestao/conteudo/noticias/znoticia.asp?Cod=2415>>. Acesso em: 05/06/2008. 352 p.

SIFONTES, Domingo. *Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: una Revisión de la Literatura*. Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. Disponível em: <<http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>>. Acesso em 06/08/2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de. *Agências Reguladoras*. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n.º 141, jan./mar., 1999. Disponível em: <<http://>>

[/www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_141/r141-12.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_141/r141-12.pdf)>. Acesso em: 08/01/2008.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo, 2007. 432 p.