

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**LEONARDO MIGUEL ESTEFAN**

**FUNÇÃO DE CONTROLE REALIZADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE  
ENERGIA ELÉTRICA**

**São Paulo**

**2020**

LEONARDO MIGUEL ESTEFAN

FUNÇÃO DE CONTROLE REALIZADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA  
ELÉTRICA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do título  
de Bacharel no Curso de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Ana Flávia Messa

São Paulo  
2020

LEONARDO MIGUEL ESTEFAN

FUNÇÃO DE CONTROLE REALIZADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA  
ELÉTRICA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do título  
de Bacharel no Curso de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

---

Dra. Ana Flávia Messa  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus por ter me guiado durante o curso e ter me mantido forte mesmo em momentos de incerteza. Agradeço também, e principalmente, aos meus pais por sempre me apoiarem nas minhas decisões e serem exemplos de dedicação em tudo que fazem.

Aos meus avós, Paulo, Jayme e Mausí por serem meus maiores incentivadores. Ao meu irmão, Guilherme, por me acompanhar em toda à minha vida, sempre me auxiliando e motivando.

Aos meus amigos de longa data, Lucas, Matheus, Leonardo e Guilherme, por me ajudarem, mesmo que em faculdades e cursos diferentes. Mesmo sem o convívio diário sempre nos mantivemos juntos.

Às minhas amigas Ana Luiza, Luiza, e Maria Luiza por serem essenciais no meu crescimento pessoal, me assistindo e aconselhando sempre que necessário.

Aos meus amigos e colegas de curso André, Luis Fernando, Eduardo, Lucca, Mariana e Leticia, pela companhia durante o curso e por garantirem momentos inesquecíveis.

A minha orientadora, Professora Doutora Ana Flávia Messa, por aceitar orientar este trabalho e me fornecer todo auxílio necessário neste processo.

Enfim, agradeço a todos que fizeram parte deste processo de elaboração tão importante para mim.

## **FUNÇÃO DE CONTROLE REALIZADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA**

Leonardo Miguel Estefan

Orientadora: Profa. Ana Flávia Messa

**Resumo:** Este estudo pretende analisar a atuação das agências reguladoras, analisando deste a forma e momento em que elas foram criadas, pra isso foi usado o exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica. Através da pesquisa realizada foi possível perceber que a história das agências reguladoras em território nacional não é linear e não está pacificada, alguns de seus poderes ainda são contestados como o limite de sua atuação, porém é inegável que hoje elas têm papel fundamental na construção da ordem econômica brasileira.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Direito Público. Direito Regulatório. Agências Reguladoras.

**Abstract:** This study intends to analyze the operation of the regulatory agencies, analyzing it from the form and moment of creation, for that was used the example of the Agência Nacional de Energia Elétrica. Through the following research it was possible to perceive that the history of the regulatory agencies in national territory is not straightforward and it is not pacified, some of its powers are still contested such as the limits of its operation, but it is undeniable that today they have a fundamental role on the Brazilian economic order.

**Keywords:** Administrative Law. Public Law. Regulatory Law. Regulatory Agencies.

**Sumário:** 1. Transformação do Direito Administrativo no Brasil. 1.1. Contexto Histórico. 1.2. Influência do Direito Alienígena. 1.3. Agencificação. 2. Nova fase de separação dos poderes. 2.1. Criação do conceito e evolução. 2.2. Função de controle. 2.3. Ascensão do Poder Judiciário. 3. Função regulatória do Estado. 3.1. Regulação e regulamentação. 3.2. Serviço público. 3.3. Intervenção estatal na regulação econômica. 4. Função de controle da ANEEL. 4.1. Poderes das agências reguladoras. 4.2. Poder normativo das agências previstas na Constituição e nas não-previstas. 4.3. Poderes e limites de atuação da ANEEL. 5. Conclusão. Referências.

# 1 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

## 1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O Direito Administrativo em território brasileiro não nasceu como um ramo autônomo, isto durante o período de monarquia absolutista. Enquanto Brasil-Colônia, em um primeiro momento os donatários tinham poderes absolutos outorgados pelo Rei de Portugal e após isso com a criação de um governo-geral a situação não se alterou, pois apesar de haver divisão de atribuições com outros entes, o governador-geral ainda controlava grande parte do poder.

Uma vez independente e com a criação do Império, o Brasil começou a ter uma divisão entre os Poderes, sendo estes: Poder Executivo, Poder Moderador, Poder Judiciário e Poder Legislativo, também havia o Conselho de Estado que exercia uma função consultiva, uma influência francesa em nosso Direito Administrativo. O Poder Executivo e o Moderador, entretanto, eram exercidos pelo Imperador. É possível afirmar que nessa época já havia organização na administração pública, apesar de ser regida quase que totalmente pelo direito privado. Durante o Império, também foi criada a cadeira de Direito Administrativo na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, então assim começam os trabalhos dos doutrinadores brasileiros.

Veio após isso a Primeira República, onde houve o fim do Poder Moderador e do Conselho de Estado, dessa forma a Administração Pública começa a se afastar do Direito Privado, porém vale ressaltar que nesta primeira fase o trabalho doutrinário no Direito Administrativo não foi feito com qualidade.

As Constituições Federal do Império de 1824 e a da Primeira República de 1891 refletiam a fase que o Estado vivia naquele período de tempo, um Estado Liberal, onde eram exercidas somente funções essenciais, visando garantir uma proteção dos cidadãos frente ao Estado.

A partir da Constituição Federal de 1934 inicia-se a segunda fase do Estado chamada de Estado Social, nele o Estado começa a intervir na economia para poder garantir uma melhor funcionalidade do mercado, assim foram criados novos conceitos para garantir o bem-estar de todos. Com isso, foi-se necessária a criação de todo um aparato estatal novo, o que levou a uma grande evolução do Direito Administrativo.

Ao longo dos anos 40 e 50 houve um grande inchamento no maquinário estatal brasileiro. Na década de 40 houve a intenção de substituir importações e impedir concessões para estrangeiros com a ideia de proteger e desenvolver a indústria nacional, assim foram criadas empresas estatais como Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de

Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco. Durante a década de 50 com a guerra fria, o debate em relação à função do Estado aumentou de forma considerável e durante esse período surgiram duas estatais muito importantes até os dias de hoje: O BNDES e a Petrobrás.

Durante o Regime Militar, curiosamente, houve um aumento significativo de Estatais, foram criadas inúmeras empresas “brás” que nos levou a ter 530 pessoas jurídicas públicas no ano de 1981<sup>1</sup>.

Chegamos assim, à terceira fase do Estado: a pós-modernidade. Nessa fase que vem após a Constituição Federal de 1988 e chega ao seu ápice no fim dos anos 90, é muito discutido a função do Estado, uma vez que seu tamanho está muito associado a ineficiência, burocracia e corrupção. Dessa maneira começa um novo discurso voltado para desregulamentação e privatização.

## 1.2 INFLUÊNCIA DO DIREITO ALIENÍGENA

O Direito Administrativo Brasileiro sempre sofreu diversas influências estrangeiras, principalmente de sistemas de base romanística<sup>2</sup>, porém cabe ressaltar a importância que o direito norte-americano e o sistema da *common-law*, mais recentemente também é notada uma influência da União Europeia e o direito comunitário europeu.

Durante os tempos de Brasil-Colônia, obviamente, eram aplicadas as leis portuguesas e após isso durante o Império com um Estado Liberal tivemos fortes influências do Direito Francês, como exemplificado anteriormente em referência ao Conselho do Estado.

Na Primeira República veio a primeira grande influência do direito norte-americano por meio do Decreto 848 de 1890<sup>3</sup>, por meio deste ficou definido que a Administração Pública passaria ao controle jurisdicional e também a jurisprudência passaria a ter grande valor na criação do direito.

Por meio disto, a doutrina teve uma grande influência, uma vez que os tribunais começaram a aceitar teorias provenientes dela, aplicando teorias e princípios que ainda não existiam em lei. Maria Sylvania Zanella Di Pietro caracterizou da seguinte forma:

---

<sup>1</sup> TACITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612/46347](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612/46347). Acesso em: 6 nov. 2020. p. 3

<sup>2</sup> É o sistema adotado por países da Europa Continental e América Latina, como por exemplo o direito alemão, espanhol, italiano e etc.

<sup>3</sup> O artigo 386 diz “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.”

Se for analisada a fundo a evolução do Direito Administrativo brasileiro poder-se-á caminhar no seguinte sentido: trabalho da doutrina (fortemente inspirada no direito francês), acolhido na jurisprudência e consagrado no direito positivo.<sup>4</sup>

O Brasil, entretanto, em outro ponto se diferenciou bastante da *common-law* e do direito francês, isto é, em relação ao Princípio da Legalidade, onde nesses sistemas há uma funcionalidade diferente e pela adoção deste princípio o Direito Administrativo brasileiro privilegiou o direito positivo em detrimento de uma elaboração jurisprudencial. Com isso, os pilares do Direito Administrativo se encontram na Constituição Federal, o que vem a atrapalhar a evolução deste ramo, pois fica muito engessado e difícil de ser alterado. A constitucionalização do Direito Administrativo faz a Administração Pública buscar caminhos nem sempre em consonância com a Carta Magna, mas necessários para o funcionamento do Estado.

O exemplo mais relevante para a construção desse artigo são heranças que temos da *common-law* trazidas no fim do século XX em meio a discussão referente ao tamanho e funções do Estado já discutidas anteriormente. Neste período o Brasil trouxe do Estados Unidos da América o fenômeno da agencificação, o conceito de regulação e o modelo contratual referente as parcerias público-privadas.

### 1.3 AGENCIFICAÇÃO

O Estado brasileiro se transformou durante os anos 90, tal transformação visava diminuir a intervenção direta na economia e se deu por três reformas: (i) diminuição da restrição ao capital estrangeiro; (ii) flexibilização dos monopólios do Estado; e (iii) privatizações.

Essas reformas não nos levaram para um Estado Mínimo, elas somente mudaram a atuação do Estado no cenário econômico, saindo de uma situação em que era o único *player*<sup>5</sup> para uma outra completamente distinta, onde é responsável por regular e controlar o mercado, garantindo a melhor funcionalidade e atendimento a todos, garantindo a livre concorrência, nesse contexto que surgiram as agências reguladoras.

Mudou então a principal atribuição do Estado, exercendo um papel de regulamentação e fiscalização dos serviços públicos, antes prestados por ele e agora delegados a iniciativa privada.

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xlii, 1038 p. ISBN 9788522497201. p. 31

<sup>5</sup> *Player* é a definição para aquelas empresas que atuam de forma relevante no mercado



Sempre houve a obrigação de fiscalizar, mas quando o Estado polícia sua própria atuação, existe uma grande possibilidade de haver adulterações, uma vez que não é interessante reportar as próprias falhas. Vale ser ressaltado que não há necessidade de serem serviços públicos para serem regulamentados, o Estado poderia muito bem regulamentar uma atividade puramente privada.

Assim como a obrigação de fiscalizar já existia, a função regulamentadora também não é novidade, pois o artigo 174 da Constituição Federal<sup>6</sup> já a previa, porém em um cenário com concessões de serviços públicos, ela se faz mais necessária.

A agencificação é um fenômeno norte-americano, pois lá a Administração Pública é organizada por agências com funções *quase legislativa e quase judicial*. A primeira função se deve pelas agências terem poderes, por lei, de criar normas que devem ser cumpridas, porém, é *quase* já que essas normas são consideradas infralegais e podem ser contestadas judicialmente. A segunda função ocorre devido as agências exercem uma instância administrativa de resolução de conflitos, mas suas decisões não fazem coisa julgada e, portanto, podem ser objetos de ação judicial.

Esse modelo utilizado nos Estados Unidos da América é de difícil adaptação a nossa atual disposição normativa, pois outro fenômeno que vem ocorrendo como transformador do Direito Administrativo é a constitucionalização deste. Isso vem ocorrendo na Europa desde o fim da segunda guerra para a criação de um Estado Constitucional de Direito afim de evitar novos regimes totalitários, esse processo veio no Brasil com o fim do Regime Militar e a Carta Magna de 1988. Essa constitucionalização dificulta uma maior maleabilidade para a criação de funções e possibilita um maior controle judicial.

Esse impeditivo, a priori, não atrapalha a formação de agências em território nacional, apesar de as únicas agências reguladoras (ainda que nomeadas de órgão regulador) com previsão constitucional serem a Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo, elas podem ser encontradas nos artigos 21, inciso XI<sup>7</sup> e 177 § 2º, inciso III<sup>8</sup> da Constituição Federal. Todas as outras agências reguladoras foram criadas por lei própria, incluindo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)<sup>9</sup>, objeto desse estudo.

O maior embate em relação ao modelo adotado pelo Estado Brasileiro de exercer regulamentação é a força normativa que as agências reguladoras têm com sua função *quase*

---

<sup>6</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>7</sup> “Art. 21. [...] XI - Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

<sup>8</sup> “Art. 177. [...] §2º [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

<sup>9</sup> A ANEEL foi criada pela Lei 9.427 de 26 de dezembro de 1996.

*legislativa*. Isso se deve por uma ampla discussão referente ao Princípio da Legalidade, pois em muitos casos a lei que criaram as agências deram poderes que deveriam ser unicamente do Poder Legislativo. Esse princípio é uma das mais importantes garantias individuais que temos na Constituição, fruto da constitucionalização já citada, nos termos do artigo 5º, inciso II<sup>10</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a delegação da função normativa às agências baseou-se em verdadeiro tripé construído pela Corte Suprema.<sup>11</sup> Esse tripé se baseia em (i) um sistema chamado lei-quadro, onde as normas criadas pelas agências são obrigatórias, mas devem obedecer os parâmetros já criados em lei; (ii) criação de um devido processo legal para criação dessas normas com participação dos interessados e justificando cada escolha; e (iii) criação de uma doutrina para permitir ao Poder Judiciário a análise dos procedimentos e também a razão de suas escolhas.

As agências reguladoras no Brasil são autarquias, porém em regime especial. Apesar deste regime diferenciado, elas ainda devem respeitar o artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal<sup>12</sup> e são especiais, pois tem uma independência maior do Poder Público e prerrogativas próprias. Essa maior autonomia se dá por meios como mandato fixo de dirigentes e impossibilidade de demissão destes sem ter um devido processo legal, há até um próprio estatuto para dirigentes de Agências Reguladoras. Porém há de se considerar que devido ao sistema constitucional brasileiro, não há como ter uma independência do Poder Judiciário, pois o artigo 5º, inciso XXXV<sup>13</sup> dá base para inúmeras disputas judiciais e verificação de cada ato feito pelas agências, desde que haja lesão ou ameaça de lesão a algum direito.

## 2 NOVA FASE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 2.1 CRIAÇÃO DO CONCEITO E EVOLUÇÃO

A separação dos poderes surgiu com o fim das Monarquias Absolutistas e com o nascimento do Estado Liberal, pois não haveria liberdade enquanto uma única pessoa tivesse todo o poder. No Estado Liberal, a sociedade e o Estado mantinham-se afastados. O Poder Legislativo era considerado absoluto, uma vez que sua vontade representava os anseios da sociedade. Contudo, essa visão do absolutismo do Poder Legislativo foi alterada quando o

---

<sup>10</sup> “Art. 5º. [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xlii, 1038 p. ISBN 9788522497201.

<sup>12</sup> “Art. 37. [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

<sup>13</sup> “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

princípio chegou aos Estados Unidos da América, pois lá foi instituído um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) onde todos os poderes estão sujeitos as mesmas regras constitucionais, muito disso se deve a relação traumática que a colônia tinha com o Parlamento Inglês.

Com o tempo, foi-se notando a necessidade de criar maneiras de melhorar a funcionalidade do Estado e do próprio princípio para ambos conseguirem suprir melhor as vontades da população, sendo mais útil para o bem-estar. Com o avanço do capitalismo o Estado deveria atuar de forma mais presente para garantir que não haja abusos e a uma visão mais socialista começou a aparecer em constituições pelo mundo, começando pelo México<sup>14</sup> e pela Alemanha<sup>15</sup>.

A visão mais social do Estado traz uma quebra na ideia de que a sociedade deve ser protegida da atuação estatal e causa uma maior interação deste com o povo, obrigando-o a prover de saúde, previdência, entre outros, portanto o conceito original da Separação dos Poderes já não consegue suprir mais as necessidades desse novo tempo. Em uma visão mais moderna, todos os Poderes agora são derivados do Poder Constituinte, sendo este responsável por elencar suas atribuições e limites, e o Poder Judicial agora tem uma função primordial de zelar pelo cumprimento dos direitos fundamentais.

Atualmente como forma de evitar abusos, pois somente dividir funções não os evita, os Poderes assumem funções atípicas, ou seja, aquelas que estão fora de suas atribuições originais, mas que servem para uma maior funcionalidade estatal. Essas funções atípicas encontram-se elencadas ao longo do corpo constitucional<sup>16</sup>, dando assim validade para a atuação fora de sua competência por cada poder.

Um exemplo dessa mudança são as próprias Agências Reguladoras, pois elas são entes do Poder Executivo e mesmo assim criam Direito, não somente reproduzindo as leis, mas também inovando, levando a doutrina questionar muitas vezes onde esse órgão realmente se encontram em relação aos três poderes.

No primeiro momento desse princípio, o sistema de freios e contrapesos visava garantir a não intervenção do Estado na vida privada, porém nesta nova fase, há obrigações que cada Poder deve cumprir e em caso de omissão, há formas de controle recíproco.

---

<sup>14</sup> A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira ter direitos sociais em seu corpo.

<sup>15</sup> Constituição de Weimar de 1919 foi um marco para a nova fase do Direito Constitucional e veio a influenciar diversas outras constituições.

<sup>16</sup> O artigo 52, inciso I e 52, inciso II elencam as funções atípicas do Poder Legislativo; O artigo 84, XXVI diz sobre a função legislativa do Poder Executivo; O artigo 96, inciso I, nas alíneas “a” e “f” discorre funções atípicas do Poder Judiciário.

## 2.2 FUNÇÃO DE CONTROLE

A principal ideia de controle hoje não é mais somente evitar o aparelhamento do Estado, mas também garantir que o poder e funções que ele tem, estão sendo bem utilizados, dito isso, Floriano de Azevedo Marques Neto diz que há uma tripla dimensão de controle, sendo elas: poder, meio e dos objetivos. O controle de poder está ligado a ideia original da Separação dos Poderes e visa proteger a sociedade de um Estado arbitrário. O controle dos meios busca garantir que os recursos estatais serão bem utilizados. E por último, o controle dos objetivos visa garantir uma estabilidade, algo além de um jogo político, uma finalidade para a administração pública buscar o interesse geral do cidadão.<sup>17</sup>

O controle pode ser tanto interno quanto externo. No caso do controle interno, que é realizado dentro de cada Poder, deve ser verificado a legalidade de cada ato administrativo e em caso de alguma falha, corrigi-la, se não houver aprimorar o processo. Essa forma de controle permite que a Administração Pública reveja seus atos que não estão de acordo com princípios do Direito Administrativo.

O controle externo consiste, segundo Marçal Justen Filho, na submissão da atividade administrativa à fiscalização por órgãos externos do Poder que os praticou<sup>18</sup>. Essa forma de controle encontra-se devidamente prevista na Constituição Federal e depende de lei para ser instituído, entretanto, esta lei não pode inovar, somente atuar nos limites constitucionais.

Desta forma, a Constituição atribuiu também aos poderes formas de controle externo, como por exemplo, a jurisdição que o Poder Judiciário tem de rever atos administrativos e também do Poder Legislativo, com ajuda do Tribunal de Contas (artigos 70<sup>19</sup> e 71<sup>20</sup> da Constituição Federal).

O controle externo realizado pelo Poder Judiciário é feito por meio do Princípio da Legalidade, garantindo-o a possibilidade de rever qualquer ato desde que provocado. Porém, existem vertentes que não concordam com essa visão, como Alexandre de Moraes, onde, conforme citação abaixo, ele não considera fiscalizar uma função do Poder Judiciário:

---

<sup>17</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/3930/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 out. 2020.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1423 p. ISBN 9788553210190. p. 1117.

<sup>19</sup> “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

<sup>20</sup> “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.”

Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

O Judiciário, porém, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa.<sup>21</sup>

Para outros, essa visão não está correta como discorre Marçal Justen Filho:

O princípio da universalidade da jurisdição significa a possibilidade de ampla investigação sobre a atividade administrativa por parte do Judiciário, respeitado os limites do mérito das escolhas adotadas no exercício da competência discricionária.

O controle externo a cargo do Poder Judiciário obedece ao princípio dispositivo, o que significa ausência de competência do próprio Judiciário para instaurar de ofício um processo jurisdicional destinado a avaliar a validade de um ato administrativo.<sup>22</sup>

Em relação ao controle realizado pelo Legislativo, previsto na Constituição em artigos já citados, tem natureza *político-administrativo* e *financeiro-orçamentário*, devendo ser realizado com auxílio do Tribunal de Contas.

A primeira forma citada no parágrafo anterior garante ao Legislativo o direito de verificar o funcionamento do Executivo por meio de Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPI), estas podendo ser de qualquer uma das casas ou mistas. As CPIs têm poder de investigação similar ao de autoridades judiciais e, se necessário, o detalhamento da investigação deve ser enviado ao Ministério Público.

Em relação a segunda forma de controle, diz que o Legislativo tem a função típica de averiguar as contas de todos os níveis da Administração Pública, incluindo entidades privadas responsáveis por dinheiro, valores e bens do Executivo. Segundo Alexandre de Moraes essa fiscalização se dá quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, além dos sistemas internos de cada Poder.<sup>23</sup>

O Tribunal de Contas da União deve auxiliar o Poder Legislativo nesse controle, porém este não é um órgão submisso a este Poder, o Tribunal de Contas tem sua autonomia garantida

---

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre De. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788597020915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/>. Acesso em: 20 out. 2020.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1423 p. ISBN 9788553210190. p. 1150.

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre De. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788597020915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/>. Acesso em: 20 out. 2020.

na Constituição Federal. As funções do Tribunal de Contas encontram-se descritas no art. 71 da Constituição Federal onde destacam-se as atribuições do inciso I<sup>24</sup>, II<sup>25</sup> e XI<sup>26</sup>:

Cabe ressaltar que independentemente da natureza do ato realizado de controle, o órgão responsável por este não assume as responsabilidades do Poder Originário, basicamente, a responsabilidade do controlador é verificar a legalidade, sem dar juízo de valor ao ato ou modifica-lo.

Em minha opinião, o controle externo só pode ser exercido pelo Poder Legislativo, pois é o único com competência constitucional para tal, mesmo que auxiliado pelo Tribunal de Contas. A forma de controle exercida pelo Judiciário não se enquadraria nessa situação, uma vez que a este Poder não foi concedido pelo Constituinte maneiras de agir de ofício, agindo somente após provocação de forma derivada a um princípio.

### 2.3 ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Como dito em momento anterior, o Poder Judiciário tem uma função maior nesta nova versão que nos encontramos do Princípio da Separação dos Poderes e vem ocorrendo pelo simples motivo de os juízes não mais servirem a vontade do legislador e sim a da Constituição.

Com o princípio da universalidade da jurisdição, o juiz passa a ser um criador de direito dependendo do grau de criatividade em suas interpretações. Porém, isso acaba trazendo alguns problemas de funcionalidade em razão de o Poder Judiciário ter déficits para analisar determinadas questões, nem todos os magistrados conhecerão com detalhes todas as matérias com a devida expertise e por vezes não terão uma visão ampla de toda a situação, como por exemplo, um processo contra a Fazenda Pública referente a remédio, um direito de segunda dimensão, pode vir a afetar o orçamento da saúde do município.

De fato, essa ação do Poder Judiciário vem a ocorrer por omissões do Poder Legislativo e má atuação do Poder Executivo, gerando um dever de agir pelo Judiciário. Essa maneira de agir, por muitas vezes faz o Judiciário exercer controle, porém esta forma não é

---

<sup>24</sup> “Art. 71. [...] I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;”

<sup>25</sup> “Art. 71. [...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

<sup>26</sup> “Art. 71. [...] XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.”

constitucional e sim derivada.

### 3 FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO

#### 3.1 REGULÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

Regulação e Regulamentação por muitas vezes são confundidas ou usadas como sinônimos, é de extrema importância diferenciar os dois termos, para assim explicar o porquê das Agências Reguladoras serem “reguladoras” e não “regulamentadoras”.

Primeiro, cabe explicar o que é regulamentar aos olhos da Carta Magna e quem lhe compete. O Poder de Regulamentar é uma maneira de o Poder Executivo exercer a função atípica de legislar, é algo que compete de forma privativa ao Presidente da República<sup>27</sup> e que deve ser feito de forma a completar as leis já existentes, a fim de deixá-las mais claras. Os regulamentos não podem trazer nenhuma inovação e muito menos contrariar a legislação atual.

A regulação é mais um conceito mais amplo e perfeitamente explicado por Calixto Salomão Filho da seguinte maneira:

A primeira delas é o fato de a teoria da regulação, quando bem aplicada – exatamente o contrário do que tem ocorrido até o momento -, pode representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser, para tanto, insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.<sup>28</sup>

Também referente a definição de regulação, ensina Alexandre Mazza que “a expressão ‘regulação’ designa a somatória de funções jurídicas há muito conhecida dos estudiosos do Direito Administrativo, tais como: o poder regulamentar, o poder de polícia e a prática de atos tendentes à execução da lei”<sup>29</sup>.

Fica assim claro que um termo é complementar ao outro, mas também gera uma dúvida: Se regulamentar é uma função da regulação e somente o Chefe do Executivo pode baixar regulamentos, como uma agência reguladora pode atuar? A função normativa das agências reguladoras é algo muito debatido, como já citado no primeiro capítulo, pois não há base constitucional para estas ditarem normas com força de lei.

---

<sup>27</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

<sup>28</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p. ISBN 9788574208398. p. 20.

<sup>29</sup> MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

### 3.2 SERVIÇO PÚBLICO

Há a necessidade de compreender o que é serviço público para assim compreender a função de regulação do Estado. Este termo surgiu na França em 1921 e evoluiu nas mãos de Leon Duguit com a Escola do Serviço Público. Para Duguit, com esta escola seria possível explicar de todas as formas o Direito Administrativo, esta noção de serviço público está conectada a ideia de atividades essenciais para a subsistência humana e da sociedade que não podem ser prestadas, senão pelo Estado.

Porém, delimitar o que é serviço público não é algo simples, uma vez que Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra<sup>30</sup> dedica um capítulo somente a esta temática, dividindo em sentido amplo e restrito, e serviço público material, subjetivo e formal.

Este conceito varia no tempo e espaço, pois de acordo com a época estudada e o país estudado, podem ter diferentes vertentes em consequência deste termo ser definido pela legislação vigente. No Brasil, a própria Constituição Federal nos artigos 21, inciso X, XI, XII, XV e XXIII<sup>31</sup> e 25 §2º<sup>32</sup> delimita onde o Estado pode atuar na ordem econômica.

Dessa forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o termo como:

Daí na nossa definição de serviço como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xlii, 1038 p. ISBN 9788522497201. p. 133.

<sup>31</sup> “Art. 21. Compete à União: [...]

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; [...]

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; [...]

XXIII - seguridade social;”

<sup>32</sup> “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...]

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xlii, 1038 p. ISBN 9788522497201. p.141.



Portanto, serviço público é aquele que deve ser prestado visando o bem maior da sociedade, de outra forma, seria uma atuação privada não se caracterizando como serviço público.

Ainda assim, a diferenciação entre serviço público e atividade econômica é muito discutida na doutrina, muitas vezes é usado o critério positivista já citado acima. O principal ponto a ser discutido é o regime jurídico a ser utilizado, uma vez que quando o Estado está exercendo serviço público o regime é de direito público e quando está exercendo atividade econômica, o regime é de direito privado.

A Constituição Brasileira não só delimitou os serviços públicos nos artigos citados, mas também fez consideração sobre as atividades econômicas no artigo 173<sup>34</sup>, dessa maneira o Constituinte impôs uma visão liberal ao dar liberdade a livre-iniciativa.

Assim, a principal diferença de quando o Estado exerce serviço público e entre atividades econômicas exercidas pelo Estado é o interesse público e o interesse da coletividade. Calixto Salomão Filho ao comentar sobre setores não regulamentáveis onde o Estado deve prestar o serviço, explica da seguinte maneira:

A ideia é, aqui, portanto, contrária aos pressupostos neoliberais. O objetivo é francamente redistributivo. Pouco importa se o resultado final será um aumento ou decréscimo da riqueza global (Pareto) ou, ainda, que exista essa possibilidade teórica de compensação (Kaldor-Hicks). O que importa é a existência de uma relevância social na atividade, que faz que ela não possa ser prestada por particulares sem efeitos distributivos perversos.<sup>35</sup>

Concorda Marçal Justen Filho em sua obra ao dizer que:

A qualificação de uma atividade como serviço público pressupõe vínculo com os direitos fundamentais, mas esse não é um requisito suficiente. É indispensável a inadequação dos mecanismos da livre-iniciativa privada para a satisfação das necessidades correspondentes.<sup>36</sup>

Desta maneira, é proibido que o Estado se aproprie de atividades econômicas, lhe dando privilégios sem ser naquelas diretamente ligadas aos direitos fundamentais e isso é um fato relevante para a manutenção da ordem econômica, pois de outra forma o Estado acabaria com a concorrência.

---

<sup>34</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

<sup>35</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p. ISBN 9788574208398. p. 34.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1423 p. ISBN 9788553210190. p. 634.

Um fato relevante de quando o Estado exerce atividade econômica, é o monopólio estatal que por vezes é confundido com serviço público. A principal diferenciação entre os dois é o regime aplicável para cada caso. Em um será direito público e no outro direito privado, isso significa que o Estado não pode, nos casos de monopólio, suprimir nenhum direito individual para satisfazer os direitos fundamentais.

Outro ponto importante a ser estudado quando falado de se serviço público é a diferenciação em relação a titularidade do serviço e a da prestação do serviço. Como dito no primeiro capítulo, a década de 1990 trouxe uma crise referente a função do Estado que deixou de prestar os serviços para fiscaliza-los. Então hoje, mesmo que o Estado seja o titular deste serviço, ele não presta este serviço, pois o concede a outras entidades através de concessão, permissão e outras modalidades que podem ser usadas a depender de cada caso prático. Isso não altera o regime, continua sendo regido pelo Direito Público e deve visar o bem da coletividade, ainda que prestado por entidades privadas.

### 3.3 INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Existem duas maneiras de o Estado intervir na economia, a primeira de forma direta prestando os serviços ele mesmo e o outro de forma indireta planejando, regulamentando e fiscalizando.

Atualmente, o Estado Brasileiro age de forma mais indireta e pode ser encontrado na Constituição Federal no artigo 174<sup>37</sup>. Neste artigo fica claro a intenção do Constituinte de passar ao privado a responsabilidade pela execução, mas sem o Estado deixar esses setores de lado, pois este será responsável por guiar o particular.

Porém, também é possível ver o Estado Brasileiro atuando de forma direta por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, são exemplos os Correios e a Petrobras, que se enquadram no disposto do artigo 173. É vedado a estes entes privilégios que não sejam também de entidades privadas.

A atuação indireta pela regulação da economia é a forma mais condizente de intervenção na economia hoje encontrada no ordenamento, mesmo que ainda o meio de se fazer isso seja discutido.

A regulação hoje é exercida por planejamento, fiscalização e incentivo do Estado. A fiscalização é feita pelo poder de polícia que o Estado tem para atuar como repressor de

---

<sup>37</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

condutas que violam a ordem econômica, uma vez que a manutenção da concorrência é essencial para a regulação, nessa linha diz Calixto Salomão Filho<sup>38</sup> em sua obra: “A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação. Na sua aplicação deve o Estado agir com energia, garantindo a efetiva existência da concorrência.”

## 4 FUNÇÃO DE CONTROLE DA ANEEL

### 4.1 PODERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são entes da Administração Pública Indireta que deve regular uma matéria, seguindo assim o princípio da especialidade. Esse princípio é algo muito importante, pois as agências reguladoras nasceram da necessidade de descentralização para atividades específicas.

Como dito anteriormente, a regulação é algo maior do que somente baixar normas referente ao serviço público em questão. Dessa forma, as agências reguladoras têm uma função além da normativa, apesar da importância desta. As atividades exercidas pelas agências costumam ser definidas na lei específica que a institui, porém é possível definir alguns desses poderes como padrão, sendo estes na visão de Luís Roberto Barroso:

- a) Controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.<sup>39</sup>

Ainda de acordo com Barroso, é possível classificar as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas, em um sistema inspirado na tripartição dos poderes.

A atuação executiva das agências reguladoras se dá por meio de implementar políticas públicas, assim ficam dentro desta atuação os atos de regulamentar com base no princípio da especialidade, de fiscalizar e sancionar, esse último em caso de descumprimento de algo previamente definido.

---

<sup>38</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p. ISBN 9788574208398. p. 20.

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 02 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>.

Uma polêmica em relação a essa atuação se dá com base de até onde as agências reguladoras tem discricionariedade para definir políticas públicas, uma vez que cabe ao Presidente a legitimidade democrática para definir estas. Tal impasse ocorre pelo fato de as agências serem autarquias especiais e por esse seu regime especial, gozam do privilégio de ter autonomia em relação ao Poder Executivo.

A função decisória ocorre quando as agências têm competência para resolver conflitos, em âmbito administrativo, por exemplo, a Lei 9.427/96 que institui a ANEEL defini em seu artigo 3º, inciso V<sup>40</sup>, os tipos de casos que podem ser avaliados por ela.

As decisões das agências reguladoras não fazem coisa julgada e são puramente administrativas, porém no ordenamento brasileiro não se pode negar o acesso ao Poder Judiciário, sendo assim todas as decisões podem ser revistas judicialmente, mas o debate em torno desse tema fica no tocante ao limite de onde pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Uma visão mais tradicional diz que somente podem ser revisados temas envolvendo a legalidade dos atos administrativos, porém na atual conjuntura do ordenamento onde os princípios são importantes no direito administrativo, para verificar se o ato administrativo está condizente com estes, é necessário um reexame de mérito.

A função normativa que vem acompanhada do poder de regulamentar gera enormes debates, como já discutidos nesse texto, isso deve ao confronto que este poder tem com o princípio da legalidade. Esse princípio vem sido flexibilizado para poder se adequar a atual realidade onde há a necessidade de normas mais técnicas em alguns casos, sem a discussão política e também a nova fase da separação dos poderes. Atualmente já é admitido esta atuação pela doutrina e jurisprudência desde que dentro de diretrizes pré-determinadas, não podendo as agências inovarem ao criarem regulamentos.

Ainda há um debate quanto a competência das agências para girem dessa forma que vai além da matéria que elas podem legislar e os limites, mas também referente se podem legislar. Não há atualmente previsão constitucional para este poder para as agências, com exceção de dois casos previstos na Constituição Federal, portanto há ainda que se pacificar a atuação desta adaptação que fizemos do direito norte-americano para poder

#### 4.2 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E AS NÃO PREVISTAS

---

<sup>40</sup> “Art. 3º. [...] V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;”

Um dos grandes debates envolvendo as agências reguladoras se dá em relação sua constitucionalidade. Somente duas estão previstas na Constituição, sendo elas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), que podem ser encontradas nos artigos 21, XI<sup>41</sup>, e 177, §2º, III<sup>42</sup> respectivamente.

Como pode ser visto, a constituição deu o nome de órgão regulador, o nome de agências reguladoras veio com as leis ordinárias que criaram outras agências, copiando o vocábulo norte-americano.

A grande maioria das agências reguladoras não tem previsão constitucional e isso acaba gerando questionamento quanto ao poder normativo que as são dotadas, nas palavras de Maria Sylvia Zanella:

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.<sup>43</sup>

Existe uma corrente que defende que somente estas duas tem competência normativa abstrata. Esta vertente diz que as outras agências reguladoras não constitucionais somente podem definir regras abstratas dentro do seu limite de atuação, enquanto estas duas poderiam expedir normas jurídicas inovadoras.

A teoria mais aceita pela doutrina nos dias atuais diz que a competência normativa provém de uma descentralização da Administração Pública, assim sendo, o poder de regulamentar não seria privativo somente do Presidente da República, uma vez que não é sustentável para o gerenciamento do maquinário público.

O tema já foi discutido na Suprema Corte com um caso referente a ANATEL e que pode ser entendido de por analogia as outras agências, esse caso é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1668, esse caso é para julgar a lei que regulamentou esta agência e o

---

<sup>41</sup> “Art. 21. Compete à União: [...]”

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”

<sup>42</sup> “Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; [...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...]

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;”

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xlii, 1038 p. ISBN 9788522497201. p. 581.

artigo 19, IV e X que diz sobre a competência normativa da agência e assim foi o entendimento do STF:

a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia;<sup>44</sup>

Também foi referendado pela Advocacia Geral da União nº AC-51, de 12 de junho de 2006, este parecer possui caráter normativo. O tema do parecer foi principalmente a relação das agências com os ministérios responsáveis, mas tratou de temas como a vinculação normativa das agências.

Apesar do atual momento mostrar uma certa pacificação, enquanto não houver uma maior uniformidade e clareza em relação de onde deriva essa função normativa e explicar a razão de umas estarem com previsão constitucionais e outras não, o tema sempre será debatido.

#### 4.3 PODERES E LIMITES DA ATUAÇÃO DA ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) surgiu em 26 de dezembro de 1996 por meio da Lei nº 9.427 que a instituiu, como toda agência regulatória, a ANEEL é uma autarquia em regime especial. A ANEEL está vinculada ao Ministério de Minas e Energia, entretanto não se deve confundir vinculação com subordinação.

Apesar desse vínculo, a ANEEL tem uma independência em relação a um quadro pessoal próprio, diretoria com mandato definido e que não pode ser exonerado sem justa causa. Isso se dá pelo motivo de tentar criar-se uma estrutura regulatória não politizada, ou seja, há a ideia de que se tenha um conceito além dos governos que estejam no poder.

A finalidade desta agência é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, baseada sempre nas políticas públicas do governo federal.

A ANEEL pode exercer esta função de diferentes formas e atividades, como por exemplo, pode fixar multas administrativas observando o limite legal, estabelecer metas que as

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin-MC nº 1668-DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 16/04/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 31 out. 2020.

concessionárias devem cumprir a fim de obter uma maior universalização da energia elétrica, implementar políticas para a exploração de energia elétrica, etc.<sup>45</sup>

Os limites da atuação da ANEEL se baseiam em conceitos já discutidos anteriormente, as agências reguladoras encontram-se em um limbo em relação a visão tradicional da separação dos poderes, pois tem funções *quase legislativa e quase judicial*, mesmo que não de forma muito direta como definida no ordenamento americano, mas sim com os percalços de serem adaptadas a outra forma de legislação, também faz parte da Administração Pública Indireta, mesmo que independente do Poder Executivo. Dessa forma, todos atos que elas praticam esbarram em algum outro Poder.

A ANEEL tem competência para dirimir as divergências entre concessionárias e permissionárias, autorizadas, produtores, agentes e consumidores, porém tal ato pode ainda ser contestado em juízo, como dito neste capítulo, devido a universalização do acesso à justiça. Também se encontra dentro da forma de controle feito pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas da União de ter suas contas revisitadas e examinadas.

O limite mais importante, pelo menos na minha opinião, ocorre em relação a como é permitido que a ANEEL regule o mercado, pois já foi exposto anteriormente a questão relativa à sua função normativa e a controvérsia que a carrega.

A ANEEL é vinculada ao Ministério de Minas e Energia e sempre deve observar os *standards* e as políticas públicas visadas por esse em relação ao campo de energia, pois as agências não podem inovar no ordenamento. Apesar disso, ainda existe uma discricionariedade, uma vez que dentro do espaço deixado pelas leis existentes sempre haverá possibilidade de fazer escolhas referentes ao modo de atuação.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme foi demonstrado neste artigo, as agências reguladoras não têm uma atuação pacificada em nosso ordenamento. Ainda existe um caminho a percorrer e dúvidas a serem sanadas.

Grande parte dos problemas relacionados as questões das agências acontecem pela maneira como foi construída a legislação do Brasil, por muitas vezes tentando copiar modelos nem sempre condizentes. Isso é demonstrado com a forte inspiração que temos do direito

---

<sup>45</sup> ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. *O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras*. 2008. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1214>. Acesso em: 01 nov. 2020.

francês ao constitucionalizar muitas questões, porém, nos inspiramos no direito norte-americano que tem uma outra sistemática legal ao trazer as agências reguladoras.

Embora realmente exista a necessidade de haver um ente regulador com as mudanças que o Estado teve, saindo da posição de empresário e passando a transferir a titularidade do exercício de alguns serviços públicos, esta mudança poderia ser feita de maneira mais agradável ao nosso ambiente jurídico.

Como estão às margens da teoria da separação dos poderes, há muitos questionamentos em relação ao tipo de controle que elas submetem e o que exercem. No primeiro tópico, elas podem ser submetidas ao controle do Poder Legislativo como todo ente da Administração Pública e ainda seus atos podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

O segundo tópico é mais polêmico, pois envolve os poderes a elas outorgados, já há uma direção em relação ao Poder Normativo, a corrente mais aceita da doutrina e a jurisprudência convergem em dizer que este Poder se dá por uma descentralização do poder de regulamentar de competência privativa do chefe de estado, uma vez que é inviável uma pessoa só ser responsável por diversas áreas técnicas, o que é verdade, mas uma interpretação livre do texto constitucional.

As agências reguladoras são uma necessidade da fase atual que o Estado se encontra e ainda estão sendo encontradas uma melhor maneira de justificar todos os seus poderes, porém, elas tem atuado da maneira como descrita por esse estudo e cabe manter um contínuo aperfeiçoamento para que haja sempre uma maior efetividade para assim atender melhor os anseios e necessidades da população.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. *O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras*. 2008. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1214>. Acesso em: 01 nov. 2020

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013. 978-85-309-5037-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/>. Acesso em: 01 nov 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2011. 978-85-309-4917-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4917-4/>. Acesso em: 01 nov 2020.



ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU nº AC – 051. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 245, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42129/40820> Acesso em: 31 out. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 02 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin-MC nº 1668-DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 16/04/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 31 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xlii, 1038 p. ISBN 9788522497201.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1423 p. ISBN 9788553210190.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/3930/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 out. 2020.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005

MORAES, Alexandre De. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788597020915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/>. Acesso em: 20 out. 2020.

MORGADO, Cíntia. A Nova Face De Separação de Poderes – Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 66. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE58413.pdf/REVISTA664.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

MOTTA, P.R. F. *Agências reguladoras*. São Paulo: Editora Manole, 2003. 9788520448052. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448052/>. Acesso em: 01 nov 2020.

ROCHA, Calos Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Preposições Legislativas sobre o Tema*. Brasília: Senado Federal, Consultoria

Legislativa, 2002. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/156>. Acesso em: 18 out 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p. ISBN 9788574208398.

SCLIAR, Wremyr. Controle externo brasileiro: poder legislativo e tribunal de contas. 1 *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 181, p. 249-275, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194906> Acesso em: 18 oct 2020.

TACITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612/46347](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612/46347). Acesso em: 6 nov. 2020.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu,

Leonardo Miguel Estefan, regularmente matriculado, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31664271, Período Matutino, Turma 10B,

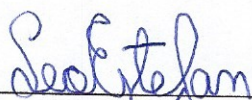
tendo realizado o TCC com o título: FUNÇÃO DE CONTROLE REALIZADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

sob a orientação do(a) professor(a): Ana Flávia Messa

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 12 de Novembro de 2020.



Assinatura do discente