

4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

ELIANA OLIVEIRA COSTA TAFURI
Analista do Tribunal Regional Eleitoral/ MG

SUMÁRIO: 1. Contexto histórico. 2. Natureza jurídica. 3. Aspectos do regime especial das agências reguladoras. 4. Poder normativo. 5. Independência política dos gestores. 6. Independência técnica decisional. 7. Estabilidade dos dirigentes. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Contexto histórico

Só é possível entender o instituto das agências reguladoras se considerarmos o contexto político-econômico e social do mundo moderno que, num salto, viu-se imerso em mudanças estruturais de monta, tais como o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação; o processo de globalização, que fez surgirem poderosas organizações econômicas transnacionais (capital apátrida); o enfraquecimento do setor primário de produção e a valorização dos setores que dominam a tecnologia de ponta. Essas transformações forçaram o Estado a alterar sua linha de atuação. É neste cenário que acontece o movimento de intervencionismo direto para a descentralização administrativa, visando à celeridade e à eficiência reivindicadas pela sociedade – atualizada na Era do Conhecimento –, que não mais aceita a inábil onipotência estatal.

É nessa tentativa de ajustamento que, hodiernamente, o ponto central da discussão que se trava é o *tamanho* ideal que deve ter o Estado em sua esfera de atuação, notadamente em questões econômicas. Sabe-se que o Estado em versão hiper, nos moldes dominantes do século passado, não atende aos anseios da população, visto que, ineficiente e paquidêmico, é fonte de corrupção e perpetua desigualdades. É essa a opinião de Barroso (2006), para quem:

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exauriu. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu

durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressiva, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária.

Nesse contexto, buscando o *tamanho* adequado do Estado, bem como sua ingerência em medidas precisas, é que se descortina a perspectiva das agências reguladoras, agências executivas, organizações da sociedade civil de interesse público, enfim, parcerias público-privadas dos mais diferentes matizes. A *preparação do terreno* para a descentralização administrativa ocorreu com a reforma do aparelho do Estado implementada por alterações paulatinas nos textos normativos, na lúcida lição de Barroso, que destacou três transformações estruturais, a saber: 1ª) as Emendas Constitucionais nºs 6 e 7, que suprimiram restrições ao capital estrangeiro; 2ª) as Emendas Constitucionais nºs 05, 08 e 09, que proporcionaram a flexibilização dos monopólios estatais, e a 3ª) privatização, levada a efeito mediante a edição de legislação infraconstitucional, notadamente a Lei nº 8.031, de 12.04.90, substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.97. Este trabalho objetiva traçar as linhas principais das agências reguladoras, sem a pretensão de esgotar o novel e instigante tema.

2. Natureza jurídica

As agências reguladoras possuem natureza de autarquias em regime especial. E, como tal, não podemos deixar de trazer a lume a natureza jurídica das autarquias. O Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967, estabelece que a “Administração indireta é integrada por autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas”.

No que toca às autarquias, prescreve o Decreto-Lei nº 200 que se trata de “[...] serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Assim, as autarquias possuem natureza administrativa e personalidade jurídica de Direito Público. Executam atividades estatais, atuando em nome próprio, sendo criadas por lei específica (CF, art. 37, XIX), de iniciativa do Chefe do Executivo, sendo que a sua organização é imposta por decreto, regulamento ou estatuto. Leciona Meirelles (2000, p. 208) que:

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida.

Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.

3. Aspectos do regime especial das agências reguladoras

O objetivo último da criação das agências reguladoras é, como já acima exposto, carrear eficiência à máquina estatal. A justificativa é de que quem tem especialidade técnica será, por consequência, mais competente e célere – como exige o mercado – na regulação da atividade que se propõe a tutelar, uma vez que exerce poder de polícia sobre o prestador de serviço público concedido/permitido.

Os doutrinadores são assentes no fato de que são antigas, no ordenamento brasileiro, instituições com funções reguladoras. Fato é que o vocábulo agência é recente. Na Constituição vigente, no seu texto original, o constituinte não fez previsão de agências. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.95, em nova redação ao art. 21, XI, traz *órgão regulador* referindo-se a serviços de telecomunicações, fato sobre o qual a Prof.^a Di Pietro (2004) fez a seguinte observação: “Note-se que a Constituição, apegada à tradição do direito brasileiro, empregou o vocábulo *órgão*, a legislação ordinária é que copiou o vocábulo de origem norte-americana”. O Prof. Floriano (p. 23) menciona sua opção pelo termo Autoridades Reguladoras Independentes, e o faz assim dispondo:

Menos por razões de purismo conceitual e mais por uma questão didática e metodológica, de nossa parte preferimos utilizar o termo Autoridades Reguladoras Independentes para designar estes entes reguladores de nova geração. E isso por um singelo motivo. Essa designação (constante na doutrina européia, portuguesa em particular) tem o mérito de nela embutir os três aspectos centrais para caracterização das Agências: serem elas I) órgãos públicos dotados de autoridade; II) voltados para exercício da função de regulação III) caracterizados pela independência. Se bem entendidos estes três aspectos, estarão expostos os pressupostos das agências no direito brasileiro.

São nomeados para dirigentes das agências os *experts* nas suas respectivas áreas de atuação, o que acarreta implicações, visto que tais profissionais são vindos, no mais das vezes – devido à especialização técnica de seus conhecimentos –, do próprio setor a ser regulado. Tal fato desperta dúvidas sobre a necessária isenção para gerir os interesses dos usuários dos serviços prestados. Noutro vértice, para neutralizar essa

possibilidade, tem-se que as agências são dirigidas em regime de Colegiado, o que por certo dificulta possível influência das empresas reguladas.

A gestão de recursos humanos das agências reguladoras está disposta na Lei nº 9.986, de 18.07.2000, sendo estabelecido que as relações de trabalho serão de emprego público. É de ver que, embora recente, referida lei teve seu texto modificado por várias legislações posteriores (MP 0002143-035-2001, MP 000155.000-2003, L 010.871-2004, L 011-292-2006) dando mostras de que a questão de pessoal nas agências reguladoras está em franco processo de adequação. Certo é que atualmente, enquanto não se sedimenta a questão, as agências improvisam valendo-se de servidores requisitados de outros Órgãos da Administração, contratações temporárias, e, ainda, de cargos de livre provimento.

Há, ainda, a questão atinente à criação, por alguns Estados-membros, de agências reguladoras abrangendo uma pluralidade de áreas de atuação. Essa opção, sem dúvida, descaracteriza a especialização que é da essência das agências. Vê-se que é inviável reunir em uma única agência técnicos-especialistas nos mais diversos setores de atuação, o que implica reconhecer a impossibilidade de uma regulação efetiva, pois ressentir-se-ão os dirigentes de referidas agências da falta de domínio técnico em todas as matérias objeto de regulação. Como aponta Menezes (2002, p. 57): “Acredito que tais casos denotam a avidez pelo empréstimo de modelos alienígenas, a intenção de ‘modernidade’, sem que tenha havido, contudo, o acurado estudo prévio relativo aos institutos em debate, além de, é claro, flexibilizar as normas relativas ao regime de pessoal, licitação, controle externo”.

4. Poder normativo

O poder normativo das agências reguladoras é ponto nevrálgico, haja vista a dificuldade de se estabelecer um equilíbrio entre a concessão de uma confortável margem de atuação com a finalidade de conferir celeridade à normatização de cunho eminentemente técnico e, de outro lado, preservar as funções do Poder Legislativo, que, em última análise, foi quem recebeu poderes para desempenhar tal função. Trava-se acalorada discussão na doutrina sobre ofensa à tão cultuada separação dos poderes, bem como ao princípio da legalidade. Contudo, ponto comum entre os doutos é que a separação dos poderes com o rigor da disposição feita por Montesquieu – embora se reconheça a sua importância, e ainda, o princípio da legalidade –, hodiernamente, comporta adequações. Nesse sentido, esclarece Menezes (2002, p. 60): “A moderna doutrina propaga que as técnicas de controle do constitucionalismo representam corretivos eficazes ao rigorismo da separação de poderes, sendo suficiente a separação das funções estatais, atuando em cooperação, de forma harmônica e equilibrada”. Quanto à questão atinente ao princípio da legalidade, não afastando sua importância no texto constitucional em vigor, Barroso (2006, p. 2) esclarece:

É verdade que a doutrina tem construído em torno do tradicional princípio da legalidade uma teorização mais sofisticada, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes. Com efeito, o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, acabou por exigir uma nova leitura do princípio, e nessa linha é que se admite hoje a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e de outro, entre reserva de lei formal ou material.

Ainda com relação à separação de poderes e sua nova feição, vale destacar a lição de Clève (2000, p. 57):

Está agonizando um conceito de lei, um tipo de parlamento e uma determinada concepção do direito. O parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado sofreu abalos. Deve continuar legislando, é certo. Porém, a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. O parlamento não deve deixar de reforçar o seu poder de controle sobre os atos, inclusive normativos, do Executivo. A crise do parlamento burguês conduz ao nascimento do parlamento ajustado às profundas alterações pelas quais passaram a sociedade e o Estado.

Há quem sustente que as agências reguladoras não podem inovar na ordem jurídica, uma vez que apenas a lei, em sentido formal, pode impor obrigações e restringir direitos. Tal argumentação não pode vingar, se posta em termos absolutos, sem evidente prejuízo da almejada finalidade de celeridade e do cunho eminentemente técnico na solução das questões específicas, que justificam a criação das agências. É que necessária a mitigação, como acima mencionado, dos princípios da separação dos poderes e da legalidade dispostos nos artigos 2º e 5º, II, da Constituição da República, respectivamente.

Assim, as normas expedidas pelas agências devem cingir-se apenas ao conteúdo técnico afeto à sua área de atuação, cujo domínio o legislador ordinário não possui. As agências reguladoras, a fim de atingir seus objetivos institucionais, deverão receber delegação com parâmetros previamente fixados, nos moldes dos *standards* das agências norte-americanas. Só assim estarão aptas a desenvolver a regulação e fiscalização que se propõem a implementar de forma exclusiva. As agências não poderão extrapolar, no exercício de seu poder normativo, os parâmetros fixados na delegação, sob pena de usurpação do poder que, por certo, não lhes foi conferido.

5. Independência política dos gestores

As agências reguladoras adotaram o modelo de formação de conselhos compostos por profissionais altamente especializados em suas áreas, com independência em relação ao Estado e com poderes de mediação, arbitragem e capacidade para traçar diretrizes e normas, com o objetivo de solucionar eventuais acontecimentos imprevisíveis no ato de lavratura dos contratos de longo prazo realizados entre as empresas concessionárias e o Estado. A independência política dos gestores das agências decorre, principalmente, da investidura em mandatos com prazo certo e com restrições quanto à demissão, circunstância que, por certo, visa ao fornecimento de condições para se estabelecer a imparcialidade e, conseqüentemente, a confiança da população em suas decisões, haja vista a capacidade de resistir às pressões políticas e econômicas das partes envolvidas, o que confere credibilidade à sua atuação.

A ausência de vínculo hierárquico formal dos gestores das agências reguladoras fornece-lhes a autonomia não existente na maior parte dos administradores das entidades da administração indireta, que, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que à margem da legalidade e/ou moralidade. São as conhecidas *contraprestações*, tão comuns daqueles que, de uma forma ou de outra, possuem dependência funcional. Como já dito, o processo de nomeação e demissão dos dirigentes, bem como a fixação de mandatos longos, não coincidentes com o mandato eleitoral, são providências que buscam blindar os gestores dos *favores políticos*, que, certamente, não atendem ao interesse público.

6. Independência técnica decisional

Deseja-se que, quando da composição e julgamento de litígios entre particulares em questões controvertidas, as agências reguladoras emitam decisões valendo-se de seu conhecimento técnico, sem, contudo, descuidar-se de, na sua apreciação, considerar com sensatez os interesses das partes envolvidas nas pretensões contrapostas. Não se pode perder de vista que, em tais questões, haverá sempre três tipos de interesses a tutelar. O interesse do Estado, o interesse das empresas concessionárias/permissionárias e o interesse do usuário, sendo o grande desafio saber sopesar e conferir legitimidade democrática a tão díspares forças, uma vez que sabemos agir o primeiro notadamente com visão política; as concessionárias/permissionárias, com profundo conhecimento técnico, visando ao capital; e, por fim, o usuário, que, neste jogo de forças, é, incontestavelmente, a parte hipossuficiente. Isso porque em que pese o instrumento da audiência pública, em que se privilegia a participação popular, sabe-se que esta é incipiente no nosso ordenamento jurídico, notadamente em questões como tais, em que a exigida capacitação técnica afasta qualquer tentativa incalculada de participação. Ademais, é necessário um amadurecimento social que ainda não possuímos.

É por empecilhos dessa ordem que se corre o risco de ser a participação popular apenas um artificialismo sem implementação fática, sendo esta uma questão que também deverá ser considerada pelas decisões proferidas nas agências. Vê-se que a pedra de toque para conferir legitimidade às decisões das agências passa, necessariamente, pela capacidade de resistir a pressões de poderosas forças econômicas e de grupos com ascendência no jogo político do momento. Para tanto, deverão as agências reguladoras atuar com a firmeza e o equilíbrio necessários, sem distar da razoabilidade, assegurando a adequada remuneração do concessionário e a satisfação dos usuários, o que, por certo, não é tarefa fácil de ser equacionada. Portanto, deverá sempre ser preservado o objetivo de harmonizar os interesses do usuário do serviço concedido, como preço e qualidade, com os do fornecedor – a viabilidade econômica de sua atividade comercial –, como forma de perpetuar o atendimento aos interesses de todos os envolvidos.

7. Estabilidade dos dirigentes

Entre as questões polêmicas envolvendo as agências, merece menção a questão da demissão dos seus dirigentes. É que as leis instituidoras de referidas agências apontam basicamente as seguintes características próprias das agências: estabilidade dos dirigentes (impossibilidade de demissão *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo, salvo por faltas graves apuradas mediante devido processo legal, tais como crimes de improbidade administrativa, violação grave dos deveres funcionais, descumprimento do contrato de gestão); mandato certo, sendo, na sua maioria, de quatro anos; nomeação de diretores com lastro político; impossibilidade de recurso hierárquico, que normalmente seria ao Ministro a que estivesse vinculado o órgão; inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial; autonomia de gestão; não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; estabelecimento de fontes próprias de recursos financeiros advindos de dotações orçamentárias gerais e arrecadação de receitas próprias, provenientes, dentre outras fontes, de taxas de fiscalização ou de participações nos contratos, como ocorre nos setores do petróleo e energia elétrica.

Certo é que as duas principais características dos dirigentes das agências reguladoras, quais sejam independência e especialidade, assemelham-se, de perto, com as características de um Juiz integrante do Poder Judiciário. É necessário destacar como ponto polêmico o fato de não ser possível a demissão *ad nutum* dos dirigentes. Ou seja, o Chefe do Executivo tem competência para nomeá-los, porém uma vez nomeados, não pode demiti-los, o que foge do lugar comum dos casos de cargos em comissão ou funções de confiança. A razão de ser vedação é simples. É indubitável que se tenciona conferir ao dirigente liberdade para tomar qualquer decisão ainda que contrária aos interesses do Chefe do Executivo, sem que isso implique a sua destituição de forma imotivada.

Percebe-se, portanto, uma diferenciação substancial entre os dirigentes das agências e os dirigentes das demais autarquias, pois nestas o Chefe do Executivo tem a possibilidade de demitir de forma imotivada, haja vista a Súmula 25 do STF: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Esse diferencial tem uma relevante razão, uma vez que, para assegurar imparcialidade e isenção nos julgamentos, torna-se imperioso que os dirigentes das agências contem com essa garantia. Nesse ponto, merece trazer o destaque feito por Moraes (2002, p. 27):

Observe-se ainda que o próprio STF, reconhecendo o novo estágio do Direito Administrativo, com base no binômio privatização/eficiência, permitiu à lei estadual a fixação de mandato certo e impossibilidade de destituição *ad nutum* dos dirigentes das agências, na Adin 1.949. Observe-se que o STF excepcionou a regra geral da impossibilidade de a lei criar outras formas de acesso à Administração Pública que não sejam o concurso público ou os cargos em comissão ou funções de confiança de livre escolha do Chefe do Executivo.

Assim é que, no meu entender, não assiste razão àqueles que dizem revestir-se de inconstitucionalidade a estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras, prevista em vários dispositivos legais, notadamente no art. 9º da Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras. No caso específico das agências, a nomeação para direção não tem o mesmo perfil das nomeações feitas quanto aos demais cargos de confiança, pois a escolha levará em conta, prioritariamente, a especialização na área da respectiva atuação, conforme dispõe o art. 5º da Lei nº 9.986/2000:

Art. 5º. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Nesses termos, entendo que a crítica feita ao referido instituto é fruto de uma visão conservadora desafinada com os modernos posicionamentos que as agências reguladoras requerem. É relevante, também, a previsão contida no art. 8º da Lei nº 9.986/2000 de *quarentena*, por quatro meses, para os ex-dirigentes das agências, consubstanciada naquele período em que, após o término do mandato, ficarão estes vinculados à agência, auferindo remuneração equivalente à do cargo que exerciam.

A norma visa a impedir que o ex-dirigente seja imediatamente absorvido pelo setor regulado e que, nesta continuidade, possa valer-se de informações privilegiadas que adquiriu na recente gestão. O tempo nos dirá se, na prática, esse afastamento da direção por quatro meses, persistindo, contudo, o vínculo com a agência, será suficiente para distar o ex-dirigente do uso de informações privilegiadas.

8. Conclusão

O estágio atual de desenvolvimento social e econômico exigiu alterações de rota na administração do Estado, sendo certo que, atualmente, o Estado brasileiro implementou reformas no ordenamento jurídico para possibilitar a transição na sua atuação na economia. O Estado, reconhecendo-se lento e ineficiente, valeu-se das agências reguladoras para verificar se as atividades desenvolvidas pelas empresas concessionárias são desempenhadas com a competência existente no mercado. Para assimilação das agências reguladoras, tornam-se imperiosas adequações normativas, além das já efetuadas, no sentido de compatibilizar a nova estrutura de Estado com as normas ainda conflitantes, tais como os princípios da separação dos poderes e da reserva legal.

Não se pode olvidar que, para obterem êxito nas suas atribuições, as agências reguladoras hão de ser dotadas de autonomia técnica, decisional, normativa, financeira, administrativa e política. Esses instrumentos deverão ser sopesados para que não se façam dessas autarquias especiais entes com superpoderes. As agências reguladoras requerem uma sociedade mais estruturada. Assim, vivemos um momento de transição, em que, para fazer vitorioso o projeto nacional, serão necessários empenho e ética de todos os envolvidos, a saber: máquina estatal, empresas concessionárias e usuários dos serviços. É esse o grande desafio que se apresenta.

9. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.jusnavegandi>. Acesso em: 16 maio 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As agências reguladoras no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, jan./mar. 2002.

MORAIS, Alexandre de. (Org). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.