REFLEXÕES SOBRE A FUNÇÃO REGULADORA DAS AGÊNCIAS ESTATAIS

RENATA PORTO ADRI DE ROSA*

O Estado brasileiro, buscando adequar-se à globalização (fator externo), promoveu e incentivou uma integração regional que corrigisse as disparidades criadas ao longo de sua história, decorrentes de uma organização administrativa viciada e deficiente (fator interno), redefinindo, então, seu “novo” papel.

A tarefa de redesenhar o “novo” Estado, atribuindo-lhe o papel de precursor do bem-estar social, exige muito mais do que a revisão de organogramas, do reagrupamento ou extinção de departamentos, da releitura de manuais de conduta, da “desregulamentação” e da “desburocratização” de normas e procedimentos. Trata-se de tudo isto somado à difícil tarefa de reengenharia institucional, que requer anseios políticos e sociais destinados a conhecer e modificar hábitos, comportamentos e mentalidades. Comparando o processo evolutivo do Estado com a geologia, Fernando Rezende (1993:44-45) ressalta que as modificações propostas em um processo de evolução não podem ser isoladas e irresponsáveis, sob pena de causarem danos irreparáveis. Salienta, ainda, que

A multiplicação de órgãos públicos encarregados do exercício de idênticas atribuições é um fenômeno generalizado na administração pública brasileira e é uma decorrência direta do processo evolutivo acima mencionado. O envelhecimento das organizações é o pretexto para que se proponha o surgimento de uma nova, capaz de atender às exigências do momento¹.

A participação da sociedade contemporânea tem influenciado as transformações do Estado, pois os cidadãos, ávidos de seus direitos, chegam à Era das Comunicações, marcada pela produção elevada de informações e de suas rápidas assimilações, conscientes de seus reais interesses. E como bem averba José Artur Rios (*apud*

¹ Fernando Rezende (1993) *A metamorfose do Estado*.

* Mestre e Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Analista Processual e Assessora na Procuradoria Regional da República da Terceira Região/São Paulo.

Moreira Neto, 2001:13) *é ponto pacífico que o desenvolvimento não pode ser adotado, como meta única, e que a essência do desenvolvimento social é a participação*².

A experiência recente de reestruturação administrativa do Estado brasileiro teve como instrumento divulgador o chamado *Plano Diretor da Reforma do Estado*, que previa duas etapas: uma constitucional e outra legislativo-ordinária ou infra-constitucional. Dentre as inúmeras considerações, que compõem a exposição de motivos desse Plano, destacamos aquela que será o cerne de nossa monografia:

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da *redefinição do papel do Estado*, que deixa de ser responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na *função de promotor e regulador desse desenvolvimento* (...) O Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes³. (os grifos são nossos)

A implantação dessa administração pública gerencial possui, como um de seus postulados básicos, a redefinição ou requalificação do grau de intervenção do Estado na ordem econômica, traduzida no referido “papel regulador”, e que hoje vem sendo exercido por entidades descentralizadas, a exemplo das “agências reguladoras”⁴.

Essa intervenção estatal reguladora, segundo Carlos Ari Sundfeld (2000:28-30), sugere que o Estado se organize

... para fazer mais do que editar uma lei geral para vigorar por tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E para isso ele tem de intervir mais. Aqui está a questão. O modelo que conhecemos – a separação de Poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal. (...) É para isso que surgiram as agências reguladoras. Elas nasceram porque a sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades, fazendo este ‘gerenciamento’ que referi. Não limitar-se à distante edição de normas abstratas capazes de cuidar da sociedade durante 80 anos sem transformação mais profunda (como o Código Civil); (...) quer dizer: normas que, embora sendo gerais, são muito mais específicas e instáveis do que foram no passado. Regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgem as agências reguladoras, porque o Estado tem de regular⁵.

2 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001) *Mutações do Direito Administrativo*.

3 Marcos Augusto Perez (1998) *As agências reguladoras no Direito Brasileiro*: origem, natureza e função.

4 Passim, Alice Gonzalez Borges (1998). *A implantação da administração pública gerencial na emenda constitucional 19/98*.

5 Carlos Ari Sundfeld (2000) *Direito Administrativo Econômico*.

Reportemo-nos, então, ao Texto Constitucional brasileiro que veicula, por força das Emendas Constitucionais nº 8 e nº 9 de 1995, respectivamente, no inciso XI, do artigo 21, com o acréscimo do parágrafo 2º e no artigo 177, parágrafo 2º, inciso III, a existência de um *órgão regulador* dos serviços de telecomunicações e do monopólio da União na pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação do petróleo e seus derivados. As atribuições e especificações desse foram firmadas na Lei nº 9.472/97 que instituiu a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e na Lei nº 9.478/97 que criou a ANP (Agência Nacional de Petróleo). Destaquemos, por oportuno, o fato de estarem constitucionalmente previstos, o que já lhes confere *standard* suficiente para se concluir que não se trata, apenas, de simples previsão de delegação legislativa, como procuraremos demonstrar a seguir.

A referência constitucional feita apenas a essas duas agências reguladoras, como preferiu a lei denominá-las, não impediu a criação de outras, mas, ao contrário, deu início a várias delas e nos mesmos moldes: a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica — Lei nº 9.427/96), a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária — Lei nº 9.782/99), a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar — Lei nº 9.961/2000) e a ANA (Agência Nacional de Águas — Lei nº 9.984/2000)⁶, o que denota a aparente e irreversível tendência à proliferação dessas “agências reguladoras” em nosso ordenamento jurídico, cujo avanço de intenções já ensejou a edição de lei dispondo sobre a gestão de seus recursos humanos (Lei nº 9.986 de 18/07/2000).

Atentemos para o fato de que cada uma dessas agências está relacionada a um determinado setor da atividade econômica, cuja fiscalização pelo Poder Público justifica-se pela necessidade do atendimento do interesse público, identificado como o interesse dos administrados, destinatários e usuários dos serviços públicos ou serviços de interesse público objetos da regulação. Relativamente a esses serviços, existem políticas públicas, muitas vezes já delineadas na Constituição Federal, que não prescindem de fiscalização quanto ao seu efetivo cumprimento. A relevância da implementação das políticas públicas é indiscutível, afirmando o professor Eros Grau (1995:59) que o *Estado do nosso tempo – o Estado contemporâneo – é, fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas*⁷.

Aptas a exercer as funções de regulação, sancionatória, fiscalizadora e contenciosa, as agências foram criadas como autarquias, sob regime especial, sendo-lhes conferida ampla autonomia administrativa, patrimonial e financeira (se equiparadas às autarquias comuns já existentes), ausência de subordinação hierárquica (que equivale à transferência de poder de decisão), mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e, ainda, fiscalização por meio de tutela administrativa dos órgãos da administração direta (ministérios ou secretarias) com vinculação ao Poder Executivo.

6 Recentemente, a Casa Civil da Presidência da República divulgou o anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (www.planalto.gov.br). Há, também, agências reguladoras no âmbito estadual: ASEP-RJ (Lei Estadual nº 2.686/97) e a AGERRS/RS (Lei Estadual nº 10.931/97).

7 Eros Grau (1995) *O discurso neoliberal e a Teoria da Regulação*.

Além disso, as leis criadoras das agências reguladoras prevêem amplo poder regulador ou normativo às mesmas. A ANS, por exemplo, foi criada como *órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde* (artigo 1º, da Lei nº 9.961/2000).

Qual seria a razão lógico-jurídica de se prescrever essa regulação ou normatização atribuída à agência reguladora, no âmbito constitucional, se ela estivesse adstrita ao poder regulamentar conferido, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo, pelo artigo 84, IV da Constituição Federal brasileira de 1988, que enseja a *fiel execução da lei*, não podendo ser expedido regulamento⁸ ou decreto executivo que estabeleça normas *contra legem* ou *ultra legem*, ou seja, que inove na ordem jurídica?

É sabido que, pela promulgação da Constituição Federal de 1988, foi extraído do sistema jurídico, em especial do Executivo, o regulamento independente ou autônomo como instrumento inovador na ordem jurídica. Esse regulamento autônomo, identificado em outros países como *regulamentos jurídicos ou normativos*, segundo esclarecem Enterría e Fernández (1991:226)⁹, *estabelece normas sobre relações de supremacia geral, ou seja, aquelas relações que ligam todos os cidadãos ao Estado, tal como ocorre com as normas inseridas no poder de polícia, limitadoras dos direitos individuais em benefício do interesse público*.

Não há como se negar, de outra parte, que a existência desse órgão regulador, voltado à administração gerencial que ora se propõe o Estado, se deu por meio de alterações e inovações constitucionais que demonstram a evolução de conceitos e a necessidade de reformulações, captadas pelo legislador constituinte derivado.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a AdinMC 2095-RS, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.292/98 do Estado do Rio Grande do Sul, que alterou dispositivos da Lei criadora da AGERGS (Agência Nacional de Regulação dos Servidores Públicos Delegados do Rio Grande do Sul¹⁰), bem como no julgamento da AdinMC 1.668-DF, onde foi deferido o pedido cautelar para suspender a aplicabilidade da expressão em destaque: *A permissão será prece-*

8 Na conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello (1996:184) — *Curso de Direito Administrativo*, é o regulamento, *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública*.

9 Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1991) *Curso de Direito Administrativo*.

10 Quanto ao art. 4º, incisos II, IV, V e VI, da mesma Lei, que prevêem como competência da AGERGS a busca da modicidade das tarifas, a homologação dos contratos, a fixação e o reajuste de tarifas e a orientação da confecção dos editais de licitação, o Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar por não vislumbrar, num primeiro exame, ofensa à competência privativa do Chefe do Poder Executivo para exercer a direção superior da administração (CF, art. 84, II). Informativo STF nº 182, 20 a 24/03/2000. No julgamento restaram vencidos, entretanto, os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, numa clara demonstração de que as questões que envolvem o poder normativo das agências reguladoras, no Brasil, ainda estão longe de terem solução simples e pacífica.

*dida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência 'nos termos por ela regulados', constante do artigo 119 da Lei nº 9.472/97 que criou a ANATEL*¹¹, parece ter se inclinado sob entendimento que limita a função reguladora das agências, de tal sorte que, se levado às últimas consequências, poderá, eventualmente, impedi-las de exercer sua função primordial de regulação social e proteção dos direitos individuais, decorrentes das disposições dos artigos 5º e 174, da Constituição.

Nessa ordem de consideração, parece ser necessário buscar formas de interpretação do ordenamento jurídico vigente que compatibilizem a função normativa das agências reguladoras com os princípios constitucionais e os postulados do Direito Administrativo, de molde a possibilitar que exerçam elas, em plenitude, sua função de regulação social.

Nossa atenção volta-se para a posição extremamente frágil do cidadão, que necessita de mecanismos que permitam sejam os serviços públicos, ou mesmo a atividade econômica em geral, prestados da melhor maneira possível, visando ao atendimento de seus interesses e não apenas aos daqueles que os prestam. E é nesse contexto que surgem as agências reguladoras como órgãos dotados das qualidades que a tradicional administração pública não tem, aptas a promover a regulação de determinados setores, garantindo a observância dos direitos dos administrados. Essa regulação é feita por meio da edição de normas, cujo alcance e extensão se contrapõem às situações de lacunas legislativas e da necessidade iminente de regulação para continuidade da prestação do serviço público, ou seja, a proteção do cidadão-administrado ou, mais recentemente identificado, cidadão-usuário.

Essa discussão, que apenas começa no Brasil, já vem sendo travada há algum tempo nos Estados Unidos e na Europa, onde as agências reguladoras existem de há muito. Em verdade, essas agências nasceram nos Estados Unidos, que instituíram o modelo que veio a ser copiado, com as inevitáveis adaptações, por outros países.

Em monografia acerca do tema, a Procuradora Regional da República da Terceira Região, Mônica Nicida Garcia, em estudo recente, lembra que tanto as agências reguladoras nos Estados Unidos¹² quanto as autoridades administrativas independen-

11 Ocorrido em 8 de outubro de 1997, noticiado no Informativo do STF nº 87 (6 a 10/10/97), o Tribunal, vencido o Min. Moreira Alves, deferiu, em parte, a cautelar quanto aos incisos IV e X do art. 19, para, sem redução de texto, *dar interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência para expedir normas, subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado*. Também quanto ao inciso II do art. 22 (Compete ao Conselho Diretor: II – aprovar normas próprias de licitação e contratação), vencido o Min. Moreira Alves, deferiu-se, em parte, para *dar-lhe interpretação conforme à Constituição Federal, fixando a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência*. O acórdão respectivo ainda não foi publicado, não se logrando, assim, acesso a toda a extensão do entendimento da Colenda Corte Suprema.

12 *A função reguladora do Poder Executivo*, trabalho ainda não publicado: *No tocante às administrativas agencies*, [esclarece Paulo T. Lessa Mattos], o *desenvolvimento da regulação (regulation) nos Estados Unidos teria tido dois momentos fundamentais: o New Deal (1933-1940) e a New Social Regulation (1965-1980)*. No primeiro momento, a preocupação principal era o controle do

tes na França¹³ têm por escopo a proteção dos cidadãos-usuários, sendo que o poder normativo do Poder Executivo nos Estados Unidos decorre de delegação feita pelo Poder Legislativo, encontrando, pois, nessa delegação, os seus limites e, na Europa, decorre da própria Constituição que deve prevê-lo.

Ocorre que, no Brasil, a atividade econômica, muitas vezes pressuposto dos serviços públicos, encontra-se revestida de complexidade técnica que a administração pública, seja por sua ineficiência ou por influências políticas, não tem conseguido exercer a contento e nem mesmo tem protegido os reais interesses e necessidades do cidadão-usuário.

O exame das agências reguladoras sob esse enfoque – de instrumento de defesa do interesse público em determinado setor da atividade econômica – parece ser de suma importância para a análise dos limites de seu poder normativo que, indubitavelmente, existe e vem sendo exercido. De fato,

As agências estatais surgiram como mecanismo regulatório normativo dotado de maior agilidade na implementação de políticas públicas, em função de sua estrutura especializada. Inspirado no modelo norte-americano das *Commissions*, o direito brasileiro faz farto uso dessa técnica regulatória, notadamente em matéria de serviços públicos¹⁴.

Toda a atividade administrativa está sujeita aos limites da lei. Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello,

Esta integral subordinação da Administração à lei não é fórmula mágica, nem suficiente, só por só, para assegurar os objetivos que a nortearam. Contudo, certamente é condição importantíssima para que se realizem. (...) Por tal razão, a regra do artigo 5º, II, bem como o disposto nos arts. 37 e 84, IV, da Carta Magna do País possuem relevo transcendente, pois assumem função-chave no sistema jurídico. Correspondem à verdadeira pedra angular

poder monopolista e da concorrência destrutiva. No segundo momento, além das preocupações iniciais, buscou-se corrigir com maior intensidade os problemas de informação imperfeita aos consumidores e a pequenos acionistas, segurança dos produtos, proteção ao meio ambiente, certeza dos resultados da intervenção regulatória e maior equidade distributiva. Agências de Regulação no Brasil: regulação econômica e democracia. Qualquer que seja o critério para identificação de seus tipos, é importante lembrar que o surgimento dessas *regulatory commissions* ou *regulatory agencies* deu-se dentro de um contexto de intervenção do Estado na economia, resultante da idéia de rígido controle do desenvolvimento econômico por parte do Estado, e que passa a ter grande expressão na década de 30, com o *New Deal*, implantado logo após a crise de 29.

13 Mônica I. N. García, *op.cit.*, *O surgimento das “agências reguladoras” na França, denominadas “autoridades administrativas independentes”, parece ter se dado como uma forma a subtrair, das influências e injunções políticas que o Poder Executivo sofre, órgãos que têm como função primordial a proteção das liberdades públicas e a regulação social, dentro de determinados setores da atividade econômica*”.

14 Fernando Herren Aguillar (1999) *Controle social de serviços públicos*. p. 227.

de nosso Direito Público, na medida em que respondem pelo critério de preservação de um ponto nodular da ordem jurídica brasileira. Deles depende a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado¹⁵.

O fato é que, a par de estar sujeita à estrita observância do princípio da legalidade, a administração pública está obrigada a cumprir todos os demais deveres que lhe impõe a Constituição, sempre à luz de todos os princípios nela insertos, inclusive os do *caput* do artigo 37 e do artigo 173 (Princípio da Subsidiariedade).

Nos casos concretos em que as agências reguladoras são legitimados passivos¹⁶, ora nos deparamos com demonstrações fidedignas de inovações jurídicas com observância aos ditames constitucionais e legais ora constatamos que o poder regular inovou na ordem jurídica e desprezou o Direito posto.

Afiguram-se-nos imprescindíveis as experiências alienígenas das agências reguladoras norte-americanas e das autoridades administrativas independentes francesas para que, ao longo do tempo, possamos avaliar o efetivo alcance das agências reguladoras brasileiras, identificando de que forma poderão auxiliar o Estado nas diversas e significativas transformações a que se propõe, no que diz respeito à consolidação do Estado Democrático de Direito e à proteção de direitos específicos do cidadão-usuário.

Nessa ordem de consideração, há que se encontrar um denominador comum que concilie a imposterável necessidade de obediência ao princípio da legalidade e a desejável aceitação de que as agências reguladoras possam exercer poderes normativos que, longe de criarem obrigações ou imporem restrições ao cidadão-usuário, possibilitem-lhe participar, cada vez mais, na tomada de decisões que lhe digam respeito.

Bibliografia

- AGUILLAR, Fernando Herren (1999) *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad.
- ATALIBA, Geraldo (1987) *Regulamento no Direito Brasileiro*. Revista Forense. Volume 297, Ano 83, jan/fev/mar, pp. 39/49.
- BORGES, Alice Gonzalez (1998) *A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98*. Revista Trimestral de Direito Público. Vol. 24.
- COLLIARD, Claude-Albert e TIMSIT, Gérard (1988) *Les autorités administratives indépendantes*. 1re édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

15 Celso Antonio Bandeira de Mello. *Op. cit.*, pp. 188-189.

16 AMS nº 1999.61.00.023143-2/SP e AMS nº 2000.61.00.001427-9/SP propostas contra atos praticados pelo Presidente da Agência Nacional de Petróleo, em trâmite perante as Varas Federais da Seção Judiciária de São Paulo.

- DAVIS, Michael H. (1988) *L'expérience américaine des 'independent regulatory commissions'*. In: Claude-Albert Colliard e Gérard Timsit. *Les autorités administratives indépendantes*. 1re édition. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 222/235.
- DI PIETRO, Maria Sylvia (2001) *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas.
- _____. (1999) *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas.
- _____. (1999) *Parcerias na administração pública*. 3ª edição. São Paulo: Atlas.
- _____. (2000) *500 anos de Direito Administrativo Brasileiro*. In *500 Anos e o Direito no Brasil*. Cadernos de Direito e Cidadania II. São Paulo: Artchipe Editora.
- DROMI, Roberto (1997) *El acto administrativo*. 3ª edição. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDES, Tomás-Ramón (1991) *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Editora RT.
- GARCIA, Mônica Nicida (s/d) *A função reguladora do Poder Executivo*. (texto não publicado)
- GORDILLO, Augustín (1999) *Tratado de Derecho Administrativo*. El acto administrativo. 1ª edición colombiana. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- GRAU, Eros Roberto (1995) *O discurso neoliberal e a Teoria da Regulação*. In *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- MAISL, Herbert (1988) *Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale?* In: Claude-Albert Colliard e Gérard Timsit. *Les autorités administratives indépendantes*. 1re édition. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 75/89.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de (1996) *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros.
- _____. (1996) *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros.
- _____. (1990) *Regulamento de Princípio da Legalidade*. Revista de Direito Público. nº 96, out/dez, Ano 24, pp. 42-50.
- MONTESQUIEU (2000) *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2001). *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Renovar.
- PEREZ, Marcos Augusto (1998) *As agências reguladoras no Direito Brasileiro: origem, natureza e função*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros. Vol. 23, p.126.
- REZENDE, Fernando (1993). *A metamorfose do Estado*. São Paulo: Edições Abag.
- SUNDFELD, Carlos Ari (2000). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros.