

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0-xx-41) 352-1200

Fax: (0-xx-41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Fone: (0-xx-11) 3991-2969

Fone/Fax: (0-xx-11) 878-0974 – CEP: 02.925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 5, 2000.

224 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00138

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO: ORIGEM, NATUREZA E FUNÇÃO

Marcos Augusto Perez

Sumário: 1. A origem histórica das agências reguladoras. 2. As agências reguladoras como instituições típicas do *welfare state*. 3. O papel das agências reguladoras no contexto da reforma da Administração Pública. 4. As agências reguladoras no Direito positivo brasileiro. 5. Conclusão.

A Administração Pública no Brasil está se alterando? O Direito Administrativo brasileiro está se transformando? A Administração Pública e o Direito Administrativo no Brasil estão mudando para melhor?

Essas indagações estão sendo feitas hoje por todos os operadores do Direito Administrativo, no Brasil, certamente com alguma desconfiança e, até mesmo, certa perplexidade. Desconfiança, pois já nos acostumamos à pragmaticidade leopordiana de nossos reformadores – de tempos em tempos, é necessário que algo mude para que tudo continue exatamente como sempre esteve. Perplexidade, porque o reformador viu por bem trazer para os trópicos, desta feita, o que poderíamos chamar de um “*novo dialeto*” do Direito Administrativo, fazendo que, da noite para o dia, passássemos a falar em reengenharia, clientela, parcerias, eficiência, organizações sociais, contratos de gestão, agências, etc., com animação que faz lembrar nossos primitivos antepassados que, há cerca de quinhentos anos, receberam espelhos e miçangas como grandes novidades vindas do mundo civilizado.

É fato, nesse contexto, que a onda global nos trouxe as chamadas “Agências Reguladoras”. A expressão é absolutamente nova

entre nós e cumpre-nos, em primeira aproximação com o tema, sondar o seu verdadeiro significado em nosso sistema jurídico, perscrutando, como já indicado no título deste artigo, suas origens, sua natureza jurídica e sua função.

Ao que nos parece as agências reguladoras de nosso Direito têm como musa inspiradora a “*agency*” do Direito Administrativo norte-americano. As “*administrative agencies*” começaram a ser concebidas em meados do século passado pelos nossos irmãos do norte, inicialmente sem forma ou nome definidos, através da indicação de fiscais de navios à vapor, visando coibir os acidentes com caldeiras, então muito freqüentes. A instituição formal da primeira agência, nos Estados Unidos da América, data de 1887, com a criação da ICC (*Interstate Commerce Commission*),¹ mas a proliferação das mesmas deu-se realmente com o crescente intervencionismo estatal na economia, já no presente século, com o “*new deal*” de ROOSEVELT.²

A importância dessas entidades é fulcral no contexto norte-americano, tanto assim que os doutrinadores costumam dizer que o estudo do Direito Administrativo dos Estados Unidos da América pode ser visto como a análise dos limites impostos ao exercício de poderes pelas agências administrativas.³

De fato, as “*agencies*” foram concebidas como organismos independentes e autônomos em relação à estrutura tripartite de poderes estatais. Para elas se delegavam funções de cunho legislativo (função reguladora), judicial (função contenciosa) e administrativo (função de fiscalização). A idéia que presidiu a criação dessas entidades era dotar o Estado de órgãos que possuíssem **agilidade, especialidade e conhecimento técnico** suficientes para o direcionamento de determinados setores da atividade econômica, segmentos estes que potencialmente representariam uma fonte de constantes problemas sociais.

(1) Cf. MASHAW, J.L.; MERRILL, R.A. e SHANE, P.M., *Administrative Law. The American Public Law System*, 1992, p. 4.

(2) Cf. GELLHORN, E. e LEVIN, R.M., *Administrative Law and Process*, 1990, p. 1.

(3) Idem, p. 8.

Grosso modo, pode-se afirmar que as “*agencies*” aproximam-se, no tocante aos seus objetivos, de algumas **autarquias** encontradas na história do Direito brasileiro, formadas com a missão de coordenar a atuação do Estado na intervenção em determinados setores da economia nacional (p. ex. o Instituto do Açúcar e do Alcool; o Instituto Nacional do Mate; o Instituto Nacional do Sal, o Instituto Brasileiro do Café criados entre as décadas de trinta e quarenta deste século, com a missão específica de regular a produção e distribuição dos respectivos produtos agrícolas),⁴ embora diferenças existam entre elas, e muitas, relativamente ao seu regime jurídico, em especial no que pertine ao **processo de decisão**, objeto central da atenção dos norte americanos e assunto solenemente ignorado entre nós, por muito tempo.

Como se pode deduzir deste intróito, as agências reguladoras são, em essência, organismos típicos do “*estado de bem-estar*”, voltados à monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico, atividade que realizam através do poder regulamentar que lhes é atribuído, mas também através de função contenciosa e de fiscalização, conforme brevemente dissertamos.

Justamente pela nítida ligação entre suas funções e o “*estado de bem-estar*”, as agências foram objeto de contundente questionamento por parte dos “*neo-liberais*”, avessos em princípio às amarras que a regulamentação estatal imporia sobre o mercado. Tanto assim que uma das conhecidas fórmulas de privatização levava a rubrica genérica de “*desregulamentação*”,⁵ ou seja, abolição gradativa das normas administrativo-burocráticas de condicionamento das atividades econômicas à luz do interesse geral.

Fábio NUSDEO, ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, chega a mencionar que alguns autores, “*em evidente exagero*” passaram a falar em uma verdadeira “*crise do processo regulatório da economia*” que estaria a proporcionar

(4) Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, 1956, p. 215 e ss., v. 2. Ver também, à propósito, a definição de autarquia econômica de CRETELLA JR., José. *In Administração Indireta Brasileira*, 1980, p. 153.

(5) Cf. PEREZ, Marcos Augusto. “Privatização e reforma do Estado”, *in Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado* - n. 5, 1995, p. 358.

“a falência do *Welfare State*”.⁶ A hegemonia das idéias econômicas liberais, a partir da década de oitenta do corrente século, conduziria outros autores, ainda, a identificar uma tendência de abandono do poder regulamentador, como instrumento do intervencionismo estatal, salientando a perspectiva de “auto-regulação” da economia.⁷

Ao que nos parece, entretanto, a onda global de reforma da Administração Pública não tende a abolir a atividade regulamentar do Estado, mas, muito ao contrário, tende a reafirmá-la, reforçando conseqüentemente o papel das agências reguladoras.

Com efeito, no contesto da reforma administrativa do Estado, acaba por se dar um fenômeno chamado por alguns de re-regulamentação.⁸ Melhor dizendo, uma nova regulamentação toma o lugar da velha regulamentação. A regulamentação estatal da economia se altera em quantidade e em quantidade. O irracional emaranhado normativo, somente conhecido por alguns tecnocratas, dá lugar à regulamentação do procedimento administrativo, racional e garantidor da transparência da atuação estatal. O controle prévio, eminentemente formal e cartorial, dá lugar à proteção da competição no mercado, impedindo a formação de cartéis e monopólios.

O exemplo brasileiro somente reforça nossa posição. O conhecido documento de divulgação da reforma administrativa patrocinada pelos atuais mandatários do governo federal, o chamado “*Plano Diretor da Reforma do Estado*”, expõe a relevância do papel regulador da Administração, na atualidade, dizendo: “*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*

(6) Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*, 1997, p. 253.

(7) Cf. TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*, 1989, p. 135.

(8) Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Les enjeux de la déreglementation*, in *Revue du Droit Public*, 1987, p. 285.

ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes” – grifamos.

Dessa forma, a recente introdução das agências reguladoras no Direito positivo brasileiro prende-se ao conjunto de idéias acima enunciado. A função básica das agências reguladoras é a intervenção do Estado no domínio econômico, ou ainda, a promoção do desenvolvimento econômico, objetivo típico do “*welfare state*”, tudo sob o prisma do fortalecimento da competição no setor privado da economia e da criação de procedimentos de controle absolutamente racionais e hialinos.

Ao tempo em que escrevemos, os exemplos mais importantes do processo de introdução das agências reguladoras em nosso ordenamento positivo são a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei 9.472/97 e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei 9.427/96.⁹

No caso da ANEEL, a legislação fixa precisamente sua natureza jurídica autárquica; seu regime jurídico de especial autonomia gerencial (seus dirigentes têm mandato e não podem ser livremente exonerados pelo chefe do executivo, após 4 (quatro) meses de sua posse, exceto no caso de infração penal, improbidade ou descumprimento do contrato de gestão) e suas atribuições dentre as quais podemos destacar:

- regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica;*
- dirimir divergências entre as prestadoras de serviço público, os produtores independentes e seus consumidores;*
- estabelecer limites para a atuação no setor de grupos empresariais, para a transferência de ações e para o comércio jurídico das concessões, permissões ou autorizações, com vistas à preservação da concorrência e impedir a concentração econômica;*

(9) Cf. Essa agência somente ganhou perfil definitivo com a edição da Lei 9.648/98, que alterou em boa parte as disposições do citado diploma legal.

– *zelar pelo cumprimento da legislação da concorrência no setor.*

Observe-se que, em traços gerais, o perfil da agência analisada não foge do esboço das “*agencies*” acima traçado: ela tem relativa independência técnica e gerencial; além de regular e fiscalizar, ela exerce função contenciosa ao dirimir divergências entre os prestadores do serviço, os produtores e seus respectivos consumidores; busca-se a preservação da competitividade no mercado, valendo-se da crença de que a concorrência proporcionará maior qualidade a um menor custo para o cidadão, alçado à condição de consumidor de serviços públicos.

É na ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, entretanto, que encontraremos o mais completo e perfeito parâmetro de organização de uma agência reguladora, em nosso Direito, não resta dúvida. A Lei 9.472/97 forneceu efetivamente as bases para que a universalização dos serviços de telecomunicações se desse através do incremento das “*forças do mercado*”, ao constituir um “*órgão regulador independente*”, apto a dotar-se da competência técnica e da especialidade necessárias para a preservação da competição no setor, para a defesa dos usuários do serviço e, enfim, para “*estimular investimentos privados*”.¹⁰

O art. 8º da Lei 9.472/97 foi muito além da legislação que timidamente regulou a ANEEL. Esclarece, primeiramente, o regime autárquico especial que subordina a agência reguladora estabelecendo no § 2º, do art. 8º que: “*A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*”.

Mas não é só, o art. 19 da Lei 9.472/97 estabelece um largo leque de atribuições para a agência reguladora, fixando ampla margem de atuação tanto na esfera do exercício de poder regulamentar como em relação ao poder de fiscalização e sancionatório.

(10) Cf. FOLGOSI, Rosoléa Miranda. “O Órgão Regulador das Telecomunicações Brasileiras”, in ILC – Informativo de Licitações e Contratos, suplemento especial, 1997, p. 29.

Ainda tratando do referido artigo, dentre as funções contenciosas destacam-se as regradas pelo inc. XVI (interpretar a legislação de telecomunicações), inc. XVII (compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações) e a do inc. XVIII (reprimir infrações dos direitos dos usuários).

O art. 38, da Lei 9.472/97 faz referência expressa aos princípios jurídicos que regem a atividade de controle efetuada pela agência, destacando-se o princípio do **devido processo legal**, importantíssimo, como vimos, para a racionalização do processo de tomada de decisões e para a transparência das atividades da agência. O art. 44, ademais, estabelece outro importante meio de participação nas atividades da agência, o amplo **direito de petição**, acompanhado pelo direito de recurso administrativo contra as decisões da agência.

Enfim, pode-se afirmar que com o advento da Lei 9.472/97, o Brasil incorporou ao seu Direito Administrativo um instrumento bastante moderno e, ao que tudo indica, muito eficiente, de intervenção na economia: a agência reguladora. A ela a Administração delega o poder de produzir a nova regulamentação dos setores relevantes da economia nacional, voltada à preservação do interesse público. A ela se delegam poderes de fiscalização e controle de atividades desenvolvidas pelos atores privados da economia, de modo a impedir o abuso do poder econômico que coloque em risco a saúde pública, o meio ambiente e o acesso universal dos cidadãos aos serviços públicos. A ela se delegam poderes quase jurisdicionais, a procura de um caminho mais curto para a solução de litígios que envolvam prestadores e usuários de serviços públicos.

Por outro lado, às agências reguladoras se impõe a obrigação de preservação da competição no mercado, como alavanca do desenvolvimento econômico. Impondo-se, também, a elas a adoção do "*devido processo legal*" como modo de atuação, ou, mais precisamente, como princípio reitor do processo de tomada de decisão da Administração Pública, instrumento que tende a tornar cada vez mais racionais e transparentes as decisões administrativas.

Concluindo, podemos resumir nosso entendimento da seguinte forma: (1) as agências reguladoras do Direito brasileiro foram

inspiradas no modelo das “*administrative agencies*” do Direito norte-americano; (2) as agências reguladoras, no Direito brasileiro, são autarquias de regime especial, ou seja, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei e com autonomia gerencial, administrativa e financeira ampliada em relação às autarquias comuns; (3) as agências reguladoras, no Direito brasileiro, possuem independência hierárquica em relação à Administração Direta, independência assegurada em razão de seus dirigentes possuírem mandato e estabilidade na função; (4) as agências, no Direito brasileiro, acumulam funções de regulamentação, de fiscalização, sancionatórias e contenciosas; (5) a finalidade das agências, em nosso Direito, é coordenar a intervenção estatal em um determinado setor da economia, preservando a competição entre os particulares e fiscalizando a execução de serviços públicos executados pela iniciativa privada; (6) é essencial às agências, e nosso Direito contempla regras nesse sentido, a fixação de um processo racional e transparente de tomada de decisões.

Em que pese as indagações que fizemos ao início do presente estudo, resta claro que muito nos anima a adoção das agências reguladoras pelo Direito pátrio. Cremos que a consagração do modelo ditado pela Lei 9.472/97, como paradigma para a criação de novas agências reguladoras no Brasil é essencial para que, uma vez constituídas, essas entidades atendam aos objetivos a que se destinam. Afinal, se as agências reguladoras cumprirem o seu destino, preservando a competição entre os atores privados da economia, aperfeiçoando a prestação dos serviços públicos e possibilitando maior participação e transparência no processo de decisão da Administração, é bem possível que tenhamos começado realmente a escrever um novo capítulo em nosso Direito Administrativo.