

RESUMO

Discute-se neste artigo uma das tendências modernas do direito administrativo face ao novo perfil do Estado: a **agenciificação**. Questiona-se, assim, qual o efetivo papel das agências reguladoras no direito brasileiro, levando-se em conta suas principais características, regime jurídico diferenciado em relação às demais autarquias existentes e relacionamento destas entidades com os três poderes estatais.

Palavras-chave: Estado. Inovações. Serviços Públicos. Regulação. Agências Reguladoras. Autonomia. Separação dos poderes.

ABSTRACT

We discuss in this article one of the modern trends of administrative Law over the new profile of the state: the **agenciificação**. One may wonder, well, what the actual role of regulators in Brazilian law, taking into account its main features, different legal regime in relation to other existing authorities of these entities and relationships with the three state powers.

Keywords: State. Innovations. Public Services. Regulation. Regulatory Agencies. Autonomy. Separation of powers.

* Professora de Direito Administrativo das FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada graduada pela FMU. Especialista em Direito Constitucional pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES – Universidade Metropolitana de Santos.

1. Introdução

O direito administrativo atual passa por algumas inovações. Essas inovações são tidas como decorrência da modificação do próprio perfil do Estado, seja por conta das regras advindas de comunidades internacionais, como aquelas criadas pelo direito comunitário europeu, ou da globalização que aproxima cada vez mais os Estados, seja por conta de sistemas estrangeiros que influenciam diretamente a reforma da estrutura estatal, tal como ocorre com o sistema da *common law*.

O surgimento no direito brasileiro das agências reguladoras é uma das inovações nascidas dessas novas tendências, de modo a levar praticamente a um movimento chamado pelos doutrinadores administrativistas de **agencificação**, e esta inovação é uma influência direta do sistema da *common law*.

2. As Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro

As conhecidas agências reguladoras no Brasil foram criadas pelo Governo Federal com o objetivo de auxiliá-lo na regulamentação de serviços públicos delegáveis à iniciativa privada, mediante concessões, permissões ou autorizações, já que a titularidade deles, o controle e a devida fiscalização continuariam em mãos da própria Administração Pública.

Conforme acima dito, trata-se de entidades criadas sob a influência do direito norte-americano, cuja estrutura administrativa resume-se à existência das agências. Fala-se que “nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências, (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que ‘o direito administrativo norte-americano é o direito das agências’ (cf. Eloísa Carbonell et. al., 1996:22)”.¹

Daí por que sua efetividade no direito brasileiro ainda é bem discutida.

De fato, Odete Medauar, comentando a questão a respeito da origem dessas entidades, ensina que:

Tal denominação vem sendo usada no Brasil, recentemente, por influência dos ordenamentos anglo-saxônicos, sobretudo. Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e desde 1887, com a criação da Interstate Commerce Commission, tem início a proliferação de agências para a regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicações de sanções. Adquiriu muita fama a FDA (Food and Drugs Administration), responsável pela regulação, fiscalização e imposição de penalidades no âmbito da produção e comercialização de alimentos, cosméticos e medicamentos.

Na França existem as autoridades administrativas independentes, podendo-se notar que a expressão idêntica se encontra no art. 9º da Lei 9.472, de 16.07.1997, que institui a agência reguladora de telecomunicações.²

No Brasil, essas agências reguladoras são criadas por lei e possuem a natureza de autarquias de regime especial vinculadas ao Ministério correspondente à matéria que se destinam a regular. Integram, assim, a administração pública federal indireta para todos os efeitos e gozam de todos os benefícios e regras aplicáveis a todas as autarquias em geral, além daqueles criados pelas leis instituidoras.

Fala-se que possuem a natureza de autarquias de regime especial, pois o que uma agência reguladora pode fazer, as demais autarquias comuns estão impedidas de fazê-lo, além do que a lei criadora destas entidades

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 475.

² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 12ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2008, p. 75.

pode outorgar-lhes regime jurídico diferenciado em relação às demais.

Comentando a questão, Diógenes Gasparini explica que:

São criadas por lei como autarquias de regime especial. Essa a sua natureza jurídica. Como autarquias de regime especial recebem os privilégios que a lei criadora lhes outorga e os comuns a todas as autarquias, indispensáveis ao atingimento de seus fins. Ainda que não haja uniformidade quanto a privilégios outorgados a essas entidades, pode-se afirmar que em suas leis criadoras são encontráveis: autonomia administrativa em tudo que diga com seus objetivos e atividades, de sorte que suas decisões são definitivas, não cabendo recurso para a Administração Pública direta, sua criadora; autonomia financeira, decorrente de seus próprios recursos e dos advindos de outras fontes; poder de regulamentação; estabilidade de seus dirigentes, garantida por mandato fixo, cujo exercício não é, por certo, absoluto, pois devem observar os princípios que norteiam a Administração Pública, a exemplo dos indicados no art. 37, caput, da Constituição Federal.³

Gustavo Binenbojm, na mesma linha de pensamento, comenta a respeito de suas principais inovações ao explicar que:

a pedra de toque dessa independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras em relação ao governo é a independência política dos seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após a aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração ad nutum pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como

seu eventual sucessor, eleito pelo povo.⁴

Ocorre, porém, que muito se discute atualmente qual o real papel das agências reguladoras no país, se elas foram criadas para melhorar efetivamente a função regulatória do governo federal ou acabam criando novos empecilhos e entraves no ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo autor supracitado, ao analisar a atuação das agências reguladoras no Brasil, faz uma interessante abordagem, comentando sobre elas que:

Em fevereiro de 2003, o Presidente Lula saiu de uma reunião ministerial e declarou aos mais importantes jornais e redes de TV que ‘as agências mandam no país’. Ele reclamou também que era avisado dos aumentos de tarifas de serviços públicos pelos jornais e que as decisões que mais afetavam a população não passavam pelo governo.

Logo em seguida, em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) tendo por objetivo a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame estava em curso. Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares – como o aumento de tarifas – fossem determinadas pelas agências. Na percepção da opinião pública, tais medidas seriam certamente atribuídas ao governo como um todo.⁵

A despeito dos aspectos políticos da questão, de fato, tais discussões somente demonstram a fragilidade da estrutura organizacional das agências reguladoras no Brasil. O autor, na mesma obra, ainda alerta

³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional. Artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

⁵ Ibid., p. 22.

para algumas falhas preocupantes no que tange à atuação dessas agências ditas independentes. Uma delas é a preocupação de que a dita autonomia concedida às agências reguladoras poderá gerar um sacrifício do princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da CF/88.

É sabido que as agências reguladoras gozam de autonomia normativa, podendo definir conceitos jurídicos indeterminados e ligados ao âmbito de sua atuação. Decorrencia do princípio da especialidade a que estão sujeitas. O receio é que, sob o pretexto desta autonomia, as agências passem por cima da própria lei, o que não poderia ser admitido.

Por conta disso, o Tribunal Regional da 3ª Região⁶, consagrando o entendimento doutrinário sobre o tema, proferiu acórdão acolhendo a tese de que o poder normativo das agências reguladoras é meramente regulamentar e de complementação, encontrando-se dentro da classificação de atos normativos derivados e infralegais, devendo obediência à lei e dela não podendo se desviar. Confira-se, nestes termos, o v. acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

A questão quanto ao poder normativo das agências reguladoras também já havia sido apreciada pela Suprema Corte no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para discutir a respeito da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.472/97, legislação que instituiu a ANATEL e concedeu-lhe os poderes normativos em debate.⁷

A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal deixa claro que a atividade normativa das agências limita-se a especificar a matéria por meio de resoluções dentro dos espaços deixados por Decretos Regulamentares baixados pelo Chefe do Executivo Federal ao dar fiel cumprimento à lei, uma vez que a edição de decretos regulamentares no Brasil é de competência privativa do Presidente da República, nos exatos termos do art. 84, incisos IV, da CF.

Assim, é fácil perceber que o poder normativo a elas atribuído não pode ultrapassar os limites da competência legislativa. Com efeito, as normas editadas pelas agências reguladoras devem ter um caráter estritamente técnico, sem dispor de matéria não prevista em lei, nem muito menos ultrapassando os limites legais.

3. As Agências e seu Relacionamento com os Três Poderes Estatais

Outra questão importante que se discute a respeito da atuação dessas agências reguladoras é que a dita autonomia de que gozam e que lhes é relevante não pode servir de desculpa para a falta de cumprimento de diretrizes públicas impostas a todos os administradores, nem mesmo de ausência de controle pelos demais poderes, como consequência do regime de freios e contrapesos adotado constitucionalmente (art. 2º da CF).

Assim, quanto ao controle dessas entidades munidas de certa margem de independência em relação aos Poderes Estatais, cabem algumas observações importantes.

No que tange ao Poder Judiciário brasileiro, não se pode dizer que as agências

⁶ Agravo de Instrumento nº 129.949, 6ª Turma, Rel. Juiz Mairan Maia, j. 24-4-2002, DJU 14-6-2002.

⁷ Vide julgamento em 20/06/98 pelo Supremo Tribunal Federal, na Adin 1688.

atuam em independência em relação a ele. De fato, às agências reguladoras é atribuída uma função quase judicial, pois por força de sua especialidade, resolvem os conflitos de interesses surgidos e que são de sua alçada regulatória, tendo decisão definitiva dentro da esfera administrativa, não sendo permitida sua revisão por nenhum outro órgão da Administração Pública Federal Direta.

Contudo, quanto ao controle judicial, toda e qualquer decisão das agências reguladoras é passível de revisão pelo Poder Judiciário, no que tange aos aspectos de sua legalidade, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, consagrador do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.⁸

Por sua vez, quanto ao Poder legislativo, a alegada independência desenfreada também não pode existir. A despeito das agências reguladoras possuírem poder normativo, como dito antes, tal atribuição é limitada à definição de conceitos jurídicos indeterminados, com total respeito às normas Constitucionais e infraconstitucionais. Cabe-lhes também o controle, como de qualquer uma autarquia, financeiro e orçamentário exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O próprio controle exercido pelo poder Legislativo, por exemplo, pelas comissões parlamentares de inquérito, aumentaria a independência dessas agências e a confiabilidade de que as suas atribuições legais fossem efetivamente cumpridas.

Agora, no que diz respeito ao Poder Executivo, a independência das agências já é um pouco maior. Como as agências reguladoras são pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Federal Indireta, o controle exercido sobre elas é de supervisão ministerial relativa ao Ministério, órgão da Administração Pública Federal Direta, a que esteja vinculada.

No mais, seus atos e decisões não podem ser revistos pelo Poder Executivo, sem contar com a relativa estabilidade de seus dirigentes, que lhes confere maior autonomia funcional.

Não se espera que toda e qualquer proposta das agências reguladoras seja

controlada pelo governo federal, porém se espera que haja uma definição melhor das competências de cada um deles e um canal de comunicação e de equilíbrio, a fim de evitar abusos de ambos os lados.

Gustavo Binenbojm faz uma interessante sugestão a respeito desse canal de equilíbrio e de comunicação que deveria ser melhor definido entre a Administração Pública direta federal e as agências reguladoras:

[...] a submissão dos órgãos reguladores às políticas públicas traçadas pela Administração Central é uma forma de controle pelo Poder Executivo que se encontra prevista nas próprias leis instituidoras das agências. A competência dos Ministérios para, nos termos do art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição, exercerem ‘a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal’ tem na lei o seu fundamento e o seu limite. É desejável assim, que o desenho dos marcos legais da relação entre o governo e agências seja equilibrado, de modo a preservar uma base de autonomia para os reguladores sem isolá-los completamente das diretrizes gerais ditadas pelos governos democraticamente eleitos. Ademais, não seria incompatível com o regime de autonomia que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de comunicação entre regulação e política pública governamental.⁹

Dessa forma, o canal de comunicação entre elas e o Poder Executivo deve realmente se estreitar já que as agências reguladoras e a Administração Pública Direta não podem atuar, no dizer de Carlos Ari Sundfeld, “como se fossem ‘Estados Independentes’, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso,

⁸ Art. 5º, inciso XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁹ **Temas de direito administrativo e constitucional. Artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110.

no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir.”¹⁰

4. Conclusões Sobre o Papel das Agências Reguladoras nos Setores de Regulação

Enfim, o movimento de **agencificação** no Brasil foi iniciado em um momento em que a economia do país se encontrava em constante crescimento e exigia do Estado uma atuação mais eficaz para a solução de problemas sociais de conhecida carência e de longa data pela comunidade brasileira, ainda mais em termos de prestação de serviços públicos.

De fato, a desburocratização, a eficiência, transparências das ações governamentais e valorização do cidadão tido como principal mecanismo de controle social demonstram que o surgimento dessas entidades cada vez mais é realmente inevitável.

Atualmente, existem diversas agências reguladoras no Brasil responsáveis pelo controle e coordenação de serviços públicos delegados a concessionários e permissionários responsáveis por setores diretamente ligados aos consumidores nacionais.

Normas instituidoras de algumas agências (como a Lei nº 9.472/97 – Lei Geral das Telecomunicações) e referentes à criação de mecanismos de participação social no controle de atuação dessas entidades, tais como audiências públicas, “disque-denúncia”, oitiva de opinião dos interessados, coleta de opiniões e outras, também merecem aplausos, vez que compatíveis com um Estado democrático de direito.

Infelizmente, várias questões ainda não foram respondidas pelas agências reguladoras de forma convincente. Espera-se, assim, que tais entidades possam de fato se adaptar por completo às regras do direito brasileiro e que o canal de comunicação entre elas e o Poder Executivo Federal realmente se estabeleça, a fim de que produzam, na prática, a eficácia

esperada em alguns setores sociais, em especial àqueles diretamente ligados aos consumidores nacionais que são os que mais sofrem com as imperfeições desse recente sistema.

¹⁰ Introdução às Agências Reguladoras. In: Sundfeld, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico, p. 26-27.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional. Artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2008.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras.** In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.