O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro

Problemas e soluções

Alvaro Augusto Pereira Mesquita

Sumário

Introdução; O Estado Regulador; As Agências reguladoras no contexto internacional; As Agências reguladoras no Brasil; e Conclusões Gerais.

1 – Introdução

As agências reguladoras são de criação recente no Brasil. Surgiram na última metade da década de 90, fruto das transformações do Estado brasileiro que passou a dar ênfase à sua função reguladora, interferindo indiretamente na ordem econômica, ao invés da função de Estado produtor, intervindo diretamente nessa mesma ordem. No modelo de intervenção direta, quem fixa a política é o Poder Executivo, por meio de seus ministérios. No modelo regulatório, a política é fixada pelo Congresso Nacional por meio de lei.

Nesse processo de transformação do Estado ocorreu a desestatização de parte da prestação de serviços públicos, notadamente nos setores de telecomunicações e energia elétrica, e a flexibilização do monopólio do petróleo.

Essa nova configuração do Estado pressupõe, além da participação privada na prestação dos serviços públicos; a separação das tarefas de regulação das de exploração de atividades econômicas que venham a remanescer; orientar sua intervenção para a defesa do interesse público; a busca do equilíbrio nas relações de consumo no setor

Alvaro Augusto Pereira Mesquita é Superintendente de Relações Institucionais da ANEEL. Engº Eletricista – UFPA. Pós-Graduado em Engenharia Econômica – UDF. Pós-Graduado em Direito Legislativo – UNILEGIS.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. HENRIQUE SAVONITTI MIRANDA.

regulado, envolvendo usuários ou consumidores e prestadores de serviços; e o exercício da autoridade estatal por mecanismos transparentes e participativos.

É nesse contexto, portanto, que surgem as agências reguladoras, órgãos criados por leis específicas na condição de autarquias ditas especiais, dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial um pouco mais amplas do que as demais autarquias. Seus dirigentes são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, para um mandato fixo e não coincidente, em geral de quatro anos, permitida uma recondução e proibida a demissão imotivada.

As agências reguladoras foram idealizadas para atuar num ponto eqüidistante em relação aos interesses dos usuários, dos prestadores dos serviços concedidos e do próprio Poder Executivo, de forma a evitar eventuais pressões conjunturais, principalmente quando as empresas estatais convivam com empresas privadas na prestação do serviço público, como acontece nos setores de energia elétrica, petróleo e gás.

Passados quase seis anos da implantação das agências reguladoras e com a assunção de um novo governo, vários temas polêmicos surgiram sobre a atuação desses órgãos, que vêm sendo debatidos pela academia, por especialistas de direito público, políticos, agentes públicos e privados, pelo próprio governo e pela mídia, entre outros. Os debates envolvem, principalmente, temas relacionados ao limite do poder regulamentador das agências vis-à-vis o direito brasileiro, ao grau de autonomia, ao controle a que devem estar submetidas, ao mandato de seus dirigentes e ao caráter constitucional desses órgãos.

Nesse debate se vê, de um lado, aqueles que defendem o modelo de agências reguladoras como entes de Estado, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial e controle pelo Congresso Nacional e, de outro, aqueles que defendem uma redução dessa autonomia pela atuação mais presente do governo sobre esses entes, a redução de suas atribuições em favor dos ministérios e um forte controle social.

Esses debates ganharam maior importância a partir da declaração do Presidente da Republica, Luiz Inácio Lula da Silva, de que "terceirizaram o poder político no Brasil" – numa referência a atuação das agências. Outros fatores impulsionadores dos debates foram o forte contingenciamento orçamentário imposto pelo governo federal a esses entes; a instalação de grupo de trabalho interministerial para estudar e propor ao Presidente da República a alteração na gestão, estrutura e competências das agências reguladoras; a colocação em consulta pública, pelo governo, de dois anteprojetos de lei que refletem os estudos realizados pelo grupo de trabalho. O debate voltou a ganhar dimensão em 2004 com a edição, em dezembro de 2003, da Medida Provisória (MP) nº 155, dispondo sobre o plano de carreiras das agências, e o envio pelo governo ao Legislativo do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, tratando da gestão, organização e controle das agências reguladoras. Tal Projeto foi derivado dos anteprojetos colocados em consulta pública.

Essas discussões vêm sensibilizando o Congresso Nacional que debate com interesse esses temas.

Foi efetivamente no Congresso Nacional que se produziram as primeiras propostas concretas visando a alterar ou aperfeiçoar o funcionamento das agências reguladoras. Assim, encontram-se em tramitação nas duas Casas Legislativas 13 projetos de lei e sete propostas de emenda à Constituição.

Outra iniciativa de parlamentares federais foi a criação da Frente Parlamentar das Agências Reguladoras, criando um espaço de debate mais organizado sobre o tema e sendo um instrumento de diálogo com o Poder Executivo. A atuação da Frente no Senado colaborou para a aprovação de emendas ao Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 15, de 2004, derivado da MP nº 155, mas que foram, na sua maioria, rejeitadas

pela Câmara dos Deputados. A Frente continua atuando debatendo o PL nº 3.337, de 2004, e a proposta de Substitutivo apresentada em junho deste ano pelo relator, Deputado Leonardo Picciani.

É diante desse quadro, sem a presunção de se esgotar o tema, que se pretende desenvolver um estudo que analise o papel e a atuação das agências reguladoras no contexto do Estado brasileiro, oferecendo contribuições para o debate. Assim, serão enfocados os temas polêmicos em discussão, a partir da opinião de especialistas e juristas sobre a matéria e apresentadas algumas alternativas para o bom funcionamento desses entes, inclusive sua adequada inserção no direito brasileiro, visando aos interesses maiores da sociedade.

O estudo começa contextualizando o Estado regulador. Em seguida, faz uma abordagem das agências reguladoras em âmbito internacional para, depois, entrar na discussão das agências no Brasil, focando nas três primeiras agências criadas e que atuam em setores estratégicos da infra-estrutura nacional, ou seja, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

2 – O Estado Regulador

2.1 – Contextualização, objetivos e instrumentos

Para a adequada compreensão deste e dos demais itens desse estudo, convém caracterizar bem a diferença entre a função reguladora ou atividade regulatória e a função regulamentar ou regulamentação. Essa diferença faz-se importante, pois muitas vezes os vocábulos regulação e regulamentação são usados como sinônimos. Quando isso acontece, a ação reguladora, muito mais ampla, fica restrita ao seu caráter meramente normativo.

Enquanto que a função regulamentar consiste em disciplinar uma atividade mediante a emissão de atos ou comandos normativos, a função reguladora ou a regulação estatal, além de envolver a função regulamentar, envolve as atividades de fiscalização, de poder de polícia, adjudicatórias, de conciliação, bem como a de subsidiar e recomendar a adoção de medidas pelo poder central no ambiente regulado. Como cita Marques (2003, p. 15) "sem essa completude de funções não estaremos diante do exercício de função regulatória".

Quando se estuda ou se quer caracterizar o Estado regulador e o Estado provedor ou produtor de serviços, ficam evidenciadas as duas formas de intervenção do Estado na ordem econômica.

A atuação do Estado regulador caracteriza-se pela intervenção indireta do Estado na ordem econômica, regulamentando e fiscalizando a prestação de determinado serviço, inclusive serviços públicos, como forma de equilibrar os interesses dos usuários ou consumidores e os do mercado, em prol do interesse público. Assim, só é efetiva a existência da função reguladora do Estado em um ambiente em que há a participação do capital privado na prestação de serviços de interesse da coletividade.

A atuação do Estado provedor ou produtor de serviços caracteriza-se pela chamada intervenção direta do Estado na ordem econômica, produzindo bens e serviços por meio de suas empresas, em sistema de monopólio ou em competição com a iniciativa privada.

Constata-se, portanto, que essas duas funções do Estado não são excludentes ou incompatíveis. Podem se complementar ou estar mais presentes uma ou outra dependendo das necessidades da sociedade, da capacidade econômica do próprio Estado e da vertente política dominante, entre outros fatores.

A convivência dessas duas formas de intervenção do Estado no domínio econômico pode ser verificada no Estado brasileiro, em função do que prevê a Constituição de 1988.

A intervenção direta fica evidenciada no art. 173 da Constituição, *in verbis*:

> 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.

Já o art. 177, que disciplina o monopólio da União nas atividades do setor de petróleo e gás, prevê a possibilidade de essas atividades serem contratadas com empresas estatais e privadas, além de prever a criação do órgão regulador do monopólio. Vê-se aí, claramente, a convivência das duas formas de intervenção.

A intervenção indireta do Estado fica mais evidente no art. 174 da Constituição, pois não só o caracteriza "como agente normativo e regulador da atividade econômica" como também dá a Ele, entre outras, as funções de fiscalização.

Merecem também destaque as possibilidades de intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico, capituladas no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, já que tanto a exploração dos serviços de telecomunicações como a dos serviços e instalações de energia elétrica podem ser feitas diretamente pela União ou mediante os instrumentos da concessão, autorização ou permissão. A possibilidade do uso desses instrumentos evidencia a intervenção indireta do Estado, pois os serviços em questão, de competência da União, poderão ser executados por particulares, mediante delegação. Nessa condição, aparece a necessidade da ação reguladora do Estado. A própria Constituição deixa isso claro quando estabelece em seu art. 20, inciso IX, que a lei tratará da organização dos serviços de telecomunicações, bem como da criação do órgão regulador setorial.

Abordando historicamente o tema, vê-se que o Estado regulador sempre existiu (Cf. Vital Moreira, 1997, p. 17-26). Mesmo na época do liberalismo econômico (século XIX), em que o mercado se auto-regulava, já era colocado em prática o instituto da concessão, que pressupõe a ação reguladora do Estado estabelecendo normas para manter a execução dos serviços, fiscalizando o cumprimento destas pelas concessionárias, podendo aplicar penalidades, intervir, retomar a concessão por inadimplemento ou motivo de interesse público e fazer a reversão de bens.

No período intervencionista, iniciado em fins do século XIX, o Estado regulador aparece com evidência para corrigir o funcionamento do mercado, já que este, auto-regulado, não fora capaz de criar os mecanismos de competição que favorecessem a adequada prestação do serviço aos usuários e consumidores. Assim, toda a economia passa a ser regulada (Cf. Di Pietro, 2003, p. 32).

Já no início do século XX, ainda que existindo a intervenção indireta do Estado por meio da regulação, prepondera a intervenção direta pela multiplicação de empresas estatais tanto nos Estados Unidos, como em países da Europa e da América Latina, em resposta à crise social surgida após a 1ª Guerra Mundial e à crise de 1929 nos Estados Unidos. Como decorrência, o instituto da concessão ficou relegado a segundo plano. A intervenção indireta (regulação) atuava mais na ordem econômica para evitar cartéis e qualquer forma de dominação do mercado que prejudicasse a concorrência, enquanto a prestação de serviços públicos era praticamente feita pelo Estado. Caracterizou-se, portanto, a fase do Estado providência, produtor de bens e serviços, denominado, nos Estados Unidos, de Estado do Bem-Estar ou Estado Social.

É no período dito neoliberal, instaurado nas décadas de 70 e 80 do século passado, sob a liderança dos Estados Unidos e Inglaterra, que surge de forma preponderante o Estado regulador. As empresas estatais passam a ser controladas pela iniciativa privada, num processo de desestatização, e há a quebra de monopólios estatais. O instituto da concessão retorna e se introduz algo de novo, a competição na prestação dos serviços públicos.

Dessa forma, a atuação do Estado regulador é voltada para a criação de mecanismos que favoreçam a competição, onde possível, ao mesmo tempo em que dá ao mercado a liberdade para escolher os mecanismos mais adequados à prestação do serviço público concedido. Na ocorrência de monopólios naturais, a ação do Estado passa a ser mais forte, com a regulação atuando para simular uma virtual competição nesse ambiente. Nessa situação, prepondera a regulação econômica que busca introduzir um sinal de eficiência a ser perseguido pelos concessionários prestadores de serviços. Aliado a isso, surgem novas formas de regulação incorporando a percepção dos usuários e consumidores nas regras estabelecidas. Passa também a ser utilizado o instrumento da mediação pelo Estado nas relações entre usuários ou consumidores e os prestadores de serviço público. São, então, mecanismos e instrumentos que descaracterizam as formas impositivas presentes quando o Estado intervém diretamente na ordem econômica. Nesse quadro, passam a conviver a regulação voltada para o mercado competitivo, a regulação pública, voltada para os monopólios e ao exercício do poder de polícia, e a auto-regulação exercida pelos prestadores do serviço. Esse sistema predomina atualmente no mundo capitalista variando de grau dependendo dos governos.

2.2 – A moderna regulação

A ação moderna do Estado regulador não pressupõe substituir a forma de intervenção direta do Estado na ordem econômica. O que é relevante na ação reguladora do Estado é a separação entre os entes operadores estatais e o ente regulador do respectivo setor, criando condições para que operadores estatais e privados compitam entre si, sob as mesmas regras, de forma a oferecer um serviço adequado a usuários e consumidores – qualidade e preços justos.

Segundo Marques (2003, p. 12),

> é essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada, porquanto mais aderente às necessidade e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Dessa visão de Marques depreende-se a necessidade da atuação estatal reguladora buscando o equilíbrio entre todos os interesses presentes no sistema regulado, em prol do interesse público contextualizado pela sociedade e consignado nas leis.

Portanto, o sucesso da ação reguladora estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados e os objetivos de interesse público.

Nesse contexto, diferentemente do que ocorreu no início do período neoliberal, a ação do Estado regulador não significa apenas sua intervenção indireta no domínio econômico (regulação econômica), mas também na ordem social (regulação social).

3 – As agências reguladoras no contexto internacional

3.1 – Origem

As agências reguladoras têm sua origem histórica nos Estados Unidos, em 1887, com o início do período intervencionista do Es-

tado (intervenção por meio da regulação), após o liberalismo, para enfrentar os monopólios e a concorrência desleal então ferozmente conduzidas pelas ferrovias americanas.

Foi, no entanto, a partir da ascensão de Roosevelt, em 1933, que houve a proliferação das agências denominadas *Independent Regulatory Comissions* com as mesmas preocupações, mas ampliadas para outros setores da economia – o controle monopolista e a concorrência desleal nos diversos mercados.

3.2 – Caracterização

Nos Estados Unidos existem três tipos de agências: agências reguladoras independentes – *Independent Regulatory Comissions*; agências reguladoras quase independentes; e as agências executivas.

As Agências Reguladoras independentes (*Independent Regulatory Commission*), na terminologia mais usual do direito dos EUA são entidades administrativas autônomas e altamente descentralizadas, com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo do qual eles só podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*). Esse é um dos principais instrumentos de proteção contra pressões políticas. A duração dos mandatos varia de agência para agência e não raro é fixada em função do número de membros do colegiado, de sorte que os membros de uma agência composta de cinco Diretores (*Commissioners*) têm mandatos de cinco anos escalonados de tal maneira que haja uma vacância a cada ano. A nomeação, inclusive a do presidente do colegiado (*Chairman*), cabe ao Chefe do Executivo com a prévia aprovação do Senado. A independência dessas agências pressupõe, também, a discricionariedade técnica por terem suas posições baseadas em critérios puramente técnicos.

As agências de regulação independentes, caracterizam-se também pela especificidade, pois atuam em setores específicos da atividade econômica, principalmente em serviços públicos, tais como água, energia elétrica, gás e telecomunicações.

As agências reguladoras independentes não se confundem com as agências executivas. No direito dos EUA, as agências executivas têm as mesmas características jurídicas das autarquias no Brasil. São entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei com a atribuição de gerenciar e conduzir, de forma especializada e destacada da Administração Central, um programa ou uma missão governamental específica. Apesar de gozarem formalmente de autonomia funcional no setor específico de atividades que lhe é atribuído, são entes vinculados à Administração Central, estão sujeitas à supervisão e à orientação do Presidente e do Ministro de Estado (*Secretary*) responsável pelo setor em que se enquadra a respectiva atividade estatal. Mais do que isso, sua direção, em cuja cúpula em geral (mas nem sempre) tem assento um único agente estatal, pode ser exonerada a qualquer momento pelo Presidente, embora para a nomeação seja invariavelmente imprescindível a aprovação do Senado.

Constata-se, portanto, que o fator decisivo de distinção entre uma *Executive Agency* e uma *Independent Regulatory Commission* reside no seu relacionamento com o Chefe do Executivo. Se o Presidente dos EUA tem total controle sobre as agências executivas, tendo competência legal para ditar-lhes a política a ser seguida e até mesmo exonerar a qualquer momento os seus dirigentes, o mesmo já não ocorre em relação às agências tipicamente reguladoras, que são independentes no estabelecimento da regulamentação do setor de atividade governamental que lhes é atribuído por lei, gozando os seus diretores, para tanto, de estabilidade funcional garantida pelo fato de a nomeação ser efetivada para um mandato fixo.

O modelo norte-americano de agências reguladoras acabou por influenciar os demais países que copiaram ou adaptaram esse

modelo introduzindo-o na estrutura administrativa do Estado.

4 – Contextualização das agências reguladoras no Brasil

4.1 – Surgimento das agências

Como visto no capítulo 2, item 2.1, a Constituição de 1988 deu ao Estado brasileiro a possibilidade de ser mais ou menos intervencionista. Em outras palavras, ser mais ou menos regulador.

As transformações ocorridas no final da década de 80 do século passado com a queda do muro de Berlim e a globalização nas suas vertentes econômica, política e cultural, provocaram mudanças na forma de atuação do Estado em grande parte das nações. Essas mudanças privilegiaram a forma de intervenção indireta do Estado em detrimento da intervenção direta, ambas discutidas no capítulo 1.1 anterior.

No Brasil não foi diferente. A partir de 1995, tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado. Note-se que não houve um desaparecimento absoluto da intervenção direta; apenas, esta foi reduzida como por exemplo nos setores de energia elétrica e de petróleo e gás em que, apesar da participação de capital privado, continuaram a atuar as empresas estatais. A exceção é o setor de telecomunicações, totalmente operado por empresas privadas mediante os instrumentos da concessão, autorização e permissão.

É nesse contexto que são criadas, no Brasil, as chamadas agências reguladoras como sendo um instrumento de atuação do Estado regulador que foi desenhado tendo em conta os pressupostos da moderna regulação, tratada no capítulo 2, item 2.2, deste estudo.

Os primeiros setores a terem agências reguladoras foram os de energia elétrica, telecomunicações e o de petróleo e gás. Foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em dezembro de 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em julho de 1997, e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), em agosto de 1997.

4.2 – Características e funções básicas

As agências reguladoras no Brasil assemelham-se às agências independentes norte-americanas quanto às suas características e funções, descritas no capítulo 3, item 3.2, deste estudo. O termo "agências" deriva também do direito americano.

A figura das agências reguladoras não faz parte da tradição constitucional brasileira. Apenas algumas agências foram previstas na Constituição Federal de forma específica, como é o caso da ANATEL e da ANP, denominadas de órgãos reguladores. A primeira vez que a denominação "agência reguladora" surgiu na legislação foi quando da edição da MP nº 155, de 2003, que instituiu o plano de carreiras desses entes. A legislação conferiu às agências reguladoras brasileiras o formato jurídico de autarquias especiais, de forma a poderem ser classificadas entre os entes da administração pública previstos na Constituição Federal e no Decreto-lei nº 200, de 1967. Por serem autarquias, devem ser criadas por lei, como determina o art. 37, XIX, da Constituição. Em razão do princípio da simetria, sua extinção também só pode se dar mediante lei específica e por motivos de interesse público

A palavra "autarquia" origina-se do grego *"autárkeia"*, qualidade do que executa qualquer coisa por si mesmo. O Decreto-lei nº 200, de 1967, define em seu art. 5º, inciso I, autarquia como:

> o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

As autarquias são, portanto, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei,

com autonomia patrimonial, financeira e de gestão, sem subordinação hierárquica, sob controle estatal e atribuições especificadas na lei de criação.

As agências reguladoras são reputadas autarquias "especiais" por possuírem características peculiares, são elas: a) poder regulador (normativo ou regulamentador, fiscalizador, poder de polícia e mediador) como caracterizado no capítulo 2, item 2.1; b) independência política dos seus dirigentes, investidos de mandatos e estáveis no cargo por determinado prazo (são eles indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado; c) independência decisória, na medida em que suas decisões não são passíveis de recursos hierárquicos; d) ausência de subordinação hierárquica; e) função de poder concedente, por delegação, nos processos de outorgas de concessão, autorização e permissão, no caso das agências que atuam nos setores de infra-estrutura, como aquelas mencionadas neste estudo.

O mandato dos dirigentes das agências terminará apenas em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, sendo que a lei de criação de cada agência poderá prever outras condições para a perda do mandato (art. 9º da Lei nº 9.986/2000).

4.3 – Ações e resultados esperados da atuação das agências

Caracterizado o Estado regulador e as agências reguladoras como um dos principais instrumentos dessa função do Estado, cabe agora analisar o que deve se esperar da atuação desses entes, por investidores, usuários, consumidores e a própria sociedade, para que todos ganhem e o interesse público derivado da sociedade seja satisfeito.

Para os usuários e consumidores e a própria sociedade, a atuação das agências deve estar voltada primordialmente para: a) a garantia dos seus direitos, devidamente explicitadas em regulamento e nos contratos de concessão de serviços públicos; b) a prática de tarifas ou preços justos; c) a melhoria contínua da qualidade do serviço e do atendimento prestado pelos concessionários; d) o desenvolvimento tecnológico e práticas eficientes que contribuam para a modicidade tarifária; e) a proteção ao meio ambiente; f) a implementação das políticas setoriais como a universalização dos serviços; e g) a atuação descentralizada, de forma a aproximar a ação reguladora dos consumidores ou usuários.

Para os investidores ou operadores (concessionários), a atuação das agências reguladoras deve repercutir em: a) regras claras e estáveis; b) remuneração adequada de seus investimentos; e c) cumprimento dos contratos e dos regulamentos.

Para que essas expectativas se configurem, é necessário que as agências tenham em conta nas suas ações o seguinte: a) equilíbrio de interesses (neutralidade); b) tratamento isonômico; c) prestação de contas; d) transparência; e) imparcialidade; f) gestão ágil e eficiente; g) credibilidade; h) participação de usuários ou consumidores e operadores no processo regulatório; i) diálogo e comunicação permanente com todos os segmentos que interajam com o setor regulado.

Uma questão que indubitavelmente surge dessa análise é se as agências vêm atendendo a essas expectativas, a partir da implementação das ações que lhes são próprias e aqui identificadas.

A resposta a essa questão é a de que as agências vêm atendendo em parte as expectativas que a sociedade deve esperar da atuação desses entes. É possível identificar resultados positivos da atuação das agências como: aumento dos investimentos nos setores regulados (eletricidade, telecomunicações, petróleo e gás), ampliação do acesso aos serviços, principalmente nos setores de telecomunicações e de energia elétrica e a melhoria da qualidade do serviço, quando comparado ao período anterior à desestatização. Por outro lado, falta às agências um

plano de comunicação mais efetivo para que a sociedade possa melhor compreender seus papéis e delas cobrar efetividade no processo de regulação. Outro ponto a destacar, vinculado ao anterior, que necessita de maior investimento pelas agências é o de reduzir e até eliminar o desnível de informação existente entre usuários e agentes regulados no processo de participação na atividade regulatória. Esses últimos, até pela obrigação que tem com o Estado, estão bem mais preparados para esse processo. Outro ponto de melhoria diz respeito aos mecanismos de transparência. Apesar do reconhecido esforço das agências em divulgar seus atos e decisões, faz-se necessário criar novos instrumentos que dêem maior visibilidade e compreensão das ações das agências, dada a heterogeneidade existente na sociedade em termos de recursos e conhecimentos.

Nesse balanço geral, pode-se afirmar que a atuação das agências trouxe mais benefícios do que problemas para a sociedade. A atuação efetiva desses entes reguladores dependem, fundamentalmente da eliminação de entraves e problemas, externos aos mesmos, os quais serão analisados no capítulo seguinte, uns estruturais outros conjunturais. Eliminados os principais entraves, as agências reguladoras terão plenas condições para dar à sociedade os benefícios da moderna regulação.

4.4 – Problemas enfrentados

4.4.1 – Geral

Um problema que parece pouco relevante, mas que acaba por trazer inconvenientes às agências reguladoras é o próprio termo "agência" para designar esses órgãos de Estado (Cf. MARQUES, 2003, p. 22).

A primeira inconveniência decorre do fato de que no direito americano o termo *agencies* é utilizado para designar tantos as agências independentes (*independent regulatory agencies* ou *independent regulatory commission*) quanto às agências não dotadas das características dos órgãos reguladores (*executive agencies).* Isso acabou contribuindo para que alguns analistas, doutrinadores e mais recentemente o próprio governo federal defendessem a aplicação de mecanismos de controle para as agências reguladoras, idênticos aos utilizados para as agências executivas.

A outra inconveniência é a derivada da tradição do termo "agência" no direito brasileiro para designar outros entes que não exercem a função reguladora, como as agências de desenvolvimento e as agências de fomento.

Por fim, a terceira crítica a denominação usada diz respeito ao não alinhamento do termo com a designação utilizada na Constituição para expressar os entes reguladores. Assim é que a Constituição utilizou o termo "órgão" regulador e não agência, o que acarreta alguma desconformidade entre a Constituição e a legislação ordinária, que acabou consagrando o termo na MP nº 155, de 2003.

Isso pode ter contribuído, de certa forma, para que o governo federal propusesse no Projeto de Lei que trata da gestão, organização e controle das agências reguladoras, a aplicação do contrato de gestão a esses entes de Estado. Como se sabe, o referido contrato na legislação brasileira é próprio para ser aplicado às denominadas agências executivas, nos termos do disposto no art. 37, § 8º, da Constituição.

4.4.2 – Estruturação

As agências foram criadas sem um plano de carreiras para o seus quadros de pessoal (técnicos e administrativos). Para que pudessem operar até que o plano de carreiras fosse criado e os concursos públicos realizados, a legislação permitiu que as agências efetivassem contratação temporária de pessoal.

Somente após dois anos e meio da implantação da primeira agência, foi publicada a Lei nº 9.986, de 2000, dispondo sobre a gestão de recursos humanos dos entes reguladores, incluindo o plano de carreiras.

O regime de emprego público foi o adotado para a efetivação do pessoal concursado. Logo esse regime foi considerado inconstitucional, a partir de liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, em dezembro de 2000, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), *ad referedum* do conselho de ministros, sendo que o mérito ainda não foi julgado. Isso inviabilizou a realização de concurso público pelas agências e a efetivação dos concursados da ANEEL, única agência a promover concurso público para ingresso de pessoal no regime de emprego público. Como decorrência, houve a necessidade de prorrogação das contratações temporárias, além de novas contratações nesse regime.

Essa situação afetou sobremaneira o clima organizacional, com prejuízo para o desempenho institucional das agências reguladoras. Outro fato originado deste foi a perda de servidores treinados, ainda que temporários, para o mercado regulado, em função, principalmente, dos fatores remuneração, pelo lado dos servidores, e da competência técnica percebida pelos agentes do mercado.

Já no atual governo, foi editada, em dezembro de 2003, a MP nº 155 tratando do plano de carreiras das agências reguladoras, fato relevante se não fosse, como dizem as próprias agências e especialistas, sua inadequação em função de não atender às exigências básicas inerentes aos entes reguladores, onde a qualificação técnica em setores complexos, como os de infra-estrutura, exigem remuneração, entrada e ascensão adequada na carreira.

Da referida MP derivou Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 15, de 2004, aprovado na Câmara, sem modificações substanciais que permitissem uma melhoria acentuada do plano de carreiras, segundo avaliação feita pelos mesmos segmentos.

No Senado, o referido PLV foi aprovado com um conjunto de emendas que atendiam grande parte das demandas das agências reguladoras, mas no retorno do Projeto à Câmara tais medidas foram rejeitadas. O Projeto aprovado, sem modificações substanciais, deu origem a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004.

4.4.3 – Independência e autonomia

Para a adequada compreensão de onde se situam os problemas relativos à independência e à autonomia, convém fazer uma diferenciação entre esses dois atributos, que se complementam e constituem pilares para a atuação das agências. A importância dessa distinção também faz-se necessária, pois muitos que discutem as agências colocam esses instrumentos sob uma mesma definição.

Para tanto, utilizar-se-á a definição metafórica feita pelo professor Floriano de Azevedo Marques, Doutor em direito público pela Universidade de São Paulo (USP), quando de sua exposição em evento na ANEEL, em outubro de 2003.

De acordo com o conceito de Marques, o atributo da independência das agências é um avanço no regime geral de autonomia das autarquias. O professor costuma ilustrar para os seus alunos de graduação a diferença entre independência e autonomia fazendo a relação entre a imagem de um avião e a de um pássaro. O avião tem autonomia de vôo, que é ditada pelo quanto de combustível ele tem e pela característica da aeronave. Se em algum momento acabar o combustível ou o avião deixar de ser abastecido, a sua autonomia de vôo é zero. O pássaro, por outro lado, tem independência, tem liberdade de vôo, para ir de um lugar a outro, vai descer no momento que cansar e vai retornar. Eventualmente, o pássaro não terá a capacidade para voar tão longe. Mas não é porque ninguém deixou de dar algo para ele; é porque ele não tem capacidade física ou aerodinâmica de voar.

Em geral, a autarquia é o avião - tem autonomia de vôo, dependendo de quanto combustível se der, e poderá ser mais ou menos livre ou capaz de vencer distâncias. Compara-se aqui com as agências executi-

vas. Mas, se num determinado momento, se resolve tirar o combustível o avião perde sua autonomia. A independência da agência é a do pássaro, aquela que é dada por lei. Pela lei da natureza, ainda que um pássaro não seja capaz de voar milhares de quilômetros, ele conseguirá voar uma dada distância, independente do combustível que alguém resolva lhe dar. É a lei natural que define, *a priori*, quanto ele poderá voar. A agência será independente, à medida que a lei der competências para ela. Assim, no caso das agências, tem-se, por exemplo, a independência decisória (instância administrativa final) e a independência política (mandato de seus dirigentes) complementadas pela autonomia financeira (recursos advindos da taxa de fiscalização recolhida pelos operadores e pagas pelo consumidor ou usuários na tarifa), patrimonial e de gestão.

Essa visão de importância, ou até de novidade sobre a autonomia e a independência das agências, não é um consenso. Alguns administrativistas, como Celso Antonio Bandeira de Melo, criticam esses atributos afirmando que "independência administrativa", "ausência de subordinação hierárquica" e "autonomia administrativa" são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Portanto, nada de especial existiria no instituto das agências reguladoras, segundo o doutrinador. O que ocorreria seria um grau mais ou menos intenso desses caracteres.

A par dessa discussão, a primeira problemática com relação à independência surge com a ANEEL, por ter sido a primeira agência a ser criada.

Enquanto a lei que criou a ANATEL (Lei nº 9.472, de 1997) estabelece que cabe à agência implementar a política para o setor de telecomunicações, claramente definida na mesma lei, a legislação que criou a ANEEL (Lei nº 9.427, de 1996) estabelece que a finalidade do órgão regulador é "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal". Ou seja, para o setor de telecomunicações tem-se a política setorial definida em lei, pactuada entre os Poderes Executivo e Legislativo, a qual deverá ser implementada pela ANATEL, enquanto para o setor elétrico é dada uma delegação legislativa, por lei, ao Executivo para fixar as políticas que a ANEEL deverá seguir. Como disse o Ministro Nelson Jobim em sua palestra no seminário "Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?", realizado em 2001:

É preciso deixar claro que o grau de independência vai decorrer, exatamente, do nível de clareza dos objetivos. Se tivermos objetivos fixados exclusivamente pelo Governo, o nível de independência da agência é próximo a zero.

Em outras palavras, a ANEEL está sob as rédeas do Poder Executivo e não sob as rédeas da lei.

Um outro problema com relação à independência, apesar de aparentemente resolvido, diz respeito aos mandatos dos dirigentes das agências. Com a assunção do atual governo, abriu-se uma discussão sobre a legalidade de o Presidente da República, eleito pelo voto popular, nomear os dirigentes das agências, ainda que em vigência os mandatos dos atuais dirigentes. Apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado a respeito, a partir do caso da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), garantindo o mandato dos dirigentes e impedindo, assim, a demissão imotivada, esse assunto é retomado quando o governo, de alguma forma, sente seus interesses prejudicados em face do poder legal das agências reguladoras. A legalidade da interrupção do mandato dos dirigentes das agências reguladoras tem guarida na posição de juristas conceituados como Celso Antonio Bandeira de Melo que defende a legalidade da medida.

No entanto, essa questão parece estar superada na medida em que o Projeto de Lei

sobre as agências reguladoras, encaminhado pelo governo ao Congresso Nacional, preserva o mandato dos dirigentes.

Na questão da autonomia, o problema mais grave está nos contingenciamentos orçamentários e financeiros e na submissão das agências às normas gerais da Administração Pública Federal. É bem verdade, nesse último caso, que muitas das agências deixaram de editar seus procedimentos de gestão, o que as obrigou a adotar as normas gerais.

Especificamente sobre o contingenciamento, agências como a ANEEL e a ANATEL têm como fonte de receita os recursos provenientes da taxa de fiscalização, recolhida pelos prestadores de serviço (concessionários, autorizados e permissionários) e paga, nas tarifas, pelos consumidores e usuários. Por ser uma taxa, requer a contraprestação dos serviços pela agência nos termos definidos nas suas leis de criação. Assim, o contingenciamento orçamentário imposto às agências implica que os consumidores ou usuários ficam sem usufruir a plenitude dos serviços, como, por exemplo, a fiscalização e o tratamento adequado de suas reclamações. Por outro lado, pelo ordenamento jurídico (Lei de Responsabilidade Fiscal), a taxa se caracteriza como recurso vinculado, não podendo ser aplicada em objeto diferente daquele para a qual foi criada. Em outras palavras, os recursos contingenciados ficam paralisados nas contas das agências, gerando superávits que não são devolvidos ao consumidor ou usuários e nem utilizados como fonte de receitas nos orçamentos de exercícios seguintes. São valores que são contabilizados para o superávit primário.

4.4.4 – Aspectos jurídicos e constitucionais

Um dos problemas jurídicos que mais tem gerado polêmica e tem sido objeto de estudos dos doutrinadores, principalmente dos administrativistas, é o poder regulamentar das agências reguladoras em face do princípio da legalidade, capitulado no art. 5º, II, da Constituição Federal (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei).

De fato, a criação, por lei, de agências reguladoras dotadas da atribuição de elaborar regras de observância obrigatória para os agentes regulados, tem conduzido os operadores do direito a dúvidas sobre a eventual violação à garantia de que ninguém será obrigado a fazer qualquer coisa, a não ser em virtude de lei.

É do saber jurídico e está na Constituição Federal, como aqui mencionado, que os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíbe, ao passo que à Administração Pública só é lícito agir de acordo com o que a lei expressamente autoriza. A diferença, portanto, reside em que a mera inexistência de proibição não basta para amparar a licitude da conduta da Administração Pública. Dessa forma, toda a atividade regulamentar só tem validade se subordinada à lei.

No Brasil, devido à divisão constitucional de poderes delineada pela Constituição, também não são concebíveis os chamados regulamentos autônomos, que criam obrigações à revelia da existência de lei, mas só se permitem aqueles que se destinam a sua fiel execução.

O professor Carlos Mário da Silva Velloso analisa o mesmo problema à luz do direito positivo constitucional brasileiro:

> O sistema constitucional brasileiro desconhece, em verdade, a figura do regulamento autônomo que a Constituição Francesa admite. Fomos buscar, aliás, na Constituição da França, de 1958, justamente no regulamento autônomo, inspiração para a instituição, na Constituição Brasileira de 1967, do decreto-lei. (CF, art. 55). O decreto-lei, todavia, já ficou claro, não se confunde com o decreto regulamentar. No Brasil, o regulamento é simplesmente de execução.

Nesse contexto, cumpre investigar possíveis respostas às questões aqui formuladas: a) Se só a lei pode criar obrigações, como

justificar que, por meio de simples regulamentação, possam as agências reguladoras impô-las aos entes regulados? b) Seria possível que o legislador delegasse sua função legiferante a um órgão da Administração, sem ofensa ao Princípio da Separação de Poderes? c) Em que medida a possibilidade de constringir a liberdade de particulares por meio de instrumentos normativos infralegais é compatível com o Estado de Direito? d) O poder regulamentar das Agências, atribuído ao seu órgão diretor, é inconstitucional em face da competência regulamentar privativa do Presidente da República, na forma do art. 84 da Constituição Federal?

Antes de enfrentar as indagações postas, faz-se mister consignar que não existem, ainda, respostas não contestáveis a nenhuma delas. Alguns autores, contudo, vêm buscando explicações minimamente aceitáveis dentro de uma perspectiva dogmática do direito, com o propósito de manter íntegra a unidade do sistema fundada na legalidade.

Desse modo, recorre-se a J. J. Gomes Canotilho que denota:

> As leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica. (...) A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinow, N. Achterberg, U. Karpen, E. Baden). A lei é, ao lado das decisões judiciais e das "decisões" da administração, um dos instrumentos da regulação social.

Na direção dessa mesma reflexão invoca-se o instituto da delegificação (Aragão, 2002). Por este instituto, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais. Os regulamentos, assim expedidos, não podem revogar leis anteriores e são revogáveis por leis posteriores. Por isto, há o entendimento que não podem ser impugnados mediante o argumento de ter havido delegação de poder legislativo – integram o Direito positivo, mas não possuem força de lei.

Por este entendimento, menciona Alexandre Santos de Aragão que

> não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar a avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Estas observações decorrem do princípio da essencialidade da legislação, pelo qual, segundo J.J. Gomes Canotilho a teoria da legislação

> deve contribuir para a clarificação da forma dos actos normativos, quer na escolha da forma entre os vários escalões normativos (exemplo: opção entre a forma legal ou a forma regulamentar) quer dentro da mesma hierarquia normativa (exemplo: opção por lei ou decreto-lei, decreto regulamentar ou portaria). Uma das orientações hoje sugeridas é a de que, no plano das decisões estaduais, interessa não só ou não tanto o reforço da legitima-

> ção democrática, mas que a decisão seja justa. A 'justeza' da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o 'órgão' mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão.

Há, contudo, opiniões que sustentam que tal deslocamento de sede normativa só pode ser operado pela própria Constituição, isto é, que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não pode chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. Para essa assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não, expressamente, a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. Sendo assim, afirmam esses autores, a delegificação por via legislativa implicaria a derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte.

No entanto, diante da existência de agências reguladoras autônomas e independentes, é possível entender que, apesar de ambas as posições possuírem grande plausibilidade, após um primeiro momento de perplexidade por parte de setores da doutrina e da jurisprudência brasileiras, contumazmente infensos a mudanças de posições tradicionais, as necessidades práticas de uma regulação social ágil e eficiente irão, em um espaço de tempo não muito largo, impor o amplo acatamento do instituto da delegificação, até porque, além das razões de ordem prática, reveste-se de sólidos argumentos jurídicos.

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, face à complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos, dos de natureza preponderantemente técnica da regulação econômica e social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico. Porém, mesmo nesses casos, resguarda o Poder Legislativo o balizamento e a coordenação destas regulações.

Nota-se, com isto, a grande conexão existente entre os ordenamentos setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não parlamentares, aí inclusas, com destaque, as propiciadas pelas delegificações. Todos estes fenômenos constituem o reflexo no Direito da complexidade da sociedade contemporânea.

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das agências independentes, ao que se pode acrescer o fato da competência normativa integrar o próprio conceito de regulação.

Desta forma, parece que, em princípio, as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, em deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário.

Neste sentido, Giuffrè (1999, p.187) sustenta que:

> mesmo quando as entidades reguladoras independentes não tiverem sede constitucional, se deve admitir que a atribuição de funções de regulação e decisão, a serem exercidas por meio do exercício conjunto de competências normativas, executivas e contenciosas, a órgãos postos em uma posição, mais ou menos intensa de distância ou separação do poder político-partidário, e caracterizados por uma elevada especialização no respectivo setor, demonstra como o 'mandato em branco' conferido pelo Parlamento a outros centros de competência normativa representa a afirmação da incapacidade do legislador em dominar, por si próprio, o complexo cada vez menos decifrável dos interesses sociais.

Ressalta-se que, mesmo para os que não acolhem a delegificação por via legislativa, o instituto tem grande importância no Direito positivo brasileiro, já que, em diversos

casos, é a própria Constituição que delegifica matérias para entidades estatais e não estatais: em favor das entidades desportivas privadas (art. 217, I), dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, § 2º, III), das universidades em geral (art. 207) etc.

Em todas essas hipóteses, por sua sede constitucional, tem-se uma reserva inquestionavelmente legítima de poder normativo delegificado em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E mais, como essas esferas normativas autônomas fundamentam-se diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as ingerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, mormente as concernentes à Administração Pública, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter político – não técnico – pelo Poder Legislativo.

Finalmente uma observação deve ser feita para evitar qualquer posição que, partindo de uma interpretação literal e isolada do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, entenda que o poder regulamentar só possa ser exercido pela administração central do Estado, em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo.

Muitas vezes a lei confere poder regulamentar a titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder executivo. Trata-se, na expressão de Dantas (1953, p. 203) de "descentralização do poder normativo do Executivo" para órgãos ou entidades "tecnicamente mais aparelhados". Afirma ainda o grande jurista brasileiro, que:

> o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.

Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa a órgãos específicos da Administração Direta ou a entidades da Administração Indireta, notadamente se titulares de autonomia propriamente dita – descentralização material, independência – , a ingerência do Chefe do Poder Executivo neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal ou constitucional.

4.4.5 – Controle

As agências são submetidas ao controle dos três Poderes da União, Executivo, Legislativo e Judiciário, além do controle social exercido pela sociedade por intermédio de organizações não governamentais de defesa do consumidor, e do Ministério Público.

O grande problema existente está na superposição desses controles. Assim é que a Secretaria Federal de Controle e o Tribunal de Contas da União muitas vezes auditam os mesmos pontos. Isso acarreta o deslocamento da já insuficiente força de trabalho das agências para o atendimento às demandas dos controladores em detrimento de suas atividades fim.

Um outro problema está no controle judicial das decisões das agências, esse talvez mais sério, pois esse controle se dá no âmbito da primeira instância do judiciário, o que causa, invariavelmente, uma demora na manifestação da Justiça.

Esse é um problema atual, que não só afeta as agências, mas o País de modo geral. Porém, torna-se mais grave no caso das agências reguladoras, na medida em que está se tratando de interesses de um universo enorme de usuários e de prestadores de serviço que investem vultosos recursos quando se trata de serviços públicos, bem como o risco de que uma decisão colegiada, tomada com base em variáveis técnicas, possa ser questionada permanentemente por

uma decisão de primeira instância, que poderá levar vários anos até uma definição.

Um exemplo desse problema é o que acontece com as decisões da ANP no segmento de distribuição de revenda de combustíveis, onde uma quantidade enorme de liminares é expedida por Juiz Federal de primeira instância, muitas vezes derrubadas em seqüência.

Outro aspecto importante nessa área de controle que se apresenta como um problema potencial é a proposta do governo federal, contida no Projeto de Lei sobre as agências, mantida na proposta de Substitutivo do relator, que define o contrato de gestão como mais um instrumento de controle e cria a figura do ouvidor, deslocado em parte de suas funções próprias para, na realidade, ser um fiscal do Poder Executivo atuando nas agências. A ação do ouvidor foi atenuada no Substitutivo apresentado, mas ainda necessita de aprimoramentos.

Apesar de, na lei da ANEEL, estar consignada a figura do contrato de gestão, esse instrumento nunca funcionou na prática como meio de controle e até de relacionamento com o Poder Executivo. Por outro lado, o contrato de gestão foi idealizado exatamente para ampliar a autonomia de órgãos da Administração Pública, que nesse caso seriam enquadrados como agências executivas. Tendo em conta que as agências são por definição legal dotadas de uma "autonomia especial", fica evidente que o contrato de gestão é uma ferramenta não aplicável às agências.

5 – Conclusões e recomendações

Do exposto, conclui-se que as agências reguladoras são instrumentos indispensáveis para a ação do moderno Estado regulador, que cada vez ocupa mais espaço em países em desenvolvimento como o Brasil em função da necessidade crescente de capital privado para o desenvolvimento econômico e social.

A importância das agências reguladoras é reconhecida, atualmente, quase de forma unânime. Basta ver algumas citações de trabalhos produzidos no próprio governo que, enquanto na oposição, tinha uma visão muito crítica e negativa desses órgãos de Estado.

Assim é que na "Proposta de Modelo Institucional do Setor Elétrico" do Ministério de Minas e Energia, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, encontra-se a seguinte citação: "Para o bom funcionamento do modelo, os seus organismos, em particular a ANEEL, (.....) deverão dispor de recursos humanos e materiais suficientes e adequados, para o desempenho de suas funções".

Por outro lado, o relatório do grupo de trabalho interministerial que estudou a reformulação das agências tem as seguintes citações:

> 1) a presença das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados, que são centrais para suprir o déficit de investimentos em infra-estrutura existente no Brasil". 2) "segundo o ordenamento jurídico do país, é eminentemente federal a responsabilidade de assegurar que, em diversos setores chaves, os serviços públicos sejam ofertados na maior quantidade, melhor qualidade e menor preço aos consumidores. Isso aponta para a necessidade da ANATEL, ANEEL, ANP ANTT, ANTAQ e ANA (...), serem preservadas e fortalecidas;" e 3) "dentre as conseqüências de agências reguladoras fortalecidas nos setores de infra-estrutura estão sua contribuição para a diminuição do custo de capital nestes setores, com importantes reflexos nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços.

Ainda que essas citações não correspondam exatamente ao que se vê das propostas de reestruturação das agências, esse reconhecimento é um avanço importante na con-

solidação das agências reguladoras no Estado brasileiro. Mas, por tudo que foi abordado, cabem aperfeiçoamentos e desafios importantes a serem vencidos para essa consolidação.

As recomendações a seguir vêm nesse sentido, sem a pretensão de esgotá-las: a) dar abrigo constitucional às agências reguladoras introduzindo a visão do moderno Estado regulador, com vistas a eliminar as polêmicas hoje existentes no meio jurídico; b) definir em lei um estatuto geral comum para as agências reguladoras, diferenciando aquelas que exercem função de Estado daquelas que exercem função de governo; c) criar mecanismos adequados para a integração das agências ANEEL, ANP e ANATEL, que atuam em ramos de infra-estrutura que se inter-relacionam; d) controle jurisdicional das decisões das agências pelos Tribunais Regionais Federais – necessidade de Emenda Constitucional ao art. 108; e) controle social e político pelo Congresso Nacional; f) aprimorar mecanismos de transparência de suas ações, como, por exemplo, a reunião da diretoria aberta aos interessados como ocorre no Supremo Tribunal Federal; g) procuradoria própria ao invés de vinculada à Advogacia-Geral da União; h) recursos humanos adequadamente remunerados – poderia se ter como base a remuneração dos servidores do Banco Central; i) ampliar ou instituir a descentralização das atividades das agências federais para as agências de regulação dos estados; j) criar mecanismos de relacionamento com o governo, mas que não sirvam de controle; k) ampliar o diálogo com os usuários ou consumidores, os prestadores de serviço e a sociedade; l) reduzir a assimetria de informações hoje existente entre consumidores ou usuários e prestadores de serviço.

Entre os principais desafios para as agências reguladoras se impõem os seguintes: a) serem reconhecidas como instituições que atendem ao interesse público; b) atender às expectativas dos consumidores ou usuários, investidores e sociedade; c) disseminar a cultura da regulação; d)conquistar a independência e a autonomia; e) contribuir para delimitar as fronteiras entre agências, governo e mercado.

Enquanto não se fizer um debate profundo sobre o papel das Agências, eliminando ou minimizando o viés ideológico dos governos, esses entes de Estado não poderão cumprir com efetividade suas funções de regular setores complexos como os de infra-estrutura, criando, assim, obstáculos importantes para a atração de investimentos privados que são reconhecidamente importantes para o desenvolvimento sustentável do País.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, 2002.

CANOTILO, J.J. Gomes. Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de Um Curso de Teoria da Legislação", Separata do Vol. LXIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.09 e 22 / 3.

DANTAS, San Thiago. Poder Regulamentar das Autarquias, constante da obra "Problemas de Direito Positivo". Forense, 1953.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (organizadora). Direito Regulatório – Temas Polêmicos – Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GIUFFRÈ, Felice.Declínio del Parlamento-Legislatore", constante da obra coletiva "Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano", 1999.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZELLO, Maria D´Assunção Costa. Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.