



SENADO FEDERAL
UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO
UNILEGIS

ISABELLA LOMBA VERONESE AGUIAR

PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS PARA AS
AGÊNCIAS REGULADORAS

Brasília - DF

2008



ISABELLA LOMBA VERONESE AGUIAR

**PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS PARA AS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS) e a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

Orientador: Carlos Jacques Vieira Gomes

Brasília - DF

2008

PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS) e pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) no 2º semestre de 2008.

Aluna: Isabella Lomba Veronese Aguiar

Banca Examinadora:

Orientador: Carlos Jacques Vieira Gomes

Professor convidado: Rafael Silveira e Silva

Brasília, 25 de novembro de 2008.

Aos meus pais Marita e Alberto Veronese, pelo amor, exemplo de vida, integridade e apoio permanente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus colegas de curso pela amizade e pelo apoio que tornaram a nossa caminhada muito mais agradável e alegre.

A todos os meus mestres, que contribuíram para o meu crescimento intelectual e acadêmico.

A meu orientador, professor Carlos Jacques Vieira Gomes, pela paciência e presteza em conduzir nosso trabalho.

Ao meu primo, amigo e mestre Alexandre Veronese pelo incentivo e ajuda constantes no aprimoramento da minha vida acadêmica.

Ao Senador José Agripino Maia pela oportunidade e confiança na minha capacidade de trabalho.

Ao Dr. Augusto Carlos Viveiros pelo exemplo e incentivo constante.

Aos funcionários da UNILEGIS, em especial a Secretária Ivone, pela simpatia e presteza.

“Aquilo que, creio, produz em mim o sentimento profundo, em que vivo, de incongruência com os outros, é que a maioria pensa com a sensibilidade, e eu sinto com o pensamento.

Para o homem vulgar, sentir é viver e pensar é saber viver. Para mim, pensar é viver e sentir não é mais que o alimento de pensar.”

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho acadêmico discorre resumidamente sobre o atual modelo das agências reguladoras existentes no Brasil, inseridas no âmbito da Administração Indireta sob o modelo de autarquias em regime especial. Aponta as suas principais características como a autonomia administrativa, política, financeira e técnica.

Relata as mudanças sociais e políticas ocorridas nos dez anos de sua existência e mostra como esses acontecimentos afetaram o sistema regulatório nacional, em especial o que tange as agências reguladoras, demonstrado pela crescente produção legislativa sobre o tema.

O trabalho tem como objetivo mostrar a fértil produção legislativa ocorrida na última década salientando as diversas correntes existentes sobre o assunto, em especial as correntes divergentes que atingem o modelo das agências reguladoras, com o intuito de enfraquecer o instituto.

Conclui-se que o modelo de agência regulatória existente deve ser aprimorado e ser fortalecido. Para tanto as normas que o regem devem estar contidas no texto da Constituição Federal. Analisamos por fim, os avanços que a PEC n.º 81, de autoria do senador Tasso Jereissati, pretende trazer para o sistema regulatório, uma vez que tem por escopo constitucionalizar os princípios que regem as agências regulatórias.

PALAVRAS - CHAVE

Agências Reguladoras; Produção Legislativa; Constitucionalização do Direito; Projeto de Lei n.º 3.337/04; Proposta de Emenda Constitucional n.º 81/03

SUMÁRIO

1 Introdução.....	09
2 As Agências Reguladoras no Brasil.....	12
2.1 Breve Histórico.....	12
2.2 Natureza Jurídica da Agências Reguladoras.....	14
2.3 Iniciativa Legislativa.....	16
2.4 Agências Executiva.....	20
2.5 Características das Agências Reguladoras.....	21
3 Novas Perspectivas Legislativas para as Agências Reguladoras.....	23
3.1 Mudanças Sociais e Políticas que Afetaram o Sistema Regulatório.....	23
3.2 Iniciativas Legislativas Recentes.....	26
3.3 Críticas ao Projeto de Lei das Agências Reguladoras.....	29
3.3.1 A instituição do Contrato de Gestão.....	30
3.3.2 A Estabilidade dos Diretores das Agências Reguladoras.....	31
3.3.3 A Autonomia Financeira.....	32
4 A Constitucionalização do Direito.....	34
4.1 Breve Histórico.....	34
4.2 A Constitucionalização das Normas que Regem as Agências	35
5 Conclusão	39
Referências Bibliográficas	42

1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras no Brasil nem completaram o ciclo de sua maturação institucional e já atravessam uma grande crise de identidade. Não tiveram sequer tempo de apresentar resultados, uma vez que as primeiras foram criadas em 1997, no fervedouro do ciclo de privatizações, como forma de viabilizar a transição do monopólio estatal dos serviços essenciais para o regime de livre competição. Para Henrique Savonitti Miranda ¹:

“as agências foram criadas com a finalidade de regular as atividades desempenhadas pelos particulares, notadamente relativas à prestação de serviços públicos. Assim, é que com a transferência ao particular da execução, surgiu a necessidade da criação de entidades governamentais que exercessem atividade de fiscalização e controle desses setores tidos como estratégicos pelo Estado”.

As agências reguladoras foram criadas para atuar em nome do Estado, desempenhando as funções típicas do Estado, expedindo comandos normativos obrigatórios, fiscalizando e aplicando sanções administrativas e por isso são regidas pelo Direito Público. Integram, assim, a Administração Indireta na forma de autarquias especiais com o objetivo de garantir um nível mais elevado de independência.

Muito embora essas autarquias especiais atuem no sentido de equilibrar os interesses dos usuários e dos investidores, e preservar o equilíbrio do mercado, é importante ressaltar sua função redistributiva, como salienta o professor Floriano de Azevedo Marques Neto:

“a atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função estabilizadora (preservar o equilíbrio do mercado), mas compreende também alguma função redistributiva. Tanto é assim que o texto constitucional (art. 174), ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista dentre suas incumbências à função de incentivar e planejar atividades econômicas o que dá a regulação uma conotação muito mais ampla do que a simples correção de falhas no mercado.”²

¹ **MIRANDA**, Henrique Savonitti. Manual de Direito Administrativo. 3ª Ed. Brasília: Prosegraf. 2007 p. 136

² **MARQUES NETO**, Floriano de Azevedo. de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes. Ed. Fórum. Belo Horizonte -2005. P.72

Destaque-se que as agências foram criadas para servir ao Estado e ao público e não ao governo e é fato que atualmente a atividade regulatória estatal está mais fortemente submetida à legalidade, mais conformada aos princípios da transparência, proporcionalidade, subsidiariedade, razoabilidade e eficiência. As agências reguladoras não são meros órgãos de governo, mas sim mecanismos de Estado.

Desde a criação das agências reguladoras no Brasil pontos como sua independência funcional, administrativa e financeira foram questionados, bem como a estabilidade dos seus diretores e o entendimento de que seus mandatos deveriam coincidir com os dos governos eleitos.

Diante dos debates sobre o modelo regulatório adotado, principalmente sobre a função e a eficácia das agências, é consenso que existe a necessidade de mudanças no setor de regulação brasileiro.

Novos rumos ao setor regulatório brasileiro, em especial sobre as agências reguladoras, estão sendo discutidos no Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados estão em tramitação mais de cem projetos que alteram e criam as mais diversas normas para as agências, merecendo destaque o Projeto de Lei n.º 3.337, de 2004, que pretende introduzir novas regras gerais para as agências.

O Projeto de Lei n.º 3.337, de 2004 traz mudanças fundamentais na estrutura das agências visando diminuir sua autonomia e aumentando o controle desses órgãos pelos ministérios a que são vinculados, tornando mais burocrático o processo de outorgas se efetuado pelo Poder Executivo e alterando o mandato dos conselheiros. Projetos como este distanciam as agências reguladoras de suas finalidades precípuas.

No Senado Federal tramitam centenas de projetos sobre o tema, porém destaca-se a Propostas de Emenda Constitucional n.º 81, de 2003, de autoria do Senador Tasso Jereissati que pretende definir em sede constitucional regras gerais que devem nortear a atividade reguladora.

Com este trabalho, pretende-se analisar a criação das agências reguladoras no Brasil e a sua atuação na primeira década de sua existência. Verifica-se a urgência de ajustes e alterações nas normas concernentes ao seu funcionamento,

culminando com a necessidade renovação, das normas constitucionais atinentes à atividade regulatória.

Busca-se demonstrar a relevância da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 81, de 2003, que tem o intuito de fortalecer o sistema regulatório brasileiro, levando em consideração que as normas que vierem a integrar o ordenamento jurídico não poderão se contrapor as características intrínsecas às autarquias sob o regime especial.

Longe de propor e esgotar o tema o presente trabalho pretende tão somente focalizar a necessidade da constitucionalização das regras gerais que devem nortear as agências reguladoras, para o aperfeiçoamento e fortalecimento do seu modelo institucional.

O trabalho está estruturado em cinco capítulos, incluindo esta introdução. O capítulo 2 discorre sobre o atual modelo das agências reguladoras no Brasil, apontando sua natureza jurídica, seu fundamento legal e suas principais características.

O Capítulo 3 relata as mudanças sociais e políticas ocorridas na última década e como elas afetaram o regime regulatório em especial às agências reguladoras. Aponta as falhas do setor e discorre sobre a produção legislativa existente, apontando temas não consensuais.

O Capítulo 4 faz uma análise sobre a Constitucionalização do Direito Público e o Pós Positivismo apontando o Projeto de Emenda Constitucional n. 81 de 2003, como uma forma de se aprimorar o sistema regulatório nacional.

O trabalho é concluído no capítulo 5, com a afirmação de que o modelo de agências reguladoras existente merece ser aperfeiçoado e que existe a necessidade de uniformização do regime, mas que o arcabouço legislativo deve seguir os princípios a serem constitucionalizados pela Proposta de Emenda Constitucional n.º 81, de 2003.

2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

2.1 BREVE HISTÓRICO

Em meados da década de 1990 operou-se no Brasil uma completa reforma econômica e estrutural do Estado, com o intuito de transformar a administração pública burocrática, rígida e ineficiente em uma administração gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão e das políticas públicas.

O Estado buscando a modernização optou pela redução de suas dimensões através da descentralização. Enfrentou para tanto, questões como a privatização, terceirização e publicização e fortaleceu a sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora. Foi necessária também, a redução do Estado interventor e protecionista para se obter o aumento de governabilidade.

Como primeiro passo para a modernização, o Governo Federal lançou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que pretendia reestruturar a Administração de forma a resgatar a sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas. Nesse Plano Diretor o programa de privatizações apresentou-se como sendo a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada por meio das empresas Estatais.

O Poder Público decidiu se desatrelar das tarefas de execução de obras e serviços, para assumir a elaboração da execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionária de serviço público.

O Brasil resolveu então adotar um modelo regulatório que já vinha sendo aplicado a muito na Europa e na América do Norte. O paradigma brasileiro foi o

modelo concebido nos Estados Unidos, que visa disciplinar atividades privadas afetadas por um interesse público.

Foi no enlevo dessas idéias que as primeiras agências reguladoras foram criadas no Brasil. E, foram estruturadas substancialmente sob a égide de princípios ordenadores da economia inscritos na Constituição de 1988, quais sejam: a livre iniciativa, a livre-concorrência e a defesa dos consumidores.

O texto primitivo da Constituição de 1988 não previa e nem tão pouco sugeria a instituição das Agências Reguladoras. As Emendas Constitucionais de 5 a 9, todas de 15 de agosto de 1995, permitiram que os serviços públicos pudessem ser ofertados por empresas privadas, extinguindo determinadas restrições ao capital estrangeiro e flexibilizando o monopólio estatal.

A Emenda Constitucional n. 8 de 15.08.95, todavia, ao dar nova redação ao inciso XI do artigo 21, previu um “órgão regulador” para os serviços de telecomunicações, in verbis:

“Art. 21. Compete à União:

...

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

...”

A Emenda Constitucional n. 9 de 15-08-95, que alterou o artigo 177 e incluiu o inciso III ao § 2º, permitiu que fosse regulamentada a estrutura e as atribuições do órgão regulador do monopólio de petróleo e seus derivados.

Com essas alterações, a Constituição Federal permitiu a criação de órgãos reguladores, mas ao prever o instituto em seu texto não os denominou como agências reguladoras. A terminologia empregada tem origem em instituto semelhante de origem norte-americana.

A denominação “agência reguladora” está prevista e veio expressa nas leis instituidoras, e o termo órgão regulador, definido pela Constituição Federal, caiu em desuso. A expressão legal predominou diante da expressão constitucional, o que formalmente pode ser considerado um equívoco.

Com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial ao setor privado da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro as agências reguladoras.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras foram criadas a partir da necessidade de descentralização, para realizar as atribuições tradicionais da Administração Direta, na qualidade de poder público concedente, nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.

Como se sabe, no Brasil a Administração Pública centralizada é aquela exercida diretamente pela União, Estados e Municípios que, para tal fim, utilizam-se de ministérios, secretarias, departamentos ou outros órgãos.

Por outro lado, a Administração Pública descentralizada ou indireta é exercida por outras pessoas jurídicas criadas pelos próprios entes federados, a saber: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Quanto à natureza jurídica, as agências reguladoras são definidas nas leis instituidoras como autarquias sob regime especial.

Como este instituto foi importado do modelo existente nos Estados Unidos da América foi necessário adequá-lo dentro do sistema jurídico vigente e a forma organizacional mais propicia para o melhor desempenho das funções que dela se espera é a autarquia.

Entende-se por autarquia, nos termos do artigo 5º do Decreto n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa:

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

Pela necessidade das entidades reguladoras serem titulares de interesses públicos, as agências reguladoras brasileiras têm natureza jurídica de autarquia especial, integrante da administração indireta do ente político titular da competência descentralizada.

Conforme os ensinamentos do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles:³

“autarquia em regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

...

O que posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais.”

Já o nobre professor Marcos Juruena, em sua obra *Direito Administrativo Regulatório*⁴, conceitua as autarquias especiais como:

“São tidas como especiais as autarquias dotadas, por lei, de regime diferenciado, com privilégios específicos, com maior autonomia em relação às autarquias comuns, notadamente no que concerne à composição de sua direção e à obtenção e gestão de recursos”.

Assim, as autarquias em regime especial possuem certa margem de independência em relação aos poderes de supervisão, fiscalização e normatização. Contudo estão sujeitas à supervisão ministerial conforme o disposto no artigo 26 do Decreto-Lei n. 200/67, que dispõe:

“Art. 26. No que se refere à Administração Indireta a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

- I – A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;
- II – A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;
- III – A eficiência administrativa, operacional e financeira”.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Ed. Malheiros Editores 2008 p.356

⁴ SOUTO. Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.226

Verifica-se, portanto, que as autarquias especiais, assim como as comuns, se submetem a supervisão ministerial a que se sujeitam os órgãos da Administração Indireta.

2. 3 INICIATIVA LEGISLATIVA

As agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias e, conseqüentemente, com personalidade jurídica de direito público. Desta forma sua criação somente poderá se dar mediante lei específica, pois estão sujeitas ao mandamento do art. 37, inciso XIX da Constituição, in verbis:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também o seguinte:

...

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

A competência inafastável, indelegável e exclusiva para iniciar o processo legislativo para a criação de um ente estatal ou para a sua extinção é do Chefe do Poder Executivo, conforme o disposto na letra e, do § 1º, inciso II do artigo 61 da Constituição de 1988, que assim versa:

“Art. 61 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

...

§1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

...

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observando o disposto no art. 84, VI;”

Assim, por ter natureza autárquica, as agências reguladoras devem ser constituídas através de lei, e por representar opção discricionária de descentralização de certa função, a iniciativa legislativa é de competência exclusiva do Poder Executivo, assim como no caso de sua extinção.

Resta claro que a criação, a disciplina e a subsistência das agências reguladoras, bem como sua extinção são legitimadas pela conjunção das prerrogativas legislativas dos titulares dos dois poderes, do Poder Legislativo e do Chefe do Poder Executivo.

As agências estão sendo criadas no Brasil por leis esparsas, não existe uma lei específica criadora do sistema de agências. Atualmente existem inúmeras agências reguladoras, não só em nível federal, mas também em níveis estadual e municipal.

Convém citar as agências reguladoras no Brasil, em nível federal até hoje instituídas, que são:

- Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei n. 9.472, de 26-12-96, alterada pelas Leis n.º9.648 e 9.649, ambas de 27-05-98, 9.986, de 18-07-00 e 10.438, de 26-04-02; Decreto n. 4.11/02. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi instituída com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica em conformidade com as política e diretrizes do governo federal;
- Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei n.9472, de 16-07-97, modificada pela Lei 9.986, de 18-07-00; Decreto n.2.338/97, alterado pelos Decretos 2.853/98, 3873/01, 3.986/01 e 4.037/01. Vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações;
- Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Lei n.9.478, de 06-08-97, alteradas pelas Leis n. 9.986, de 18-07-00, 9.90, de 21-07-00, 10.202, de 20-02-01 e 10.4.453, de 13-05-02; Decreto n.2.455/98, alterado pelos Decretos 2.496/98,

3.388/00 e 3.968/01. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como órgão regulador da indústria do petróleo;

• Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – antes denominada de ANVS) – Lei n. 9.782, de 26-01-99, alterada pela Lei 9.986, de 18-07-00 e pela MP n. 2.190-34, de 23-08-01; Decreto n.3.029/99, alterado pelos Decretos 3.571/00 e 4.220/02. Vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária;

• Agência Nacional de Saúde Suplementar – (ANS) – Lei n. 9.961, de 28-01-00, alterada pela Lei n. 9986, de 18-07-00 e pela MP n. 2.177-44, de 24-08-01; Decreto n. 3.327/00. Vinculada ao Ministério da Saúde com a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores;

• Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei n. 9.984, de 17-07-00, alterada pela MP n.2.216, de 31-08-01; Decreto n. 3.692/00. Vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação de Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

• Agência Nacional de Transportes Terrestres – (ANTT) – Lei n. 10.233, de 05 – 06 – 01, alterada pelas Leis n. 10.470/02, 10.561, de 13 -11-0 2 e 10.683, de 28 – 05 - 03 e pela MP n. 2.217 -03, de 04 – 09; Decreto n. 4.130/02. Vinculada ao Ministério dos Transportes, destinada à regulação do transporte ferroviário de passageiros e carga e exploração da infra-estrutura ferroviária; dos transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal; e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias;

• Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – Lei n. 10.233, de 05 – 06 – 01, alterada pelas Leis n. 10.470/02, 10.561, de 13 – 11-02 e 10.683, de 28 – 05 – 03 e pela MP n. 2.217-03, de 04 - 09 – 01; Decreto n.

4.122/02. Vinculada ao Ministério dos Transportes, com o fim de regular os transportes de: navegação fluvial, travessia, apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem, e ao longo do curso. Também visa regular os portos organizados, os terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas;

- Agência Nacional do Cinema (ANCINE) – MP n. 2.228-1, de 06-09-01, com a redação dada pela Lei n. 10.454/02; Decreto 4.121/02, alterado pelo Decreto n. 4.330/02. Vinculada nos primeiros doze meses, a partir de 05-09-01 à Casa Civil da Presidência da República (prorrogado por mais 06 meses por força do Decreto n. 4.283/02) e a contar daí ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Visa ao fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica; e

- Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) - Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006. Vinculada ao Ministério da Defesa e atuar como autoridade da aviação civil. Visa adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País.

Importante ressaltar que das dez agências instituídas apenas a ANATEL e a ANP têm uma base constitucional expressa, o que não ocorre com as demais. Estas decorrem apenas de uma decisão do legislador. Todavia, nada na Constituição prejudica o órgão regulador.

Importante ressaltar que não existem apenas agências reguladoras em nível federal, mas também em nível estadual que são em sua maior parte multissetoriais, e que tem como objetivo regular atividades econômicas e/ou bens e serviços públicos de sua competência, concedidos ou permitidos a particulares.

A Constituição Federal pelo princípio da simetria, também permite a criação de agências na esfera municipal.

2. 4 AGÊNCIAS EXECUTIVAS

Não se pode confundir as autarquias especiais reguladoras com as agências executivas. A agência executiva é uma qualificação dada às autarquias ou fundações públicas, que continuam a exercer atividades de competência exclusiva do Estado, mas com maior autonomia gerencial e financeira. Essa qualificação é apenas um título que não tem o intuito de alterar a natureza jurídica da entidade.

Marcos Juruena Villela Souto⁵, afirma que: “as agências executivas, como o nome sugere, executam diretamente as políticas formuladas pelo núcleo estratégico. A qualificação como “Agência Executiva” representa mera atribuição de um título a uma entidade sob o regime autárquico, que passa a receber um tratamento especial, com a aplicação de autonomia da gestão na forma do art. 37 § 8º, da Constituição Federal, por meio de contrato de gestão, previamente negociado.

Conforme determina os artigos 51 e 52 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, em seus artigos 51 e 52 e parágrafos, o Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva autarquias ou fundações que tenham cumprido os requisitos de possuir plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento além da celebração de Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

A qualificação de uma instituição em agência executiva, visa a implementação de um modelo de administração gerencial, caracterizado por decisões e ações orientadas para resultados, tendo como foco as demandas dos clientes e usuários da instituição, baseadas no planejamento permanente e executadas de forma descentralizada e transparente.

Por meio da celebração de contrato de gestão entre a agência executiva e o respectivo Ministério supervisor, espera-se imprimir uma nova maneira de gestão,

⁵ Op. cit. p.228

baseada no controle por resultados e no cumprimento de objetivos e metas acordados.

Esses contratos de gestão serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação de seu cumprimento.

O Instituto Nacional de Meteorologia, Normatização e Qualidade – INMETRO é um exemplo de autarquia qualificada como agência executiva no plano federal brasileiro, até a presente data. O Instituto assinou em 1998 o contrato de gestão com os Ministérios da Indústria e Comércio, Administração Federal, Planejamento e Orçamento e Fazenda.

2.5 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As autarquias de regime especial, mais especialmente as agências reguladoras, distinguem-se das autarquias, digamos, normais ou comuns, porque leis instituidoras lhe outorgam certas prerrogativas que não são encontráveis na maioria das entidades autárquicas comuns.

A lei concede as autarquias em regime especial prerrogativas e benefícios para que não sofram ingerências indevidas, uma vez que, soa organismos técnicos e não políticos. Assim, tem competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia.

Procurou-se demarcar a atuação das agências com predomínio de juízos técnicos e especializados sobre as valorações políticas, outorgando-lhes autonomia administrativa, autonomia financeira e autonomia técnica.

No tocante à autonomia administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas específicas a cada área de atuação.

Mesmo com as diferenças e peculiaridades de cada uma das agências existem aspectos comuns aos quais normalmente se incluem: (i) nomeação de conselheiros ou diretores com lastro político;(ii) mandato fixo de três ou quatro anos; (iii) quarentena, com impedimento ao ex-dirigente, terminado o mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou nas empresas integrantes do setor regulado pela agência e (iiii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

A autonomia administrativa das agências, que se verifica com o mandato fixo de seus diretores, traz inúmeras garantias para os usuários e para os agentes econômicos regulados, evitando a transitoriedade política, nem sempre bem conduzida pelos dirigentes públicos.

Quanto à autonomia financeira procura-se conferir as agências reguladoras, além de dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre nos setores de petróleo e energia elétrica.

No que concerne a autonomia técnica, esta pode ser demonstrada pela existência de servidores altamente especializados nas áreas de atuação da agência, para que possam acompanhar todos os desenvolvimentos tecnológicos afetos aos serviços prestados.

3 NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 MUDANÇAS SOCIAIS E POLÍTICAS QUE AFETARAM O SISTEMA REGULATÓRIO

Na época em que foram criadas, as agências reguladoras começaram a atuar em meio a uma atitude de desconfiança, primeiro porque o instituto era importado de vários outros países, segundo porque foram interpretadas como um acréscimo no contexto institucional brasileiro e terceiro por haverem entendimentos de que disputavam poderes com o órgão executivo a que estavam submetidas.

As agências reguladoras de forma geral, durante a primeira década de sua existência, progrediram satisfatoriamente e contribuíram de forma expressiva para a melhoria do desenvolvimento econômico e social brasileiro. Não há dúvida e nem questionamento de que houve uma tendência de diminuição do risco regulatório e um considerável desenvolvimento nas áreas reguladas.

Exemplos de desenvolvimento podem ser observados principalmente no setor de telefonia com destaque para os investimentos e incrementos na área da telefonia móvel. Já no setor de assistência à saúde suplementar foram ofertadas melhores condições para os consumidores, em comparação a anterior falta regulação. O mesmo ocorreu no setor de energia onde houveram correções na estrutura regulatória e instituída uma administração eficiente e nova que tem auxiliado a lidar com a crise.

Apesar de ter apresentado resultados satisfatórios, a estrutura regulatória vem sendo duramente criticada ao longo dos anos. O primeiro grande impasse quanto ao sistema ocorreu em 2003, quando o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tomou conhecimento do aumento de tarifas de serviços públicos pelos jornais.

A época ainda estavam em curso os mandatos dos dirigentes das agências que tinham sido nomeados por outro governo, que era de seu antecessor, o Presidente Fernando Henrique.

O presidente Luiz Inácio lamentando que o chefe do executivo não tenha influência na adoção de medidas essenciais à política econômica, fez duras críticas

ao que chamou de excessiva autonomia das agências reguladoras e pediu aos líderes dos partidos no Congresso Nacional para reverem a estrutura desses órgãos.

Em seguida o Presidente 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 elétrica.

A crise do governo com a ANATEL e com a ANEEL se resolveu pelos mecanismos institucionais existentes, a primeira com uma decisão favorável às agências, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência n.º 45.297-DF de relatoria do Ministro Edson Vidigal, permitindo a atuação da agência e fazendo valer os contratos assinados com as prestadoras de serviço de telefonia. A segunda foi resolvida por meio de um acordo firmado entre o governo e a agência de adiamento do aumento da tarifa.

A comissão interministerial designada pelo Presidente da República para analisar, discutir a organização e propor medidas para o aperfeiçoamento do modelo institucional das agências reguladoras, apresentou o seu relatório em setembro de 2003, apontando a necessidade de um marco regulatório estável mas, que não seja estático e que possua regras claras e previsíveis. Ao fim, conclui pelo aperfeiçoamento e correção de algumas disfunções e lacunas pontuais decorrentes da introdução inovadora das agências reguladoras no ordenamento da Administração Pública.

As mudanças indicadas por esse grupo de trabalho repercutiram na produção legislativa, após intensas discussões no Congresso Nacional e nos meios de comunicação. Foram apresentados diversos projetos de lei nesse sentido, mas merece destaque o Projeto de Lei n. 3.337, de 2004, que pretende criar um novo marco legal para as agências reguladoras. O projeto está em tramite a mais de quatro anos no Congresso Nacional e ao longo desse tempo foram feitas inúmeras alterações no texto original.

Paralelamente, o Senador Tasso Jereissati apresentou no Senado Federal a PEC 81/03, que pretende definir os princípios da atividade reguladora, reforçando as características idealizadas para as agências como a autonomia com relação ao governo.

As discussões sobre a atuação e a autonomia das agências foram retomadas pelo Governo e pelo Congresso Nacional com a crise ocorrida no setor aéreo, em que a atuação da ANAC foi considerada ineficiente, e críticas foram feitas sobre o mandato e a permanência dos diretores das agências.

A crise aérea teve início em setembro de 2006 com o choque entre um jato Legacy e um Boeing da Gol, que se somou a greve branca dos controladores de voo, e culminou com o acidente da TAM no aeroporto de Congonhas. Os diários atrasos e cancelamentos de vôos e os dois dramáticos desastres aéreos, que contabilizaram mais de 350 mortos, chamaram a atenção da população brasileira para a precariedade do setor.

Foram constituídas duas Comissões Parlamentares de Inquérito uma na Câmara dos Deputados e outra no Senado Federal, ambas com o intuito de apurar a responsabilidade sobre as falhas no sistema aéreo brasileiro. Vários problemas foram apontados e a atuação da ANAC foi considerada uma das principais responsáveis por esses problemas.

Devido à falta de qualificação dos diretores da ANAC, que tinham um currículo político e não técnico, a autonomia das agências passou a ser questionada, ainda mais porque a legislação em vigor não permite que esses diretores sejam demitidos, eles só perdem o cargo em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de pena de demissão aplicada em processo administrativo disciplinar.

A questão foi dirimida politicamente. O Presidente Lula, usurpando a competência das agências, apresentou diversas medidas emergenciais, muitas delas de competência exclusiva da agência. O Ministro da Defesa foi exonerado e o presidente e os diretores da ANAC foram pressionados e renunciaram aos cargos.

Diante desses fatos várias propostas de mudanças a legislação foram apresentadas e retomadas, inclusive no sentido de permitir que os diretores das agências regulatórias possam ser demitidos sumariamente pelo Chefe do Executivo.

Os debates para novos projetos de lei para as agências realizados no Congresso refletem a variedade de pontos de vista no país. Questiona-se os mandatos dos dirigentes das agências, os conflitos de competência, o excesso de poder, o contingenciamento de recursos e uma suposta ausência de controle dessas instituições.

3.2 INICIATIVAS LEGISLATIVAS RECENTES

As mudanças sociais profundas de uma sociedade ocorrem de maneira lenta e gradativa, no caso das agências reguladoras não tem sido diferente, primeiro elas foram criadas, instituídas, experimentadas, para em seguida, serem avaliadas e, só então, modificadas.

Não existem divergências quanto ao fato de que o modelo de regulação existente atualmente no Brasil precisa ser modificado e aperfeiçoado, principalmente no que se refere à função exercida pelas agências reguladoras. Uma definição mais clara do papel que elas exercem é urgente e essencial e o para tanto é necessário inovações ou alterações legais.

Geralmente, o processo legislativo decorre de uma nova demanda social ou alteração no plano realístico, impulsionado muitas vezes, pela ocorrência de um determinado evento, na maioria das vezes de repercussão nacional. No caso em tela não foi diferente, verifica-se uma maior produção legislativa após 2003, quando do aumento das tarifas telefônicas e do setor elétrico. Posteriormente, em 2007, quando houve o ápice do chamado caos aéreo foram apresentadas novas proposições e trazidos a lume antigos projetos legislativos, muitos desatualizados ou em desacordo com o ordenamento jurídico vigente.

Não existe até hoje uma legislação adequada e comum a todas as agências, que seja capaz de assegurar as condições necessárias para o seu bom desempenho. Assim, no Congresso Nacional tramitam centenas de proposições, entre Requerimentos, Medidas Provisórias, Projetos de Lei e Projetos de Emendas Constitucionais, que versam especificamente sobre mudanças no sistema das agências reguladoras.

A produção legislativa é muito intensa, existindo projetos que versam sobre os mais diversos aspectos da atividade regulatória, muitos sobre o mesmo assunto, mas com abordagens diferentes e algumas vezes, contraditórias.

Os assuntos mais recorrentes abordados nas principais propostas são as regras para os cargos de diretoria abordando os requisitos para sua indicação, as exigências para sua nomeação e sabatina pelo Congresso Nacional; a instituição do período de quarentena para diretores e dirigentes de segundo escalão; a não coincidência dos mandatos dos dirigentes com os mandatos dos cargos do poder

executivo; a proibição de recondução dos diretores; o regime de decisão colegiada; regras de substituição dos dirigentes em meio ao mandato e a possibilidade de destituição dos diretores pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República.

Quanto à autonomia institucional os projetos legislativos abordam a instituição de contratos de gestão; as regras de transferência da iniciativa de outorga de concessões e permissões aos respectivos ministérios setoriais e a liberdade para organização de seus próprios serviços.

Outro aspecto também abordado pelos projetos em tramite no Congresso Nacional é a autonomia para gestão orçamentária e financeira; o estabelecimento de restrições ou proibição de contingenciamento de recursos próprios das agências.

Tramitam projetos que abordam a criação de uma procuradoria própria para as agências, o controle social pelo legislativo, pelos tribunais de conta; a realização de audiências e consultas públicas para alteração de regras que afetem direitos de agentes e consumidores/usuários e a instituição da função de ouvidor externo.

Existem, também, projetos de lei que visam à criação de novas agências como a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI); a Agência Nacional sobre Diversidade Biológica (ANDB); a Agência para o Desenvolvimento Tecnológico da Indústria Mineral Brasileira (Adimb); a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual (Ancinav); a Agência Nacional de Defesa do Consumidor; Agência Brasileira de Cooperação (ABC); a Agência de Meteorologia e Clima entre outras.

As proposituras mais de maior relevância que tramitam no Senado Federal sobre as agências reguladoras são:

- PLC 20/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências;
- PLS 38/2003, que altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que “dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências”, instituindo o controle externo das agências reguladoras;
- PLS 109/2003, torna obrigatória a realização de audiências públicas sobre os aumentos propostos nas tarifas ou preços praticados pelas empresas prestadoras de serviços públicos antes que os mesmos sejam autorizados pelas respectivas agências reguladoras setoriais e dá outras providências.
- PEC 66/2005, acrescenta o inciso XVI e o § 2º ao art. 52 da Constituição Federal, para atribuir ao Senado Federal competência para indicar membros do Conselho Diretor ou da Diretoria das Agências Reguladoras.

- PEC 46/2006, acrescenta o art. 174-A à Constituição Federal, para fixar os princípios constitutivos das agências reguladoras, e altera o art. 168, para impedir que tais agências sofram contingenciamento de verbas ou atrasos nas liberações de recursos orçamentários.

- PEC 71/2007, atribui à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal competência para convocar diretores de agências reguladoras para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, atribui ao Senado Federal competências para avaliar o desempenho das agências reguladoras e de seus dirigentes e impede o contingenciamento de repasse de recursos orçamentários às agências reguladoras.

Na Câmara dos Deputados merecem destaque as seguintes proposições que tramitam com o intuito de alterar o regime das agências:

- PL 413/2003, que restringe a autonomia das agências reguladoras, dando poderes ao Presidente da República para exonerar Conselheiros e Diretores.
- PEC 65/2003, que acrescenta parágrafo ao art.37 e dá nova redação ao art. 50 da Constituição Federal estabelecendo a autonomia administrativa e funcional das agências reguladoras.
- PL 3.337/ 2004, que estabelece normas gerais para as agências reguladoras e de serviços públicos e dá outras providências.
- PL 1850/2001, que prevê casos de perda de mandatos dos conselheiros e diretores das agências reguladoras.

Pelos exemplos acima citados, pode-se ver a vasta produção legislativa acerca do tema das agências reguladoras. Importante verificarmos que estes projetos se analisados em conjunto apresentam distorções enormes, sendo em alguns casos completamente antagônicos.

Enquanto existem projetos de lei alterando as diretrizes das agências, esvaziando suas funções, na medida em que pretendem acabar com a estabilidade dos diretores desses órgãos, conferindo ao Presidente da República o direito de demiti-los por outros motivos, que não a improbidade e a condenação judicial transitada em julgado e estabelecendo a coincidência de mandatos entre os dirigentes e o Presidente da República, existem outros projetos determinando exatamente o contrário, como a PEC 81/03 em trâmite no Senado Federal que prevê a estabilidade dos diretores das agências reguladoras.

Percebe-se que não existe uma orientação no sentido dessas modificações para que elas pendam no mesmo sentido, qual seja, garantir a autonomia das agências. A falta de orientação dessas mudanças acaba por perder de vista os objetivos para os quais estas autarquias foram criadas.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro regras hierarquicamente superiores que norteiem a produção legislativa garantindo que as agências não percam as suas principais características, a independência político-administrativa, a autonomia financeira e a especialização técnica.

3.3 CRÍTICAS AO PROJETO DE LEI DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras brasileiras são enquadradas como autarquias especiais, pois tem as características do instituto e benefícios concedidos na sua lei instituidora, porém o sistema regulatório não estabelece um padrão que elas devam seguir. As agências não contam todas com os mesmos mecanismos, fazendo com que umas tenham características positivas ausentes em outras.

Como vimos, existem diversos projetos com o intuito de sanar as lacunas, alterar e aprimorar a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, mas merece destaque o Projeto de Lei n. 3.337/2004, apresentado pelo Poder Executivo, que pretende padronizar e uniformizar o instituto. O projeto apresenta alguns avanços no setor principalmente no que visa reforçar a autonomia das agências, por outro lado ameaça o ambiente de regulação com alguns retrocessos.

Este projeto, em trâmite a mais de quatro anos, trouxe à tona a discussão sobre um processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias sob as mais diferentes abordagens quanto ao rumo que se pretende dar as agências reguladoras no Brasil. Porém, o aparente consenso sobre as atividades das agências desaparece quando se passa a discutir a forma concreta em que se dá a

independência administrativa e financeira, a forma de controle social sobre as agências, a nomeação dos seus diretores e o grau de interferência do governo no seu funcionamento.

Faremos a seguir uma análise crítica dos pontos controvertidos que foram levantados quando das discussões sobre da proposta.

3.3.1 A INSTITUIÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

Em um primeiro momento, o projeto de lei trouxe em seu bojo o chamado “contrato de gestão”, a ser celebrado entre a agência e o Ministério ligado à sua área de atuação. Estabelecendo metas de desempenho e demais instrumentos de controle e acompanhamento das decisões políticas adotadas pela agência reguladora pelo executivo.

O contrato de gestão é um mecanismo previsto no art. 37, § 8º da Constituição Federal que deve ter o mister de proporcionar a transparência e a racionalidade estatal, para o ilustre professor Alexandre de Moraes, é

“é o avençado entre o Poder Público e determinadas entidade estatal, fixando-se um plano de metas para essa, ao mesmo tempo em que aquele se compromete a assegurar maior autonomia e liberdade gerencial, orçamentária e financeira ao contratado na consecução de seus objetivos.”

As agências reguladoras são autarquias em regime especial dotadas de uma independência e autonomia, assim sendo, não há sentido em usar o mecanismo do contrato de gestão para dar-lhes uma liberdade de ação que já possuem.

Ademais, o contrato de gestão ficará sujeito ao controle periódico dos resultados nele avençados por parte da Administração, o que seria difícil de ser averiguado, pois não existem elementos objetivos para essa análise, e tal fato

diminui consideravelmente a autonomia das agências, violando o seu sentido original.

Embora este instituto tenha sido banido do atual substituto apresentado ao projeto de lei, alguns parlamentares o têm defendido, podendo posteriormente apresentar emendas ou novos projetos com o intuito de instituí-lo, o que, como vimos não aumenta a autonomia política das agências reguladoras, muito pelo contrário visa reduzi-la.

3.3.2 A ESTABILIDADE DOS DIRETORES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A autonomia político-institucional das agências reguladoras é caracterizada pela doutrina principalmente pela estabilidade de seus dirigentes, que não podem ser demitidos, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

Por conta disso os mandatos dos dirigentes são fixos, não coincidentes e escalonados de forma que a cada ano um possa ser substituído, garantindo maior estabilidade ao setor regulado, pois impede mudanças abruptas no Conselho Diretor das Agências. Este sistema garante um ambiente de previsibilidade impedindo mudanças estratégicas e programáticas radicais o que garante segurança não só ao investidor como aos usuários dos serviços regulados.

Inúmeras discussões sobre a estabilidade dos diretores das agências foram travadas e foram apresentadas emendas ao projeto de lei no sentido de relativizar essa garantia. Merece destaque a emenda que tem como escopo permitir a demissão dos diretores pelo presidente da República aprovada pelo Senado, ou mediante decreto legislativo aprovado nas duas casas do Congresso.

Não há dúvidas que, conferir esta competência ao Chefe do Poder executivo com o aval do Poder Legislativo enfraquece o regime regulatório e diminui a

independência e a autonomia conferida às agências reguladoras, além de causar certa instabilidade no cenário econômico do setor regulado.

Ademais, o arcabouço legislativo já prevê em casos pontuais a possibilidade de demissão dos diretores das agências - os dirigentes podem ser afastados por renúncia, ou se considerados culpados por um tribunal judicial ou administrativo (sendo esse último por meio de processo disciplinar administrativo) - o que significa que o fato de possuir um mandato não garante a permanência no cargo ocupado.

3.3.3 AUTONOMIA FINANCEIRA

As propostas apresentadas no Congresso apresentam avanços potenciais tímidos em relação às leis existentes e aponta para retrocessos potenciais graves. As agências precisam de mais autonomia, tanto de gestão quanto financeira, e o projeto de lei não atende a essa necessidade

A disponibilização de recursos financeiros adequados é um fator para se garantir à estabilidade e autonomia regulatórias das agências. O sistema brasileiro prevê que os recursos das agências estão determinados em cada uma das leis setoriais que especificam, em teoria, uma combinação de recursos orçamentários e tarifas específicas.

As taxas de fiscalização são pagas pelos usuários para garantir serviço de qualidade. É direito dele a utilização deste recurso exclusivamente na atividade regulatória.

No entanto, a prática recente tem sido diferente. O Ministério da Fazenda regularmente detém uma parte significativa das receitas: os recursos efetivos a serem alocados para as agências foram menos planejados nos últimos anos, em função de mecanismos de “contingência”, decorrentes da meta de equilíbrio fiscal – superávit fiscal.

Os contingenciamentos como os ocorridos com a ANP e a ANEEL, inviabilizam a atividade regulatória. A não liberação de recursos como os determinados à ANTT e à ANTAQ impossibilitam a manutenção da qualidade dos serviços públicos.

As agências devem ter confiança em seu financiamento. Pois pode ocorrer o caso em que os recursos computados como parte das taxas cobradas possam ser mais do que as agências possam precisar. De qualquer maneira, a extensão do corte orçamentário em algum estágio foi tamanha que houve implicações para algumas agências. Por isso, a revisão dos mecanismos financeiros faz-se necessária, para que as agências possam dispor de recursos estáveis e previsíveis, importante para consolidar suas operações.

O Projeto de Lei n.º 3.337, de 2004, mantém a natureza especial conferida ao órgão regulador, porém não assegura a sua autonomia financeira e não traz inovações no sentido de assegurá-la e inibir o contingenciamento.

A independência financeira da agência é condição para que o regulador possa exercer suas funções, mantendo a neutralidade e a equidistância em relação aos interesses dos regulados e inclusive do próprio poder político.

Todas as críticas feitas ao instituto das agências reguladoras são unânimes em afirmar que estas precisam de mudanças para fortalecer o seu regime, principalmente garantir a autonomia administrativa, financeira e técnica. Percebe-se que a produção legislativa em muitas vezes pretende assegurar estas características das agências, porém existem, como demonstrado, diversos projetos que visam reduzir consideravelmente sua independência.

O projeto de lei n.º 3.337, de 2004 é insuficiente para garantir o fortalecimento das agências, até mesmo por que já sofreu inúmeras alterações, e está a mercê de crises institucionais e políticas.

Para se garantir a estabilidade do instituto e por sua vez dos mercados por ele regulados é necessária uma proposta legislativa que assegure os objetivos e finalidades para os quais foram instituídas as agências reguladoras e a Proposta de Emenda Constitucional n.º 81, de 2006, nos parece a melhor alternativa para tanto.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

4.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

O Direito Constitucional no Brasil teve o seu renascimento com a discussão prévia, a convocação, a elaboração e a promulgação da Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização ocorrido no país. Esta carta foi capaz de promover a travessia do Estado sob um regime autoritário para o Estado democrático de direito, e tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

A Constituição Federal de 1988 tornou-se o centro do sistema jurídico no Brasil, ressalte-se que este fenômeno já havia ocorrido na Alemanha após a segunda guerra mundial e na Espanha e em Portugal durante a década de 1970.

A Constituição passou a ter não apenas a supremacia formal, mas também a supremacia material. Esse fenômeno ficou conhecido como filtragem constitucional ou como constitucionalização do direito, que é a leitura de todo o direito infraconstitucional, de todo o ordenamento ordinário, à luz da constituição. A constituição então passou a ser uma lente, passou a ser um filtro, através do qual devem-se ler e interpretar as categorias e os institutos de todos os ramos do Direito.

A locução “constitucionalização do direito” é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e comporta múltiplos sentidos, mas *in casu* está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia com força normativa, por todo o sistema jurídico. Para o professor Gustavo Binenbojm:⁶

“A Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio do qual tais sistemas espriam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus institutos e estruturas, tem sido chamado de constitucionalização do direito”

⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13 p.23.

A idéia de constitucionalização está diretamente ligada à supremacia da constituição, que decorre de sua origem, alicerçada num poder instituidor de todos os outros poderes, que constitui os demais, daí a sua denominação poder constituinte.

A supremacia da Lei Fundamental, também se deve a sistematização teórica da noção de hierarquização da ordem jurídica, no topo da qual está a Constituição, como referência obrigatória de toda e qualquer produção normativa posterior e inferior, vindo daí a vazão da verificação da conformidade de uma norma e de todas as outras com o texto constitucional.

A fim de assegurar a prevalência da Constituição, e a sua supremacia diante de quaisquer outras normas, sejam genéricas ou sejam concretas, está consagrado o controle de constitucionalidade, tido como característico do Estado de Direito.

No Brasil, adotou-se, tradicionalmente, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, que se exerce tanto por via de exceção, no controle difuso, diante de qualquer órgão do Poder Judiciário, como por via de ação, o chamado controle concentrado, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, através de ações especiais previstas no art. 102, I da Constituição Federal.

Assim, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, com ordem, unidade e harmonia, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda norma jurídica deve ser lida, aprendida e interpretada sob a lente da Constituição Federal, de modo a realizar os valores nela consagrados.

4.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS NORMAS QUE REGEM AS AGÊNCIAS REGULADORAS

O país exige mudanças para melhorar a sua capacidade e para realizar uma regulação com qualidade, o que necessariamente passa pela modernização das regras que instituem o sistema das agências reguladoras.

Hoje, o Brasil está confrontando seus desafios econômicos e sociais com o fortalecimento das agências reguladoras e uma abordagem mais consistente em

relação a sua estrutura institucional. Há a necessidade de se estabelecer uma ampla perspectiva e aumentar a confiança na estrutura regulatória, o que tem motivado intensos debates sobre regulação e respectivas agências.

Novos instrumentos legais são necessários para a modernização e para o aprimoramento do sistema, embora os projetos de lei auxiliem a abordar diversos desafios em termos de superar lacunas e melhorar as condições para as agências, verifica-se que não existe um consenso entre eles.

Nesse contexto, uma importante proposta de emenda constitucional, elaborada pelo Senador Tasso Jereissati, ainda em 2003, a PEC n.º 81, tem sido discutida. Essa emenda tem por escopo constitucionalizar as principais características das agências, com a finalidade de estabilizar sua estrutura institucional. O objetivo aparentemente é fortalecer os princípios regulatórios das agências.

A primeira versão da Proposta de Emenda à Constituição n.º 81, de 2003, sofreu algumas alterações, como parte do processo democrático, e depois de aprovada pelas comissões temáticas do Senado Federal está aguardando pauta no Plenário da casa para sua aprovação, quando então será remetida para a Câmara dos Deputados para aprovação em dois turnos.

A PEC n.º 81, de 2003 propõe a constitucionalização das regras de orientação da atividade das agências reguladoras, como forma de inspirar e guiar o tratamento institucional das agências. A Emenda proposta funcionará como marco fundamental na orientação e validação da legislação infraconstitucional primária e secundária a elas relativas.

É importante que as agências reguladoras tenham existência prevista na Constituição, bem como ali devem estar inscritas as regras que orientam a sua atividade. A constitucionalização desse conjunto de normas confere estabilidade requerida pelo setor, ainda mais no que se refere à atração e a manutenção do capital produtivo no país. Possibilita a expansão dos investimentos em infraestrutura em longo prazo e a geração de renda e empregos no setor.

A PEC estabelece que as funções estatais previstas no art. 174 da Constituição sejam exercidas por agências reguladoras. Esse artigo se refere ao papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, com a incumbência de fiscalizar, incentivar e planejar as iniciativas do setor público, dando assim incentivos à iniciativa privada.

A Proposta de Emenda à Constituição n. 81, de 2003 de iniciativa do Senado Federal, nos termos do §3º do art. 60 da Carta Magna, pretende inserir o art. 174-A com o seguinte teor:

“Art. 174 – A. A atividade regulatória, nela compreendida a regulamentação, habilitação e fiscalização inclusive aplicação de sanções, destina-se a promover o funcionamento adequado dos mercados, inclusive quanto aos serviços públicos em regime de autorização concessão ou permissão atendendo aos interesses dos consumidores, do poder público e das empresas, será desempenhada por agências reguladoras, órgãos de estado sujeitos ao regime autárquico especial, com quadro próprio de pessoal e observará os seguintes princípios:

- I – proteção ao interesse público;
- II – defesa do consumidor e da concorrência;
- III – promoção da livre iniciativa;
- IV – prestação de contas;
- V – mínima intervenção na atividade empresarial;
- VI - universalização, continuidade e qualidade dos serviços;
- VII – imparcialidade, transparência e publicidade;
- VIII – independência funcional, decisória administrativa e financeira;
- IX – decisão colegiada em agências reguladoras;
- X – decisão monocrática e recorrível a colegiado em agências executivas;
- XI – investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos;
- XII – estabilidade e previsibilidade das regras; e
- XIV – vinculação aos regulamentos, contratos e pactos;

Parágrafo único. Lei complementar regulamentará o disposto neste artigo, inclusive quanto ao controle externo das agências reguladoras.”

A proposta já apresenta um avanço quando insere na Constituição a previsão da existência desses órgãos, dadas a suas peculiaridades. Dirime qualquer questionamento existente quanto à constitucionalidade da instituição de agências, que não a ANATEL ou a ANP, que têm a sua previsão como órgão regulador em sede constitucional.

A proposta contempla, ainda, várias normas e características que caracterizam as agências reguladoras já presentes na legislação vigente, e as eleva ao patamar constitucional, reconhecendo-se assim a importância da atividade reguladora para o Estado, além de estender as normas a todas as autarquias especiais.

De acordo com o presente projeto as agências reguladoras deverão funcionar tendo como norte a proteção ao interesse público, a defesa do consumidor e da concorrência, a universalização, continuidade e qualidade dos serviços, e imparcialidade, transparência e publicidade, além de ter garantida a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira.

Outra preocupação da proposta é a estabilidade do mercado, e para isso determina que as agências devem exercer mínima intervenção na atividade empresarial e a promoção da livre iniciativa. A previsibilidade dos marcos regulatórios e a observância aos contratos, também, estão contempladas na proposição.

Apesar de pretender inserir essas normas no texto da Constituição, a proposta não elimina a necessidade de regulamentação posterior por leis complementares e ordinárias, ela apenas fixa parâmetro a serem observados. Assim, o projeto de lei que visa instituir a Lei Geral das Agências Reguladoras, não perdeu sua importância, tendo apenas que se adequar aos preceitos serem instituídos.

O *status* constitucional é fundamental para dar estabilidade, além de autonomia e independência, aos órgãos reguladores, algo muito importante para o mercado e para consumidores/usuários de serviços públicos e atividades econômicas sujeitas à regulação. Não é demais lembrar que, algumas vezes, as agências têm que divergir de interesses econômicos poderosos e do próprio governo, razão pela qual precisam ter condições objetivas para fazê-los.

Assim inserir as regras que devem nortear as agências reguladora no texto constitucional é fundamental para que elas possam ter autonomia e independência de atuação, além de impedir que leis hierarquicamente inferiores possam esvaziar suas funções, limitar suas liberdades e reduzir sua autonomia.

5 CONCLUSÃO

Nos últimos dez anos o Brasil vem encarando o desafio de estabelecer um marco regulatório forte e confiável, e o país tem feito progresso no que diz respeito à promoção do equilíbrio econômico e social. De uma maneira geral as agências reguladoras construíram uma reputação íntegra e contribuíram generosamente em importantes melhorias no marco regulatório em suas respectivas áreas de atuação.

É certo que o sistema das agências reguladoras precisa ser aprimorado e o seu grande desafio tem sido operar como órgão autônomo dentro de um ambiente institucional instável e suscetível as mudanças sociais e políticas. Tendo como maior questionamento a sua autonomia política, administrativa, financeira e tecnológica.

A agência reguladora deve agir como ente de Estado e não de governo, sendo resistente e imparcial com relação ao consumidor (que busca sempre aliar menor preço a melhor qualidade de serviço), ao empreendedor privado (que precisa obter o retorno para os recursos investidos) e ao governo (sensível às demandas políticas). Para conciliar e equilibrar estes interesses a agência deve ser forte e autônoma.

A vantagem das agências independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas. A independência é a garantia da transparência, da previsibilidade e qualidade em relação à tomada de decisões.

Ademais, a autonomia e a independência das agências são fundamentais para a criação de um ambiente favorável aos investimentos e ao crescimento econômico e social do país. A ausência da autonomia e independência dos órgãos responsáveis pela regulação no Brasil eleva a percepção de risco do negócio, encarece o custo do capital e aumenta a tarifa final para o consumidor brasileiro.

As estruturas regulatórias apesar de estarem contribuindo inquestionavelmente para o progresso do setor no Brasil, ainda precisam ter lacunas legislativas supridas, institutos aprimorados e características fortalecidas. Essas questões vêm sendo discutidos no Congresso Nacional onde tramitam projetos legislativos buscando o aprimoramento das agências reguladoras.

No entanto tem sido difícil encontrar um consenso sobre os rumos que as agências reguladoras devem tomar. Estabelecer normas, modernizar as agências reguladoras e mantê-las independentes, envolve desafios e discussões significantes, que muitas vezes se distanciam dos objetivos para os quais elas foram criadas.

A autonomia institucional dos órgãos reguladores tem sido uma questão controversa e política. O processo de ajustes institucionais e legais ainda está em andamento. E, no que diz respeito as agências o Projeto de Lei n.º 3.337, de 2004 tem estimulado o debate nos três últimos anos.

Enquanto esse projeto aprimora alguns desafios no que se refere a diminuir as defasagens sociais e oferecer condições ao consumidores, alguns aspectos têm sido objeto de grandes discordâncias, como a instituição do contrato de gestão, a relativização da estabilidade dos diretores das agências e a omissão quanto garantia de autonomia financeira.

Nesse contexto, a questão que surge acerca das principais alterações a serem introduzidas é o enfraquecimento de prerrogativas das agências e a limitação de suas liberdades e autonomias, o que se afasta em muito do objetivo para o qual foram criadas.

O arcabouço legal tem que dar sustentação para que as agências não percam sua autonomia, suas características e suas funções. Para consolidar ainda mais a posição das agências reguladoras no futuro, a constitucionalização dos princípios que as regem se faz primordial.

A Proposta de Emenda Constitucional n.º 81, de 2003, tem por objetivo a constitucionalização dos princípios que regem da atividade das agências reguladoras. E, para que se tenham reformas efetivas e em conformidade com o intuito do legislador quando criou os órgãos reguladores, a legislação infraconstitucional deve ser ajustada seguindo esses princípios.

A constitucionalização desses princípios funcionará como um marco fundamental para as questões mais relevantes concernentes as agências, em termos de definir o alcance dos seus poderes e de delimitar a sua autonomia.

Embora a criação de uma legislação infraconstitucional seja bastante útil, o processo regulatório, principalmente no que concerne às agências reguladoras deve ser harmonizado, criando sustentação para a independência e autonomia das agências reguladoras.

A questão hoje discutida no Brasil é como manter e consolidar a credibilidade do sistema regulador para que se obtenha benefícios duradouros provenientes das áreas da economia reguladas. A resposta é fácil, uma vez criando condições legislativas consolidadas, o que garante regras regulatórias válidas, não apenas válidas quanto a sua estabilidade, mas também quanto a sua legalidade, haverá confiança dos sujeitos participantes no processo de regulação quais sejam: o usuário, o investidor e o governo.

Para que se garanta um ambiente regulatório estável e consolidado faz-se absolutamente necessária a constitucionalização dos princípios que devem reger a atividade regulatória e em especial as agências reguladoras.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo, coordenador. *Agências Reguladoras e Democracia* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro* – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras* – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladora Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes*. Ed. Fórum. Belo Horizonte -2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores 2008.

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

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Ed. Brasília: Prosegraf. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. - São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de, organizador. *Agências Reguladoras* – São Paulo: Atlas, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASÍLIA, Presidência da República. Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, setembro de 2003. 43 p.

BRASÍLIA, OCDE. Relatório Sobre a Reforma Regulatória – Brasil, Fortalecendo a Governança para o Crescimento. Brasília 350 p.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro de 2005, Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com.br>> Acesso em: 10 de novembro de 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Disponível em <<http://georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 10 de novembro de 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 6 maio/ junho/julho de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 10 de novembro de 2008.