

# Função Normativa das Agências Reguladoras

**Simone Lopes da Costa**

*Juíza de Direito da 10ª Vara de Fazenda Pública - Capital*

Neste estudo, tem-se o propósito de examinar a função normativa das agências reguladoras. De início, cumpre registrar que essas agências são órgãos autônomos, que vivem período “de adolescência”, pois passados os momentos iniciais, caminham e convivem com dilemas na entrada da maturidade.

A atividade de intervenção reguladora do Estado na economia não é criação da década de 1990; o que surgiu como novidade nesta década foi a maneira pela qual a regulação passou a ocorrer. Ficou nítida a mudança no modo pelo qual o Estado se relaciona com os setores da economia, ou como o poder público procuraria coordenar esforços dos agentes econômicos. A iniciativa foi implementada em meio a uma série de mudanças de leis criadas no intuito de reestruturar setores importantes da economia, como telecomunicações, saúde e energia.

Nessa perspectiva, o Estado procurou ordenar os esforços em cada um dos setores citados. Um dos traços comuns foi a regulação comum a toda atividade de modo descentralizado, com certa autonomia e especialidade técnica destacada. Sendo assim, apenas em um cenário em que as agências reguladoras teriam como função estabelecer regras de conduta para fiscalizar, reprimir, punir e resolver conflitos que elas fariam sentido.

Na época da implantação, verificou-se perplexidade, certo desconforto dos pensadores do direito administrativo, dos agentes políticos, dos agentes administrativos em relação ao modo distinto de o Estado atuar com os setores vinculados ao sistema econômico.

Ocorre que, na teoria e na prática, as agências reguladoras vieram a cumprir papel diferente do que o Estado prestava até então. Elas constituem mecanismos de autorregulação dos setores econômicos, de modo destacado do Estado. Houve identificação entre Agência Reguladora e instâncias de autorregulação.

Entretanto, com bom senso, pode-se verificar que as agências reguladoras não se confundiriam com autorregulação, porque precisam ater-se a poder conferido pela lei, de maneira permeável em relação aos setores em que atuam. Nesse diapasão, foram entendidas como vetores de desestatização, de suposta retirada de poder do Estado, de modo a serem confundidas com a privatização.

No contexto da prática, o processo de consolidação das agências reguladoras ocorreu de modo desigual: há setores em que essa estrutura se desenvolveu muito bem e outros, nem tanto... Nesse processo, seis problemas parecem nítidos:

- 1) Autonomia, sem meios para exercer o contingenciamento de recursos. Não há o provimento de cargos das agências e até um atraso inaceitável de nomeação dos dirigentes. Sem dúvida, esse constitui problema de conceder autonomia, sem propiciar meios para exercê-la.
- 2) Repetição de alguns casos nas agências reguladoras da impermeabilidade do exercício da autoridade estatal. Edição de comando, sem que se constate qualquer tipo de comunicação com setores regulados. Há agências que dão aberturas, além da consulta pública, que se valem do que nela foi colhido, que fazem a norma, considerando o que foi colhido na consulta pública. Mas, isso não é a regra; em outros segmentos, se denota ausência de transparência e comunicação com regulados e com a sociedade.
- 3) A regulação por contingência. O regulador precisa pensar em racionalidade do setor, sem que fique inativo, meramente procurando resolver os problemas à medida que os mesmos surgem. Agindo desta maneira, em vez de contribuir para o sistema regulado, cria-se o antissistema, sem lógica, nem organização...
- 4) Agência emitindo comando regulatório, sem verificar o impacto no setor regulado. Cumpre à regulação comprometer-se com a otimização do setor estatal. Conforme essa premissa,

no curso do processo regulatório, a Agência deve preocupar-se com estudar, simular as alternativas e impactos nos setores regulados.

5) Captura pela política; ou seja, do regulador pelo regulado. Sob esse enfoque, a agência não há de ser caudatária dos desígnios governamentais, não pode ser um corpo técnico do governo, extensão do poder estabelecido. A política regulatória não pode se misturar com as políticas governamentais. Se for assim, como denuncia o prof. Eros Grau, transformar-se-ão em meras repartições, o que não significa dizer que não devam cumprir o parâmetro ditado por políticas públicas.

6) Incerteza na própria regulação e de sua extensão. A incerteza se traduz pela reprodução em alguns setores do viés normativo, verificado no âmbito da administração centralizada. Há poderes normativos que podem ser exercidos pelas Agências Reguladoras, dirigidas por órgão colegiado, o que leva a deprender que cada norma será debatida. Sendo assim, não faz sentido que as agências normatizem por ofício, por circulares, por despacho normativo, evitando-se a reprodução do vício de administração caótica e burocrática, que ocorria quando se adotava a regulação centralizada.

Em continuidade, apresentam-se algumas considerações acerca dos limites normativos das Agências Reguladoras, como complemento ao que foi elencado.

A crescente complexidade de matérias e a impossibilidade de disciplinar tudo mediante legislação foi das razões pelas quais se conduziram a poderes concedidos ao Executivo, além das Medidas Provisórias, em especial a descentralização para as Agências Reguladoras. Todavia, editam-se inúmeros procedimentos normativos que invadem a esfera do cidadão, que estão, como acentuado, fora do sistema legal. O ato normativo elaborado pelo Executivo deve ser atendido, mas novas questões se põem e precisam ser enfrentadas.

No aspecto prático, a ANVISA edita várias resoluções no que tange a propagandas de produtos. Tomando-se como exemplo a publicidade de cigarros, medicamentos, cerveja e vinho, quando restringiu horário de propaganda desses últimos. Mais recentemente, o novo regulamento restringe propaganda do alimento tido como pouco nutritivo... Tal disposição está na Resolução 24 de 2010 da ANVISA, que se apresenta como regulamento técnico e trata da propaganda e comercialização e divulgação de alimentos.

A questão que se põe é se a ANVISA, como órgão regulatório, pode impor esse tipo de limitação, não respaldada em lei. O mesmo questionamento se replica para as demais Agências... Teria competência a ANVISA para dispor acerca do que seria ou não um produto que atende a requisitos nutricionais?

Deve-se ter como parâmetro que as Agências Reguladoras agem em prol da sociedade. O artigo 16 da mencionada Resolução 24 deve ser cumprido imediatamente e determina que, a partir dessa resolução, os alimentos com baixo teor nutricional devem conter mensagens para informar o consumidor de modo inequívoco. A título de exemplo, o alimento “X” contém muito açúcar e pode causar obesidade e cárie.

Sem qualquer dúvida, verifica-se um conflito entre princípios. De um lado, o direito à saúde e o papel de o Estado desenvolver medidas protetivas, pautado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). O Estado deve atuar para atingir medidas que venham a conter doenças. Do outro lado, a liberdade de expressão, pautada no artigo 220 CRFB, como se transcreve a seguir:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

Alimentos ou bebidas não estão contidos no conteúdo do parágrafo 4º do artigo 220 CRFB. Este é o ponto de conflito. Há duas correntes de pensamento: a) admite que ato da ANVISA é válido, porque privilegia a saúde da sociedade, o que confere legitimidade para o órgão regulador legislar; ou seja, o fundamento de validade seria a própria Constituição e b) sustenta a necessidade de lei, sem a qual não poderiam particulares sofrer qualquer tipo de restrição.

A Advocacia Geral da União filiou-se ao pensamento de que é necessário lei e recomendou à ANVISA que suspendesse a resolução para melhor exame, inclusive a pedido do CONAR, que é autorregulação. Por outro lado, o CONCEIA, conselho subordinado a chefe do Poder Executivo, pediu apoio de todos os setores do Poder Judiciário para fazer valer as medidas adotadas pela ANVISA. O conselho de saúde sustenta que se deve privilegiar a medida da ANVISA n. 24 de 2010. A questão está sob exame

do Poder Judiciário e, em 30 de setembro de 2010, foi suspensa a resolução por determinação da 16ª Vara Federal de Brasília. Quatro associações já possuem decisões liminares – ABIA, ABIR, ABICAB e associações de restaurantes.

Todo problema versa sobre a definição dos limites do poder regulatório. A lei que criou a ANVISA (9782/99) concedeu funções amplas, mas não estabeleceu o limite de atuação. É certo que há o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas, que detêm poder de polícia, ainda que disfarçado.

O Superior Tribunal de Justiça tende a confirmar os atos regulatórios em sua grande maioria, considerando que o sistema não pode ser visto apenas como as categorias do direito administrativo do passado. Há preocupação com a visão sistêmica e a certeza de que a Agência Reguladora controla a atividade econômica e tem poder político reforçado, mas não há como precisar se o Poder Judiciário se posicionará no sentido de que se trata de matéria afeta ao direito da saúde, com fundamento constitucional ou no sentido de que a limitação de interesses é tamanha que requer lei específica. ♦