

O Fórum Brasileiro sobre Agências Reguladoras: Contribuições ao Debate e à Prática Social

Lúcio Durante

Juiz de Direito da 3ª Vara Cível - Campo Grande

Este estudo tem o propósito de discutir alguns temas debatidos no seminário VII Fórum Brasileiro sobre Agências Reguladoras, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, nos dias 28 e 29 de abril de 2011, no Rio de Janeiro.

O evento constou de 16 palestras em que se abordou a Reforma do Marco Legal das Agências Reguladoras no Brasil, Governança, Participação e Enriquecimento do Processo Decisório, Direito Administrativo e Direito Empresarial, o Estado da Arte, Processo Administrativo e Participação Popular; Audiência Pública como Instrumento de Promoção de Direitos de 3ª Dimensão, Limites de Atuação, Disciplina da Propaganda de Produtos Comerciais; Poder de Polícia Reforçado ou Poder Normativo, Aperfeiçoamentos da Disciplina, seu Controle e Atuação no Anteprojeto de Nova Lei Orgânica da Administração Pública, Regulamentos de Organização e Autonomias, Limites da Função, Regulação Jurídica no Setor Elétrico, Equilíbrio dos Contratos; Prorrogação e Limites da ANEEL, Concessão de Direito de Pesquisa e Exploração de Recursos Hídricos e Minerais, As Concessões de Serviço Público; Crônica de Jurisprudências do STF, A Lei 12.304/2010 e a Partilha de Competências entre a PRÉ-SAL PETROLEO S.A e Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Contrato de Partilha de Petróleo e Gás, Peculiaridades do Modelo Brasileiro, Exercício de Polícia Administrativa Por Concessionárias de Serviço Público, Regulação; Parcerias Público-Privadas e Infraestrutura para a Copa do Mundo de 2014, e a Contribuição de Marcos Juruena Villela Souto ao Direito Administrativo Regulatório.

O evento teve como objetivo fornecer aos participantes conhecimentos teóricos, práticos e jurisprudenciais sobre os serviços públicos, políticas

públicas, poder de polícia, regulação, privatizações, surgimento e evolução das agências reguladoras independentes e Código de Defesa do Consumidor, renda da população e transferência de renda, acesso da população aos serviços públicos, e homenagem a Marcos Juruena Villela Souto.

Os palestrantes procuraram mostrar a evolução da regulação, dos serviços públicos desde antes da Constituição de 1988 e após as privatizações de 1996, contemplando igualmente o Código de Defesa do Consumidor.

A Administração Pública ancorava sua atividade nos princípios da unidade, centralizada na hierarquia e da autoridade e na separação entre o público e privado, para estabelecer suas políticas públicas, executar os serviços públicos e regular essas atividades, as quais estavam atreladas à influência política do governo da época.

O Art. 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece os Princípios Gerais da Atividade Econômica, apoiado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar existência digna nos pressupostos da justiça social e na livre concorrência e defesa do consumidor.

Antes da Constituição de 1988, a maioria dos serviços públicos era prestada por empresas públicas, fundações públicas, e empresas de economia mista, cuja regulação era exercida pela administração direta, através de lei, decretos ou regulamentos e ainda quando executados pela iniciativa privada, mediante autorização ou permissão, com a fixação de preços públicos, pela entidade titular da autorização, que tinha a função de executar as políticas públicas estabelecidas pelo governo.

A regulação da atividade econômica desenvolvida pelo Estado pode ser executada por meio de órgãos da própria Administração Pública Direta, de entidades semi, ou totalmente independentes, mas com a restrição de escolhas privadas pela imposição de regras públicas. Como condicionamento externo à atividade dos agentes econômicos, abrange as vertentes supervisão e sancionamento, que não se confundem com o poder de polícia do Poder Público, por terem regramento e finalidades diversas.

Poder de polícia é a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direitos, interesses ou liberdades, regula a prática de atos ou abstenções de fato, em razão do interesse público concorrente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do

mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos seus direitos individuais ou coletivos, enquanto as agências reguladoras visam a executar as políticas públicas estabelecidas pelo governo, regulando o seu exercício pelas empresas reguladas, estabelecendo regras de execução, fixando preços e tarifas, visando a atender o bem estar dos consumidores.

Com a Lei das privatizações de 1996 e alienação pelo Estado de setor público empresarial, com a venda de empresas ou de participações sociais, medidas que abriram a concorrência a certos setores, antes submetidos a um regime de monopólio, público privado. Nesse processo, começaram a surgir as primeiras agências reguladoras, como parte de uma política pública, orientada a captar investimentos estrangeiros e regular o setor econômico cuja expansão era indispensável e dependia de investimentos estrangeiros.

As primeiras agências foram as do setor de energia elétrica, petróleo e telecomunicações, difundindo na sociedade brasileira a ideia de desnacionalização da economia e submissão aos interesses externos.

A reforma do Estado deve ser entendida como redefinição do seu papel fundamental, que deixa de ser responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via de produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de provedor e regulador desse desenvolvimento, reduzindo seu papel de executor ou prestador direto de serviços, com a alteração qualitativa ou quantitativa da regulação e redução do controle público sobre a produção e mercado de numerosas indústrias.

O Estado mantém a competência para criar empresas públicas. Os serviços públicos são de titularidade estatal. A saúde, e a educação são serviços essenciais e de interesse público primário e os Ministérios definem as políticas públicas e a eventual intensificação de determinadas modalidades e prioridades do setor. Permanece a tendência à intensificação da regulação independente, ainda que a autoridade reguladora não detenha o monopólio da regulação, compartilhando-a com o órgão independente e o administrativo.

Quanto à prestação de serviço público, a competência é da União, com âncora nos incisos XI e XII do art. 21 da Carta Magna de 1988, enquanto a

competência dos Municípios está atrelada às questões de interesse local, e aos Estados membros está reservada a competência residual. O Distrito Federal acumula estas duas (Municipal e Estadual), cujas entidades podem criar por Lei ou Medidas Provisória(União), e Decretos, agências reguladoras, para regular os serviços que lhe são destinados pela Constituição Federal.

Numa segunda etapa, as agências reguladoras não tinham mais relação com a captação de recursos externos, mas destinavam-se a regular os serviços públicos, até então explorados pelas empresas brasileiras.

Após 2002, sem alterar o regime jurídico das agências reguladoras, o governo promoveu medidas políticas visando a reduzir a autonomia das mesmas, ao deixar de prover os cargos de direção, nem repassar os recursos para a manutenção de suas atividades e dificultar o provimento de cargos técnicos. Tais agências reguladoras, sem recursos financeiros suficientes e com a redução do tecido humano, tiveram suas atividades reduzidas ou paralisadas. Dessa forma, tornam-se vulneráveis para exercer suas funções básicas. Essa problemática, somada às notícias de corrupção nos órgãos e entidades do governo federal, que atingem integrantes da Administração Central, afeta, em parte, a independência e confiança dessas entidades perante a opinião pública.

O aumento das agências reguladoras torna evidente o aperfeiçoamento da democracia e uma sonhada reforma política, com o controle do exercício do poder e redução da dimensão autoritária do poder político brasileiro, com a ampliação da eficiência das políticas públicas e das decisões governamentais.

Com a Emenda Constitucional Nº 45/2004, foram criados o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, compostos por representantes da sociedade e das instituições reguladas, com o objetivo de propiciar maior transparência e eficiência de suas atribuições, no seio social.

As agências reguladoras não defendem os interesses do governo, nem os das empresas reguladas, tampouco os dos consumidores, apesar de esses serem os destinatários e s beneficiados diretos. A regulação é objetiva e deve preocupar-se com o mais eficiente desenvolvimento da atividade econômica a ela submetida como forma de implementar a política pública estabelecida pelos órgãos administrativos e legislativos competentes, que estabelecem, implícita ou explicitamente, a competência normativa dessas

entidades. Em regra, podem expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços, normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras dos serviços regulados, os equipamentos e normas de padrões a serem observados, visando à livre concorrência, eficiência, continuidade dos serviços e modicidade dos preços e tarifas, podendo inclusive decidir administrativamente conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente, a própria agência e os usuários, em conformidade com o disposto na lei N^o. 8.987/95. No caso em exame, a função decisória é distinta da exercida pelo Poder Judiciário, por não se tratar de atividade jurisdicional, pois suas decisões não fazem coisa julgada e, por isto, podem os prejudicados recorrer ao Poder Judiciário, para o reexame das mesmas.

Apesar de as agências reguladoras deterem o poder decisório e sancionador em relação às empresas reguladas, vinculam-se à necessidade de adoção de mecanismos que garantam a transparência, a publicidade de procedimento e a participação dos administrados, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. As sanções são de natureza administrativa e podem ser de ordem pecuniária e administrativa, como advertência, suspensão ou revogação da concessão, permissão ou autorização, mas sempre nos limites da legislação pertinente, levando-se em consideração a natureza e gravidade das infrações cometidas, o resultado dela decorrente e as vantagens obtidas pela entidade infratora.

As agências reguladoras possuem ainda papel importante em relação à proteção do consumidor, usuário dos serviços regulados, especialmente para garantir a prestação de serviços de qualidade a preços justos, mas isto não significa ser um órgão de proteção ao consumidor. Em caso contrário, passariam a ser entes parciais, o que contraria a própria razão de sua existência.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6^o elenca os direitos básicos dos consumidores, os quais estão entre os objetivos da regulação das agências, *in verbis*:

Art. 6^o. São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Cada agência reguladora tem regime jurídico próprio, com normatização própria e singular, e atribuições e deveres-poderes conferidos, apesar de, em alguns pontos, tais regimes apresentarem variações significativas, com graus diversos de autonomia, de conformidade com lei, medida provisória, ou decreto que a criou, como autarquia especial.

O art. 37 da Constituição Federal estabelece o princípio da eficiência como orientador da atividade administrativa, para que tal finalidade seja atingida pelas agências reguladoras independentes, as quais possuem várias competências, além das vinculadas à função executiva, com a resolução de conflitos entre os interessados e a conciliação (entes regulados e consumidores), objetivando alcançar o ideal de eficiência regulatória. A independência

orgânica decorre da ausência de vinculação dos responsáveis pela direção da agência e a Administração Direta, garantida pela previsão de estabilidade dos diretores, forma de escolha e nomeação de diretores, existência de mandato fixo, impossibilidade de exoneração desmotivada e do estabelecimento de causas de incompatibilidade durante e após findo o mandato. Por estarem desvinculadas do Poder Central, para a nomeação e manutenção do cargo, a legislação impõe um regime de incompatibilidade para o exercício de função pública ou política, atividade profissional ou empresarial, sindical ou direção política partidária, ou a manutenção de vínculo com empresas sob fiscalização da agência.

A autonomia funcional e a financeira das agências reguladoras é fator preponderante para a independência no exercício de suas atribuições, com a fixação dos objetivos perseguidos e escolha dos instrumentos para atingi-los de forma mais eficiente possível. A ausência de vínculo hierárquico formal com a pessoa administrativa central tem o intuito de evitar a captura das mesmas por interesses políticos e econômicos. Apesar disso, na prática, interferem na plena independência destas, seja pelo não provimento dos cargos, ou falta de repasse adequado dos valores necessários ao exercício satisfatório e eficiente de suas atividades.

Inobstante, não se poder falar em independência absoluta das agências reguladoras, nem arbitrariedade, por estarem sujeitas ao controle dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, do Tribunal de Contas, e social, realizado pelo mercado e pelos consumidores usuários dos serviços regulados, exercem suas funções com independência, nos limites das atribuições fixadas na norma que as criou.

Embora as agências reguladoras sejam consideradas entes independentes, autarquias especiais às quais foi conferido maior grau de autonomia do que possuem as autarquias convencionais, submetem-se às várias formas de controle, que visam a garantir legitimação à sua atuação.

Concluindo, vale ressaltar que o seminário, pela excelência e competência de seus palestrantes, foi extremamente esclarecedor e ilustrativo, no conhecimento das regras de criação, regulamentação e atuação das agências reguladoras, pois apesar de os Estados Membros e Municípios poderem criar agências reguladoras, as poucas efetivamente criadas, não estão na área da atuação diuturna da maioria dos magistrados estaduais, que apenas

agem na solução dos conflitos de interesses entre as empresas públicas ou privadas e de economia mista, ou fundações, reguladas pelas agências, em confronto com os usuários de seus serviços.

Como exemplos, podem-se mencionar as de distribuição de energia elétrica, em relação à interrupção do serviço, por alegado furto de energia, sem a observância do devido processo legal; cobrança excessiva e defeito na prestação de serviço dos planos de saúde, em decorrência do aumento abusivo das mensalidades, ou negativa injustificada, ao não autorizar internações, no período de carência, mesmo em caso de emergência e risco de vida; e das concessionárias de telecomunicações, por cobrança abusiva, ou indevida de serviços defeituosos ou não utilizados. Essas são sabidamente as mais acionadas pelos consumidores; de regra, embasam e justificam seu atuar nas normas expedidas pela agência reguladora a que estão subordinadas, interpretando abusivamente e incorretamente tais resoluções. Assim procedendo, prejudicam dolosamente seus consumidores, aos quais não resta outra alternativa, a não ser socorrer-se do Poder Judiciário para restabelecer seus direitos. Inclusive já tive oportunidade de anular várias confissões de dívidas, referentes à recuperação de energia, supostamente não registrada pelo medidor e firmadas pelos consumidores, por temerem que a energia fosse interrompida, caso não o fizessem. (Processos nº2007.205.002092-5, 2007.205.009731-4 e 2006.205.008528-0) dentre outros.

Em síntese, o seminário proporcionou-me oportunidade de aprofundar e ampliar meus conhecimentos a respeito dos temas ventilados. ♦