

Agências Reguladoras

Alessandra da Rocha Lima Roidis

Juíza de Direito da Vara Criminal de Queimados - RJ

O VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras foi realizado na cidade do Rio de Janeiro em homenagem ao jurista fluminense Marcos Juruena Villela Souto, falecido recentemente. A homenagem se justifica em razão de Marcos Juruena ter sido um entusiasta das agências reguladoras e do seu papel na definição dos limites da intervenção do Estado em diversos setores.

Após dois dias de palestras, constata-se que o Estado mudou para se tornar mais ágil, mas o Direito e seus operadores não acompanharam o dinamismo da sociedade, tanto que, depois de aproximadamente quinze anos da Reforma do Estado, ainda existem polêmicas em relação aos limites de atuação do Estado em relação aos setores regulados pelas agências.

É inegável que, atualmente, o Estado celebra negócios de forma muito mais complexa e global do que celebrava na época do tradicional estudo do Direito Administrativo. Consequentemente, o estudo do atual Direito Administrativo precisa ajustar-se á mutabilidade, ao contrário dos clássicos juristas que se preocupavam com a segurança jurídica de determinados conceitos.

Sob esse ponto de vista, diversos palestrantes propiciaram valiosa contribuição ao entendimento do tema principal, muitas vezes com a análise particular de determinados setores como, por exemplo, a regulação das propagandas, do setor elétrico, dos serviços públicos, do petróleo e gás, além das questões pertinentes aos recursos hídricos.

De todas as palestras, duas que mais se destacaram foram ministradas por Vanice Regina Lírio do Valle e Sergio Guerra, sobre governança e limites de atuação das agências reguladoras na disciplina da propaganda de produtos comerciais, respectivamente.

A mencionada professora Vanice Valle iniciou sua fala com a constatação de que as agências reguladoras já se encontram consolidadas em nosso Estado e se apresentam compatíveis com a Constituição da República/1988, salientando que se encontram sujeitas a regime especial, orientado à garantia de sua autonomia e independência.

Assim, ultrapassada a questão da constitucionalidade das agências – já amplamente analisada pelo saudoso Professor Marcos Juruena –, a palestrante passou a abordar o papel das agências no bojo da Reforma do Estado de 1995, oportunidade em que se aprofundou no papel do Direito, como cláusula de bloqueio às propostas de mudança, visto que os operadores do Direito apresentam perfil conservador, com tendência à rejeição de inovações de sistemas.

As inovações inauguradas pela regulação se reproduziram em outros campos do Direito e, após a superação das falhas sequenciais, impôs-se a superação de outros pontos como, por exemplo, a delegação como estratégia e a retração da esfera de atuação exclusiva do Legislativo; mudanças na estrutura das normas e abertura a outras áreas do conhecimento, visto que o Direito não pode resolver todos os assuntos do Estado.

Para a palestrante, a regulação apresenta-se como campo de teste de um novo Direito, dessa vez orientado ao consenso e à indução.

Em seguida, ressaltou que, ao analisar as agências reguladoras, surge tema sensível consistente na análise da delegação *versus* escolhas políticas, tendo despido a realidade ao ensinar que, reconhecer o caráter político de uma decisão, significa reconhecer que tal decisão tem caráter estratégico, de modo que uma decisão, política, às vezes, afigura-se mais necessária do que uma decisão técnica que, muitas vezes, pode não se apresentar fria e imparcial como se costuma acreditar.

Depois de examinar as dificuldades das agências reguladoras e o papel dessas entidades na atual estrutura do Estado brasileiro, avaliou o papel da governança no aprimoramento da função regulatória.

Explicou que a ideia de governança surgiu no setor privado, na década de 1970, e, após fornecer alguns conceitos de governança, conceituou governança como autogestão e nova forma de composição dos interesses, com base no Direito. Compreendida dessa forma, a regulação aberta à governança exige mecanismos de formulação de escolhas públicas participativas, orientadas à formação do consenso,

Destacou que as agências reguladoras são importantes no atual contexto social, porque incrementam as relações de consumo e o respeito à cidadania. Em razão da importância das agências reguladoras, verifica-se que a governança se faz necessária para prevenir a tecnocracia; incorporar

o pluralismo de posicionamentos; valorizar a interação social e o dissenso e prevenir o risco referente à dimensão futura do interesse público.

Salientou que governança se relaciona à dimensão procedimental; ou seja, como se realizam as decisões. No entanto, mencionou os defeitos e riscos da governança, tendo elencado os vícios associados à assimetria na participação, ao modo de captura do regulador, à cidadania desinteressada, à inefetividade de participação, ao assembleísmo e ao paroquialismo.

Contudo, concluiu que esses riscos podem ser evitados pelo Estado, a partir do momento em que atue como indutor da cidadania e defina com clareza as regras do jogo em relação à participação.

Em razão dessa valiosa palestra, chega-se à conclusão de que as agências reguladoras ainda têm muito a evoluir, principalmente no que diz respeito à forma de relacionamento com a sociedade.

Em relação à palestra ministrada pelo professor Sergio Guerra, a questão consiste nos limites das agências reguladoras. Para exemplificar a profundidade da indagação, o referido palestrante citou caso em que a ANVISA apresentou restrições à propaganda de determinados alimentos, com fundamento no dever que o Estado tem de garantir a todos o direito à saúde. No entanto, do outro lado existem os fabricantes desses alimentos considerados pouco nutritivos, que também possuem o direito à liberdade de expressão.

Sobre o tema, o palestrante examinou a competência da União para legislar sobre propaganda comercial e mencionou que a Justiça Federal vem decidindo de forma contrária à ANVISA. Após explicar que regulação vem a ser a evolução do poder de polícia – porque tem maior campo de incidência e o justifica -, o expositor explicou que a ANVISA foi contemplada com competências amplas que, inclusive, permitem a criação de obrigações e a restrição de direitos, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter decidido o contrário.

No entanto, ressaltou que a Suprema Corte já decidiu que ato regulamentar pode criar obrigações, desde que busque fundamento de validade na CRFB/88, bem como lembrou que a mesma Corte, ao adotar interpretação conforme a Constituição, considerou constitucional o racionamento de energia elétrica.

Sobre o tema, é esclarecedora a transcrição do julgado abaixo, pelo qual o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a possibilidade de ato regulamentar criar obrigações, desde que com fundamento de validade na Constituição:

“O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, resolveu: 1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes do art. 119; 2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art. 19, inciso XV, vencidos os Mins. Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; b) quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regênciam, vencido o Min. Moreria Alves, que o indeferia; c) quanto ao art. 59, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21/06/1993, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 4) indeferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, quanto aos

incisos II e III, do art. 18; 5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar, quanto: a) ao inciso I, do art. 18, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; b) ao parágrafo único do art. 54 ao art. 55, ao art. 56, ao art. 57 e ao art. 58, vencidos os Mins. Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; c) ao inciso III do art. 65, ao § 1º do art. 65, à expressão “ou concomitância”, constante do § 2º do art. 65, e ao art. 66, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia; d) ao art. 69, vencidos os Mins Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o deferiam; e) à expressão “as disposições desta lei e, especialmente”, constante do caput do art. 89 e aos incisos I a X, desse mesmo artigo 89, vencidos os Mins. Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; f) ao art. 91, caput, e aos seus §§ 1º, 2º e 3º, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia; g) à expressão “ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91”, constante do art. 119, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia. O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210 da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, vencido o Min. Marco Aurélio que o deferia”. (ADI 1668 MC / DF – DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min.MARCO AURÉLIO Julgamento: 20/08/1998 Órgão Julgador: Tribunal Pleno). ♦