

O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO PARADIGMA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Prof. MS. Cleber V. T. Vianna

2017

E-mail Acadêmico

cvianna3@gmail.com

CENÁRIO INSTITUCIONAL

- Observa-se duas posições governamentais antagônicas:
 - ❖ A política de Estado intervencionista em contraponto ao estado liberal.
- Desdobramentos:
 - ❖ Crescimento da máquina administrativo estatal (órgãos e pessoas jurídicas de direito público - autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, etc.);
 - ❖ Esgotamento de recursos e da capacidade de investimento do setor público.

POLÍTICA DE ESTADO

- Implantação do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90, reformulado pela Lei nº 9.491/97).
- Metas:
 - ❖ Reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades não essenciais, que por ela possam ser bem executadas, e assim,
 - ❖ Possibilitar que a Administração priorize as necessidades imediatas e mediatas nacionais.

CONSEQUÊNCIA

➤ Com a mudança de paradigma, o Estado retrai sua participação direta na prestação de serviços e impõe a necessidade de implementação na função reguladora, fiscalizadora e de fomento, incidindo sobre as empresas privadas que venham a assumir a prestação dos serviços públicos.

MODELO DE CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

- O modelo de organização das Agências Reguladoras brasileiras tem como parâmetro o americano, ou seja, a matriz do nosso sistema foi trazida da *Common Law*.
- As Agências no direito norte-americano existem desde a origem do Estado e acompanharam a evolução do direito administrativo. A organização administrativa era estudada no âmbito da ciência política e não do direito.

- Atualmente podemos distinguir quatro fases das Agências nos USA:
 - ❖ 1º Fase Inicial: Organização do Estado em 1887 após a Declaração da Independência, com poderes “quase legislativos e judiciais”;
 - ❖ 2º Fase entre 1930 e 1945 - *New Deal* (novo acordo): Lançado pelo Presidente Roosevelt, é marcado por uma grande intervenção estatal na economia.
 - ❖ 3º Fase ente 1965 e 1985: Desenvolveu-se a **Teoria da Captura**, que identifica o fenômeno do desvirtuamento das finalidades das Agências, pois, os agentes econômicos que devem ser regulados, passam a influenciar as atividades das Agências Reguladoras, de forma a determinar o conteúdo da atividade regulatória a eles destinadas.
 - ❖ 4º Fase a partir dos anos 80 até os dias atuais: As Agências Reguladoras passaram a sofrer uma interferência externa maior, mas sem perder autonomia. Tal fato se deu em fase dos efeitos da Teoria da Captura e o sistema externo é exercido pelos três poderes do Estado.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

- Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL - Lei nº 9.427/1996);
- Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL - Lei nº 9.472/1997);
- Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP - Lei nº 9.478/1997);
- Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA - Lei nº 9.782/1999);
- Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS - Lei nº 9.961/2000);
- Agência Nacional de Águas (ANA - Lei nº 9.984/2000);
- Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ - Lei nº 10.233/2001);
- Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT - Lei nº 10.233/2001);
- Agência Nacional do Cinema (ANCINE - Lei nº 10.454/2002);
- Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC - Lei nº 11.182/2005);
- Agência Nacional de Mineração (ANM - Projeto de Lei nº 5.807/2013) - em processo de criação para substituição do DNPM.

CONSTITUCIONALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

- No Brasil as Agências Reguladoras diferente dos USA, nascem por decisão política pontual e não de forma lenta e contínua.
- Tem função de parametrizar, fiscalizar e fomentar os serviços públicos e o exercício de atividades econômicas.
- A Constituição Federal faz previsão expressa da criação de um órgão regulador de serviços de telecomunicação (art. 21, XI) e do setor petrolífero (art. 177, §2º, III), vindo posteriormente a ser ANATEL e ANP.
- As demais Agências não possuem base constitucional, o que deu azo ao questionamento da constitucionalidade das mesmas. Discussão superada pelo STF no julgado do Min. Sepúlveda Pertence (ADI-MC nº 1949/RS).
- Natureza Jurídica pública em regime autárquico especial.

PODERES DE ATUAÇÃO

- Para que estas pessoas jurídicas possam agir de forma eficiente, necessário os poderes de regulação e fiscalização inerentes ao Estado:
- Autonomia técnica, administrativa e financeira para manter-se imune às ingerências político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias.
- Levantamento de dados, análise e realização de estudos sobre o mercado objeto da regulação.
- Elaboração de normas disciplinadoras do setor regulado e execução da política setorial determinada pelo Poder Executivo, de acordo com os condicionamentos legislativos.
- Fiscalização do cumprimento, pelos agentes do mercado, das normas reguladoras.

- Defesa dos direitos do consumidor.
- Incentivo à concorrência, minimizando os efeitos dos monopólios, objetivando a eliminação de barreiras de entrada e o desenvolvimento de mecanismos de suporte à concorrência.
- Gestão de contratos de concessão, autorização e permissão de serviços públicos delegados e fiscalizando o cumprimento dos deveres inerentes à delegação, à aplicação da política tarifária, etc.
- Arbitragem entre os agentes do mercado, sempre que prevista na lei de instituição. e
- Transparência que permita a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço.

CARACTERÍSTICAS GERAIS

- Indicação do Dirigente: Política (ato administrativo complexo), nomeação pelo Presidente da República e anuência do Senado Federal.
- Autonomia Qualificada: Maior que as demais Autarquias em face da estabilidade dos dirigentes.
- Âmbito de Atuação: Federal, Estadual, Distrital e Municipal.
- Classificação da Atuação - (Outorga):
 - ❖ Serviços Públicos: ANATEL, vocacionada para a regulamentação.
 - ❖ Polícia Administrativa: ANVISA, atividades de fiscalização.
 - ❖ Fomento: ANCINE (cinema), incentivo de setores sociais ou específicos.

GERAÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

(Prof^a. Dinorá Grotti - PUC-SP)

- 1º Geração de Agências: Direcionada ao controle de serviços públicos - 1994/1998.
- 2º Geração de Agências: Ampliação do espectro de atuação do Estado e não só dos serviços públicos, sendo mais especializadas (ANVISA, ANA, ANTAQ) - 1998/2003.
- 3º Geração de Agências: Agência Plenipotenciária ou Pluripotenciária, pois desenvolvem várias atividades simultâneas como: Regulação dos Serviços Públicos, Fiscalização (Poder de Polícia) e Fomentam a iniciativa privada (ANAC, ANCINE, etc.) - 2004 / até os dias atuais.

CONTROLE EXTERNO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

- Como já apontado, as Agências Reguladoras possuem autonomia, mas não são absolutamente independentes. Submetem-se ao controle dos três Poderes do Estado e ao Tribunal de Contas da União.
- No tocante ao Poder Legislativo, o fundamento é o artigo 49, X da CF, o que trata-se de um instrumento de preservação da segurança sócio-jurídica da atuação das mesmas. Observa-se que o Parlamento pode questionar gestão interna da Agência, exigir justificativa para as decisões de cunho regulatório, fiscalizar processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória e as justificativas técnico-científicas das opções adotadas. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 588).

- O Tribunal de Contas da União com fulcro no art. 71 da CF é órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, cabendo-lhe assim, apreciar as contas prestadas anualmente e se irregulares, comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.
- O Poder Judiciário com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, não apenas controla os atos das Agências em análise como toda a Administração Pública nos limites estabelecidos em lei, uma vez presente lesão ou ameaça a direito. (MEIRELLES, 2015, p. 605).
- ❖ Ressalta-se que o controle será realizado, ordinariamente, sob os aspectos da legalidade e só adentrando ao mérito administrativo (conveniência e oportunidade do ato), em caso de subsunção do ato às normas superiores e aos princípios administrativos e não para impor suas convicções. Esse controle geral do Judiciário permitira legitimidade à atividade normativa das Agências, que não poderão editar atos arbitrários ou desarrazoados.

- O Poder Executivo também não exerce controle imediato sobre a atuação das Agências Reguladoras, uma vez que são pessoas e não órgãos da própria administração direta. Suas ações não comportam via de regra recurso administrativo impróprio, mas em sentido contrário, a Advocacia-Geral da União exarou o parecer nº AC - 051/2006, aprovado pelo Presidente da República em 13/06/2006, que permite tal conclusão (art. 40, § 1º da Lei Complementar nº 73/93).
- O cidadão e o poder de petição do art. 5º XXXIV da CF, que dentre outros, visa defender direitos ou impugnar ilegalidade ou abuso de poder. Em uma visão *lato sensu*, abarcar o recurso hierárquico impróprio, mesmo que se trate de atividade fim da agência reguladora, pois configura-se direito fundamental. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 833-834).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- As Agências Reguladoras possuem um papel fundamental na Administração Pública, pois objetivam garantir segurança aos cidadãos quando consomem bens ou serviços.
- De origem estrangeira (*Common Law*) e adaptada ao nosso sistema jurídico, se mostram imprescindíveis ao bom funcionamento das atividades econômicas e sociais.
- Destaca-se seu perfil de independência (administrativa, financeira e patrimonial), bem como, sua vocação para regulação, fiscalização e fomento.
- A grande batalha se mostra nas interferências político-partidárias, que não raro desvirtuam sua natureza técnica (expedem atos normativos técnicos) de caráter econômico e busca-se harmonizar os dispositivos constitucionais, como: art. 21, XI e 177, § 2º, III com o art. 84, IV.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo. Dialética, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: Direito Administrativo Econômico (Coordenação de Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000.
- Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELO FILHO, João Aurino de. Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2163, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12903>>. Acesso em: 20 abril. 2017.
- Sundfeld, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras, *in* Direito Administrativo Econômico. Malheiros, 2000, Sundfeld, Carlos Ari (Coordenador).