



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As Agências Reguladoras e o Princípio da Eficiência dos Serviços Públicos

Ricardo Bevilacqua da Matta Pereira de Vasconcellos

Rio de Janeiro

2009

RICARDO BEVILACQUA DA MATTA PEREIRA DE VASCONCELLOS

As Agências Reguladoras e o Princípio da Eficiência dos Serviços Públicos

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.
Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2009

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Ricardo Bevilacqua da Matta Pereira de Vasconcellos

Graduado pela Universidade Cândido
Mendes. Advogado.

Resumo: Este trabalho pretende fixar de forma objetiva o papel fundamental das Agências Reguladoras na fiscalização da atividade de prestação dos serviços públicos. Da evolução do Estado Executor ao Estado Gestor, apresentar-se-á toda a transformação que envolveu os serviços públicos no Brasil, para então ser estudada a Agência Reguladora, em seus aspectos jurídicos fundamentais, órgão que emerge neste novo contexto histórico. Das atividades principais exercidas pelas Agências, destacar-se-á a de fiscalização, apresentando sua importância na viabilização da observância do princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos. Sustentando-se, finalmente, a possibilidade de controle judicial dos atos das Agências que violem tal Princípio Constitucional.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Agências Reguladoras, Serviços Públicos, Princípio da Eficiência.

Sumário: Introdução; 1. A Evolução do Estado Gestor; 2. Serviços Públicos; 2.1 Prestação dos Serviços Públicos por Entidades da Iniciativa Privada; 2.2 Princípio da Eficiência nos Serviços Públicos; 3. Agências Reguladoras; 3.1 Origem Histórica; 3.2 Estrutura das Agências Reguladoras no Brasil; 3.3 A Função Reguladora e as Atividades das Agências; 4. Agências Reguladoras e o Controle da Eficiência dos Serviços Públicos; 5. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Com a chamada “Reforma do Estado”, observou-se uma mudança significativa no papel desempenhado pela Administração Pública na prestação dos serviços públicos.

Passando da posição de Estado-executor para Estado-gestor ou gerencial, alguns serviços essenciais, antes prestados diretamente por entidades da Administração Direta, passaram a iniciativa privada. Diante deste novo contexto, onde cabe ao Estado regular as atividades de interesse público desempenhadas por particulares, surgiram as Agências Reguladoras. Entidades dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira, e que têm por finalidade precípua fiscalizar e regular a prestação de serviços públicos por particulares.

Neste sentido, o presente trabalho tem seu foco no papel das agências reguladoras de serviços públicos concedidos, sobretudo no que tange aos conflitos de interesse que emergem de forma contínua nas relações travadas entre particulares prestadores de serviços públicos e os usuários.

Busca-se, assim, a partir da análise da estrutura destas entidades, destacar a sua relevância nesta nova posição ocupada pelo Estado no atendimento das necessidades dos seus administrados.

Para tanto, se faz necessário observar, à luz do que ensina a doutrina contemporânea, a forma como são prestados os serviços públicos, a sua delegação aos particulares e, principalmente, a submissão destas atividades ao Princípio da Eficiência.

Neste panorama, cumpre delimitar as atribuições das entidades reguladoras, além do contorno que apresentam no direito brasileiro, para que se possa compreender as fragilidades e os erros do sistema até então aplicado.

E a partir da contextualização da atual situação dos serviços públicos sob a regulação das agências, tornar-se-á possível estabelecer de forma clara os caminhos possíveis para que a atuação destas entidades nesta conjuntura de um Estado-Gestor revele-se verdadeiramente compatível com os preceitos fundamentais consagrados na CRFB/88. Apresentando de forma conclusiva uma nova visão a respeito do controle judicial dos atos destas entidades.

1. A EVOLUÇÃO DO ESTADO GESTOR

Ao final do século XX, no período correspondente a chamada pós-modernidade, o Estado se encontrava sob crítica cerrada, sobretudo no que tange a preceitos como ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção.

Até mesmo em setores onde anteriormente era visto como protagonista e precursor do progresso econômico, político e social, o Estado perdeu seu resplendor. Passou-se, assim, a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento de progresso e transformação.

A máquina estatal brasileira caracterizou-se, ao longo da história, por ser um mar burocrático, ineficiente e lento, incapaz de satisfazer as necessidades dos cidadãos. Apresentava-se como um Estado patrimonialista, inchado, que não dispunha de meios a atuar de forma ágil e eficaz no atendimento aos novos desafios que um mundo globalizado exige.

Cumprir registrar, que o inchamento do Estado brasileiro é um processo contínuo de muitas décadas. A atuação econômica estatal, no Brasil, começa na década de 40, sob a inspiração da substituição das importações. Com uma iniciativa privada frágil, a economia era impulsionada substancialmente por iniciativa governamental. Neste período observou-se a criação das primeiras grandes empresas estatais, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

Entretanto, o processo de agigantamento do Estado Econômico brasileiro se intensificou a partir da década de 60, sobretudo após o movimento militar de 1964, ao longo

de toda a década de 70, quando foram criadas mais de 300 empresas estatais, dentre elas, a Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás. Foi o que se chamou da era das empresas "brás".

Como advento da Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram ao centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à tendência mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico.

Naquele momento a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e desastrosamente ativo no campo econômico.

O modelo adotado nas últimas décadas se exaurira, com Estado brasileiro chegando ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem lograr êxito na luta contra a pobreza, o atraso social, e a excessiva concentração de renda.

Surge neste momento o discurso de um novo tempo, sob o enfoque da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos ditos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Neles se incluindo a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos.

Ao lançar o programa de Reforma Administrativa do Estado, o Governo celebrou o compromisso com a sociedade de melhorar e adequar a máquina administrativa brasileira à modernização. As reformas envolveram três transformações estruturais que se complementam, mas não se confundem. Duas delas tiveram de ser precedidas de emendas à Constituição, enquanto a terceira se concretizou mediante a edição de legislação infraconstitucional e a prática de atos administrativos.

A primeira transformação substantiva da ordem econômica brasileira foi a extinção de determinadas restrições até então existentes ao capital estrangeiro. Na segunda onda de reformas se deu a chamada flexibilização dos monopólios estatais. E, finalmente, a terceira transformação econômica de relevo, inicialmente denominada privatização, operou-se sem alteração do texto constitucional, apenas com a edição da Lei 8.031, de 12/04/90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei 9.491, de 09/09/97.

Dentre os objetivos fundamentais do programa destacaram-se, nos termos do art. 1º, incisos I e IV da Lei 9.491/97: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

O programa de desestatização efetivou-se mediante alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos e da concessão de serviços públicos a empresas privadas.

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não espelhou um modelo que possa ser identificado com o Estado mínimo. Ao contrário, apenas houve o deslocamento da atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com destaque para ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.

Com efeito, observando o sistema constitucional, já integrado pelas reformas descritas, é possível sistematizar, por diferentes critérios, as formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

Conforme o entendimento apresentado pela doutrina contemporânea, as formas de intervenção do Estado no domínio econômico classificam-se em poder de polícia, incentivos à

iniciativa privada e atuação empresarial. Destas decorrem três conjuntos de mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico: disciplina, fomento e atuação direta.

Inicialmente, o Poder Público interfere na atividade econômica, traçando-lhe a disciplina, mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. Neste aspecto, o Estado exerce competências normativas primárias editando normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como o Código de Defesa do Consumidor.

Exerce, ainda, competências normativas de cunho administrativo, com a edição de decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios de extrema relevância como a política de crédito e a de câmbio.

Desempenha também o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo, como exemplo, polícia ambiental ou sanitária.

Por fim, e este é um ponto relevante para este estudo, o Estado interfere na ordem econômica mediante atuação direta. Sendo, todavia, necessário distinguir estas duas hipóteses: a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas.

Numa análise inicial, sem detalhar aspectos orgânicos e funcionais da Administração Pública, cumpre registrar que os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, ou, indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria.

No que tange à prestação indireta há ainda, duas possibilidades, pode o Estado constituir pessoas jurídicas públicas (autarquias e fundações públicas) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei, outorgar a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade, seja qualquer outro similar.

Há ainda a possibilidade de o Estado delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negocial, a prestação do serviço. Servindo-se aí de figuras jurídicas peculiares, como a concessão e a permissão.

E, assim, constatado que Estado não dispõe de recursos suficientes para todos os investimentos necessários à satisfação das necessidades da população, sobretudo em frente à exigência de adequação tecnológica ao mundo globalizado. E que, além disso, ao longo do tempo revelou-se um mau administrador, implementou-se o processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos.

Dentre as várias consequências da nova ordem, destaca-se, conforme afirma Moreira Neto (2005, p. 4), “o surgimento da ideia-força da privatização”, que embora possa significar muitas coisas, pode ser sintetizada como uma reavaliação dos próprios limites do Estado perante a sociedade contemporânea.

Com efeito, o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública. O Estado, igualmente, reserva para si responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada e eficiente.

Observa-se que a reforma neste ponto resultou numa drástica transformação no papel do Estado. De protagonista na execução dos serviços, com atuação direta, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

E, nesse contexto histórico, onde há uma separação mais nítida entre o setor público e o setor privado no que se refere ao atendimento das necessidades dos administrados, emergem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras. Entidades para as quais o Estado transfere as funções de regulação e fiscalização dos serviços públicos prestados por particulares.

Observa-se, como afirma Marques Neto (2005), a mudança do foco da regulação, com o deslocamento da regulação levada a cabo internamente pela empresa estatal, agente

econômico, para uma regulação externa ao operador, determinada por um compromisso com os interesses dos usuários e, conseqüentemente, mais permeável aos interesses e controles da própria sociedade.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS

Em sentido amplo, todas as atividades desempenhadas pelo Estado podem ser chamadas de serviços públicos. Assim, o conceito de serviço público pode se estabelecer como a atividade da Administração que tem como finalidade assegurar a satisfação das necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, consideradas como tal por lei, e nas condições impostas de forma unilateralmente pela própria administração.

Devem ser destacados, entretanto, dois elementos fundamentais, por vezes esquecidos pela doutrina, que identificam o serviço público. De um lado deve-se observar o substrato material que está envolvido, ou seja, o serviço público é uma prestação fornecida aos administrados. De outro, um substrato formal, evidenciado pelo regime jurídico de direito público que se submete a prestação.

Neste sentido, conforme a doutrina de Mello (2002), é possível conceituar serviços públicos como sendo toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Destaca-se que o conceito de serviço público encontra-se, atualmente, suficientemente delineado pelos Princípios Constitucionais incertos na Carta de 1988. O que significa dizer que temas, como a soberania, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a erradicação da pobreza, bem como os Direitos do Consumidor, devem servir como pontos norteadores, axiomas basilares a serem perseguidos no desenvolvimento da atividade prestadora.

Isso posto, no que tange ao modo de prestação destes serviços, há a prestação direta, desempenhada pelas pessoas jurídicas de direito público centrais, caso em que o próprio Estado é quem executa as atividades, e em contrapartida, a prestação indireta, que é efetivada por pessoas jurídicas da administração indireta ou por pessoas de direito privado delegatárias do Poder Público.

Nesta última forma de prestação dos serviços públicos, desempenhada por entidades da iniciativa privada, encontra-se o foco desta obra. O que torna imprescindível uma análise mais detalhada do tratamento que o ordenamento jurídico pátrio reservou à matéria.

2.1 PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS POR ENTIDADES DA INICIATIVA PRIVADA

A Constituição Federal traz no seu artigo 175 as balizas fundamentais quanto à forma como deve se proceder a prestação dos serviços públicos por meio de entidades da iniciativa privada.

Vislumbra-se, assim, um caráter predominantemente público da concessão decorrente do texto constitucional. Sendo certo que, mesmo quando prestado pelo

concessionário, o serviço público é de incumbência do Estado, decorrendo daí, que a concessão ou permissão do serviço público possui regime jurídico de direito público, não podendo se perder de vista que tal atividade é originariamente do Estado.

Ao lado da previsão constitucional acima apontada, o ordenamento jurídico pátrio conta com as Leis nº. 8.987/95 e 9.074/95, que trazem de forma detalhada as condições de operacionalização das concessões e permissões.

Observa-se, em ambas as hipóteses, a via obrigatória do contrato administrativo para operar a transferência à particulares de certas atividades reservadas à Administração. Destacando-se que a permissão em particular se apresenta como um contrato de adesão, presentes ainda os aspectos da precariedade e da revogabilidade unilateral pelo ente público.

Na concessão, existe a sujeição a todas as imposições da Administração Pública necessárias à formalização do ajuste, como a autorização por lei específica, a regulamentação por decreto e a concorrência.

Neste modelo normativo de concessão e permissão, o poder concedente detém a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da relação jurídica estabelecida contratualmente, retomar o serviço concedido, passando a executá-lo diretamente.

Em contrapartida, toda a regulamentação do serviço concedido ou permitido compete à Administração Pública, que o faz por normas de duas naturezas, a saber: contratual e regulamentar.

No que se refere às normas de natureza regulamentar, há o dever imposto ao poder concedente de exigir a prestação em caráter geral, regular, permanente, com tarifas módicas e, sobretudo, eficiente.

Trata-se, por evidência, de fatores que a própria administração, quando presta de forma direta o serviço público, precisa ter em vista. Decorrem dos princípios constitucionais dos quais o administrador não pode se afastar no desempenho de sua atividade e que, no caso,

as entidades privadas que desenvolvem essas atividades de natureza pública também se encontram vinculadas.

Conclui-se, conforme sustenta Marques Neto (2005), que a redução da intervenção do Estado no domínio econômico enseja a necessidade de instrumentos de intervenção indireta naqueles setores em que se entende inconveniente, ou não recomendável deixá-lo ao livre e exclusivo interesse dos atores privados.

Concomitantemente, desenvolve-se um novo patamar de intervencionismo que pode se chamar de residual ou subsidiário, mas que não se apresenta pequeno nem perfunctório. Para este novo perfil de Estado, entendido por muitos, como Estado regulador, surgem as agências reguladoras como instrumentos por excelência dessa nova etapa da ação estatal.

2.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Inicialmente, o dever de eficiência corresponde ao modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue.

Alguns entendem a eficiência como o dever de a administração escolher o meio que implique menos dispêndios financeiros, devendo o administrador escolher a opção mais barata entre as possíveis, sem que com isso sejam afetados os fins administrativos.

Por outro lado, há quem entenda que o dever de eficiência impõe promover o fim do modo mais satisfatório possível, deixando de lado a análise financeira no momento da decisão. Aqui o dever de eficiência está associado ao dever da boa administração, ao máximo, de realização das finalidades administrativas. Eficiente seria na verdade a atuação da

administração que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e universais. Logo, não bastaria, para alcançar a eficiência, que a administração escolha os meios adequados, sendo imprescindível a tanto a satisfatória promoção dos fins que lhe são atribuídos.

No que se refere aos serviços públicos, o princípio da eficiência, conexo com o princípio da continuidade, reclama que o Poder Público se atualize com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio.

Cabe à Administração, periodicamente, promover a avaliação sobre o proveito do serviço prestado. Podendo, desta forma, ampliar a prestação de certos serviços ou reduzir em outros casos, procedendo-se à adequação entre o serviço e demanda social.

Ao se referir ao regime das empresas concessionárias e permissionárias, a Constituição Federal determina que tais particulares colaboradores, a par dos direitos a que farão jus, têm o dever de manter adequado o serviço que executarem, exigindo-lhes, portanto, observância ao princípio da eficiência (art. 175, parágrafo único, IV da CRFB/88).

A necessidade de que a Administração atue com eficiência, curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções, resultou inclusive na Emenda Constitucional nº. 19/98, que incluiu no art. 37 da CF o princípio da eficiência entre os postulados principiológicos que devem guiar os objetivos administrativos.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 ORIGEM HISTÓRICA

A origem histórica das agências reguladoras situa-se nos Estados Unidos no final do século XIX, início do período intervencionista logo após o liberalismo. Surgem para enfrentar os monopólios e a concorrência desleal praticados pelas ferrovias norte-americanas.

Atualmente nos Estados Unidos, podem-se vislumbrar três espécies distintas de agências, as reguladoras independentes, as quase-independentes e as executivas. Este modelo norte-americano acabou por influenciar os demais países, que copiaram ou adaptaram, introduzindo-o na estrutura administrativa do Estado.

Dentre as espécies apontadas, as agências reguladoras independentes são aquelas que mais influenciaram e assim melhor espelham o modelo adotado pelo Estado brasileiro. Apresentam-se como entidades administrativas autônomas e altamente descentralizadas, com estrutura colegiada, sendo seus membros nomeados para cumprir mandato fixo do qual só podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave. A independência dessas agências traduz ainda a sua discricionariedade técnica, ou seja, suas decisões são baseadas em critérios puramente técnicos.

3.2 ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

No Brasil, as agências reguladoras foram introduzidas pela legislação sob o formato jurídico de autarquias, sendo classificadas como entes da Administração Pública Direta, com personalidade jurídica de direito público. Neste sentido, estão sujeitas ao mandamento do art. 37, XIX da Constituição, de forma que sua criação somente poderá se efetivar mediante lei específica.

Trata-se, todavia, de autarquias ditas especiais, porque dotadas de prerrogativas próprias, caracterizadas, sobretudo, por um grau elevado de autonomia em relação ao Poder Público.

Institui-se, assim, um regime jurídico especial que visa a preservar tais entidades de ingerências indevidas, sobretudo por parte do Estado e de seus agentes políticos. Busca-se a demarcação de um espaço de atuação de legítima discricionariedade, onde devam prevalecer juízos técnicos sobre as valorações políticas.

Diante da necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, o ordenamento jurídico pátrio outorgou-lhes autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

A autonomia político-administrativa materializa-se por um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre os quais se destacam os seguintes: nomeação dos diretores com lastro político; mandato fixo de três ou quatro anos; impossibilidade de demissão dos diretores, ou seja, de perda do mandato, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

A autonomia econômico-financeira denota a capacidade das agências reguladoras de, além das dotações orçamentárias gerais, arrecadar receitas provenientes de outras fontes, como taxas de fiscalização e regulação, e até mesmo participações em contratos e convênios firmados.

Neste aspecto, deve-se observar que as leis instituidoras da maioria das agências, federais ou estaduais, estabeleceram taxas de fiscalização ou regulação do serviço público objeto de delegação, o que constitui uma das importantes fontes de receita dessas autarquias.

Existe na doutrina certa divergência quanto à natureza desse recolhimento; pois enquanto alguns sustentam tratar-se de taxa propriamente dita, outros defendem tratar-se de preço contratual, cobrado pelo Poder Concedente dos delegatários.

Com efeito, conforme sustenta Barroso (2002, p. 9), “salvo nas hipóteses em que o Estado é o titular do bem ou do serviço que passa a ser utilizado ou prestado pelo particular, cobranças destinadas a custear o serviço de fiscalização dificilmente poderão deixar de ter natureza tributária.”

3.3 A FUNÇÃO REGULADORA E AS ATIVIDADES DAS AGÊNCIAS

Inicialmente, cumpre destacar a diferença entre a função reguladora ou atividade regulatória e a função regulamentar ou atividade de regulamentação. A diferenciação torna-se imprescindível no estudo das agências por ser capaz dimensionar a amplitude das atividades desempenhadas por estas entidades.

Enquanto a regulamentação consiste em disciplinar determinadas atividades mediante a emissão de atos ou comandos normativos, a regulação, além de abranger a função regulamentar, envolve as atividades de fiscalização, exercício do poder de polícia, de conciliação, dentre outras.

Não se pode assim, restringir a função reguladora ao desempenho de competências normativas, sendo certo que seu conteúdo é mais amplo e variado. A regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções.

No quadro de competências conferido às agências reguladoras no Brasil, observa-se um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se destacam: o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; a universalização do

serviço; o fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; a fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão; o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas, consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, investidores potenciais etc.

A função reguladora desenvolvida pelas agências apresenta-se, portanto, como um híbrido de atribuições de natureza variada, fiscalizadoras e negociadoras, normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Trata-se de um complexo de funções clássicas – administrativas, normativas e judicantes –, onde se constata apenas a variação do método decisório.

Com efeito, no domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, reservadas das disputas político-partidárias e das ingerências dos debates congressuais, mais adequados às escolhas político-administrativas.

A partir da clássica divisão de funções no âmbito do Estado, torna-se possível sistematizar o conjunto de atividades das agências, classificando-as em atividades executivas, decisórias e normativas.

A atividade executiva, traduzida na auto-administração da agência, abarca a implementação das políticas públicas pelas diretrizes fixadas pelo legislador, além da concretização e individualização das normas relativamente ao setor público ou privado regulado. Tem-se aqui o espaço de atuação onde estão situados os atos de fiscalização, bem como os de natureza sancionatória, decorrentes do descumprimento das normas previamente estabelecidas.

Destaca-se que as leis que tratam da matéria determinam que as agências não mantêm vínculo hierárquico ou decisório com a Administração Direta ou com qualquer órgão governamental. Não há assim previsão de recurso hierárquico impróprio contra suas decisões,

dirigido à Administração Direta. As agências funcionam, portanto, como última instância administrativa para julgamento dos recursos contra seus atos.

Institui-se assim um cenário onde se afigura inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político. Por consequência, o controle do Poder Executivo sobre as agências reguladoras limita-se à escolha de seus dirigentes, de forma que seja garantida a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras. A subordinação das decisões das agências impediria a implementação eficiente da regulação das atividades que envolvem diversos interesses antagônicos.

Por sua vez, a função decisória das agências denota sua competência para resolução de conflitos estabelecidos dentro do setor por elas regulados, entre consumidores e agentes econômicos, isto é, prestadores de serviços, concessionários e o próprio ente estatal. Estão as agências autorizadas por lei a dirimir controvérsias, e com base em critérios técnicos exercer a função decisória como um árbitro.

Discute-se qual o espaço de controle jurisdicional das decisões das agências, o que significa aventar a possibilidade de revisão judicial dessas decisões. Pode-se afirmar que, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), não seria possível impedir que as decisões das agências se submetam à apreciação judicial. Entretanto, tratando-se de ato administrativo, o controle judicial, conforme aduz a doutrina tradicional, estaria limitado aos aspectos de legalidade, não alcançando o mérito da decisão administrativa.

Contudo, esse entendimento vem sendo flexibilizado pela doutrina mais moderna sobre o tema, que aponta algumas exceções qualitativamente importantes, à luz do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Sustenta-se a aplicação de princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da

moralidade e da eficiência, não sendo mais possível afirmar de forma absoluta, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame.

Assim, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário nesta nova realidade deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não resistirem a testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade, moralidade e eficiência, além de outros, como os da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Finalmente, cumpre destacar que, além das atividades ditas executivas e decisórias, as agências reguladoras desenvolvem, autorizadas pelas leis que as instituem, atividade normativa de largo alcance.

Trata-se, isto é certo, de uma das questões mais polêmicas que envolvem o tema das agências reguladoras. Residindo toda controvérsia na possibilidade de a lei atribuir aos agentes administrativos um espaço discricionário amplo, o que em alguns casos configura verdadeira delegação de funções legislativas nas hipóteses em que se transfere inteiramente a competência para a disciplina de determinada matéria.

Estabelece-se, portanto, o confronto entre essa chamada delegação de função legislativa com o princípio da legalidade que, apesar de atualmente sofrer uma releitura diante da necessidade de desburocratização do Estado, continua a constituir uma das mais imprescindíveis garantias individuais.

Cumpre observar que, diante da necessidade de a máquina estatal atuar de forma ágil e eficiente, com o fim de apresentar os resultados esperados pela sociedade no desenvolvimento de suas tarefas, servindo-se para tanto de conhecimentos técnicos especializados, se exige hoje uma reformulação dos limites impostos pelo princípio da legalidade.

Diante deste quadro, o ponto de maior desafio cuida exatamente da necessidade de se fixar os limites de exercício do poder normativo das agências reguladoras. Trata-se, em

síntese, de determinar até que ponto é válida a flexibilização do princípio da legalidade, para que não se configure uma usurpação de competência, o que acabaria por prejudicar a própria legitimidade da atuação de relevante valor social das agências em determinado setor por ela regulado.

Destacada a relevância da fixação destes limites, o certo é que diante do cenário de um Estado Regulador, torna-se imprescindível a retirada de certas matérias do domínio da lei. Configurando a atividade normativa das agências, desenvolvida com base em critérios técnicos específicos, o meio adequado a se estabelecer a correta disciplina de determinado setor regulado, com vista se obter resultados que apresentem eficiência, celeridade e moralidade.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DA EFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante do quadro de atividades de competência das agências reguladoras, destaca-se a atividade de fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão de serviços públicos, a fiscalização sobre a própria atividade prestadora desempenhada pelas empresas concessionárias, além da atividade decisória, pela qual as agências resolvem conflitos estabelecidos entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores.

Como bem delineado por Barroso (2002), as agências reguladoras tornaram-se peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material.

Com efeito, as agências reguladoras foram idealizadas a atuar num ponto equidistante em relação aos interesses dos usuários, dos prestadores dos serviços públicos concedidos, bem como do próprio Poder Executivo. De forma a viabilizar sua “imunidade” em frente às pressões conjunturais ou influências políticas que possam prejudicar ou impedir o alcance dos resultados esperados pela sociedade da sua atuação no setor regulado.

Neste sentido, Marques Neto (2005) destaca, de um lado a presença de demandas ditadas por uma nova fase do capitalismo, com suas feições mais transnacionalizadas e financeiras, de outro as pressões de uma sociedade crescentemente complexa, fragmentada, heterogênea e cada vez mais titular de postulações por melhor atendimento de suas necessidades de cidadania e de consumidora de serviços e políticas públicas.

Entretanto, após pouco mais de uma década do surgimento das primeiras agências, a propalada melhoria na qualidade dos serviços públicos não vem sendo percebida pela sociedade. Em diversos setores, como transportes, serviços de água e esgoto, energia elétrica dentre outros, as melhorias são mínimas, e os problemas apresentados são os mesmos do tempo em que o Estado figurava como executor das atividades.

O sentimento que começa a sedimentar na opinião do público em geral é de que houve apenas uma “maquiagem” da estrutura prestacional. Passando a sensação de que os acordos firmados pelo Estado não trouxeram qualquer benefício aos usuários, somente apresentando vantagem às empresas concessionárias de serviços públicos, que vêm obtendo resultados expressivos sem despendar maiores investimentos.

Tal cenário, onde a todo instante se tem notícia da violação dos direitos dos usuários dos serviços públicos, pode em grande parte ser atribuído a ausência de atuação efetiva das agências instituídas para regular aquele determinado setor.

De fato é possível observar o descumprimento reiterado dos contratos de concessão por parte das concessionárias de serviços públicos, que deixam de realizar dentro do prazo os

investimentos pactuados sem que com isso sofram qualquer sanção por parte do ente regulador.

Constata-se a inexistência de uma efetiva fiscalização sobre a forma de prestação dos serviços, com a aplicação de penalidades por infrações cometidas, por metas de desempenho não alcançadas, além da ausência de uma regular e satisfatória ponte de comunicação com os usuários.

Por consequência, conclui-se que a função decisória, destinada à resolução dos conflitos de interesse que envolvem, sobretudo, os direitos do usuário, também não vem sendo desempenhada de forma eficiente, não havendo uma repressão expressiva às irregularidades apresentadas.

Sem aventar as possíveis questões de ordem política e até mesmo econômica que expliquem o déficit de atuação apresentado pelas agências, cabe trazer a discussão acerca da possibilidade do controle dos seus atos pelo Poder Judiciário.

Diante da violação de direitos dos usuários fundados em princípios constitucionais superiores por entes que prestam serviços fundamentais ao desenvolvimento do país, bem como da ineficiente atuação das entidades criadas para a fiscalização das referidas atividades, questiona-se qual posição deve ser adotada pelo Poder Judiciário, e quais os limites e fundamentos que devem nortear uma eventual atuação sua neste cenário apresentado.

CONCLUSÃO

Com as reformas ocorridas no Estado brasileiro nas últimas décadas, constatou-se relevante mudança no paradigma da atuação estatal na prestação dos serviços públicos e no

desempenho de atividades econômicas, o que resultou da mesma forma na mudança do foco da ação regulatória.

Claramente, o objetivo principal da nova regulação, implementada pelas agências reguladoras, deve ser o oferecimento de utilidades públicas a uma maior parcela da população, em níveis de qualidade crescente, de forma ininterrupta, com liberdade de escolha e mediante preços mais vantajosos para o usuário que deve ser respeitado como consumidor que é. Trata-se, pois, de um conjunto de vetores que norteiam a atuação estatal, e que podem ser sintetizadas como a materialização do princípio da eficiência.

Neste sentido, realizando um balanço da atuação das agências reguladoras, verifica-se que sua atividade não está logrando proteger e garantir os interesses dos indivíduos que consomem ou deveriam consumir o produto das atividades econômicas e prestacionais sujeitas a sua regulação. Passa-se, então, a aventar o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário como uma possível saída à crise que começa a aflorar.

Com efeito, para que se estabeleça a forma de atuação do Poder Judiciário sobre determinada matéria faz-se imprescindível primeiramente fixar a disciplina constitucional própria, com os princípios e regras aplicáveis. Somente com tais parâmetros de atuação estabelecidos torna-se possível vislumbrar soluções legítimas aos problemas apresentados.

Neste sentido, consoante o entendimento firmado na doutrina tradicional, o controle dos atos administrativos, incluindo-se os das agências reguladoras, estaria limitado ao exame de sua legalidade, basicamente a observância do devido processo legal, sem alcançar o mérito da decisão administrativa.

Tratando-se de ato de uma agência reguladora, onde se confere ao agente público um espaço de maior discricionariedade, sobretudo tendo em vista uma fundamentação por critérios técnicos específicos, a possibilidade do controle do mérito nos termos do

entendimento firmado pela doutrina tradicional estaria praticamente inviabilizado, restrito ao controle de legalidade do ato.

Contudo, tal situação de imunidade de que gozam os atos da Administração, entendida como compatível com o princípio da independência dos poderes, vem progressivamente sofrendo exceções, de modo a que hoje já seja possível se falar, conforme sustenta Moreira Neto (2005, p. 8), numa “sindicabilidade do mérito do ato administrativo”.

Com efeito, mediante técnicas de controle cada vez mais sofisticadas, como as do desvio do poder, da razoabilidade e da proporcionalidade, a jurisprudência e a doutrina moderna vêm flexibilizando o entendimento tradicional, possibilitando uma análise mais profunda do ato administrativo, chegando-se ao exame do próprio mérito a partir do confronto com os referidos preceitos.

Neste cenário que vem se firmando, torna-se possível vislumbrar como legítimo o controle judicial dos atos das agências reguladoras que cuidam de matérias afetas aos serviços públicos tendo como premissa fundamental a observância do princípio da eficiência.

Atualmente, sob a influência do pós-positivismo e da normatividade dos princípios, firmaram-se em relação aos serviços de relevante interesse social, novos cânones públicos de universalidade, generalidade, qualidade e, sobretudo, eficiência. Concretizando uma busca a sempre obter-se o melhor resultado possível em termos de qualidade e de contínuo aperfeiçoamento dos serviços prestados.

É admissível, nesta linha de pensamento, que o Poder Judiciário, mediante os órgãos que o compõe e atuam de forma a garantir o acesso da sociedade à justiça, exerça o controle com fundamento na eficiência, tanto do serviço prestado pelas concessionárias como dos atos das agências reguladoras.

Conclusivamente, deve restar claro que o caminho não é o abandono dos traços fundamentais estabelecidos pela doutrina tradicional em matéria de controle do ato

administrativo, mas sim buscar a proteção dos direitos dos usuários dos serviços públicos em frente a atos das agências reguladoras que, submetidos a testes constitucionalmente qualificados, devem ser afastados pelo Poder Judiciário.

Tal conclusão, não visa inviabilizar as agências reguladoras como peças fundamentais que são no contexto de busca de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização. Trata-se apenas de uma possível solução a crise que ressalta num sistema recém instituído.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20.03.2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *O Controle Social dos Serviços Públicos no Brasil como Condição de sua Possibilidade*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20.03.2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20.03.2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20.03.2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20.03.2009.