

# As Agências Reguladoras em seu Poder-Dever de Fiscalização: Uma Análise Crítica

**Fernanda Rosado de Souza**

*Juíza de Direito da 7ª Vara de Órfãos e Sucessões - Capital*

Neste estudo, inicialmente, procura-se traçar breve histórico das agências reguladoras, além de identificar a função de fiscalização da qual se ocuparão as mesmas, conforme a legislação vigente no país.

Como se sabe, o Estado centralizado e forte, característico da primeira metade do século passado tem sua origem nos modelos estatais ibéricos, dos quais o Brasil herdou o paternalismo, o assistencialismo e o patrimonialismo, típicos do passado colonialista, que contribuíram para hipertrofia das estruturas estatais. Conforme diversos analistas, essa influência tem comprometido significativamente a eficiência do poder público na gestão dos serviços e políticas de sua competência.

Nesse contexto, transcorridos alguns séculos, por influência de agentes internacionais que administravam a economia, sentiu-se necessidade de promover “reengenharia do Estado”, por meio de processo de descentralização, levada a efeito em duas vertentes: no chamado *downsizing*, a redução do tamanho do Estado a proporções mais apropriadas ao desempenho de suas tarefas, e na *privatização*, pela qual foram devolvidas ao setor privado e ao livre mercado as atividades estatizadas.

Não se pode perder de vista que se, de um lado, a superação desse período de intervencionismo exagerado, segundo alguns analistas, foi muito bem-vinda, de outro, houve quem considerasse que um liberalismo exacerbado poderia acarretar afastamento do Estado de suas funções essenciais, vez que, na prática, se optou por um modelo em que, a um só tempo, estimulou a iniciativa privada, sob o argumento de atender ao clamor pela eficiente prestação do serviço e resultou em afastamento do poder público

do controle dos mecanismos pelos quais atividades tipicamente públicas e outrora estatais passaram a ser desenvolvidas por entidades privadas.

A esse contexto remonta a criação das Agências Reguladoras, cujo papel seria o de mediador entre o Estado, os entes delegatários dos serviços públicos e os usuários desses serviços. Munidas de poder *normativo* e dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão, as agências representariam aceno positivo à população receosa das consequências da entrega pura e simples de atividades tipicamente públicas às mãos de particulares, quando se sabe que o Estado Social Democrático, ainda que submetido à reengenharia aludida, pautava-se (ou deveria pautar-se) na busca do bem-estar social, mediante prestação adequada do serviço público, enquanto a produção de riquezas deveria restar concernente apenas à esfera do setor privado.

Traduzindo-se em serviços essenciais ao bem comum, de responsabilidade, portanto, do Estado, foi para a segurança e o controle de sua prestação que se conceberam as Agências Reguladoras, cuja função seria ditar as normas de condução entre os agentes envolvidos, como se disse: o Poder Público, o prestador dos serviços e os usuários.

Muito já se discutiu na doutrina especializada sobre a autonomia regulatória das agências no que se refere aos seus atos normativos, concluindo-se que são investidas de poder normativo, a dispensar remissão a decreto ou lei específica, desde que respeitem estritamente o sistema legal. Guardados esses requisitos, a autonomia se justifica em função da especialização técnica envolvida nos atos por elas praticados, o que, na prática, torna inviável a exigência de prévia lei a cada comando regulatório.

O poder de fiscalização das agências, contudo, é comumente referido apenas no contexto de críticas proferidas pelas entidades sujeitas à fiscalização, segundo as quais a interferência do órgão regulador resultaria em entraves e ingerência indevida no desenvolvimento das atividades de sua competência.

É o exemplo das frequentes queixas bradadas pela indústria do cigarro sobre as exigências impostas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA relativamente à limitação da plantação de fumo, à exposição das embalagens de cigarro e à obrigatoriedade de que sejam nelas inseridos avisos e fotografias que sirvam como alerta ao consumidor sobre os riscos do tabagismo.

Passando ao largo de análise mais profunda sobre essas limitações específicas e reconhecendo as dificuldades com que necessariamente esbarará qualquer tentativa de limitar-se a fronteira entre a “praça” e o “jardim” em uma sociedade na qual o paradoxo inerente ao binômio globalização-individualismo compromete a convivência pacífica entre os seres humanos e a tolerância, sem a qual não é possível a sobrevivência de qualquer coletividade, o objetivo das considerações aqui expostas em breve síntese é outro.

É que, voltadas às queixas sobre a interferência das agências reguladoras em sua autonomia e no que se tende a designar como mitigação ao princípio da livre iniciativa, as entidades fiscalizadas olvidam, não raro, que, ao desenvolver serviços de caráter público e essencial, devem submeter-se a regras específicas, traçadas por um Estado ainda preocupado com o bem-estar social e com a pacificação de conflitos que se constituem em sua razão de ser.

Pensar o contrário significaria admitir a lamentável prevalência de um Poder Público de *“compromissos apenas verbais e epidérmicos com o bem-estar social apregoado retoricamente embora como sua finalidade.”*<sup>1</sup>

Quando contempladas por concessões e permissões de serviços de tamanha relevância, como a distribuição de energia elétrica e de gás, a operação do transporte público, ou a prestação de serviço de assistência à saúde, dentre outros, estão as entidades privadas cientes dos ônus e dos bônus (se muitos são os ônus, sabe-se que os bônus não as podem decepcionar) que passam a assumir.

É de surpreender, portanto, o fato de raramente se ouvirem críticas não à chamada interferência indevida das agências na esfera de autonomia dessas entidades privadas, mas à ausência de uma resposta à sociedade sobre as falhas que vêm sendo reiteradamente demonstradas por diversas concessionárias/permissionárias que, a despeito de há muito virem incorrendo em graves falhas e incidentes, prosseguem a cometê-las.

Explosões em bueiros, ora de responsabilidade da CEG (companhia estatal de gás), ora atribuídas à Light (companhia de energia elétrica); violações aos direitos do consumidor frequentemente engendradas pela Light, como se dá no caso da lavratura do famoso TOI, Termo de Ocorrência de Irregularidade, já tantas vezes repudiado pelo Poder Judiciário, na gran-

---

<sup>1</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *in* prefácio a *Direito Administrativo das Concessões*, Marcus Juruena Villela Souto, pagina XV, Ed. Lúmen Iuris, 2004.

de maioria dos casos, sem sucesso; ilicitudes diariamente cometidas por seguradoras de saúde que, incumbidas da prestação do serviço de maior relevância dentre aqueles atribuídos ao Estado – dada sua relação com o direito à saúde e à vida – deixam seus usuários ao desamparo e o caos instaurado na prestação de todos os tipos de serviço de transporte (ferroviário, aeroviário, metroviário e aquaviário) se inserem em um quadro merecedor de toda preocupação e atenção das agências reguladoras, como órgãos concebidos exatamente para a finalidade de propiciar, de um lado, a descentralização, conciliada ao desenvolvimento dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, sem, contudo, de outro, comprometer a atuação do Estado na persecução de seus fins sociais.

E não se pode ignorar que o objetivo primeiro da desestatização foi assegurar o respeito ao princípio da eficiência, prestigiado pela Constituição da República, em um Estado Social Democrático, considerado inábil a observá-lo, sem a tão reclamada descentralização, adotada precisamente como solução a um problema estrutural jamais resolvido, quer no modelo centralizado, quer, infelizmente, no atual modelo estatal.

Exemplificam-se, a partir de agora, casos em que a atuação das agências reguladoras, em sua função de fiscalização, vem sendo insatisfatória.

Como ilustração, traz-se a exame matéria jornalística publicada em 04/04/2011 pelo Jornal O Dia sobre o episódio relacionado à explosão de bueiros no Centro e em Copacabana:

*“Na região apontada pela própria Light como de maior risco de explosões de bueiros, por onde estão espalhadas as câmaras subterrâneas sem manutenção, Centro e Copacabana podem ser considerados dois ‘vulcões’ prontos a entrar em erupção. São os bairros líderes em acidentes, que chegam a, pelo menos, um por mês. De janeiro de 2010 a abril deste ano, só de casos noticiados foram 15, entre estouros, curto-circuitos e fumaça. Desses, sete aconteceram no bairro da Zona Sul e seis no Centro. Os outros foram registrados em Ipanema e no Flamengo. Há 130 bueiros com risco de explosão no Centro e na Zona Sul, segundo o presidente da concessionária de energia, Jerson Kelman. O plano de reparo dos bueiros, iniciado no meio do ano passado, será concluído até dezembro deste ano, diz **a empresa**.*”

*Mas o prefeito do Rio, Eduardo Paes, afirmou que uma empresa de auditoria será contratada para avaliar os procedimentos da concessionária.(...)”*

A esse respeito, cumpre admitir conhecimento de notícias de medidas que Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica) pretenderia adotar, não apenas relativamente à aplicação de penalidades às concessionárias, mas também na busca pela prevenção a novos acidentes. No entanto, não há como deixar de considerar que a insegurança decorrente desses episódios é inegável, pelo simples fato de que o acidente deixou evidente a falha no desenvolvimento da atividade minimamente exigível das concessionárias, qual seja, a de manutenção e reparo de sua rede, deficitária ao ponto de levar à catastrófica e inimaginável consequência de explosões em plenos centros urbanos...

Com relação ao transporte público, a situação não parece diferente... A rede ferroviária, há muito sabidamente precária, não demonstra avanço algum. Se a falha nesse setor do serviço de transporte já era de todos conhecida há tempos, tem-se agora também o caos aeroviário, aliado aos problemas enfrentados pelos usuários das barcas e, num arremate inesperado, as falhas identificadas também no sistema metroviário, que, há pouco considerado dos únicos ainda eficientes, revela-se hoje também comprometido, inclusive por arrastões e roubos, cuja deflagração não pode ser considerada questão afeta apenas à segurança pública.

Nesse contexto, a população clama agora pela atuação mais incisiva das agências reguladoras, expressão, ainda, do Estado Democrático de Direito que as instituiu como forma de atender ao princípio da eficiência, que a elas também se aplica.

Vive-se momento crucial na análise de seu desempenho e demanda-se esperançosamente por respostas efetivas à sociedade. ♦