

# O Papel das Agências no Estado Brasileiro: Considerações Sobre a Discricionariedade Técnica

Lucas Rocha Furtado

*H*á nações em que o habitante se considera uma espécie de colono indiferente ao destino do lugar que habita. As maiores mudanças acontecem em seu país sem seu concurso (...) Ele acha que todas as coisas não lhe dizem respeito e pertencem a um estranho poderoso chamado governo. Ele se submete, é verdade, ao bel-prazer de um funcionário, mas se compraz em afrontar a lei como um inimigo vencido.”

Essas palavras acerca da postura dos cidadãos em face do Estado não foram dirigidas ao Brasil dos dias atuais. Foram ditas por Alexis de Tocqueville por ocasião da formação do Estado francês pós-revolução. Em termos de relacionamento Estado - sociedade, eis, todavia, muitas vezes, a realidade brasileira. O Estado que não é em si um fim, mas apenas o meio para a satisfação das necessidades da população, e que deve fazê-lo por meio da prestação de serviços públicos à população, transforma-se em inimigo do povo. O resultado desse distanciamento entre a sociedade civil e o Estado gera a impressão, por parte do cidadão, de que o Estado está de costas para ele, ou, ainda mais grave, de que está contra ele.

Nos termos da Constituição Federal - art. 175, incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, o que poderá ser feito diretamente, pelo próprio Estado, ou por meio de concessões ou permissões de serviço público. Cabendo à Lei nº 8.987, de 1995, a indicação dos requisitos a que o serviço seja considerado adequado. Essa concepção do que é o serviço adequado está relacionada a inúmeros fatores ( políticos, econômicos, sociais, legais etc.) e a ênfase a ser dada a um desses fatores ocorre muitas vezes em detrimento de outros fatores, conforme a concepção de Estado a ser adotada como paradigma.

Durante a década de 90, para tornar o Estado mais eficiente, para melhor atender aos anseios da população, ao invés de se flexibilizar os meios de atuação da Administração Pública, pela alteração dos dispositivos legais ou mesmo constitucionais que a emperravam, a reforma administrativa empreendida no Brasil optou pela privatização de importantes segmentos sociais, e desqualificou o Estado como instrumento para a satisfação das necessidades básicas do cidadão.

Muito bem, uma das soluções apontadas pelos defensores do modelo gerencial de administração foi a redução do Estado. Ao invés dele próprio prestar os serviços essenciais, como telefonia, energia elétrica ou mesmo a manutenção de estradas e rodovias, optou-se pela sua transferência para empresas privadas, concessionárias e permissionárias de serviços públicos, cabendo a agências estatais apenas o papel de regular o setor.

Lucas Rocha Furtado

é Procurador-Geral do MP/TCU e professor de direito da UnB e da FGV

Trata-se de uma concepção de Estado, que tem como ponto de partida a incompetência ou incapacidade do Estado de prestar serviços adequados à população. Desse modo, ao invés do próprio Estado, que é titular do serviço, assumir a incumbência de sua prestação, ele transfere-a a entidades privadas, por meio de concessões ou permissões de serviço público, a fim de que esses serviços sejam explorados como atividades empresárias.

Fator de grande influência na definição do novo modelo a ser adotado é certamente a grande velocidade com que as inovações tecnológicas são operadas, o que irá exigir do Estado regulador respostas rápidas e tecnicamente adequadas.

Diante desse quadro, em que a intervenção direta do Estado cede espaço à atuação de empresas privadas, e cientes de que esses setores não poderiam ser relegados aos desígnios do mercado, surge a imperiosa necessidade de regulação setorial.

É certo que a alta complexidade das matérias objeto desse processo de delegação não poderia encontrar respostas na mera criação de órgãos integrantes da estrutura da administração pública centralizada, sujeitos, que são, a fortes influências hierarquizadas e políticas. A morosidade da atuação da administração centralizada sujeita interferências e, portanto, a flutuações de humores políticos, não atenderia às necessidades do setor regulado ou mesmo da própria população usuária dos serviços. A necessidade de profissionalismo, de capacidade técnica - que, em alguns momentos, resultou e ainda resulta em verdadeira arrogância técnica - de autonomia administrativa e, sobretudo, de eficiência, indica que somente por meio de mecanismos de descentralização administrativa seria possível ao Poder Público buscar fórmulas para atender às demandas surgidas a partir da implantação desse novo modelo de Estado.

O desenho desse novo Estado transfere poderes do centro para periferia. Essa transferência de poderes - políticos e administrativos - é, a rigor, fenômeno de há muito adotado no Brasil, tendo sido disciplinado de forma sistematizada pelo Decreto-lei 200, de 1965.

A maior inovação verificada nesse novo modelo de organização administrativa talvez seja a ampliação da autonomia das entidades integrantes da administração indireta, autonomia assegurada sobretudo pela existência de mandato, definido em lei, para os seus dirigentes.

Nesse contexto, as agências surgem para desempenhar as funções do Estado, que deixou de ser prestador de serviço, e passou a exercer a função de agente regulador de importantes segmentos do mercado para a população e para os grandes capitais, haja vista os investimentos nos setores regulados, não raras vezes, orbitarem na casa de bilhões de dólares.

A criação do modelo das agências regulatórias no Brasil está, portanto, dentre outros aspectos, diretamente relacionada à imperiosa necessidade de que seja criado campo seguro, confiável e, portanto, propício à realização de pesados investimentos, fato que talvez tenha contribuído para alguns identificarem como objetivo primordial da atuação de algumas agências a defesa dos interesses dos agentes privados responsáveis pela realização desses investimentos.

Ao contrário, o que se quis buscar foi a criação de um modelo em que as regras passassem a ser definidas de modo claro e rápido, que sejam regras tecnicamente adequadas.

A implantação do modelo de regulação deve identificar três vertentes: 1. a vertente técnica; 2. a vertente econômica e; 3. a vertente social.

A vertente técnica enfoca aspectos de padrões de qualidade, de continuidade, de confiabilidade. A vertente econômica examina e define critérios de política tarifária - o que compreende importantes e complexos aspectos de definição de equilíbrio econômico-financeiro - de competição e de concentração. A vertente social do modelo de regulação deve, finalmente, cuidar de questões como a da universalização da prestação do serviço, da equidade da relação entre usuários e setor regulado e da implantação da tarifa social.



***“ ...as agências surgem para desempenhar as funções do Estado, que deixou de ser prestador de serviço, e passou a exercer a função de agente regulador de importantes segmentos do mercado para a população e para os grandes capitais... ”***



**N**o Brasil, o marco inicial para a implantação do modelo de regulação setorial, sob a responsabilidade das agências, verificou-se com a vigência da Lei nº 9.491, de 1997, que redefiniu o Plano Nacional de Desestatização. Em nível constitucional, a criação desses novos espaços regulatórios estatais deu-se com a promulgação das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, ambas de 1995, que trataram dos setores de telecomunicações e petrolífero, respectivamente.

No plano legal, o passo seguinte foi a edição das Leis nº 9.472/97, que cuidou do setor de telecomunicações e criou a ANATEL; a Lei nº 9.427, relativa a energia e criou a ANEEL; Lei nº 9.478, que regulou o setor petrolífero e criou a ANP, e a Lei 10.233, de 2001, que cuidou do setor de transportes e criou a ANTAQ e a ANTT.

A rigor, o termo “agência”, ainda que transmita a idéia de flexibilidade e autonomia, está a requerer maior estudo jurídico. Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>1</sup> entende que “ o vocábulo agência é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro no movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos (...)”.

No Brasil, a qualificação de entidades como agências, que pode decorrer da lei que cria ou altera o funcionamento da unidade administrativa, como igualmente de eventual contrato de gestão celebrado com órgão ou entidade pública, não faz com que esse órgão ou entidade tenham sua natureza - de órgão ou entidade - alterada. Daí é de se concluir que essa autonomia não pode, por exemplo, afastar a aplicação das normas e princípios da administração, de que seriam exemplos a licitação e o concurso público.

Traço distintivo e peculiar na atuação das agências diz respeito à independência que lhes é conferida e que visa garantir uma atuação imparcial, ou ao menos, mais imparcial do que a que seria exercida por órgãos governamentais, sujeitos, que são, a interferências e flutuações de humores políticas ocasionais.

Essa independência encontra-se definida de forma explícita e indelével no § 2º do art. 8º da Lei nº 9.472, de 1997, que, ao dispor sobre a ANEEL, afirma, *in verbis*:

“Art. 8º.

*§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.” (grifamos).*

Ao comentar sobre as agências - a quem se refere quase sempre em tom crítico - Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>2</sup> afirma que a independência destas entidades releva-se em relação aos três Poderes do Estado do seguinte modo: “(a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao seu próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõe de função quase jurisdicional no sentido de que resolvem (...) litígios entre os vários delegatários e entre estes e os usuários dos serviços públicos”.

1. In Direito Administrativo, ed. Atlas, 11ª edição, 1999, pag. 385.

2. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão (...), 3ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 1999, pag. 131.

A própria autora, todavia, afirma que essa independência, sobretudo em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário deve ser entendida de forma mitigada. Em relação ao primeiro, o Legislativo, por força, sobretudo, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme dispõe o art. 70 do texto da Constituição Federal; em relação ao Judiciário, tendo em vista a inafastabilidade da atuação judiciária, definida no art. 5º, XXXV, do mesmo texto constitucional.

Aliado à independência administrativa, orçamentária, política e financeira, o poder normativo conferido às agências - que ao expedirem normas técnicas e setoriais muitas vezes inovam no mundo jurídico - confere-lhe traço peculiar e exige muito cuidado, posto essas normas estarem sujeitas a eventuais confrontos com normas editadas pela Administração centralizada.

Situação concreta, em que nos deparamos com uma situação de confronto entre o poder normativo da administração centralizada e da ANATEL, verificou-se em sede de recurso de reexame interposto por essa Agência junto ao TCU em que se discutiu o regime jurídico a ser aplicado às TVs a cabo, se público ou privado. A Lei nº 8.977, de 1995, que disciplina o serviço de TV a cabo no País, define, em seu art. 1º, que “o serviço de TV a Cabo obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor, aos desta Lei e aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo.” (grifamos).

Com o advento da Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997), que trouxe significativas mudanças para o disciplinamento do serviço de TV a cabo, ratificou-se a vigência da Lei 8.977/95 e transferiram-se à ANATEL as competências atribuídas por esta lei ao Poder Executivo, nos termos seguintes:

*“Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo.”*

Vimos que as competências outrora atribuídas de forma genérica ao Poder Executivo pela Lei nº 8.977/1995 devem ser agora, por força do que dispõe a Lei nº 9.472/1997, entendidas como competências da Anatel, inclusive quanto ao poder de regular o setor. Todavia, esse entendimento não pode estender-se à competência do Poder Executivo para regulamentar a lei mediante a edição de decreto, pois, consoante o que dispõe o artigo 84, IV, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Esse dispositivo constitucional impede a Anatel de editar norma que pudesse se sobrepor ao decreto regulamentador da Lei nº 8.977/1995.

Esse o nosso entendimento: o poder das agências de regular determinado segmento de mercado não se inclui no poder regulamentar, de que é titular exclusivo o chefe do Poder Executivo. O poder das agências de regular determinado segmento de mercado insere-se, ao contrário, no poder discricionário conferido ao administrador público por lei, a ser exercido, portanto, nos estritos limites legais, tendo em consideração a impossibilidade de o legislador definir *a priori* a melhor solução a ser adotada para todas situações concretas que se apresentam para o administrador público. O mérito da atuação administrativa, vale dizer, o juízo de conveniência e oportunidade a ser adotado para definir o conteúdo da manifestação do administrador, no caso das normas expedidas pelas agências, devem estar em estrita sintonia com a adoção de soluções que, sob o ponto de vista técnico, econômico e social, sejam consideradas mais adequadas para a realização do interesse público.

Inserir o poder das agências de regular determinado segmento do mercado no campo da discricionariedade, e não do regulamentar, não importa em outorga-lhes independência absoluta. Ao contrário, de a muito se discute a possibilidade de ser exercido, não apenas pelos Tribunais de Contas, mas também pelo próprio Poder Judiciário controle de legitimidade sobre a atuação discricionária do administrador, tendo no princípio da razoabilidade instrumento adequado para tal mister. Sob a ótica do Poder Legislativo, o poder de que dispõe o Congresso Nacional, por meio de seu braço operante, que é o TCU, de realizar auditorias operacionais permitiria a fiscalização da atuação das agências sob ótica mais ampla, incluindo além de aspectos de legalidade e de legitimidade, aspectos de economicidade - o que importaria, segundo abalizada doutrina, exame do próprio mérito da atuação administrativa.

A rigor, o termo discricionariedade técnica - tão importante para o tema que ora examinamos - foi utilizado pela primeira vez na Áustria<sup>3</sup> e a sua justificativa está diretamente relacionada à necessidade de que certas decisões administrativas devem considerar tal nível de especialização que somente aquele órgão ou entidade teria elementos necessários para a valoração da melhor solução a ser adotada.

Desse modo, aliado ao poder discricionário conferido às agências, temos leis que definem suas atribuições utilizando-se, muitas vezes, de conceitos genéricos, tratando as questões que lhes são apresentadas apenas como princípios, leis que servem apenas como “standards” ou parâmetros a serem observados pelas agências no exercício de seu poder de regular determinados setores. Surge, assim, o amplo espaço de atuação das agências, o que certamente irá resultar em conflitos com a administração centralizada, caso não haja absoluta sintonia entre a atuação das agências e a atuação, ou falta de atuação, do poder central.

Tomemos aqui o exemplo do setor energético a fim de verificarmos as causas de tantas desavenças entre o setor o poder central e as agências reguladoras.

A Lei nº 9.478/97, a lei do petróleo, além de criar a ANP, criou o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, órgão integrante da administração direta, cuja função seria a de sediar um amplo debate, de forma multidisciplinar, sobre a problemática energética em nosso País. Teríamos, assim, que o CNPE ficaria com o encargo de definir a política energética; o planejamento dessas políticas ficaria sob encargo do Ministério das Minas e Energia - MME, e a regulação do setor seria feita pela ANEEL e ANP.

3. Conforme Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias (...) pag. 195.

Em decorrência de auditoria operacional realizada pelo TCU<sup>4</sup> no CNPE e no MME, o TCU levantou a seguinte situação :

*“Fato concreto é que muito pouco se fez em termos de declaração formal de uma política energética. O que havia, de forma vaga, eram traços de uma política de energia elétrica e quase nada de políticas e diretrizes voltadas para o aproveitamento energético de combustíveis fósseis ou fontes alternativas de energia. Muito menos havia uma visão integrada que levasse em conta, de forma sistêmica, as interfaces das diversas modalidades energéticas.”*

Em suas conclusões, os técnicos do Tribunal afirmam que “até o presente momento o CNPE não propôs políticas públicas nacionais capazes de orientar e articular adequadamente a atuação das agências reguladoras da política energética nacional”.

A falta de atuação por parte das instâncias a quem compete a formulação de políticas e o planejamento dessas políticas levou as agências a exercerem, ainda que precariamente, ou de forma não sistematizada, papel que não lhes competia - a formulação e planejamento de políticas públicas para os seus respectivos setores.

As críticas recentemente feitas à atuação das agências parecem-nos, portanto, mal direcionadas. São elas, ainda que inconscientemente, feitas ao modelo implantado no governo anterior e, de modo mais preciso, à omissão do poder público na definição das políticas públicas setoriais.

Devem as agências regular esses setores; não devem elas, todavia, desempenhar a função do Poder Central de formular políticas públicas, função que deve ser definida em nível ministerial, com a efetiva participação do Presidente da República, com a participação do Poder Legislativo, inclusive.

Nesse contexto, insere-se, por exemplo, a necessidade de definição, pelo poder central, da política tarifária a ser seguida pelas agências. A formulação das políticas, inclusive tarifárias, é incumbência do poder central, não das agências. A estas cabe, na regulação do setor, a execução dessas políticas e a fiscalização da atuação dos agentes envolvidos.

Os mecanismos de revisão e os parâmetros a serem adotados por ocasião das revisões tarifárias devem ser fixados de modo claro pelo Poder Executivo, devendo estar expressos nos editais de licitações e nos próprios contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos. A discricionariedade a ser utilizada pelas agências, como agentes de implementação dessas políticas, deve estar definida em lei, sob pena de se subverter a própria lógica do sistema, que pressupõe normas claras e previamente definidas de modo a que os investidores possam agir com a certeza de que não haverá alterações inesperadas nos rumos definidos para os setores regulados.

Importante função discricionária a ser exercida pelas agências relaciona-se à identificação do custo operacional da atuação das empresas concessionárias distribuidoras de energia elétrica. Trata-se de aspecto importante haja vista ele interferir no denominado “fato X”, que afeta a definição dos índices a serem adotados por ocasião das revisões tarifárias ordinárias das empresas distribuidoras de energia elétrica. Assim, de que critérios deve-se vale a ANEEL para definir a Empresa de Referência, cuja utilização eficaz irá parametrar os reajustes a serem utilizados pelas empresas distribuidoras de energia elétrica?

4. Conforme relatório de auditoria realizada pelo TCU no setor energético - TC - 005.793/2002-7, assinado pelos analistas Marcelo Bemerguy e Luciano dos Santos Danni.

**D**

Desde a primeira decisão, proferida em 1910 pelo Conselho de Estado da França, em que se afirmou a necessidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão sob o argumento de que deve haver “honestas equivalências entre o que se concede ao concessionário e o que dele se deve exigir”, até a fixação do “fator X”, constatamos o longo caminho que tivemos de percorrer.

A escolha dos índices de custos e das parcelas de incidência para os reajustes - ou revisão ordinária - é questão que, a meu ver, relaciona-se à definição da política tarifária, que deveria ficar sob o encargo do poder central, cabendo às agências apenas o papel de preencher - por meio de juízo discricionário técnico, econômico e social - as lacunas deixadas pelas normas da concessão ou permissão. Deveria, a meu ver, ser reduzido ao máximo essa margem de discricionariedade na atuação das agências a fim de evitar sobressaltos por parte do setor regulado. Tivemos exemplo de atuação do poder central quando se abandonou o modelo de revisão tarifária com base nos custos do empreendimento - que transferia para o usuário o custo do empreendimento, independentemente da boa ou má gestão da concessionária.

***“A formulação das políticas, inclusive tarifárias, é incumbência do poder central, não das agências. A estas cabe, na regulação do setor, a execução dessas políticas e a fiscalização da atuação dos agentes envolvidos.”***

Com a edição das Lei nº 8.987/95 e 9.427/96, a ANEEL passou a aplicar aos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica o método RPI-X, originário do Reino Unido. De acordo com esse modelo definido pelo poder central, durante determinado período de tempo estipulado no contrato, aplica-se às tarifas apenas um fator de reajuste anual (IGP-M), calculado pela FGV, com o fim de anular efeitos da inflação. Em seguida, deve ser calculado o fator X a fim de verificar a eficiência dos custos operacionais e a prudência dos investimentos realizados pelas concessionárias, tendo ainda como parâmetro a ocorrência de fatores macroeconômicos, fato que poderá afetar negativa ou positivamente o fator de reajuste anual, vale dizer o IGP-M, e que objetiva compartilhar com o usuário ganhos de produtividade que deveriam ter sido obtidos pela concessionária.

Temos, assim, um novo modelo a ser tomado como marco para a fixação do equilíbrio econômico-financeiro - que tradicionalmente adota o momento da assinatura do contrato como marco para a definição desse ponto de equilíbrio. De acordo com o novo modelo, o parâmetro de equilíbrio é contínuo no tempo e depende de uma situação de utilização ideal dos custos operacionais da concessionária hipotética tida como “empresa de referência”. Cria o se chama de sistema de “benchmarks”, que objetiva reduzir o valor da tarifa. Verifica-se, aqui, uma infinidade de fatores complicadores para a definição desses novos índices de reajuste. Tudo isto, está, todavia, relacionado às revisões ordinárias. Imaginem os senhores o que não ocorre por ocasião das revisões extraordinárias?

Se é certo que as estruturas tradicionais da centralização administrativa mostram-se inadequadas para responder às demandas da população e do próprio setor regulado em matérias tão sensíveis social, econômica e politicamente, a implantação desse novo modelo de atuação do Estado deve ser acompanhado com muito cuidado por todos os que zelam pelo império do interesse público.

Acerca das dificuldades dessa solução apontada pelo modelo gerencial, o administrativista norte-americano Keneth Warren, busca definir o relacionamento entre as agências e o setor regulado por meio de ciclos.

No início, a agência responde à demanda que resultou na sua criação; na segunda fase, trabalha “com vigor juvenil”, ainda livre das forças corruptivas no seu entorno; na terceira, que ele chama de “porta giratória”, ocorre troca de pessoal entre a agência e o setor regulado, na quarta, a agência passa a ser inteiramente dominada pelo setor regulado.

Quaisquer que sejam as causas - políticas, ideológicas, fiscais, o fato é que sofremos, ao longo dos últimos anos, profundas reformas na estrutura do Estado brasileiro.

A análise dessas modificações implementadas na organização administrativa é tema das mais alta relevância para a consolidação de nossa democracia.

De todas as suas mazelas, talvez a mais grave consequência desse processo de estruturação do modelo gerencial da administração pública seja a transformação do cidadão em cliente. Essa noção é perversa. De acordo com a lógica das relações de consumo somente aquele que paga tem direito ao serviço. Assim, somente a condição de contribuinte elevaria o cliente à categoria de cidadão.

Essa lógica, além de perversa, é mentirosa. Todo brasileiro precisa tomar consciência de que é cidadão. Todo brasileiro tem direito de exercer plenamente suas prerrogativas, dentre elas a de exigir da administração pública serviço público de boa qualidade. ■

*De todas as suas mazelas, talvez a mais grave consequência desse processo de estruturação do modelo gerencial da administração pública seja a transformação do cidadão em cliente. Essa noção é perversa. De acordo com a lógica das relações de consumo somente aquele que paga tem direito ao serviço. Assim, somente a condição de contribuinte elevaria o cliente à categoria de cidadão.*