

A REGULAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

Liliane Sonsol Gondim

Bacharela em Direito, Especialista em Direito Constitucional e em Direito Ambiental e

Procuradora – Chefe da Arce

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do estado do Ceará – Arce

liliane@arce.ce.gov.br

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade de inserção no texto constitucional de um conteúdo mínimo central de características relevantes das agências reguladoras de serviços públicos que lhes permitam o desenvolvimento de suas atividades com vistas a alcançar seu papel social. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, que teve como fonte obras de relevância nacional, produzidas por autores de Direito Administrativo e Direito Constitucional.

* principais conclusões.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Regulação. Direito fundamental. Direito social. Princípio da vedação do retrocesso social.

REGULATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND IMPEDIMENT OF SOCIAL RETROCESSION PRINCIPLE

ABSTRACT

This article intends to demonstrate the need of inclusion in the Constitution a minimum central content that characterizes the public services regulatory agencies and make them able to achieve their social role. The method used was the bibliography research focused in nationally relevant books, written by Administrative Law and Constitutional Law authors.

Key-words: Regulatory agencies. Regulation. Fundamental right. Social rights. Impediment of social retrocession principle.

Área Temática: Aspectos Institucionais e Jurídicos

1. Introdução

As agências reguladoras de serviços públicos no Brasil completaram 10 (dez) anos de vida. Apesar da relativa longevidade, a doutrina administrativista mais tradicional, assim como os Poderes Públicos, ainda não deram o devido reconhecimento à função regulatória exercida por esses entes no contexto da desestatização nacional. É necessário, portanto, ressaltar a importância da regulação, qualificada como verdadeiro direito social, espécie de direito-garantia fundamental que, para ser reconhecida como tal e garantida sua eficácia, reclama uma indispensável constitucionalização.

2. Metodologia

O estudo fundou-se em pesquisa bibliográfica, tomando por base a doutrina nacional constitucionalista, mais voltada para os direitos e garantias fundamentais e a doutrina administrativista, cindida em dois ramos: nos autores clássicos, dedicados aos manuais de Direito Administrativo; e nos estudiosos da área específica voltada à regulação. Também foram feitos contrapontos críticos com base na observação da realidade, através da experiência do trabalho desenvolvido junto à Procuradoria Jurídica da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará.

3. Resultados

As agências reguladoras de serviços públicos, criadas no Brasil a partir da década de 90, possuem desejáveis características que as particularizam como tais, ou seja, que lhes concedem sua nota de diferenciação perante outros entes que compõem a Administração Pública.

Em geral, essas características se encontram descritas nas leis de criação das agências e são discutidas pelos doutrinadores brasileiros com relativa uniformidade. É certo que as agências reguladoras são instituídas comumente como autarquias de regime especial, sem, no entanto, que a lei especifique em que consiste esse regime especial, deixando para a doutrina que o faça.

Em regra, o regime especial está umbilicalmente ligado à ideia de um conjunto de prerrogativas específicas cuja finalidade é dotá-las de autonomia perante o Poder Executivo

central e o prestador do serviço público regulado, para que possam atuar com independência técnica.

As agências devem ser concebidas como entes de Estado, e não de governo, guardando o devido distanciamento do restante do Poder Executivo a fim de resguardar essa autonomia.

Diversos doutrinadores já se debruçaram sobre a nota de distinção das agências reguladoras. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar sobre as agências que regulam e controlam os serviços públicos ou a concessão para exploração de bem público, reconhece as seguintes características (DI PIETRO, p. 402-407):

- maior autonomia em relação à Administração Direta;
- estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*;
- decisões não passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública;
- impossibilidade de alteração ou revisão de seus atos pelo Poder Executivo;
- exercício da função normativa.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece como nota distintiva digna de menção a nomeação dos dirigentes autárquicos sob aprovação do Senado (MELLO, p. 154), embora discorde, surpreendentemente, da idéia do mandato fixo que ultrapasse o período do governo responsável pelas nomeações, por reputar, segundo esse autor, violação das prerrogativas constitucionais do sucessor. Quanto aos demais traços apontados pelas leis disciplinadoras das agências, aduz o administrativista não haver nada de especial em relação às demais autarquias.

Como se percebe, dois autores dos mais representativos da doutrina nacional restringem-se a analisar as particularidades das agências reguladoras caso a caso, a partir das suas leis de criação, sem maiores preocupações com a investigação do que deve ser uma agência reguladora para poder ser verdadeiramente considerada como tal, incrementando a importância do *nomen juris* em detrimento das características desse objeto de estudo do Direito.

Em outras palavras, a natureza jurídica da agência reguladora é traçada por esses doutrinadores a partir do direito positivo, e não da constatação do que seria relevante e

necessário para atender a atribuição que lhes é conferida de bem regular o serviço público com vistas a sua melhoria.

Felizmente, outros autores, em estudos mais aprofundados e específicos, detiveram sua atenção à preocupação que se encontra na pauta da discussão da moderna administração pública, que é a eficiência. A eficiência na atuação regulatória passa obrigatoriamente pelos instrumentos que são disponibilizados a esses entes públicos para que atinjam seus objetivos, na medida em que consiste na obtenção do melhor resultado com o menor dispêndio de recursos possível.

Embora os autores que tratam de regulação não façam, no mais das vezes, menção expressa ao princípio da eficiência, pode-se afirmar que a transcrição desse objetivo é despicienda, sob pena de tornar-se redundante, já que muito mais do que uma norma constitucional programática, o princípio incluído por emenda constitucional no art. 37 da Carta Magna é verdadeira diretriz a ser perseguida, dotada de concreção, conquanto dependente do arcabouço legislativo infraconstitucional, como é exemplo o tema aqui tratado.

É cediço que o custo da regulação é alto. Embora as agências tenham, na maioria das vezes, estrutura enxuta, seus profissionais demandam apoio, constante atualização, treinamentos e remuneração equivalente as suas qualificações que demandam gastos que, aliados aos custos da fiscalização do serviço sobre os quais atuam, aumentam os dispêndios com o seu funcionamento. Portanto, é inadmissível a mobilização de tantos recursos sem que se pretenda alcançar eficiência máxima.

Alexandre Santos Aragão identifica as características instrumentais necessárias ao bom funcionamento de uma agência (ARAGÃO, p. 313-329):

- autonomia;
- diversidade e amplitude de funções (atividade normativa, atividade fiscalizadora, atividade sancionatória, atividade julgadora);
- caráter técnico da atuação;
- regime de pessoal estatutário, compatível com o requisito de independência frente aos poderes político e econômico;

Adiante, o mesmo autor reconhece que a principal característica das agências é a autonomia reforçada que possuem frente ao Poder Executivo central, aqui incluídos os conceitos de autonomia financeira e orçamentária, como forma de dotar de efetivar a pretendida autonomia

(ARAGÃO, p. 331). O autor enumera, ainda, a nomeação dos dirigentes para exercício de mandato com vedação à exoneração *ad nutum* e a impossibilidade de utilização de recurso hierárquico impróprio.

Como se vê, a despeito de as características das agências reguladoras não serem uniformes, especialmente considerada a esfera federativa em que estão inseridas, seja federal, estadual ou municipal, uma vez que cada uma delas traz um contexto que difere politicamente e reflete na atuação da agência, pode-se identificar as características comuns mais relevantes. São elas:

1. personalidade jurídica de direito público sob a forma de autarquia;
2. autonomia administrativa e financeira ampliadas e reforçadas;
3. ausência de subordinação hierárquica;
4. mandato fixo dos dirigentes, escolhidos por critérios técnicos;
5. corpo técnico especializado e constantemente atualizado.

Todas essas características decorrem de uma opção feita pelo legislador ao aprovar a lei de criação da autarquia e podem variar segundo a ideologia e o grau de compromisso com a tecnicidade, em detrimento das escolhas meramente político-eleitorais do Poder Legislativo.

A finalidade específica em munir as agências reguladoras de serviços públicos com essas notas distintivas é precisamente cercar a atividade regulatória, ou seja, o ato de regular, com a maior proteção possível frente aos poderes econômico e político. O reconhecimento dessa afirmativa constitui ponto fundamental deste trabalho, cuja compreensão perpassa pela admissão das inúmeras pressões que sofrem todos os agentes que influem e lidam com a atividade decisória da agência, sejam integrantes do corpo técnico, sejam dirigentes dessas autarquias.

Regular significa, em sentido profundo, melhorar a prestação dos serviços públicos e, por conseguinte, a vida do usuário. A finalidade pública da regulação é precisamente dotar o destinatário do serviço público de um instrumental confiável e imparcial que persiga a melhoria de sua própria qualidade de vida. Sem esse objetivo como diretiva, a agência encontra-se despida do motivo determinante que levou à sua criação.

Em pouco mais de 10 (dez) anos de atuação, as agências reguladoras dotadas, em maior ou menor grau, das características enumeradas anteriormente obtiveram relativo sucesso

no desenvolvimento de suas atribuições, implementando avanços sociais, como, exemplificativamente, universalização e melhoria dos serviços públicos regulados, tais como telefonia, energia elétrica e saneamento básico, a despeito dos não incomuns embates com o Poder Concedente.

Nesse contexto, torna-se fácil reconhecer a regulação, atividade desempenhada pelas agências reguladoras de serviços públicos, como verdadeiro direito social de que dispõe o indivíduo na implementação das melhorias dos serviços públicos do qual todos são usuários, já que não se concebe mais a vida do homem em sociedade sem que seja destinatário, senão de todos, pelo menos de alguma espécie de serviço público regulado – transporte, energia elétrica, saneamento básico, somente para citar alguns.

Não é excesso semântico dizer que as agências reguladoras são um indispensável instrumento para realizar tal fim, dotando de efetividade os direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Abre-se aqui parênteses para afirmar que direitos sociais não possuem o significado usualmente empregado por alguns doutrinadores, no sentido de direitos trabalhistas. Conforme Uadi Lammêgo Bulos (2005, p. 419-420):

Certamente, a terminologia é difícil de ser determinada, porque é plurissignificativa. Logo, o seu sentido irá variar a depender do contexto em que for empregada. Disso emerge a enorme dificuldade de se delimitar em linha conceitual para o que sejam *direitos sociais*. Existe até algo de pleonástico se tomarmos no sentido geral, pois todo direito é, em si mesmo, produto da vida em sociedade – *ubi societas, ibi jus(...)*.

Direitos sociais, portanto, são aqueles que sobrelevam a esfera particular, para alcançar o todo, numa visão de generalidade e conjunto. A sua compreensão deflui – como pujança e intensidade – sempre que for confrontado num interesse individual com um metaindividual, e vice-versa. Por isso, funcionam como lídimas liberdades ou prestações *positivas*, vertidas em normas de cunho constitucional. (Grifos do autor).

Adiante, o mesmo autor afirma (p.421-422):

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Mas isto não é o suficiente. Só através de uma profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que os nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futuras, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas, como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente.

Utilizando-se da visão desse constitucionalista, pode-se afirmar que a mera previsão em leis ordinárias esparsas das condições inerentes e necessárias à atuação das agências reguladoras de serviços públicos é insuficiente para garantir a consecução da finalidade pública desses entes estatais.

Uma vez que as composições políticas se modificam periodicamente e, junto com ela a ideologia, o que é próprio do sistema político vigente, sem que haja demérito algum nesse processo democrático, é preciso dotar as agências reguladoras de estabilidade institucional, coisa que a legislação infraconstitucional, em alguns casos, não está sendo capaz de promover.

Conquanto fosse desejável que as instituições políticas fossem imparciais e, por conseguinte, as pessoas que as compõem fossem maduras e conscienciosas acerca das implicações futuras decorrentes de seus processos decisórios presentes, percebe-se que os interesses individuais e de alguns grupos acabam prevalecendo. Como dizia Norberto Bobbio, “o legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complexa”. Dessa forma, resta buscar outros instrumentos de fortalecimento das instituições para as quais convergem as pressões políticas, tomando-se esse termo em sentido amplo.

Em tese, respeitada a hierarquia das normas e as regras formais sobre sua edição, tanto o Poder Legislativo poderia editar leis que modificassem o regime da agência reguladora,

assim como o Chefe do Poder Executivo poderia editar decreto que alterasse o detalhamento contido em diploma anterior da mesma hierarquia sobre as características e as funções regulatórias. Numa argumentação extrema, poderia ser admitida inclusive a extinção da agência. No entanto, a atividade desempenhada pelo Poder Legislativo possui autolimitações implícitas, carreadas no Estado Democrático de Direito, no Princípio Democrático e no Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

O Princípio da Vedação do Retrocesso Social consiste na proibição de se efetuar qualquer medida tendente a revogar direitos sociais sem a implementação de mecanismos jurídicos capazes de mitigar os efeitos danosos decorrentes da citada revogação.

É imperioso afirmar que qualquer ato oriundo do Poder Executivo tendente a tornar letra morta as características estabelecidas em lei para a agência reguladora seria, além de flagrantemente ilegal, ilegítimo porquanto atentatório ao Estado Democrático de Direito.

Com relação ao Poder Legislativo, embora, aparentemente, não haja limitação expressa à atuação legiferante no tocante à modificação do modelo das agências reguladoras, os avanços sociais obtidos a partir do desenvolvimento da atividade regulatória consistem verdadeiras fronteiras as quais não se pode ultrapassar sem que esteja ferindo o Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

Há autores que sustentam que esse princípio não tem sede constitucional, posição da qual discordamos. O fato é que direitos fundamentais – e os direitos e necessidades básicas atendidas mediante prestação dos serviços públicos são espécies desse direito – trazem (SARLET, p. 215) um “direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental”.

É importante acrescentar que a idéia defendida aqui, de impossibilidade de enfraquecimento das agências reguladoras por meio da atuação do Poder Legislativo não é inédita, tendo sido defendida, sob outro fundamento jurídico – a ciência política - pelo eminente administrativista português Pedro Gonçalves em palestra proferida em congresso.

Entretanto, durante a pesquisa para a realização desse trabalho não foi encontrado o eco dessas idéias em meio à produção doutrinária nacional. Aragão (2005, p. 334-336) até mesmo reconhece a impotência das agências reguladoras frente às modificações legislativas, idéia da qual não discordamos integralmente:

A autonomia das agências reguladoras frente ao Poder Legislativo é bastante diminuta, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.

(...)

A única exceção seria se a própria Constituição assegurasse a independência desta ou daquela entidade reguladora. Ao nosso ver, contudo, não há esta hipótese em nossa Carta Magna.

(...)

O que se exige da lei revocatória é que, sob pena de ser considerada inconstitucional por desvio de poder legislativo, atenda aos princípios da Administração Pública, notadamente os da finalidade e impessoalidade.

Infelizmente, a sociedade brasileira não é suficientemente madura para aceitar a tese da aplicabilidade do Princípio da Vedação do Retrocesso Social e é nesse sentido que concordamos com o autor acima citado, quando menciona a constitucionalização de alguns aspectos concernentes às agências reguladoras.

Os interesses particulares sobrepujam com vantagens o interesse público que devem defender as agências reguladoras. Nesse sentido, por reconhecer que a compreensão da importância da aplicação do Princípio da Vedação do Retrocesso parece inatingível e, ainda, por não configurar ponto pacífico na doutrina a relevância das prerrogativas conferidas às agências reguladoras, mostra-se imperiosa a constitucionalização dessas prerrogativas, dada a sua importância como instrumento de concreção dos direitos sociais.

A regulação constitui-se como verdadeiro direito-garantia fundamental, sendo devida a ela a inserção no texto constitucional, que é o *locus* adequado para essa categoria jurídica. Evidentemente, esse trabalho está distante de esgotar o tema, mas terá logrado êxito se tiver conseguido introduzir essa idéia em meio às inúmeras discussões jurídicas acerca da importância institucional das agências reguladoras para o interesse público em sentido amplo.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 419-422.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Pedro. *Regulação de mercados, contratação regulatória e “intromissão” legislativa*. *In*: III Congresso Iberoamericano de Regulação Econômica. São Paulo, 26 jun. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.