

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sheila de Lima Grynszpan , UERJ

Rua Santa Clara 431/bloco-6/apartamento 402/ Copacabana- Sheilinhag@hotmail.com

Independência normativa, política, orçamentária, decisional, e gerencial das agências reguladoras viola a Cláusula Pétrea de Separação dos Poderes insculpidas na Constituição da República?

palavra-chave—1-Controle Legislativo , palavra-chave-2- Controle Judiciário, palavra-chave-3- Controle do Tribunal de Contas, palavra chave-5- Legitimidade Democrática.

1. INTRODUÇÃO

As agências reguladoras foram criadas a partir da descentralização administrativa, uma vez que estas autarquias especiais tinham como objetivo a não submissão ao controle hierárquico dos órgãos da administração direta.

Decorrente desta autonomia as agências passaram a regular especificamente as atividades econômicas que necessitam de uma maior nohau técnico na sua avaliação.

O desenvolvimento industrial do país nas áreas do petróleo, energia elétrica, transportes aquáticos, telecomunicações não poderia ser implementado sem uma fiscalização e normatização específica, pois a execução de sua atividade deve ser pautada na segurança jurídica das relações estabelecidas com os usuários destes serviços.

Porém, a criação destas agências fez surgir críticas constiucionais quanto a sua legalidade:Independência normativa; decisional; política; gerencial, financeira e orçamentária das Agencias Reguladoras viola a cláusula pétrea da Separação de Poderes inscupida na Constituição da República? Poderia um órgão da Administração Indireta realizar funções atípicas, pois não estaria submetido ao sistema do "check and balances"? Seria uma forma de escamotear o absolutismo negado pelas idéias de Montesquieu? Seria uma forma de confirmar que a descentralização administrativa ao impedir o controle hierárquico entre entes criou uma autarquia com poderes ilimitados?

O objetivo da pesquisa será explicar a legitimidade de atuação destas autarquias especiais, apesar da aparente vedação constitucional de concentração de poderes em único órgão executivo.

2. REVISÃO DA LITERATURA

Os autores, ao longo do tempo, já haviam se manifestado à respeito do Princípio da Legalidade que reflete na atuação das Agências Reguladoras, uma vez que estas atuam através de atos administrativos normativos e atos administrativos executivos.

Hoje, há uma nova leitura do Princípio da Legalidade:

Reserva absoluta de lei: exige-se do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos.

Reserva relativa de lei: Em alguns casos a lei atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos conforme seu juízo de conveniência e oportunidade.Os administradores não são vinculados a reserva legal absoluta apenas quanto ao objeto e ao motivo de suas condutas. Sendo oportuno motivar suas decisões segundo a Teoria dos Motivos Determinantes.

Também deve-se distinguir a reserva de lei formal de reserva de lei material

Há reserva de lei formal quando determinada matéria só pode ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediamte adoção de procedimento analítico ditado pela própria Constituição.

Não pode ocorrer a delegação ao Poder Executivo e Judiciário quando houver reserva de lei formal.

Logo, é vedado a uma agência reguladora (órgão da administração Pública indireta do Poder Executivo) elaborar um ato normativo sobre determinada matéria que só pode ser tratada através de uma lei elaborada pelo poder Legislativo.Reserva de lei material: A Constituição contempla atos normativos que não são emanados diretamente do Legislativo, mas tem força de lei. São as leis delegadas (artigo 68º da Constituição Federal) e as medidas provisórias que são tratadas pelo Chefe do Poder Executivo.

Assim, permanece válida a concepção tradicional do Direito Constitucional brasileiro de que é vedada a delegação de funções de um Poder para outro, fora das hipóteses constitucionais.A delegação, ainda que possível não pode ocorrer “em branco”, isto é desacompanhada de parâmetros e diretrizes obrigatórias.

Essa última flexibilização do princípio da legalidade, admite a delegação, desde que acompanhada de “standards”(critérios limitativos).

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca a sua identidade como uma norma válida e eficaz.

Os limites dos poderes regulatórios são estritamente fixados na lei de criação de cada agência.

As agências reguladoras constituem, pois, a superação ou mitigação do dogma da não- delegação absoluta das funções específicas de cada um dos poderes estatais.

A Chave da questão reside se a Lei Instituidora das Agências Reguladoras que fixa critérios (standards) claros para o exercício da função reguladora; não dando margem para abusos ou excessos . Estabelecendo a ponderação entre os objetivos almejados com a criação do novo ente e a extensão dos poderes que lhe serão conferidos.

Esta lei instituidora (criadora) das Agências será constitucional, desde que o legislador tenha estabelecido standards suficientes e não tenha ferido o Princípio da Reserva legal; pois do contrário haveria delegação pura e simples da função legislativa.

Nesse sentido, as agências devem agir conforme o Princípio da legalidade que rege a administração Pública, ou seja ao administrador público cabe realizar aquilo que a lei previamente permitiu.

Portanto, as agências ao emitir regulamentos não estão usurpando a função do poder legislativo.

Apenas, hoje há a necessidade de normas mais específicas, técnicas para realizar o planejamento de setores específicos. E estas autarquias especiais são os entes que detem maior conhecimento técnico sobre estas áreas.

Cabe as autarquias melhor administrar o interesse público. Assim, normas mais específicas permitem um maior controle da Administração sobre as atividades econômicas e serviços públicos desenvolvidos.

O Princípio da Legalidade não deve ser entendido de forma restrita, para significar aconformidade da atividade administrativa com a norma legislativa (formal).

A Lei n 9784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal, prevê no parágrafo único do artigo 2º o critério da aplicação conforme a lei e o direito. Assim, constata-se que a Administração deve pautar sua atuação, atendendo ao que dispõe todo o Ordenamento Jurídico.

A estrita legalidade, que retira a literalidade da lei a sua aplicação aos casos concretos, exige novos contornos, em moldes menos inflexíveis. Parece que a ensejar esta ordem de alterações estão, basicamente, dois fatores: a busca da concretização da justiça material em detrimento do formalismo legal.

Em um sentido mais amplo, o princípio da estrita legalidade assume a conotação de princípio da juridicidade que é pautada na legitimidade consagrada no pós- positivismo.

3. METODOLOGIA

Legitimidade das Agências reguladoras através de técnicas de controle:

3.1 Controle do Poder Legislativo

A legitimidade democrática e de atuação das agências reguladoras é tutelada através de mecanismos de controle explicitados pela Carta Magna.

Isto porque, o presidente da república é eleito pelo povo pela via democrática, e portanto como chefe do poder Executivo pode realizar atos administrativos, como por exemplo, a escolha dos dirigentes das agências

Ademais, é preciso salientar, inicialmente, que o fato de os membros do Poder Legislativo serem eleitos não os torna tecnicamente mais aptos a exercer a função normativa atribuída às agências reguladoras. É notório que o poder legislativo possui um volume de trabalho exarcebado, não havendo tempo suficiente para apreciar todas as questões que lhe são submetidas. Por outro lado, por vezes seus membros não detêm conhecimentos técnicos específicos indispensáveis na elaboração de determinadas leis.

Assim, os membros do Poder Legislativo que também foram eleitos pela via democrática podem criar leis que instituem as autarquias.

A discussão não deve versar sobre o agente que realiza as normas reguladoras. O ponto principal desta questão deve estar no conteúdo das leis que criam as agências e autorizam estas a realizar determinada atividade através de sua competência (normativa, executiva, financeira, e de julgar casos concretos).

O conteúdo destas leis deve obrigatoriamente impor limites, ”standards”, ao poder regulatório.

A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a ela atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim das leis instituidoras das autarquias legitima o poder outorgado.

Os atos normativos expedidos pelas agências, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

Com efeito, não se admite possa existir no direito brasileiro o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o status hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência.

A adoção da tese da deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita as normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representam não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento de legitimidade. Permitir que regulamentos editados por agências reguladoras possam alterar, revogar leis constitui antítese ao Estado Democrático de Direito. O Poder Legislativo através deste controle impede que a agência reguladora tenha competência exclusiva e ilimitada para ditar normas.

Desta forma, o poder regulamentar das agências não é incondicional, uma vez que não pode haver a ruptura da separação de Poderes.

A autonomia das agências deve sofrer mitigações parciais por via de controles exercidos pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Poder Executivo Central possui mecanismos de controle sobre a atuação das agências, implementados através da verificação do atendimento a metas e diretrizes - supervisão ministerial. Estes controles não são incompatíveis com a autonomia destes entes que foram criados para ter maior liberdade de atuação devido a sua especialidade técnica, mandato fixo que impossibilita o controle político.

3.2 Controle do Tribunal de contas

O controle da Administração Pública- direta e indireta- pelo parlamento é regra constitucionalmente estabelecida, conforme exposto na norma do artigo 49º, X, da Constituição (“É da competência exclusiva do Congresso Nacional: Fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos o da administração indireta”).

A Carta Política de 88 em seu artigo 70 estabelece que os gastos da Administração Pública serão fiscalizados pelo Tribunal de Contas.

Art 70: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública, ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

Deve-se ressaltar, que a fiscalização trata-se efetivamente de uso de dinheiro público, quando até as pessoas privadas estarão sujeitas à prestação de contas.

3.2.1 Controle do Judiciário

A constituição Federal em seu artigo 5º XXXV expressa o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário a qualquer lesão ou ameaça ao direito.

Portanto, as decisões administrativas podem ter revisão judicial, desde que não invadam o mérito do ato administrativo.

Ressalta-se, que os conceitos jurídicos indeterminados que se encontram na "zona de penumbra" (não estão na zona de certeza positiva e na zona de certeza negativa) são sindicáveis ao Poder Judiciário que utilizando-se do princípio da razoabilidade verificará se é o melhor órgão para aferir o caso concreto.

O judiciário somente invalidará os atos administrativos quando estes não resistam aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade, isonomia, dignidade da pessoa humana (e etc).

4. RESULTADOS

A flexibilização do Princípio da Legalidade permitiu o surgimento dos regulamentos autônomos e executivos na atuação das Agências Reguladoras. No entanto, estes regulamentos também devem ter um controle de legalidade.

A maioria dos doutrinadores entende que o poder de regulamentar se qualifica por ser inteiramente subordinado a uma lei prévia que estabeleça os seus limites. Estes seriam os regulamentos de execução que iriam executar normas previamente existentes.

No entanto, hoje admite-se os regulamentos autônomos no Brasil. Deve-se ponderar, contudo, que mesmos aqueles que admitem a emissão de regulamentos autônomos no direito brasileiro, fazem-no com prudência fixando os limites do poder regulamentar.

O regulamento independente se justifica onde a lei deixa à Administração uma certa gama de livre atividade, originando-se da competência discricionária, que nada mais é do que um juízo de conveniência e oportunidade, entregue à exclusiva apreciação da autoridade administrativa competente, tendo em vista a finalidade do ato a praticar-se.

Dessa forma, o regulamento independente sempre existiu e se justificou quando a matéria sobre que verse se incluía no âmbito do poder discricionário, pacificamente reconhecido à Administração.

Cabe à administração pública ao exercer seu poder regulador não invadir a esfera da estrita legalidade. Pois, apenas a lei pode estabelecer critérios sobre o agente competente a realizar determinada atividade, a forma (a forma se define como sendo um conjunto de solenidades prévias à declaração de vontade da Administração Pública), e a finalidade do ato praticado (todo ato da administração deve atingir um propósito específico, caso contrário haverá desvio de finalidade).

O poder regulamentar é faculdade de que dispõem os chefes do de executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda na disciplinada por lei.

O essencial é que o executivo, ao expedir regulamento-autônomo ou de execução da lei, não invada as chamadas reservas da lei e quando houver norma disciplinadora da matéria.

Deve-se respeitar a repartição constitucional de competências entre os entes da federação. Assim, por exemplo, as pessoas estaduais não podem emanar regulamentos autônomos que invadam a competência dos Municípios, Distrito Federal, União. Isso é evidente, pois não é possível obter-se através de regulamento aquilo que é vedado através de lei.

Os regulamentos não podem desprezar as normas e princípios de direito que lhe são superiores.

Não é permitido aos regulamentos modificar, suspender, derogar ou revogar as normas e princípios constitucionais. Ainda que autônomos os regulamentos são atos administrativos, hierarquicamente subordinados à lei e à constituição- cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente.

Os regulamentos contra lei e os regulamentos que invadam a reserva legal são inadmissíveis.

Em virtude deste princípio e em consonância com o disposto nos artigos 5º, XXXIX, 149, 150, I e 195 da Constituição Federal, não cabe ao regulamento criar crimes, instituir penas e sanções, prever tributos ou encargos de qualquer natureza, por iniciativa própria.

A partir do art 84, VI, a, através de uma interpretação sistemática constitucional pode-se deduzir que a criação e extinção de entidades da administração pública indireta também não podem ser objeto de decreto do Chefe do Poder Executivo.

Após a análise da limitação ao poder regulamentar decorrente do princípio da Legalidade; deve-se frisar que também há uma limitação externa do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas.

Porém, o ponto jurídico – político mais tormentoso dos amplos poderes é o seu déficit democrático, causado pela “estabilidade temporária” dos seus dirigentes, que não podem ser exonerados *ad nutum* pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições – especialmente pelo Presidente da República.

É possível que o Presidente da República eleito possua posições distintas da maioria do colegiado de determinada agência reguladora independente, hipótese na qual, enquanto a lei da agência não for alterada, prevalece a decisão dos dirigentes da agência em detrimento da vontade do Presidente da República e do seu programa de governo sufragado nas urnas.

Em decorrência destes fatores o Legislador constituinte estabeleceu o artigo 37, XIX, CF, que explicita que as agências reguladoras são uma criação legislativa, mantendo-se a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o seu regime jurídico, ou mesmo para extingui-las.

Quanto à esfera do Chefe do Poder Executivo, também democrático-eleitoralmente legitimado, deve-se atentar que as leis que tratam das agências reguladoras são, na forma do art.61, II, e, CF, de sua iniciativa privativa; nenhuma agência reguladora pode ser criada, modificada ou extinta sem a sua iniciativa.

Percebe-se, nitidamente, que a criação, disciplina e a subsistência de agências reguladoras é legitimada pela conjugação da prerrogativas legislativas dos titulares dos dois poderes legitimados democrático-eleitoralmente – Chefe do Poder Executivo e Poder Legislativo

5. CONCLUSÃO

Não há ruptura do pacto federativo, porque os controles do poder legislativo, judiciário e orçamentário através do tribunal de contas se apresentam como elementos essenciais para a reconciliação das agências independentes com o princípio da separação dos poderes e o seu conteúdo democrático. Portanto, onde existe controle externo não pode haver ilimitação das agências.

A realização de funções atípicas por um órgão executivo da administração indireta tem a finalidade de concretizar a harmonização do sistema constitucional de repartição de competências. Na verdade, as funções de cada poder não são exclusivas, mas o constituinte originário determinou quais as funções que cada Poder deve exercer preferencialmente.

A concentração das funções executivas, legislativas, e decisórias nas Agências Reguladoras não representa o retorno ao absolutismo. Ao revés, representa um Estado Democrático que fixou constitucionalmente a possibilidade de controle de seus atos. Destarte, a Supremacia Da Constituição é uma garantia de limitação das autarquias especiais.

Assim, os controles não são uma ameaça, e sim uma forma de fortalecimento institucional e preservação do espaço próprio de autonomia dos entes reguladores. As agências independentes, antes que uma usurpação ao ideal de autogoverno, serão um instrumento de mediação para o exercício racional do poder em sociedades tecnologicamente complexas.

7. REFERÊNCIAS

Aragão, Alexandre, dos Santos. Agências Reguladoras, 2ª.ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, p.433-434.

Cuellar, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo, 1ª. ed. São Paulo, Ed. Dialética, 2001, p.102-130.

CONSTITUTIONALS LIMITS OF REGULATORIES AGENCIES

keyword-1- Legislative Control , keyword -2- Judiacial Control, keyword -3 – TrialCounts Control, keyword -4-Democratic Legitimate

Os autores são os únicos responsáveis pelo conteúdo deste artigo.