

NOVAS AGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

Caio Tácito

Parte – I

As últimas décadas evidenciam uma tendência nova na estrutura da Administração Pública Federal.

Reflexo de uma evolução que transita na experiência internacional, o direito público brasileiro, nas últimas décadas e, especialmente, após o advento da Constituição de 1988, destaca dois modelos de reformulação da atividade estatal.

De uma parte, amplia-se a presença da sociedade, fruto da democratização política que valoriza a cidadania e estimula a participação popular.

O cidadão, seja diretamente, seja por meio de corporações e entidades da classe, assume papel ativo em audiências públicas e na legitimidade processual em garantia da legalidade como acesso a direitos coletivos e difusos.

De outra parte, a política de desestatização conduz a uma reavaliação dos poderes administrativos.

O Estado torna-se menor, retirando-se de áreas que são delegadas à iniciativa privada, embora subsistente a supervisão pública.

A Administração do Estado se concentra na prestação de serviços essenciais associados à educação, à cultura, à saúde, ao bem estar coletivo ou a defesa do meio ambiente, limitando-se, quanto às atividades privadas, a uma ação complementar, segundo o princípio da subsidiariedade.

A política de privatização, que se expande, é, a um tempo, forma de retração do Estado na direta prestação de serviços de interesse geral, como especialmente fator de inspiração da reforma administrativa pela criação de novos agentes de execução de serviços bem como de novos entes reguladores das atividades transferidas a concessionários e permissionários ou atribuídos a entes privados de colaboração.

Parte – II

Em ensaio recente (“Três momentos da privatização” in *Desafios do Século XXI - coletânea de estudos coordenada por Ives Gandra Martins - edição da Academia Internacional de Direito e Economia - 1997 - pag. 140/s*), destacamos o processo descentralizador, iniciado com o Programa Nacional de Desburocratização, objeto do Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979, com a declarada finalidade de dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal.

A política de descentralização tornou-se mais definida na década imediata, completando-se no Decreto n. 95.886, de 29 de março de 1988, com a finalidade de transferir à iniciativa privada

determinadas atividades econômicas exploradas pelo Poder Público.

A Constituição de 1988 limita a atividade econômica do Estado, segundo os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo definido em lei (art. 173) e convoca a iniciativa privada a retomar seu papel como fator dinâmico da economia.

Com o advento da nova Constituição, mais uma etapa se formaliza na Medida Provisória n. 155/90, logo convertida na Lei n. 8.031, de 12 de abril do mesmo ano, que consolida o Programa Nacional de Desestatização.

Com adaptações de rumo e de procedimento espelhadas em sucessivas Medidas Provisórias, que inovam a Lei n. 8.031/90, a política de privatização marca, de forma significativa, a diretriz da moderna política governamental.

Dela são igualmente reflexo as Emendas Constitucionais n. 6, de 15 de agosto de 1995, n. 8, de 15 de agosto de 1995 e n. 9, de 9 de novembro de 1995 que, limitando os monopólios de petróleo e de telecomunicações, abrem caminho à presença do capital estrangeiro e da iniciativa privada nacional, facultando medidas de privatização, objeto de sucessivas leis, conduzindo, por último, à Reforma Administrativa, expressa na Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998.

Parte – III

A Emenda Constitucional n. 19/98 reformula oitenta preceitos da Carta Magna entre artigos, parágrafos, itens e alíneas e acrescenta sete novos artigos no sentido da adaptação ao novo sistema, tendo como objetivos essenciais a maior eficiência no desempenho da atividade pública bem como a valorização da produtividade dos servidores públicos e o estímulo à participação popular, visando à plenitude de resultados no funcionamento da máquina administrativa.

Mediante acréscimo do §8º ao art. 37, está prevista a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da administração direta e indireta, a ser regulada em contrato que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho.

Como instrumentos operacionais da política descentralizadora, são previstas, em lei, duas modalidades de agências administrativas, a serem constituídas como autarquias especiais ou fundação.

Como processo interno de autonomia de determinados órgãos da estrutura da Administração Pública faculta-se a criação de Agências Executivas, mediante ato do Poder Executivo, nos termos do art. 51 da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, oriundo da conversão da norma de igual teor, originariamente prevista como art. 48 na Medida Provisória n. 1.549-28, de 14 de março de 1997, reeditada e sucedida pelas Medidas Provisórias n. 1.642 e 1.651, ambas de 1998.

Outro tipo de autarquias especiais, como efeito da privatização de serviços transferidos à iniciativa privada, são as Agências Reguladoras que operam com poderes de supervisão, fiscalização e normatização das empresas privadas às quais foram delegados os serviços.

Paralelamente ao processo de descentralização administrativa, a lei permite, ainda, que, mediante contratos de gestão, entidades privadas possam ser habilitadas, em nome do Estado, como pessoas não estatais, a desempenhar atividades de caráter assistencial, atuando como entes de cooperação com o serviço público. São as denominadas organizações sociais, regidas pela Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.

Parte – IV

Historicamente, a existência de órgãos dotados de poderes deliberativos e regulatórios tem antecedentes no plano econômico e cultural.

O Banco Central e a Comissão Monetária Nacional, os diversos órgãos de Coordenação Econômica e de controle do abastecimento, o Conselho Federal de Educação e, de modo especial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (transformado em autarquia, em 1994), embora integrados na administração direta, gozavam de relativa autonomia operacional.

Sobre eles, porém, continuava a operar, de direito ou de fato, o controle político, pela via de supervisão ministerial e a competência do Congresso, definindo metas e a atribuição de recursos.

O atual Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado encontra, entre nós, como precedente histórico, a experiência de reforma empreendida pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) que teve como instrumento o Decreto-lei n. 200, de 1967, complementado pelo Decreto-lei n. 900, de 1969.

O figurino de então, compondo a administração pública indireta, distribuída entre autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, cuidou de dinamizar a produtividade do Estado com a personalização dos entes paraestatais de operação flexível, segundo um planejamento coordenado.

Uma longa herança patrimonialista na gestão pública e a frequência de abusos e desvios na condução das atividades descentralizadas, levaram, contudo, a um processo crescente de limitação da autonomia a importar na inoperância de resultados.

A administração indireta, sob o impacto de medidas restritivas, nivelou-se, praticamente, aos métodos da administração direta no formalismo burocratizante de seus procedimentos.

Parte – V

O novo modelo de agências inicia um novo esquema de independência e de modernidade administrativa, conforme textos legais recentes.

A aproximação, usualmente invocada, com o símile norte-americano e o de figuras equivalentes no plano do direito comparado, é antes terminológica do que real, em termos de substância.

As agências independentes têm longa história no direito norte-americano que, iniciada, em 1887, com a criação da Interstate Commerce Commission (ICC) se estende a mais de meia centena, arroladas no Manual da Organização Administrativa dos Estados Unidos (United States Government Organization Manual).

Entre elas, se destacam, conforme o depoimento de BERNARD SCHWARTZ (Administrative Law - 5ª edição - 1994, p. 17), as denominadas BIG SEVEN, ou seja, as sete maiores agências independentes reguladoras, especialmente criadas ao lado da clássica presença da ICC, como instrumentos de reforma introduzida pelo governo Roosevelt.

Os poderes regulatórios das Agências Independentes americanas compreendem três categorias essenciais: poderes atributivos de autorização; poderes de definição de preços e tarifas; poderes de controle permanente sobre a atividade privada, permitindo ou proibindo ações específicas.

A autonomia dessas agências não se submete à autoridade do Executivo ou ao controle político do Legislativo, destacando-se sua independência técnica diante das diretrizes de governo, que leva a que alguns autores cuidem de assemelhá-las a um quarto poder.

Não prosperou a tentativa, durante o governo Reagan de limitar-lhes a autonomia.

O recente episódio da manifestação moderadora do Federal Reserve Board diante da tomada de posição do Governo em termos de assistência diante da crise financeira internacional é um modelo de efetiva independência.

Parte – VI

A nova era que caracteriza o atual Governo caminha no sentido de objetivos de maior eficiência funcional cuidando-se de implantar, na definição do titular da respectiva pasta, “a reforma gerencial do Estado brasileiro”.

Estimula-se a descentralização do aparelho do Estado, com ênfase nos contratos de gestão e na maior cooperação entre a União, Estados e Municípios. Valoriza-se a participação dos usuários na Administração Pública e possibilita-se o acesso da autoridade a informações privilegiadas com o sentido de superar o isolamento burocrático e prover canais de circulação em benefício do interesse geral.

A criação das agências executivas é parte deste programa.

Não se resume, como no passado, apenas a personalizar entidades na administração indireta e a delegar-lhes competências específicas.

Predomina, na atual reforma, o sentido de prévio compromisso e a aferição de resultados como requisito de sobrevivência da agência executiva.

A Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998 (fruto, como indicado, de sucessivas Medidas Provisórias) e a correspondente regulamentação, marcam nitidamente o caráter finalístico das agências executivas e a continuidade do controle de sua real produtividade.

A criação como agência executiva tramita por uma sucessão de etapas, tendo como ponto de partida o ato de vontade da administração do órgão ou instituição que pretenda alcançar a qualificação.

Como pré-requisito deve a instituição oferecer ao Ministério a que estiver vinculada um plano estratégico que identifique as metas a serem cumpridas na busca da melhoria de

qualidade na operação dos serviços.

Acolhida a proposta, será celebrado contrato de gestão visando a tornar efetiva a autonomia da instituição, como autarquia ou fundação e a determinar os indicadores que permitirão a periódica avaliação dos resultados.

Ao consenso por esta forma estabelecido sucederá, mediante decreto, a criação da agência executiva.

O cumprimento das metas de desempenho, nos prazos e condições estipulados, definirá a permanência do modelo, como prescreve o §3º do art. 1º do Decreto n. 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, *in verbis*:

“Fica assegurada a manutenção da qualificação como Agência Executiva, desde que o contrato de gestão seja sucessivamente renovado e que o plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional tenha prosseguimento ininterrupto até a sua conclusão”.

A não ser adequadamente cumprida a missão proposta, a desqualificação da Agência Executiva dar-se-á por iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), coordenador geral do sistema. Assim dispõe o §4º do art. 1º do citado Decreto n. 2.487/98.

É, em suma, pelo dinamismo operacional que se irá marcar o nascimento, vida e morte de uma Agência Executiva.

A primeira e concreta adoção do modelo se traduziu no Decreto de 29 de julho de 1998, qualificando como Agência Executiva o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO), autarquia federal criada pela Lei n. 5.966, de 11 de dezembro de 1973.

Parte – VII

As Agências Executivas representam, como assinalado, um processo interno de desconcentração administrativa. Assumem, em nível de autonomia, a gestão de serviços públicos específicos que conservam a natureza estatal.

Diversamente, as Agências Reguladoras têm como pressuposto a privatização de serviços que, pela via de concessão ou permissão, são delegados à exploração privada.

Autarquias especiais, as Agências Reguladoras assumem as atribuições próprias do poder concedente, inclusive com poderes normativos. Caracterizam, por esta forma, a ação externa do poder público, regendo o regime dos serviços concedidos, em sua funcionalidade e no relacionamento com os usuários.

Três tipos de Agências Reguladoras ingressam no sistema, cada qual afeiçoada às peculiaridades do setor a que atendem.

Primeiramente, a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com diretrizes do

governo federal. Dirigida por um Diretor Geral e quatro diretores em regime colegiado, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos de quatro anos, sucede ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), com poderes amplos, regulamentados pelo Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997. Representando o poder concedente, tem atribuição de celebrar e gerir contratos de concessão e de permissão no setor e de dirimir, no âmbito administrativo, divergências entre concessionários e entre estes e os consumidores.

Em modelo mais aperfeiçoado e adaptado às especificidades do respectivo mercado, aberto ao concurso da iniciativa privada, a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997, constitui a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), como órgão autárquico de administração dos correspondentes serviços.

Tem como órgãos superiores o Conselho Diretor e o Conselho Consultivo. O primeiro, composto de cinco conselheiros, com mandatos de cinco anos, escolhidos pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, tem amplos poderes de gestão e de regulação dos diversos serviços de telecomunicações. O Conselho Consultivo é, na definição legal, o órgão de participação institucionalizada da sociedade, integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara de Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento. É prevista a existência de Ouvidoria entre os órgãos da Agência. O Ouvidor, nomeado pelo Presidente da República, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, tem por incumbência acompanhar a atuação da Agência e de seus servidores, encaminhando apreciações críticas aos órgãos superiores, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional e fazendo publicá-las para conhecimento geral.

Por força da Emenda Constitucional n. 9, de 1995, que fez cessar o monopólio estatal no setor de petróleo, admitindo a participação da iniciativa privada, a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 institui a Agência Nacional de Petróleo (ANP) como órgão regulador da indústria respectiva. As atividades da Agência foram regulamentadas pelo Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998.

Sem embargo da diversidade de cada área específica de atuação, as Agências Reguladoras apresentam, como características comuns, os seguintes pontos de afinidade:

- a) constituídas como autarquias especiais, destacam-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência da conduta política do governo;
- b) gozam de autonomia financeira, administrativa e especialmente de poderes normativos complementares à legislação;
- c) dotados de poderes amplos de fiscalização, operam como instância administrativa final em litígios sobre matéria de sua competência;
- d) respondem, fundamentalmente, pelo cumprimento de metas fixadas e pelo desempenho das atividades dos prestadores de serviço, segundo as diretrizes do Governo e em defesa do interesse da comunidade.

Anuncia-se como próxima etapa do processo, a provável criação da Agência Nacional de Transportes com poderes equivalentes às atuais.

Parte – VIII

Figura correlata à política de participação privada em área de relevante interesse público merece ser referida como instrumento da modernidade administrativa.

A Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998 (precedida das Medidas Provisórias n. 1.591/97 e 1.648/98), qualifica como Organizações Sociais entidades privadas sem fim lucrativo, dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, que, mediante contrato de gestão com órgão público supervisor, aplicarão recursos orçamentários e bens públicos na execução de suas atividades. Como entes de cooperação compõem formas de pessoas administrativas não estatais, limítrofes à administração pública indireta, pela finalidade pública que as distingue.

São pessoas privadas que servem a fins sociais com a disponibilidade de recursos públicos, vinculados às metas de desempenho previstas em contratos de gestão.

Parte – IX

Os contratos de gestão, em suas diversas variantes, consagram-se como o instrumento formal por excelência dos programas de reforma administrativa, moldada na definição de metas de desempenho e na avaliação de resultados.

Tem merecido críticas a designação, como ato contratual, de uma figura de consenso que unifica interesses coincidentes, dirigidos no mesmo sentido de afirmação. Antes se identifica no pacto a ser celebrado a natureza de parceria ou acordo que associa partícipes de finalidades comuns.

Também mereceu reparos a inclusão, no texto da Emenda Constitucional n. 19/98, conforme o aditamento de novo parágrafo ao art. 37 da Constituição, da referência à administração direta como destinatária dos contratos a serem celebrados para a ampliação de autonomia.

A proposta original da emenda, oferecida pelo Poder Executivo, circunscrevia o alcance da medida aos entes personalizados da administração indireta, aptos ao ato negocial.

O elemento histórico, segundo o depoimento de participantes, permite entender a motivação do paradoxo que importa na previsão para a administração direta, em um contrato consigo mesma.

A reivindicação extensiva teria nascido de reivindicação da área militar que, embora desejosa de aplicar os efeitos da autonomia a hospitais e estaleiros militares, não desejava abdicar do princípio da hierarquia, inerente à tradição da categoria.

O ponto essencial do veículo associativo é, contudo, o caráter dinâmico, e não meramente formal, que tem como tônica a objetiva realização de uma estratégia operacional conducente à concretização de metas de desempenho e à consecução de resultados.

Parte – X

O tempo dirá da eficácia e produtividade do ambicioso plano reformulador da Administração Pública e da política de cooperação que se procura inaugurar como mais outra das fórmulas do Direito Administrativo participativo, que é a marca moderna da harmonia entre o Estado e a sociedade, a que dedicamos palestra anterior perante este Conselho.

As agências executivas, como as agências reguladoras exigem criatividade de eficácia a se traduzir na realidade do desempenho pelo cumprimento das metas estabelecidas, vencendo a rotina da burocracia tradicional.

O papel que lhes está traçado não poderá morrer no convencionalismo do papel.

Viverão enquanto estiverem vivas, cumprindo a missão a que se destinam.