



A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

THE OBJECTIVE DIMENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ROLE OF INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES

¹Luciana Oliveira de Campos

RESUMO

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais está relacionada aos objetivos da sociedade, da coletividade, a qual vincula o Poder Público. A partir da reforma do Estado, as agências reguladoras independentes assumem papel importante no cenário nacional devendo atuar na regulação de serviços públicos, monopólios e atividades econômicas essenciais. O potencial das agências reguladoras brasileiras de promoção e proteção dos direitos fundamentais voltados aos objetivos da coletividade é vastíssimo. Seus atos podem ter reflexos maiores ou menores, tanto no aspecto positivo como negativo em relação a direitos fundamentais. O desafio das Agências é exercer suas funções de agente regulador tendo sempre presente os efeitos objetivos dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito fundamental, Dimensão objetiva, Agência reguladora

ABSTRACT

The objective dimension of fundamental rights is related to the goals of the society, collectivity, which binds to the Public Power. Since the State reform, the independent regulatory agencies play an important role on the national scene acting in the regulation of public services, monopolies and essential economic activities. The potential of Brazilian regulatory agencies for the promotion and protection of fundamental rights aimed at the goals of the collectivity are vast. Their actions may have higher or lower reflections, both in positive and negative aspects concerning to fundamental rights. The challenge for the agencies is to exercise their regulator functions bearing in mind the objective effects of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights, Objective dimension, Regulatory agency

¹ Mestre em direito ambiental e desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada. Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Minas Gerais. Brasil – E-mail: luciana47853@gmail.com



1. Introdução

De modo geral todos os atos da Administração Pública devem estar conformes a Constituição Federal, com especial observância aos direitos fundamentais e ao sistema democrático, “fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito”. (BINENBOJM, 2014, p. 30).

Inúmeros são os debates que têm como pano de fundo os direitos fundamentais, mas especificamente sobre sua dimensão objetiva, segundo a qual é imposto ao Estado o dever de atuação voltada tanto a promoção como a proteção dos objetivos da coletividade, em que pese a sua importância, não são encontrados muitos estudos notadamente sobre este tema.

Após a reforma do Estado, implementada na década de noventa, as agências reguladoras passam a fazer parte do cenário nacional e assumiram papel relevante no desenvolvimento econômico e social do País. Foram criadas por lei, na forma de autarquias especiais, as quais, por força da autonomia que lhes é característica frente até mesmo ao Poder Executivo, são chamadas de agências reguladoras independentes.

O campo de atuação destas entidades independentes é vasto e de grande importância. São responsáveis pela regulação da prestação de serviços públicos e atividades econômicas essenciais. Suas atividades compreendem, de modo geral, o poder de editar normas, fiscalizar e aplicar sanções quando cabível.

Identificar o papel destas agências frente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais é tema relevante que precisa ser estudado, pois são instituições que atuam com importante grau de autonomia sobre setores estratégicos e fundamentais, tanto no que tange a serviços essenciais a própria dignidade humana, como é caso da Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL, como monopólios e alguns setores econômicos de grande relevância como a Agência Nacional do Petróleo – ANP e a Agência Nacional de Telecomunicações.

Este trabalho compreende num primeiro ponto uma análise sucinta sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a vinculação dos poderes públicos. Num segundo ponto uma abordagem sobre a criação das Agências Reguladoras e seu papel em relação à dimensão objetiva de direitos fundamentais.

2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Identifica-se duas dimensões dos direitos fundamentais, a dimensão subjetiva em que os direitos fundamentais são vistos em relação ao indivíduo e a dimensão objetiva que relaciona os direitos fundamentais com os objetivos da coletividade, da comunidade, do interesse público.

Sucinta e clara diferenciação sobre fundamentação subjetiva ou objetiva das normas de direitos fundamentais pode ser extraída da obra de Canotilho (2003, p. 1256), onde esclarece que “um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo”, ao passo que a fundamentação da norma é objetiva “quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”.

Também é bastante elucidativa a diferenciação das dimensões exposta por Gilmar Mendes (1999) para quem

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

No Brasil a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, diferente do que é possível identificar na Espanha e em Portugal, ainda não foi objeto de estudo mais aprofundado (SARLET, 147). O que ressalta a importância de estudo sobre o tema, posto vivermos num País em que é preciso manter presente na consciência acadêmica e coletiva como um todo, o debate sobre os deveres do Estado perante a coletividade e a devida tutela e promoção do interesse público.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais ganhou projeção decisiva a partir da Lei Fundamental Alemã de 1949, mais precisamente a partir da decisão da Corte Alemã, de 15 de janeiro de 1958, sobre o caso Lüth, citada pela doutrina como marco importante. (SARLET, 2015, p. 149). Referida decisão foi proferida em resposta a recurso constitucional interposto por Erich Lüth em face de condenação que havia sofrido em sede de tribunal estadual, que considerou contrária a moral e aos bons costumes conduta que vinha adotando publicamente, ao propor inúmeras vezes, boicote aos filmes de Veit Harlha, em razão do suposto



passado nazista do cineasta e condenou-o a omitir-se de novas exposições públicas contrárias aos filmes.

Essa decisão, uma vez interposto o recurso constitucional, foi revisada pelo Tribunal Constitucional com base no direito fundamental à liberdade de opinião a qual, segundo entendimento do Tribunal, irradia sua força sobre o direito ordinário, impondo a necessidade de observação da prevalência do significado dos direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares.

Assim a Corte Alemã reconheceu aos direitos fundamentais efeitos não só a outorga de determinadas posições jurídicas exigíveis por indivíduos, dimensão subjetiva, mas também a dimensão objetiva, na medida em que reconhece que os direitos fundamentais têm força de vincular os poderes públicos, estabelecendo diretrizes a todo o ordenamento jurídico.

Entre várias questões de ordem jurídica absolutamente relevantes possíveis de serem identificadas na decisão em questão, destaca-se nesta singela abordagem, o reconhecimento pela Corte Alemã dos direitos fundamentais do cidadão contra o Estado (dimensão subjetiva), o efeito irradiante da eficácia dos direitos fundamentais sobre as o ordenamento infraconstitucional, uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a aplicação da ponderação como método de solução de colisão de direitos.

Em nível nacional destacamos a doutrina de Ingo Sarlet que analisa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais inicialmente sobre seu aspecto axiológico, situação em que os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”, visto o fato de representarem uma ideia de valores da comunidade, que devem ser observados e realizados. (SARLET, 2015, 149).

É na concepção da dimensão objetiva como ordem de valores que se reconhece aos direitos fundamentais uma eficácia dirigente em face do Estado, de onde se extrai o dever imposto ao Estado de proteção e promoção dos direitos fundamentais. Ainda sob a dimensão objetiva e a ótica axiológica, é desta dimensão que são extraídos os parâmetros para controle de constitucionalidade (SARLET, 2015, p. 153).

Outro autor brasileiro que escreve sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como “garantia contra atos de arbítrio do Estado” é Paulo Bonavides (2006), segundo o qual

De acordo com a nova teorização dos direitos fundamentais as prescrições desses direitos são também direito objetivo e isso levou, segundo Schmitt, a superar aquela distinção material entre as duas partes básicas da Constituição, em que os direitos

fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que as disposições organizatórias constituíam unicamente direito objetivo.

A concepção de objetividade e de valores, relativamente aos direitos fundamentais, fez que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, consoante demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.

Além da questão valorativa dos direitos fundamentais, ainda no que tange a perspectiva objetiva, a doutrina, com ênfase especial para a obra de Vieira de Andrade, o que também é reconhecido por Ingo Sarlet, os direitos fundamentais possuem função autônoma, que vai além do efeito reflexo do direito subjetivo, em que, usando exemplo da doutrina, o direito fundamental subjetivo de liberdade impõe limites à ação do Estado em relação ao indivíduo. Na perspectiva objetiva as normas que constituem direitos subjetivos possuem uma “mais-valia jurídica”, que significa que os direitos fundamentais possuem efeitos autônomos que transcendem a perspectiva subjetiva. (ANDRADE, 2012, p. 134).

Ingo Sarlet (2015, p.p.153-157) aborda os efeitos autônomos dos direitos fundamentais realizando um desdobramento da perspectiva objetiva em quatro pontos, sendo o primeiro desdobramento da força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais a sua força irradiante, como elementos que servem como norte dirigido à aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, “significando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição” (SARLET, 2015, p. 153).

O segundo desdobramento proposto está nas garantias institucionais, fruto da doutrina alemã pós Segunda Guerra Mundial, as quais têm o objetivo proteger algumas instituições ou institutos da ação do legislativo (excluídos os direito-garantias que são direitos subjetivos típicos).

Já o terceiro desdobramento está no dever geral de proteção imposto ao Estado, o qual na condição de detentor do monopólio da força tem o dever de agir na tutela dos direitos fundamentais, assegurando sua proteção efetiva tanto em relação ao próprio Estado quanto em face a agressões advindas de particulares ou de outros Estados.

Por fim, o quarto desdobramento que se situa além do conteúdo material dos direitos fundamentais, encontra-se no parâmetro para criação e constituição de organizações ou instituições e para o procedimento o que é um campo muito vasto incluindo entre outros o direito ao procedimento, direito de participação em organizações e instituições.



2.1 A vinculação dos poderes públicos

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se extrai a vinculação dos poderes públicos de proteção e promoção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, conforme os objetivos da coletividade, do interesse público. São os deveres do Estado perante a sociedade como um todo, e não sobre indivíduos de forma isolada.

Essa vinculação do Poder Público aos objetivos coletivos tutelado na Carta Magna é fundamento para que se exija a adoção de políticas públicas sérias e eficientes dirigidas tanto à proteção, quanto a promoção de direitos fundamentais, de forma a lhes conferir a efetividade necessária.

Quando se fala em vinculação dos poderes públicos estamos falando em sentido amplo, o que significa vinculação de todos os órgãos estatais. Desde o Poder Executivo a quem cabe observar os direitos de defesa, e a adoção de medidas de promoção de políticas públicas necessárias. Também o Poder Judiciário, que nas suas decisões deve ter presente o papel dos direitos fundamentais. Bem como o Poder Legislativo, que por meio da legislação deverá preservar, proteger e promover os direitos fundamentais.

Neste sentido o dever se estende a todos os órgãos e precisa estar presente em todas as funções públicas. A exemplo disso Canotilho ao falar de vinculação do legislador ressalta a importância de não identificação desta expressão com seu sentido jurídico-constitucional, diz que “A constituição aponta para a vinculação de *todos os actos normativos* através de direitos, liberdade e garantias. Incluem-se os actos praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos)”. (2003, p. 441).

Vinculação em sentido amplo significa que os agentes públicos, indistintamente, têm seus atos vinculados aos direitos fundamentais tutelados por nossa Constituição, a qual, “desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira”. (CLÈVE, 2003, p.292/293).

A vinculação aos direitos fundamentais que advém da dimensão objetiva impõe o dever de respeito e compromisso dos órgãos, seja da administração pública direta seja da indireta, com os direitos fundamentais, exigindo atuação voltada a “conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais)”. (CLÈVE, 2006).



Como se vê aqueles que atuam em nome do Estado estão vinculados, de modo que esse dever de agir conforme os direitos fundamentais, seja na proteção ou na promoção, voltados aos objetivos da comunidade, ao interesse social é imposto também as agências reguladoras naquilo que abrange suas competências.

3. As Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras Independentes brasileiras são fruto da reforma do Estado iniciada nos anos noventa. Neste momento ocorreu uma “ruptura com a organização piramidal do Poder Executivo”, passando a existir uma “configuração policêntrica”. (BINENBOJM, 2014, p. 332).

Essa transformação ocorreu num momento em que o Estado, sem recursos para realizar todos os investimentos necessários e prementes, amarrado em uma burocracia ineficiente, buscou implementar uma profunda reforma estatal, incluindo processos de terceirização e captação de investidores privados internos e externos.

Para investir em atividades econômicas relevantes ao desenvolvimento do País, bem como na prestação de serviços públicos, o mercado, os possíveis investidores, buscavam a redução dos riscos, em especial os riscos que poderiam advir de um processo eleitoral que poderiam acabar numa possível mudança de direção e, com isso, impor expropriações ou rompimento de contratos. “Daí a ideia de blindagem institucional de um modelo, que resistisse até uma vitória de esquerda em eleição futura”. (BINENBOJM, 2014, p. 287).

A necessidade de maior eficiência e de captação de investimentos estrangeiros capazes de promover o desenvolvimento econômico do País, bem como melhorar e ampliar prestação de serviços públicos essenciais em sentido da universalização e redução de custos, levou a adoção do modelo de Agências Reguladoras Independentes.

É neste cenário, de transformação do Estado, o qual pretendia assumir apenas a função de regulador, que nasceram essas autarquias especiais, tendo dentre os seus objetivos assegurar maior estabilidade às atividades econômicas, aumentar o grau de confiabilidade do mercado e, desta forma atrair investimentos voltados a setores chave da economia, bem como para a prestação de serviços públicos essenciais a serem oferecidos de forma mais eficiente e



universal.¹

As Agências Reguladoras brasileiras se tratam de entidades, instituídas por lei, dotadas de autonomia reforçada (BINENBOJM, 2014, p. 276), que possuem atribuições diversas de acordo com o setor que regulam, como a prestação de serviços públicos, regulação de atividades econômicas de relevante interesse social ou monopólios.

O grau de autonomia não é uniforme em todas as agências, mas de modo geral, todas as agências federais têm em comum alguns elementos que asseguram importante nível de autonomia. O principal fator está na independência de seus dirigentes, os quais em que pese serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, ocupantes de cargos em comissão, diferente da regra de livre exoneração característica dos cargos em comissão, estes possuem mandatos por prazo determinado e só podem ser exonerados por procedimento formal e decisão motivada. (JUSTEN FILHO, 2013, pp. 713-714).

O grau de autonomia não é uniforme em todas as agências, mas de modo geral, todas as agências federais têm em comum alguns elementos que asseguram importante nível de autonomia. O principal fator está na independência de seus dirigentes, os quais em que pese serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, ocupantes de cargos em comissão, diferente

¹ Fernando Herren Aguillar aborda a problemática da autonomia e independência das Agências em relação ao “poder constituído”. Segundo o autor os que defendem essa autonomia o fazem sob a argumentação de que na regulação de atividades econômicas, a técnica econômica deve ser à base das decisões e assim, deve estar desvinculado da política. Sobre os que defendem a absoluta independência o autor cita trecho do relatório do Banco Mundial sobre o setor elétrico: “Uma exigência para qualquer empréstimo no setor elétrico será um movimento explícito do país rumo ao estabelecimento de um quadro jurídico e processos regulatórios satisfatórios para o Banco. Para este fim, em conjunção com outras iniciativas de âmbito econômico, o Banco exigirá dos países que estabeleçam processos regulatórios transparentes que sejam claramente independentes dos fornecedores de energia e que evitem interferência governamental nas operações cotidianas da companhia (pouco importando se a empresa é privada ou pública)”.

“O papel dual do governo como operador e titular de serviços públicos conduziu o governo a intervenções frequentes nas operações do setor elétrico. Há, portanto, necessariamente de se definir alguma forma de corpo regulatório como parte de um esforço governamental para redefinir os papéis respectivos do governo, concessionário e consumidores. Isso implica em uma mudança do tipo monolítico de gestão governamental, em direção a sistemas mais descentralizados e baseados no mercado”. (WORLD BANK, 1993 apud AGUILLAR, 1999, p. 233-234).

da regra de livre exoneração característica dos cargos em comissão, estes possuem mandatos por prazo determinado e só podem ser exonerados por procedimento formal e decisão motivada. (JUSTEN FILHO, 2013, pp. 713-714).

Além disso, outros fatores corroboram com essa autonomia reforçada, é o caso da independência financeira proveniente de receita vinculada² e a impossibilidade de interposição de recurso hierárquico sobre as decisões das agências.

Especificamente sobre o não cabimento de recurso administrativo ao Ministério ao qual a agência está vinculada, há certa divergência, o que fica evidenciado no parecer emitido pela Advocacia Geral da União nº AC 51, de 05 de junho de 2006, por meio do qual afirmam ser possível a interposição de recurso hierárquico impróprio sobre decisões das agências referente “às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta”.³

² Um exemplo de independência financeira pode-se extrair do disposto no art. 11 da Lei 9427/1999 sobre as receitas da Agência Nacional de Energia de Energia Elétrica, Art. 11. Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL que compreende recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica; recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no Orçamento Fiscal da União e em seus créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos; produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público; rendimentos de operações financeiras que realizar;- recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais; doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados e valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.

³ Parecer AC-51 AGU 05/06/2006. EMENTA: “PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170). II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005. V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001”. Disponível em < <http://www.agu.gov.br/pag/e/atlas/detalhe/idato/8453>> Acesso em 25 maio 2015.



Trata-se de matéria controversa que não é possível esgotar neste trabalho, mas, em que pese o parecer da AGU, a independência das decisões das agências em relação ao Ministério é em parte a essência da independência destas autarquias especiais e deve ser observada com o cuidado que requer.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949/RS proposta pelo Governador do Estado em face de expressões contidas nos artigos 7º e 8º da Lei estadual nº 10.931/97, especificamente sobre o artigo 8º que previa a possibilidade de demissão dos dirigentes da AGERGS, decidiu que ante a lacuna normativa estes somente poderão ser destituídos, em virtude de processo administrativo disciplinar e decisão motivada.⁴

De qualquer forma, a criação das Agências Reguladoras, a redução da prestação direta pelo Estado e a privatização de alguns serviços públicos não significa, porém, uma diminuição do papel do Estado, ele apenas sede algumas das suas funções que exercia como protagonista e passa a função de regulador. (AGUILLAR, 1999, p. 29).

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-RS “Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.” (STF, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, 17.09.2014). Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1949.pdf> > Acesso em 25 maio 2015.

3.1 O papel das agências e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais

No Brasil as Agências Reguladoras Independentes atuam especialmente em três campos de regulação, os quais, segundo Alexandre Aragão (2003, p. 27), podem ser identificados como: regulação dos monopólios, regulação para a competição e regulação dos serviços públicos.

Em se tratando de monopólios, a principal função das Agências é regular a competição em situações em que esta não é viável ou se mostra limitada, de modo a preservar a “economia popular” (ARAGÃO, 2013, p. 27). Atuam basicamente na regulação dos preços a serem praticados, bem como na promoção e controle da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados.

No que tange à regulação para a competição, as Agências devem atuar com vista a garantir a livre concorrência entre os integrantes do setor privado e, ainda, quando se tratar de atividade econômica relacionada ao interesse público, a atuação das Agências deve ser neste sentido (vinculação objetiva).

Tratando-se de regulação dos serviços públicos, em apertada síntese, as Agências devem atuar tendo como objetivo central à universalização dos serviços, assegurando qualidade e tarifas módicas. Tarefa árdua manter e ampliar a prestação de serviços públicos num País com expressiva carência tanto no que tange a qualidade, quanto ao que diz respeito a acesso a determinados serviços essenciais por parte de todas as camadas sociais, o que inclui a questão das tarifas módicas.

Quando se pensa na dimensão objetiva dos direitos fundamentais no Brasil é preciso pensar na importância do papel das agências reguladoras sob este aspecto. “Fala-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.” (CANOTILHO, 2003, p. 1256).

Sob a ótica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais incumbe ao Estado, além da não intervenção estatal negativa e atuação ativa no sentido de implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação destes direitos, o dever de proteção em relação à conduta de particulares que prejudiquem ou inviabilizem à realização destes. (SARLET, 2015, p. 197).

A relação entre direitos fundamentais e as agências reguladoras no Brasil está “na medida em que estas poderão constituir-se, sob determinadas circunstâncias, nos melhores



instrumentos administrativos gestores da defesa, proteção e promoção aqueles direitos”. (BINEMBOJM, 2014, p. 317).

Desde a reforma do Estado, é por meio das Agências Reguladoras Independentes que o Estado promove alguns de seus objetivos constitucionalmente assegurados, voltados à proteção e promoção de direitos fundamentais. Tendo presente que no Brasil estão submetidos à regulação das Agências a prestação de serviços públicos atribuídos à União, aos Estados e aos Municípios, e ainda, atividades econômicas “submetidas, total ou parcialmente ao regime de livre iniciativa que é também direito fundamental e fundamento da Ordem Econômica (petróleo e gás natural produção de medicamentos, planos de saúde e previdência)”. (SILVA, 2014, p. 47).

Independente do campo de regulação em que atuam, as Agências desempenham funções de grande relevância para o País, seja na regulação propriamente dita com a edição de atos normativos infralegal, seja na fiscalização, seja no controle e arbitramento de conflitos de interesses, seja na aplicação de sanções sobre os agentes regulados.

A lei que cria as agências reguladoras estabelece standards e finalidades gerais a serem observadas concedendo ampla autonomia para atuação destas entidades. A importância de que determinadas atividades econômicas e serviços públicos essenciais fossem geridos por entidades tecnicamente qualificadas e independentes levou a instituição de autoridades dotadas de “uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos.” (ARAGÃO, 2013, p. 442).

Alexandre Aragão (2013, p. 439) fala do exercício do poder normativo por meio de *standards* e finalidades públicas definidas por lei, visto que as leis instituidoras das agências são de baixa densidade normativa. Apenas estabelecem *standards* e finalidades públicas a serem observadas, deixando espaço para que sejam desenvolvidas pelas agências normas de regulação setoriais capazes de regular atividades complexas e dinâmicas de cada setor.

As agências atuam de fato com grande grau de autonomia seja por força das leis que as constitui, seja ainda pelo fato de que no contexto social atual dinâmico e de grande complexidade a especialização e domínio das questões absolutamente técnicas por parte da agência lhes assegura uma autonomia ainda maior. Uma autonomia consolidada na lei e no domínio de técnica que ninguém, ou quase ninguém, mais domina com tamanha propriedade, nem mesmo aqueles que as fiscalizam.

Não obstante esse acentuado grau de autonomia, no exercício de suas atividades as agências devem ter presente o fato de que a solução dos problemas econômicos enfrentados pelo

Estado deve ser adequada aos direitos fundamentais aos quais permanecem vinculadas. Num exame axiológico é preciso atentar para a realização, concretização dos fins sociais, dos direitos fundamentais, lembrando que, por exemplo, alguns serviços públicos regulados são indispensáveis à promoção da dignidade humana (JUSTEN FILHO, 2003, p.66).

É o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL que regula prestação serviço de fornecimento de energia elétrica, cuja importância é reconhecida pela ONU como essencial a promoção da dignidade humana e diretamente relacionada com a redução da pobreza.⁵

A agência tem a missão de atuar na regulação de uma relação absolutamente complexa, que envolve diretamente geradoras de energia elétrica, distribuidoras e consumidores, devendo observar, em apertada síntese: as políticas públicas, a solução mais vantajosa para o usuário, a universalização do serviço, adequada remuneração das geradoras e distribuidoras, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, sem descuidar dos reflexos que seus atos podem produzir fora mesmo da relação diretamente regulada, como por exemplo impactos econômicos setoriais.

Especialmente no que diz respeito à regulação dos serviços públicos é que de pronto se identifica a relação dos atos de regulação das agências com os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva. As agências destes setores atuam na relação complexa que envolve diretamente o prestador do serviço e os usuários, podendo ter reflexos sociais para além desta relação prestador-usuários.

No âmbito dos serviços públicos, sempre com enormes reflexos sobre o bem-estar social e sobre a própria efetividade dos direitos fundamentais, a regulação deve ser um mecanismo voltado à promoção do “acesso e uso dos serviços públicos fundamentais, ao feito da democracia com igualdade de oportunidades e apta à formação de homens dignos e livres”. (MASTRANGELO, 2005, p. 47).

⁵ Neste ponto, no sítio da Organização Mundial de Saúde, há importante registro sobre a importância social sobre o serviço de energia elétrica. “Acesso à energia com baixo custo é vital na luta contra a pobreza, afirma ONU. Mais de um bilhão de pessoas continuam vivendo sem acesso a eletricidade. Disponibilidade do recurso tem impacto sobre segurança alimentar, saúde, educação, transportes, comunicações, água e saneamento. (...) Al-Nasser frisou ainda que é amplamente reconhecido que, quanto mais energia disponível para as comunidades, maior impacto sobre a segurança alimentar, saúde, educação, transportes, comunicações, água e saneamento. Disponível em <<http://www.onu.org.br/acesso-a-energia-com-baixo-custo-e-vital-na-luta-contra-a-pobreza-afirma-onu/>> Acesso em 24 outubro 2014.



A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, artigo 6º, parágrafo primeiro prevê que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Como bem observa Marçal Justen Filho (2003, p. 62) nos casos de concessão de serviços público, entre Estado, sociedade e concessionários há uma comunhão de interesses. Existe uma finalidade comum que é ter o melhor serviço público possível, com tarifa reduzida. De modo que a concessão “é uma via associativa, por meio da qual se produz a conjugação de esforços de diversa origem e qualitativamente distintos, para a realização de interesses comuns”. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 62).

O potencial das agências reguladoras brasileiras de promoção e proteção dos direitos fundamentais voltados a objetivos da coletividade pode ser facilmente aferido a partir das leis que as constitui. Vejamos alguns exemplos:

(i) a Lei 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL no seu artigo 2º dispõe que esta tem por finalidade a regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica;

(ii) a Lei 9.782/99 que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em seu artigo 6º prevê como finalidade institucional da agência a promoção e a proteção da saúde da população, por meio de controle sanitário do processo de produção e da comercialização tanto de produtos como de serviços submetidos à vigilância sanitária, incluindo os ambientes, os insumos, os processos, bem como as tecnologias empregadas, alcançando até mesmo o controle de portos, aeroportos e de fronteiras;

(iii) a Lei nº 9.961/2000 que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS a dispõe em seu artigo 1º que a atividade reguladora da Agência compreende a regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades de assistência suplementar à saúde;

(iv) já a Lei nº 9.984/2000, que cria a Agência Nacional de Águas – ANA, em seu artigo 3º prevê como atribuição da Reguladora a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Dos exemplos acima citados identifica-se prontamente relevante potencial das agências reguladoras em relação à proteção e promoção de direitos fundamentais de acordo com objetivos coletivos. Contudo, como se vê de forma simplificada, em algumas situações há previsão expressa da necessidade de definição de políticas públicas por parte do Estado.

Mas, há casos em que a própria lei que cria a agência reguladora já define alguns standards que de pronto habilitam a atuação destas, seja na proteção, seja na promoção de

determinados direitos fundamentais. É o caso por exemplo da Lei 9782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que no seu artigo 7º dispõe sobre algumas competências atribuídas a agência, todas diretamente relacionadas ao direito à saúde, das quais se destaca a título explicativo as previstas no inciso III “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária” e a do inciso XXV “monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde”.

Outro fato relevante que é preciso ter presente é que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal na sua dimensão objetiva “são decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, ANO, P. 149). Assim, entendendo os princípios como diretrizes é evidente que essas diretrizes devem ser observadas pelas agências reguladoras no exercício de suas atividades normativas.

Em suma, deve-se ter presente que somente naquilo que depende necessariamente da definição de políticas públicas é que as agências reguladoras não estão de pronto obrigadas, no mais, estão também às agências reguladoras vinculadas a promoção e proteção de direitos fundamentais voltados aos objetivos da coletividade.

4. Considerações Finais

Após a reforma do Estado, não só a função do Estado como agente ativo na promoção de atividades que têm como maior objetivo a efetivação direitos fundamentais, como até mesmo algumas as medidas de proteção de direitos fundamentais, foram “partilhadas” com a iniciativa privada sob a regulação e controle das agências reguladoras.

Como vimos o espaço para regulação, norteados pelos *standards*, é onde o agente regulador faz valer sua discricionariedade e especialidade técnica. Ao mesmo tempo em que esse conhecimento técnico especializado é o que em grande parte justifica a própria constituição da agência e a sua independência. (ARAGÃO, 2013, p. 439).

O campo de atuação das Agências no Brasil é amplo, e de modo geral todas elas, em maior ou menor grau, no exercício de suas atribuições e competências atuam de forma que seus atos terão reflexos diretos ou indiretos sobre direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

A partir da leitura simples de algumas leis que criam agências reguladoras federais de pronto é possível aferir que é grande o potencial das agências reguladoras sob o ponto de vista de proteção e promoção de direitos fundamentais voltados aos objetivos da coletividade.



Contudo, em alguns aspectos sua autonomia, em que pese ser significativa, não é absoluta de modo que sua atuação prescindir de definição de políticas públicas como *standards* que autorizem sua atuação.

De qualquer sorte, é dever das agências, vinculadas objetivamente aos direitos fundamentais, no exercício de suas atribuições agirem em prol da promoção e proteção destes direitos fundamentais voltados a objetivos da coletividade.

O papel das agências frente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais é de grande relevância em nossa sociedade, posto que, a partir dos *standards* constantes das leis que as constituíram e das políticas públicas definidas para os setores que regulam, estas entidades detentoras de significativa autonomia e especialidade técnica, são incumbidas de regular setores importantíssimos para o desenvolvimento social e econômico do País, de modo que não podem descuidar de sua vinculação objetiva aos direitos fundamentais.

A vinculação das agências reguladoras aos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva, deve ser observada nas suas atuações tanto no que tange aos aspectos positivos (medidas de promoção) quanto no de proteção seja em relação a seus próprios atos, seja em relação a atos de privados, que tanto numa situação como na outra não podem prejudicar ou inviabilizar direitos fundamentais.

O grande desafio das agências reguladoras no exercício de suas atividades é conseguir, ante uma enorme complexidade técnica, num contexto social dinâmico e multicultural, frente a interesses individuais e coletivos conflitantes, exercer suas atividades num ponto de equilíbrio de modo que consiga cumprir suas funções de agente regulador tendo sempre presente os efeitos objetivos dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer AC-51 AGU 05/06/2006**. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>> Acesso em 25 maio 2015.

AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.



BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, p. 351-361, 2006.

BRASIL. **Lei 9427**, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427compilada.htm> Acesso em 16 agosto 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-RS**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1949.pdf>> Acesso em 25 maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54, p. 28-39, 2006. <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>> Acesso em 24 abril 2015.

_____. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3, p. 289-300, 2003. <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>> Acesso em 24 abril 2015.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2 ed. Coimbra Editora, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Acesso a energia com baixo custo é vital na luta contra a pobreza**. Disponível em <<http://www.onu.org.br/acesso-a-energia-com-baixo-custo-e-vital-na-luta-contra-a-pobreza-afirma-onu/>> Acesso em 24 outubro 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. **Revista**



Diálogo Jurídico. Ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.
Disponível em < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf> Acesso em 22 abril 2015.

SILVA, Fernando Quadros da. **Controle Judicial das Agências Reguladoras Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.