

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Cumpre, inicialmente, avaliar a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da República acerca da ilegitimidade ativa da Confederação Nacional de Transporte – CNT, ante a suposta ausência de pertinência temática entre as atividades por ela exercidas e os dispositivos ora impugnados, a saber, os incisos III e VII do art. 8º-A, da Lei n. 9.986/2000, com redação dada pela Lei n. 13.848/2019.

A Lei 9.986/2000 “dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.” Os dispositivos impugnados vedam a indicação de pessoa que exerça cargo em organização sindical e de membro de conselho ou de diretoria de associação representativa, regional ou nacional, para compor o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada de agências reguladoras.

Alega-se, preliminarmente, que as normas questionadas não dispõem acerca de “ *interesses econômicos dos transportes terrestres* ”, como se verifica nos objetivos elencados no estatuto social da requerente. De igual modo, alega a PGR que não atende o requisito de pertinência temática ação ajuizada “ *por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional que não demonstre afinidade direta e imediata entre seus objetivos institucionais e o conteúdo material do ato questionado*”.

Tal conclusão, todavia, não me parece a mais adequada. Ainda que remoto, há interesse da CNT – entidade que congrega diversas federações sindicais das sociedade empresárias do setor de transportes – na composição da gestão das agências reguladoras, principalmente no que toca à Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, cuja função é regular as atividades de exploração e de prestação de serviços de transportes terrestres.

Com efeito, a requerente visa à declaração de inconstitucionalidade de normas que impedem a participação de membros que exerçam cargo na organização sindical na composição das Diretorias Colegiadas, órgãos de gestão e organização, em que são discutidos os processos decisórios. Tais decisões, por óbvio, afetam todos aqueles vinculados às atividades previstas no escopo de regulação das agências.

Nesse sentido há interesse da CNT nas decisões proferidas no âmbito da Diretoria da ANTT. Não há, ademais, confederação que represente todos os

setores regulados por agências. Tal interpretação vai ao encontro, assim, da desejada ampliação do debate democrático no âmbito da jurisdição constitucional, de modo que reconheço a legitimidade da entidade autora, rejeitando a preliminar arguida.

Passe-se ao mérito da ação.

A criação das agências reguladoras no Brasil decorre da adoção de um novo modelo de serviço público em que as entidades privadas se encarregam de sua execução direta. À Administração Pública incube a gestão e a regulação da prestação de serviços, valendo-se dos princípios constitucionais que norteiam o direito administrativo brasileiro.

Assim, em artigo escrito em co-autoria com o Des. Fernando Quadros da Silva, publicado no livro “Direito Regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública”, de autoria de Daniel Castro Gomes da Costa e Reynaldo Soares da Fonseca, pontuei que, em uma perspectiva funcional, a regulação tem como objetivo promover o interesse público, atingindo seu objetivo quando veicula um processo político eficiente, acompanhado de atuação de agências reguladoras também eficientes. Nessa toada, a Lei n. 13.848/2019, que alterou os dispositivos ora impugnados, “trata-se de diploma normativo que, em termos gerais, vem ao encontro de antigos reclamos de aperfeiçoamento das agências e tem como escopos principais evitar o déficit democrático, a captura das agências pelo mercado, a falta de clareza nos procedimentos internos e a falta de controle social, verificados de maneira geral nos ordenamentos jurídicos que adotam o modelo de agências” (SILVA, Fernando Quadros; FACHIN, Luiz Edson. Justiça e Segurança Normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da., FONSECA, Reynaldo Soares da, Direito Regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 61).

É que o modelo de agências adotado a partir da década de 90 busca, justamente, aprimorar a regulação econômica com uma atuação independente, tecnicamente justificada e levada a efeito por órgãos colegiados de atuação setorial. A independência das agências é justificada, assim, pela possibilidade de atribuir a um órgão técnico e dotado de notória especialização a realização de uma intervenção adequada e eficiente.

A autonomia, no entanto, não é um conceito uniforme, sendo sua conformação balizada pela atuação legislativa. O regime jurídico do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada das Agências guarda também essa

orientação, pois não há livre exoneração e tampouco livre nomeação. Marçal Justen Filho, em seu já clássico estudo sobre as Agências, entende que o princípio da impessoalidade é nelas qualificado:

“Quando se afirma a necessidade de estruturação de agências independentes, visa-se a estabelecer instrumentos de proteção à gestão da coisa pública. O que se pretende é assegurar que as atividades administrativas sejam norteadas pela realização dos interesses públicos concretos. Quer-se evitar que a perseguição de interesses secundários seja ocultada através de expedientes reprováveis.

As garantias delineadas através do modelo de agências se orientam a neutralizar influências reprováveis ou indesejáveis provenientes da órbita política.

Mas é evidente que tão ou mais reprováveis e indesejáveis podem ser influências derivadas de outras fontes de poder informal. Basta considerar a relevância dos efeitos das decisões das agências reguladoras sobre o domínio econômico para evidenciar-se a necessidade de um regime muito severo para sua atuação e de seus administradores. É necessário evitar que as decisões regulatórias sejam tomadas em virtude de pressões indevidas de grupos econômicos (ou não econômicos), cuja finalidade seja a obtenção de vantagens reprováveis.

Não se admite que alguma decisão seja adotada, no âmbito da agência reguladora, visando à obtenção de vantagens para os administradores ou para terceiros a ele vinculados, no presente ou no passado. Justamente por isso, o administrador da agência não poderá manter sua função quando sua imparcialidade estiver comprometida por vínculos pessoais com o campo de interesses sujeito à regulação.

(...)

Aliás, esse princípio se encontra no fundamento da determinação contida no art. 37, § 7º, da CF/88, que determina a necessidade de um regime especial para cargos ou empregos que assegurem acesso a informações privilegiadas.

Exige-se do administrador da agência o requisito da imparcialidade, tal como se passa com todos os demais servidores. No entanto, a relevância das atribuições reservadas às agências acarreta a ampliação da importância desse requisito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. SP: Dialética, 2002, p.440-441)

Essa imparcialidade qualificada justifica os impedimentos dos seus administradores, a fim de evitar conflitos de interesses:

“Não se admitirá a investidura em cargo de administrador da agência quando se caracterizar o impedimento. A ausência de conflito de interesses é causa impeditiva do provimento no cargo de administrador da agência, por imperativo constitucional derivado do princípio da República.

O impedimento deriva da existência de vínculos entre interesses privados titularizados pelo sujeito (ou por alguém a ele relacionado) que possam ser afetados positiva ou negativamente pelo exercício das competências atribuídas à agência reguladora.

Isso não significa que o interesse privado, a que se vincula o indivíduo, deva ser qualificado como ilícito ou reprovável. Muito pelo contrário, presume-se que esse interesse é perfeitamente lícito, em si mesmo considerado. O problema se configura pela relação entre dito interesse e o desempenho da função reguladora inerente à agência. A atividade reguladora produzirá benefícios ou desvantagens para esses interesses, o que significa risco de que o sujeito deixe de ser orientado à realização do interesse público e seja influenciado pela consideração aos interesses privados em jogo.

Mais ainda, a situação de conflito de interesses não demanda algum requisito subjetivo. Não há necessidade de investigar se o sujeito tem intenção de produzir benefícios ou malefícios para os interesses privados em jogo. O cunho objetivo do princípio da República impede o exercício de determinada função quando caracterizado o conflito de interesses, independentemente de verificar se alguma motivação reprovável na atuação do sujeito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. SP: Dialética, 2002, p. 442)

Em vista disto, o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, considerando a necessidade de tomada de decisões imparciais, devem ser isentos de influências políticas, sociais e econômicas externas à própria finalidade dessas autarquias. Evidencia-se, de pronto, a clara necessidade de se evitar a captura de suas gestões, compreendida como qualquer desvirtuação da finalidade conferida às agências, quando estas atuam em favor de interesses comerciais, especiais ou políticos, em detrimento do interesse da coletividade.

De fato, há, no âmbito de atuação destes órgãos, inúmeros interesses contrapostos, tanto dos entes privados, quanto dos regulados, bem como

interesses dos consumidores e até do próprio Estado. Assim, evitar a captura significa exercer a imparcialidade quando do processo decisório, a fim de assegurar a eficiência do Estado Regulador.

O Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada devem ser, portanto, estritamente técnicos e imparciais, a fim de evitar o desequilíbrio em favor de quaisquer partes e, sobretudo, a subversão da regulação, razão pela qual não se demonstra desarrazoada a vedação ora impugnada. Trata-se, assim, de opção legislativa legítima.

Sabe-se que a exigência de preenchimento de certos requisitos para ocupação de cargos públicos, quando devidamente justificada e por meio legal, não implica discriminação ilegal.

No caso das agências reguladoras, ensina Moreno Molina que são elementos essenciais de sua independência: 1) **imparcialidade** resolutória; 2) **experiência e técnica** decorrente da especialização; 3) colegialidade dos órgãos diretivos; 4) continuidade da política pública desenvolvida pela agência; 5) **isolamento da política partidária**, e 6) incapacidade das estruturas administrativas tradicionais para os desafios modernos da atividade regulatória. (MORENO MOLINA, Ángel Manuel. *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 176.).

No caso, como relatado, os dispositivos impugnados estabelecem que:

“Art. 8º-A. É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019):

(...)

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019);

(...)

VII - de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência. (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019);”

As normas tidas como violadas – arts. 1º, 5º *caput* e incisos VIII, XIII e XVII, art. 8º, I, art. 19 III, art. 37, I e VI, assim como os arts. 4º e 5º da Convenção 121 da OIT, internalizada pelo Decreto n. 7.944/2013, atualmente revogado pelo Decreto 10.088/2019 – tratam, de maneira geral, da igualdade

e da liberdade de associação e sindical e de exercício profissional, mas podem ser, por meio legal, devidamente disciplinadas, inclusive como algumas restrições:

“A regra é a liberdade no exercício das profissões. E nesse sentido, somente podem ser exigidas, pela lei, restrições para aquelas profissões que, de alguma forma, possam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, como a medicina e as demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a magistratura, dentre outras.

Nestes termos, é claro também que a legislação somente poderá fixar exigências e limitações como condicionamentos capacitários dotados de nexos lógicos com as funções e atividades a serem desempenhadas, sob pena de se caracterizar vício (abuso) de inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 554)

Esse nexo lógico assemelha-se à teoria da igualdade de Celso Antônio Bandeira de Melo, ao salientar a importância de se investigar o critério discriminatório e se há justificativa racional para que este sirva de fundamento lógico para o tratamento desigual (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21-22).

Nas palavras da requerente, “ *é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo* ” (eDOC 01, p. 19), requisito que aqui se faz presente, porquanto os agentes que ocupam cargos elevados das agências estão inseridos em um contexto de maior proximidade e influência na condução das atividades desenvolvidas pelas autarquias, produzindo influxos diretos sobre o setor privado.

Aplica-se, *in casu*, a mesma premissa dos demais incisos elencados pelo art. 8º-A, qual seja, o de dirimir a possibilidade de conflito de interesse, o qual, segundo o artigo 3º, inciso I, da Lei n. 12.813/2013, pode ser entendido como “ *a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública* ” (g.n).

Não há falar, portanto, em violação aos artigos 5º, incisos VIII, XIII, XVII, e 19, III, da CRFB, e ao Decreto n. 7.944/2013, haja visto que a discriminação ora debatida encontra bases na própria razão de ser das agências reguladoras.

De igual modo, não se verifica incompatibilidade dos dispositivos impugnados com o artigo 19, III, da CRFB, porquanto não se discute aqui a necessidade de autorização do Estado para a fundação de organização sindical ou a interferência deste em sua organização.

Não se trata tampouco de ofensa à liberdade de associação, uma vez que se veda a indicação de pessoa que exerça cargo em organização sindical e de membro de conselho ou de diretoria de associação representativa, regional ou nacional, para compor o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada de agências reguladoras. Trata-se de uma restrição episódica e pontual a quem exerça cargo nessas entidades.

No caso, diferente do que alega a requerente, não houve, pelo Parlamento, imposição de discriminação injustificada, estereótipos de pessoas que exercem atividades sindicais ou presunção de que estas teriam “ *interesses escusos e poderiam causar danos às entidades tuteladas* “. Houve legítima cautela ao garantir o distanciamento de outros interesses e embates do escopo de atuação das agências reguladoras, considerada sua importância e seu papel desempenhado frente à sociedade.

Como exposto, há a justificativa racional de preservar a atuação técnica e impessoal das agências. Estabelecer limitações no âmbito de tais órgãos, a fim de observar seus elementos essenciais, obedece, e não o contrário, os princípios da razoabilidade e eficiência da administração pública, consagrado no artigo 37 da Constituição da República.

Corroborando as intenções legítimas do legislador, consta, no parecer apresentado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, as considerações sobre o tema ora debatido, sendo explicitado, naquela oportunidade, que

“ (...) em favor da preservação do interesse público, incorporamos a vedação de que os membros do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada, incluindo o Presidente, exerçam qualquer outra atividade profissional, sindical ou de direção empresarial ou político partidária, ressalvado o exercício do magistério, evitando, desta forma a politização das agências ou o exercício cumulativo de funções que

possam comprometer a isenção e dedicação requeridas pelos mandatos
(...)” (eDOC 15, p. 4).

Nessa lógica, busca-se frustrar ou, ao menos, diminuir o risco de influências nos atos proferidos pelas agências com vistas a uma adequada regulação e prestação dos serviços públicos.

Por fim, anoto que esses impedimentos servem à impessoalidade das decisões, mas há outros instrumentos aptos a viabilizar a participação democrática nas agências reguladoras. Citem-se, como exemplo, as audiências e consultas públicas, as quais permitem que setores da sociedade opinem ou proponham mudanças de normas e políticas que os atinjam diretamente, sendo, portanto, importantes meios de controle social.

Há, ainda, em algumas agências, a previsão de um Conselho Consultivo, com atribuições de fiscalização, consulta, opiniões, aconselhamentos, apreciação e propostas, e cuja formação inclui membros da sociedade civil e demais membros que sofrem interferências diretas de tal regulação, o que pode muito bem incluir entidades sindicais.

No âmbito das agências, incluindo a ANTT, há também a participação por meio das Ouvidorias.

A própria lei 13.848/2019, que promoveu as alterações ora impugnadas, prevê, em seu artigo 11, que:

“Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, o utros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas , aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.” (grifou-se).

Destarte, a legislação parece ao menos buscar um adequado equilíbrio, garantindo, por um lado, a imparcialidade e higidez técnica dos órgãos deliberativos – mitigando, assim, os riscos de captura das agências – e, por outro, a devida participação e contribuição social em tais entidades.

Ante o exposto, conheço da ação e julgo improcedente o pedido, declarando constitucionais os incisos III e VII do art. 8º-A, da Lei n. 9.986 /2000.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/09/2021 00:00