



iNFRA Debate: Agências reguladoras independentes, só com procuradorias independentes

11 de fevereiro de 2021

Mauricio Portugal Ribeiro* e Eduardo Jordão**

Há cerca de quatro anos, os autores deste texto escreveram um pequeno manual intitulado “**Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples**”. Seu objetivo era mapear e denunciar as condutas adotadas pelo poder concedente, pelos órgãos de controle e pelas próprias agências que contribuíam para o enfraquecimento institucional das agências reguladoras no país.

Mas as ameaças ao modelo institucional do Estado Regulador brasileiro não pararam por aí, e aqui nos vemos adicionando elementos àquele já vasto repositório anterior.

Por todo o Brasil, encontram-se hipóteses de submissão – por lei, ou normatização infralegal – da procuradoria das agências reguladoras às regras e aos entendimentos jurídicos da advocacia ou procuradoria do poder concedente (AGU ou procuradorias dos estados ou dos municípios). Às vezes, a submissão não decorre *diretamente* da lei ou da normatização infralegal, mas apenas de uma específica interpretação dela.

Seja como for, essa submissão é dificilmente compatível com o modelo institucional de Estado Regulador brasileiro. As procuradorias das agências assessoram juridicamente as agências na sua posição de árbitro neutro e imparcial na esfera administrativa, responsável por julgar os litígios entre poder concedente, usuários e concessionário. Sendo assim, não deveriam se subordinar a entendimentos jurídicos das instituições que têm como missão institucional defender os interesses do poder concedente. Admitir isso equivaleria a admitir que o assessor de um juiz seja subordinado ao advogado de uma das partes.

Para acentuar esse problema, é comum que membros da carreira da advocacia-geral ou da procuradoria-geral ocupem posições de procurador das agências reguladoras. Por exemplo, vários entre os atuais procuradores gerais das agências reguladoras federais são membros da carreira da AGU (Advocacia-Geral da União). Também no estado de São Paulo todos os consultores jurídicos das agências reguladoras (cargo equivalente ao de procurador-geral da agência) integram a carreira da PGE-SP (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo).

Leia também: [Senado aprova projeto de lei que regulamenta Trip](#)

Não se trata aqui de questionar a isenção ou independência de nenhum procurador, individualmente considerado. Trata-se de observar que o modelo tende a criar incentivos inadequados – tanto os relacionados ao prosseguimento da carreira do procurador, como aqueles relacionados aos vieses próprios decorrentes de um específico enquadramento profissional.

A submissão da procuradoria das agências à procuradoria do poder concedente tem dupla origem. A primeira resulta do enquadramento das agências como autarquias, que eram entidades subordinadas funcionalmente à administração direta. Havia, por isso, todo um conjunto de normas e uma tradição de subordinação jurídica das autarquias a entendimentos adotados pela administração direta, o que, pela própria força da tradição, terminou sendo estendido indevidamente às agências reguladoras.

A outra origem são as pressões corporativas. Alguns membros da advocacia pública militam pelo monopólio da assessoria jurídica à administração pública. Posicionam-se contra a possibilidade de haver qualquer elemento estranho à carreira responsável por funções jurídicas. Todavia, a própria pertinência à carreira de procurador do poder concedente deveria ser, neste caso, considerada impedimento para exercer o cargo de

procurador da agência, particularmente o de procurador-geral, por incompatibilidade com a independência que se espera dessa posição, notadamente em face do poder concedente.

É essencial que a procuradoria-geral das agências seja independente da advocacia ou procuradoria-geral do poder concedente, tanto nas suas posições jurídicas, quanto funcionalmente. A solução mais compatível com o modelo de Estado Regulador seria simplesmente proibir a ocupação do cargo de procurador da agência, particularmente o de procurador-geral, por um membro da carreira de procurador ou advogado do poder concedente.

O ideal seria cogitar de uma carreira específica para os procuradores da agência. Alguns entendem que, para isso, seria necessário o STF (Supremo Tribunal Federal) superar a posição adotada no julgamento da ADI 145/CE e em outros precedentes nos quais entendeu que a existência de órgãos jurídicos no âmbito das autarquias e fundações distintos da procuradoria-geral afronta o artigo 132 da Constituição Federal. Contudo, o STF já excepcionou essa regra na ADI 5215, que admitiu a criação de carreira jurídica separada da da procuradoria-geral no caso de universidades. No entendimento do STF, a carreira separada nesse caso seria por um lado uma decorrência da autonomia universitária e por outro lado um instrumento indispensável para defendê-la. Com ainda mais razão, essa exceção deveria ser aplicada às agências reguladoras, em vista da essencialidade da preservação da independência para o bom desempenho da missão dessas entidades.

Leia também: iNFRADebate: Novo Marco Legal do Saneamento – o decreto federal que regulamentará a comprovação pelos prestadores de condições econômico-financeiras para universalizar os serviços

*Mauricio Portugal Ribeiro é especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs (parcerias público-privadas), sócio do Portugal Ribeiro Advogados, professor de Modelos Regulatórios da FGV, mestre em Direito pela Harvard Law School, autor de vários livros e artigos sobre concessões, PPPs e outros temas dos setores de infraestrutura.

**Eduardo Jordão é professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck

O iNFRADebate é o espaço de artigos da Agência iNFRA com opiniões de seus atores que não refletem necessariamente o pensamento da Agência iNFRA, sendo de total responsabilidade do autor as informações, juízos de valor e conceitos descritos no texto.

Categoria

Geral

iNFRADebate

Tags

ADI 145/CE ADI 5215 administração pública advocacia Advocacia-Geral da União Agências Reguladoras AGU autarquias Eduardo Jordão Estado Regulador Mauricio Portugal Ribeiro órgãos de controle PGE-SP poder concedente procuradoria STF



Desatualizado e criticado, estudo para renovação antecipada da FCA será revisto

Modernização do setor elétrico está madura para discussão na Câmara, diz secretário do MME





ÚLTIMAS DA INFRA

Diretor-geral interino da ANTT quer avançar com mudanças para reforçar trabalho técnico da agência

iNFRADebate: Alinhamento de expectativas e a nova Lei de Licitações

ANTT abre tomada de subsídios para aditivo da CRT por mais 18 meses

Após acordo, senador Dário Berger é indicado novo presidente da Comissão de Infraestrutura

MRS tem 22% de ociosidade na ferradura do Porto de Santos e garante que vai dobrar capacidade

MAIS LIDAS DA INFRA

Modernização do setor elétrico está madura para discussão na Câmara, diz secretário do MME

Modelo atual de leilões por demanda das distribuidoras perderá espaço, diz...

MRS tem 22% de ociosidade na ferradura do Porto de Santos e garante que vai dobrar...

ANTT defende que usuários também são responsáveis por pagar desequilíbrios

Associação de usuários quer rever modelo de tarifa calculada para aditivos de rodovias

iNFRADebate: Naming rights em concessões de serviços públicos

iNFRADebate: Falta de critérios claros dificulta investimentos na expansão da rede...