



Recebido 8 fev. 2014

Aceito 18 mar. 2014

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ESTRUTURA REGULATÓRIA DO SETOR NUCLEAR BRASILEIRO

*Wesley Bruno Lima dos Santos **
*Mariana de Siqueira ***

RESUMO

O acidente em Fukushima, no Japão, evidenciou riscos do desenvolvimento da tecnologia nuclear, exigindo dos países posturas firmes no sentido de garantir o adequado funcionamento de suas instalações. Sendo uma indústria eminentemente técnica e perigosa, é exigível que o governo garanta um controle e fiscalização rígidos e eficientes. Nesse sentido, este trabalho objetiva demonstrar a importância da criação de um marco regulatório para a indústria nuclear, a partir da proposta de uma agência reguladora própria, em análise pela Casa Civil. Atualmente, destaca-se a incoerência de um mesmo órgão exercer monopólio sobre a atividade e promover seu controle, licenciamento e fiscalização.

Palavras-chave: Comissão Nacional de Energia Nuclear. Constituição Federal de 1988. Monopólio. Regulação.

1 INTRODUÇÃO

Prevendo um crescimento econômico contínuo, há planos concretos de expansão da matriz energética brasileira até 2030. Essa ampliação visa não só o aumento da geração de

* Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Cursando especialização em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (URFN).

** Docente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora orientadora do trabalho em contenda.

energia, como a diversificação de fontes, visto que, com a atual estagnação do setor hidrelétrico, há planos de construção de quatro usinas nucleares, além de termelétricas e da maior participação das energias renováveis (solar, eólica, maremotriz) no abastecimento nacional.

Tratando-se especificamente do setor nuclear, o Governo Federal tem interesse em manter o seu modelo de licenciamento e fiscalização em perfeitas condições de funcionamento, isento de qualquer parcialidade e buscando, prioritariamente, a manutenção da radioproteção e segurança nuclear da população brasileira.

Dada importância do setor nuclear brasileiro, a matéria tem tratamento específico em nossa Constituição Federal de 1988. O constituinte afere, no art. 177, V, que é monopólio, ou seja, é atividade exclusiva da União “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados”, excepcionado somente os radioisótopos, que podem ter sua produção, comercialização e utilização autorizadas sob regime de permissão.

Há ainda diversos outros dispositivos constitucionais que norteiam o uso da energia nuclear no país, dentre eles, pode-se destacar: o art. 21, XXIII, que evidencia o princípio do uso pacífico da atividade nuclear; o art. 49, XIV, especificando que o controle é exercido pelo Congresso Nacional; o parágrafo 3º do art. 177, que discorre sobre o transporte e utilização de material nuclear, dentre outros.

Mais especificamente sobre o controle da atividade, que deveria ser exercido, em regra, pelo Congresso Nacional, é importante salientar que, desde o Decreto 40.110 de 1956, alterado pelas Leis nº. 4.118/62, 6.189/74 e 7.781/89, as atividades nucleares são submetidas à fiscalização da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), autarquia que será um dos focos desse estudo.

Interessante, quanto ao ponto, é que a CNEN não é só responsável por fiscalizar o setor nuclear brasileiro, como também é “encarregada de propor medidas julgadas necessárias à orientação política geral da energia atômica em todas as suas fases e aspectos” (art. 1º do Decreto 40.110) e, juntamente com suas empresas subordinadas, de exercer o monopólio da atividade.

Sendo assim, é objetivo primordial deste trabalho demonstrar a incoerência brasileira em ter o mesmo agente atuando no exercício da atividade nuclear e como responsável por licenciar e fiscalizar o setor, garantindo o seu seguro e adequado funcionamento. Situação que se torna ainda mais preocupante por tratar-se de um setor em que qualquer pequena falha pode

causar enormes danos ambientais, prejuízos financeiros e afetar diretamente a saúde de toda uma população.

Diante da preocupação crescente das esferas governamentais, há muito se fala na criação de uma agência reguladora própria para o setor, de modo a garantir que as atividades de promoção e regulação sejam funcionalmente independentes. A própria CNEN, recentemente, defendeu o projeto em análise pela Casa Civil, afirmando, contudo, que, mesmo hoje, a independência funcional já é alcançada dentro da própria Comissão, através de uma subdivisão em duas diretorias distintas¹.

Malgrado tal posicionamento, a Convenção sobre Segurança Nuclear, adotada no âmbito da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) em 1994 e promulgada pelo Decreto 2.648/98, exige a formalização de um órgão regulatório próprio para o setor, dotado de estrutura independente, autoridade e competência para controlá-lo.

As conclusões deste trabalho serão construídas em análises críticas da legislação vigente, da doutrina pátria e do desenvolvimento da matéria em outros países de experiência consolidada em Direito Nuclear. Todavia, antes de tratar das inovações e do aparato necessário para a consecução de um órgão regulatório nuclear autônomo, é preciso tecer algumas considerações importantes. Inicialmente, será traçado um histórico da intervenção do estado brasileiro na economia, visto que duas matérias relacionadas ao tema serão discutidas neste trabalho: o monopólio e as agências reguladoras.

Ademais, não há, obviamente, como se afastar do Direito Econômico, a ordem econômica brasileira será brevemente exposta, na medida em que muitos de seus objetos são diretamente afetos ao tema. Lembrando que, sendo a regulação o foco principal deste trabalho, maiores ponderações e questionamentos serão feitos acerca desse instituto.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MONOPÓLIO ESTATAL DA ATIVIDADE NUCLEAR

A Constituição Federal de 1988 é comumente classificada como uma constituição analítica ou prolixa. Os duzentos e cinquenta artigos de seu corpo fixo conjuntamente com os

¹SENADO FEDERAL. **Diretor da CNEN defende agência reguladora para área de energia nuclear**. 2011. Disponível em: <<http://senado.jusbrasil.com.br/politica/6764931/diretor-da-cnem-defende-agencia-reguladora-para-area-de-energia-nuclear>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

noventa e sete que estruturam o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias abrangem uma infinidade de temáticas, numa clara tentativa de “constitucionalizar” e reger os mais diversos aspectos da vida em sociedade.

O título VII trata, exclusivamente, da ordem econômica e financeira. Nele, o art. 170, ao introduzir a matéria, enuncia os princípios basilares da ordem, demonstrando uma mudança histórica definitiva de paradigmas: o ordenamento constitucional deixa de se definir como liberal ou social, diferentemente do que ocorreu nas Constituições anteriores, e passa a ser construído em torno de uma ideologia intervencionista moderada.

A economia, normatizada, quase que exclusivamente, pelas próprias leis de mercado, necessita da atuação estatal meramente como órgão regulador em situações específicas. Dessa forma, a Constituição ratifica uma certa “autorregulação econômica”, ao mesmo tempo em que evidencia a necessidade de o Estado regular a economia, afastando-se, ao máximo, de sua participação como agente propriamente dito; nesse sentido, afirma Eros Grau (2012, p. 71):

As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal.

Importante observar, ainda, que as referidas transformações na percepção da vida econômica não se deram unicamente com a inserção da matéria no seio constitucional, uma vez que a economia encontra-se presente no ordenamento jurídico desde as primeiras Constituições escritas, mesmo que de forma implícita. A nova ordem, entretanto, traz como alicerce a profusão de normas de caráter intervencionista e a concepção de uma Constituição dirigente ou programática (GRAU, 2012, p. 73-75).

As Constituições dirigentes ultrapassam a concepção de carta “instrumento de governo”. Assim como enunciado pela ADI 1.950 SP, por ser programática, nossa Constituição tem como dever enunciar “diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo (...)”².

²STF. ADI 1.950-SP. Pleno. Rel. Min. Eros Grau. j. 03.11.2005. DJU 02.06.2006.

Pressupõe, ainda, que o Estado aja em conformidade com suas finalidades e objetivos, inserindo-se, aqui, os princípios elencados no art. 170.

A partir desse aspecto, o Estado, ao lidar com a economia e traçar suas metas de crescimento econômico, não pode deixar de orientar-se por preceitos como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais, a defesa do meio ambiente e do consumidor, dentre outros.

Não é objetivo do presente trabalho definir e explicar cada um dos princípios gerais da atividade econômica. Mesmo assim, é preciso observar que eles são de extrema importância nas transformações do Estado a partir da Constituição Federal de 1988. Observe que, a partir do momento em que a Constituição relaciona aspectos econômicos e sociais – através, por exemplo, dos princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais –, o Estado ressalta sua nova configuração intervencionista.

Ao definir-se como intervencionista, afirma que excederá a esfera do público, mas evitará inserir-se no mercado como concorrente dos particulares, funcionando como limitador da livre iniciativa. Em sua atuação, ele pode realizar serviço público ou atividade econômica e, em que pese a importância de tal distinção (GRAU, 2012, p. 90-92), não é necessário tratar o tema profundamente. Questiona-se, unicamente, a real natureza da atividade nuclear, visto que, à luz dos preceitos constitucionais em vigor, a atividade é exercida em exclusividade pela União e é vedada a atuação da iniciativa privada, ao mesmo tempo em que se sabe ser uma atividade de interesse econômico por excelência.

O fato de ser exercida somente pelo ente estatal pressupõe não só a noção de serviço público, como também a de existir uma atividade de risco a qual a Constituição preferiu incluir em um rol restrito de atividades que não podem ser desenvolvidas pela iniciativa privada. Apesar do claro viés econômico da atividade nuclear, o Poder Público, mesmo diante da política de desestatização da década de 1990, jamais permitiu a sua livre exploração por agentes privados, seguindo o mandamento do texto constitucional de 1988.

Conclui-se, anteriormente, que a Constituição tira do Estado a possibilidade de atuar diretamente na economia e que sua atuação restringe-se a de órgão regulador. O art. 173, contudo, ao vedar a exploração da atividade econômica pelo Estado, pondera que essa só deverá ser permitida em casos em que “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. A leitura do dispositivo demonstra a vontade do Estado de afastar seu potencial empresário, reforçando o livre mercado e excepcionando, unicamente, situações de salvaguarda dos interesses da República e da sociedade como um todo.

Essas exceções inserem o Estado no seio da atividade econômica e demonstram um dos modelos de intervenção estatal, sendo ainda mais “gravosas” quando se referem aos monopólios. Pressupondo que somente o agente estatal exerça uma atividade que “deveria” estar disponível a qualquer outro, o instituto vai de encontro a um dos corolários da ordem econômica brasileira: a livre concorrência. Apesar da incompatibilidade, os monopólios estatais não são inconstitucionais, sendo garantidos pela própria Constituição Federal de 1988.

O estudo dos monopólios abrange a evolução histórica da atuação estatal no domínio econômico e sua classificação em conformidade com o motivo de sua existência - monopólio natural, convencional ou legal. Todavia, não há necessidade de se prolongar sobre tais aspectos, excetuando-se os monopólios legais presentes em nossa Constituição, uma vez que a atividade nuclear, objeto deste trabalho, se enquadra no rol taxativo do art. 177.

2.1 O monopólio na Constituição Federal de 1988

Como já demonstrado anteriormente, o art. 173 dispõe que a atuação direta do Estado na economia é de caráter subsidiário e excepcional. Em regra, o Poder Público não é agente econômico, mas entidade reguladora, atuando, somente, em atividades que envolvam a segurança nacional ou o interesse coletivo. Na atuação do Estado no domínio econômico, destacam-se os monopólios legais constitucionalmente previstos.

O art. 177, conjuntamente com o disposto no art. 21, XXIII, elenca, taxativamente, as atividades econômicas exercidas e monopolizadas pela União. Esses monopólios, mesmo relativizados por emendas supervenientes, incidem sobre as três principais matrizes energéticas naturais: o petróleo, o gás natural e os minérios nucleares (FIGUEIREDO, 2009, p. de internet).

É fácil observar que os monopólios consubstanciados no texto constitucional vão de encontro ao princípio da livre iniciativa trazido na Constituição como princípio geral da atividade econômica. Pode-se questionar, aqui, por exemplo, se a exploração restrita dessas atividades pelo Estado não é prejudicial ao crescimento econômico, um posicionamento defendido por parte da doutrina (FIGUEIREDO, 2009, p. de internet).

O entendimento esposado nas linhas anteriores não coaduna com nosso texto constitucional vigente, haja vista a clara determinação quanto à excepcionalidade da atuação estatal direta no domínio econômico e a necessidade da leitura e interpretação conjunta dos princípios constitucionais, uma vez que nenhum deles é absoluto. Em que pese a importância

da livre iniciativa, existem outros princípios elementares para o enfrentamento da questão, tais quais: a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, entre outros que limitam o livre mercado.

Importante observar que a monopolização das matrizes energéticas se dá, em essência, pelos riscos que essas podem oferecer a segurança nacional e a coletividade. No caso particular das atividades ligadas aos minérios nucleares, não existe sequer um ente regulador autônomo para garantir o correto e seguro desenvolvimento desse setor, inviabilizando, em absoluto, a possibilidade de sua abertura para iniciativa privada.

2.2 O exercício do monopólio constitucional nuclear pela CNEN

O art. 2º da Lei n.º 6.189/74 estabelece a competência da Comissão Nacional de Energia Nuclear. Uma rápida leitura em seus dezoito incisos demonstra a amplitude do rol de atribuições da CNEN no exercício do monopólio constitucional nuclear: a Comissão é responsável por ajudar no estabelecimento de diretrizes da política nuclear nacional, pela difusão da pesquisa, pela criação de normas relacionadas e por quaisquer outras atividades que envolvam o manuseio de material nuclear – o licenciamento e as autorizações, a produção e o comércio, a fiscalização, o depósito de rejeitos, dentre outras.

Apesar da evidente predominância do setor nas mãos da União, em verdade, com o rápido desenvolvimento tecnológico nuclear e observando a multiplicidade de seus usos e aplicações, o legislativo federal notou a inconveniência de toda a atividade ser de manuseio privativo da União.

Assim, a partir da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n.º 199/03, em 18 de janeiro de 2006, não se pode mais falar em monopólio integral, uma vez que aos particulares foi possibilitada a produção, a compra e a utilização de radioisótopos no setor médico, na agricultura e na indústria. Hoje, o governo chega a admitir, inclusive, possibilidades de abertura do campo para iniciativa privada, o que aparenta revestir-se de inconstitucionalidade e ser inadequado com a atual estrutura do setor nuclear brasileiro³.

Em que pesem tais considerações e excetuando-se a operação das usinas, de competência da Eletronuclear, é da CNEN e de suas empresas controladas – Indústrias Nucleares do Brasil (INB) e Nuclebras Engenharia Pesada (NUCLEB) – o monopólio *quase*

³BAHNEMANN, Wellington. Iniciativa privada pode atuar na geração térmica nuclear. **Estadão**, São Paulo, 07 out. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,iniciativa-privada-pode-atuar-na-geracao-termica-nuclear,166666,0.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

que integral da atividade nuclear brasileira. A situação leva a alguns absurdos e a CNEN, hoje, “regulamenta, licencia, fiscaliza, participa ativamente da formulação da política nuclear e realiza atividades operacionais, diretamente ou por meio de instituições a ela subordinadas” (BRASIL, 2006, p. 78).

Ao comparar a nossa estrutura com a de países com arranjos institucionais um pouco mais sólidos, como os Estados Unidos, a Austrália, a Alemanha, o Canadá, a Espanha, a França e a própria Argentina, evidencia-se, novamente, a necessidade de independência entre atividades de regulação, licenciamento e fiscalização de atividades operacionais e de formulação da política nuclear (BRASIL, 2006, p. 79)⁴.

Tratando-se de uma atividade permeada de riscos, um monopólio que abrange funções de atuação e outras próprias de entidades reguladoras traz riscos consideráveis ao setor nuclear brasileiro. O país, como já dito anteriormente, desrespeita Convenções formalizadas internacionalmente na Agência Internacional de Energia Atômica e apresenta um arranjo estrutural muito atrasado em relação a outras nações com indústria nuclear ativa.

Considerando, ainda, que agências reguladoras independentes não são novidades no Brasil, haja vista sua profusão na década de 1990, e no intuito de conferir maior segurança à população e estruturar melhor o setor nuclear brasileiro, a proposta de criação de agência reguladora própria, em análise há anos na Casa Civil, deve ser vista como prioridade para o Governo Federal. Um novo marco regulatório para o setor pode ser decisivo no crescimento da indústria e no aumento de sua eficiência e confiabilidade.

3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A ideia de um Estado que se afasta da atuação direta na economia e assume um posto de intervencionista advém de sua identificação com falta de eficiência, morosidade, burocracia e desvio de recursos. A população passa a encarar com descrença o potencial de progresso do Estado em setores nos quais ele costumava deter protagonismo econômico, político e social. Nesse contexto, o Estado não retorna ao seu modelo liberal-mínimo, mas

⁴O relatório, nesse ponto, baseia-se em dois estudos: “Atividades sujeitas ao monopólio da União no campo da energia nuclear – legislação brasileira e estudo comparado com arranjos institucionais de outros países” e outro de autoria da Associação dos Fiscais de Radioproteção e Segurança Nuclear (AFEN) (BRASIL, 2006, p. 78).

deixa de atuar no campo empresarial e assume como agente planejador, fiscalizador e regulador da atividade econômica (BARROSO, 2005, p. 2-5).

Essa intensa transformação se deu, principalmente, na década de 1990 e se estabeleceu em três diferentes pilares, conforme lição de Barroso (2005, p. 5): (a) a flexibilização dos monopólios estatais, (b) a extinção de restrições ao capital estrangeiro e (c) a política nacional de desestatizações, fruto da Lei n.º 8.031/90. O Estado abre o mercado e cria novas possibilidades, mas não pode eximir-se de sua obrigação de manter o adequado funcionamento de serviços essenciais.

Ao privatizar, por exemplo, ele transfere a execução de um serviço público a um particular, mas mantém seus deveres de órgão fiscalizador, o que a Constituição garante, inclusive, em atividades econômicas propriamente ditas. É o que se depreende da leitura do art. 174: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A atividade reguladora não surgiu a partir da política de privatizações dos anos 90 ou com o advento da Constituição de 1988. As primeiras configurações do modelo remetem à década de 1930, ainda que inexistisse a denominação de “agência reguladora” – é o caso do Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) e do Instituto Nacional do Sal (1940).

Inobstante a existência dessas entidades, não é difícil concluir que é a partir da onda de desestatizações de serviços públicos que o Estado estabelece como prioridade a criação de estruturas independentes para fiscalizar a execução e garantir a adequada prestação de atividades de caráter essencial a população.

Atualmente, é importante lembrar que não existe uma lei que discipline as agências reguladoras de maneira geral. Sabe-se, entretanto, que são entidades criadas como autarquias de regime especial, sujeitando-se às normas constitucionais e as suas respectivas leis instituidoras. São dotadas de diversas características peculiares, como a forma de escolha de seus dirigentes e o seu mandato, o regime jurídico a que se submetem seus servidores, dentre outras. As características mais relevantes, contudo, são aquelas necessárias para garantir a independência funcional do órgão.

Inspirados no modelo norte-americano de regulação, a independência das agências brasileiras não é tão facilmente compreendida como a visualizada nos Estados Unidos. A doutrina deste país necessitou de algumas adaptações para ser incorporada de maneira adequada no Brasil e, por mais que ainda existam muitas controvérsias sobre o tema, a

necessidade de fortalecimento dessa independência é clamor unânime da doutrina pátria. Sobre as agências americanas, Di Pietro (2011, p. 482) tece algumas considerações:

No direito norte-americano, as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional, no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.

No Brasil, praticamente inexistente independência quanto ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, ao passo que as agências só poderão dirimir conflitos em última instância administrativa e, como qualquer outro órgão integrante da Administração Pública, suas decisões são suscetíveis a controle judicial, além da impossibilidade de emitirem atos normativos conflitantes com a legislação vigente, por força do princípio da legalidade. No tocante ao Poder Executivo, entretanto, por serem autarquias de regime especial e seus dirigentes gozarem de certa estabilidade, são dotadas de maior independência e seus atos não podem ser revistos ou alterados (DI PIETRO, 2011, p. 482).

Caso fossem subordinadas diretamente aos Ministérios do Executivo e suas decisões passíveis de revisão, seguindo a estrutura regular estatal e traduzindo-se em mera ramificação de um Ministério, as agências não alcançariam seu objetivo proposto. A regulação seria formalmente exercida por um Ministro e acabaria delegada a um órgão de hierarquia inferior, o que resultaria na irresponsabilidade de ambos. Na situação particular do setor nuclear, tal fato conduziria a um absurdo que, infelizmente, ocorre nos dias atuais: o Ministério não só conduziria indiretamente a atividade econômica em si, como também regularia o seu desenvolvimento através de suas estruturas subordinadas.

A atipicidade do modelo regulatório frente ao tradicional aparato administrativo, o seu afastamento das instâncias políticas e a independência conferida às agências reguladoras existentes alicerçam o poder regulador. O vocábulo “regulação” contempla um grande número de atribuições específicas, que abrangem atividades executivas, normativas e decisórias: em seu caráter executivo, as agências são responsáveis por sua autoadministração;

em âmbito normativo, podem criar atos normativos próprios para a atividade que regulam, não deixando de observar, entretanto, o princípio da legalidade; quanto ao decisório, atuam em conflitos que envolvam os próprios regulados ou eles e os consumidores a que se destinam seus serviços.

Demonstrado o conceito abrangente de “regulação”, é importante salientar que este trabalho não objetiva elaborar um estudo das funções das agências reguladoras no país, mas propõe uma análise sucinta da regulação da atividade nuclear. Assim, serão tecidas algumas considerações sobre a função normativa, relacionada à independência do órgão, uma vez que é de extrema importância para que se entenda a necessidade de uma estrutura regulatória própria para um setor tão técnico e específico quanto o nuclear.

A função normativa, hodiernamente, é a que gera maior número de polêmicas e controvérsias em nosso ordenamento jurídico⁵. Mesmo que a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo) encontrem previsão de sua atividade reguladora no texto constitucional (arts. 21, XI e 177, §2º, II), as demais só são revestidas de poder normativo a partir do advento de suas leis instituidoras. Deixando de adentrar em outras celeumas jurídicas, ao estudo, é importante considerar que os atos normativos baixados pelas agências possuem certa limitação, por encontrar como fundamento a legislação vigente e a própria Constituição: não podem exceder tais parâmetros. Conforme lição de Di Pietro (2011, p. 483):

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar e explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica.

Por não inovar, a atividade reguladora se afasta da legislativa. Caso exceda seus limites, a agência violará não só o princípio da separação de poderes, como também direitos fundamentais insculpidos em nossa Constituição Federal. Seu poder normativo, contudo, é decorrência de sua independência funcional e é pressuposto básico ao bom exercício da atividade reguladora. É claro que a especialidade e o distanciamento do setor político conferem maior legitimidade à atuação da agência naquele setor e, conhecendo melhor aquele tema, é razoável que atos normativos mais específicos sejam de competência deste órgão.

⁵Estudo completo e minucioso sobre o assunto pode ser encontrado em ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Como visto acima, a especialização é característica que afere maior legitimidade à atuação das agências reguladoras, nos dizeres de Alexandre Aragão (2011, p. 24): “quanto mais o Direito conhecer o campo a ser regulado, mais chances terá de propiciar uma regulação eficiente e dotada de maior efetividade”. Tendo o poder de ditar normas com a mesma força de lei a fim de regular a área em que atuam, as agências não se prendem a uma perspectiva jurídico-dogmática, mas comunicam-se com diversas outras áreas de conhecimento.

Notadamente, uma agência que regule o setor nuclear, por exemplo, não poderá focar-se exclusivamente em normas que dão alicerce ao setor, mas necessitará de contribuições de pesquisadores das áreas afins, como a tecnologia, a saúde, o meio-ambiente, o trabalho, entre outros.

A especialização setorial, sem dúvidas, é outro ponto que demonstra a necessidade de órgãos regulatórios em nosso ordenamento. Ora, sozinhos, o Poder Executivo e o Legislativo, jamais conseguiriam cuidar da infinidade de assuntos de domínio estatal e é sob esse esteio que a Administração se desconcentra e se descentraliza, com o fim precípua de atender as demandas essenciais da população. O acúmulo de tarefas em um mesmo órgão e a abrangência de temáticas abordadas tornam sua atuação ineficiente e superficial.

No mais, com a criação das agências reguladoras independentes, outro ponto que necessita ser entendido é que se coloca o consumidor, o cidadão, como beneficiário direto da regulação: o Estado, anteriormente regulado, deixa de se utilizar da atividade como meio para garantir a defesa de seus interesses e, a partir dali, usa o agente regulador como instrumento eficiente para tutela dos interesses da própria sociedade.

Como evidencia a lição de Floriano de Azevedo (2005, p. 5), “a separação entre o operador e o regulador, para os fins do que interesse nesse tópico, permite uma maior neutralidade do regulador em relação aos interesses do Estado ou da operadora da atividade”. Aqui, independentemente de essa atividade ser exercida por entidades públicas ou agentes privados, deve haver essa separação, de maneira que o operador não influencie no desenvolvimento da atividade reguladora, que pressupõe, como já demonstrado, uma independência de atuação.

Apesar de o maior desafio para a consolidação das agências reguladoras no Brasil ser os limites do seu já citado poder normativo e a sua legitimidade democrática, no caso da reestruturação da regulação do setor nuclear, o ponto que necessitará de reformas mais gravosas é a atuação da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), que funciona como estrutura reguladora, elabora a política nacional e conduz as atividades operacionais do setor.

4 O PROJETO DE CRIAÇÃO DE UMA AGÊNCIA REGULADORA PARA O SETOR NUCLEAR BRASILEIRO: REPENSANDO AS FUNÇÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR

Atualmente, o governo estuda possibilidades de expandir o setor nuclear brasileiro. A provável construção de quatro novas usinas nos próximos anos pressupõe uma necessária segregação entre os órgãos que realizam as atividades operacionais, regulatórias e a construção política do setor. A criação de uma agência reguladora própria sustenta-se não só na independência que seria criada a partir de um órgão específico para realizar a regulação, como também no fato de estar lidando com uma indústria que envolve riscos à saúde da população e ao meio ambiente.

Por mais que se afirme que a separação das atividades da CNEN envolveria elevados custos e que não há urgência pelo fato de o setor nuclear ser reduzido, não se trata aqui de mera exigência formal da atividade reguladora. Questiona-se a postura brasileira frente a convenções internacionais ratificadas pelo país, principalmente a Convenção Internacional de Segurança Nuclear, e a obrigação do Estado de “prover os meios físicos, financeiros e institucionais que garantam à população a segurança que ela tem direito” (BRASIL, 2006, p. 95).

O atual arranjo institucional centralizador da CNEN vem sendo questionado há pelo menos trinta e cinco anos, por uma série de relatórios emitidos por órgãos da Administração Pública e da sociedade civil – Sociedade Brasileira de Física (1977), Relatório Vargas (1985), Relatório AFEN (2000), Relatório Tundisi (2002) e Relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados (2006). Afirma-se que, estruturalmente, nosso país se assemelha com o Irã, o Paquistão e a Coreia do Norte, Estados que possuem uma política nuclear controversa e que têm sido alvos de fortes críticas no contexto internacional (BRASIL, 2006, p. 219).

Ser comparado com países que são costumeiramente reconhecidos pela falta de transparência em seus programas nucleares, pela baixa confiabilidade de seus relatórios e por se negarem a receber representações internacionais em suas instalações é bastante preocupante. Com o desenvolvimento tecnológico-nuclear em nosso país, já não se pode mais sustentar uma indústria permeada em sigilo, uma indústria que funciona como fiscal de si mesma e desempenha, sozinha, atividades amplamente opostas: a operação, a formulação de

políticas e a regulação. Em relatório apresentado pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2006, p. 222):

A área nuclear brasileira, historicamente, converteu-se em uma verdadeira caixa-preta, não existindo transparência das suas atividades para a sociedade. O Governo ainda trata a área nuclear com a visão miliciana de soberania e defesa nacional, onde tudo é sigiloso, quando poderia, ao contrário, adotar uma postura mais democrática e moderna, voltada para a segurança da população e do meio ambiente. Há necessidade de desenvolvimento de instrumentos que possibilitem a democratização do acesso às informações, assim como a adoção de um enfoque participativo da sociedade e o tratamento aberto das questões controversas. Espera-se que em algum momento o governo seja corajoso bastante para enfrentar este desafio e rompa com os procedimentos arcaicos adotados hoje.

O modelo atual nos remete à organização econômica de nosso país na metade do século passado, não só pela instrumentalização do monopólio estatal da atividade, que, como já exposto, é uma medida razoável frente à insegurança e à falta de confiabilidade trazida pela estrutura híbrida da CNEN, mas pelo fato de que o Estado toma aquela atividade econômica para si e não se preocupa sequer em criar uma estrutura responsável por sua fiscalização, regulação e divulgação de informações ao público.

Outro ponto que seria bastante positivo na criação de uma agência reguladora é a formalização de parâmetros legais para a atividade. Como já visto anteriormente, a Constituição de 1988 só se refere à regulação ao tratar de duas agências: da ANP e da ANATEL. Todas as outras buscam seus limites de atuação em suas leis instituidoras. As leis que incorporaram o poder regulador à CNEN são omissas e não pormenorizam como se dará a atividade, a tipificação de infrações e as sanções cabíveis, além de não especificarem os servidores responsáveis por tal trabalho.

Atualmente, a situação leva a conflitos de competência entre a CNEN e outros órgãos públicos, e não há lei que reconheça formalmente a carreira de auditor fiscal do setor nuclear, sendo os servidores enquadrados em Ciências e Tecnologia e atuando como meros “opinadores”, haja vista não terem qualquer garantia e seus trabalhos poderem ser facilmente desconsiderados pela CNEN.

O projeto de criação de uma agência reguladora para o setor objetiva solucionar essas e tantas outras problemáticas que circundam a concentração de funções na CNEN. Com apoio, inclusive, da Agência Internacional de Energia Atômica, a construção de uma agência

é fundamental para garantir a segurança da população e do meio ambiente, com o efetivo exercício das funções envolvidas na atividade regulatória – compreendendo, aqui, o licenciamento, a regulamentação, o controle e a fiscalização.

A CNEN, hoje, vinculada diretamente ao Ministério da Ciência e Tecnologia, necessita focar-se no exercício do monopólio estatal nuclear, sendo retiradas de si competências relativas às funções regulatórias. A garantia de independência funcional do órgão regulador é pressuposto básico na manutenção da segurança nuclear e não será alcançada se preservada a ampla competência da Comissão e a vinculação da atividade regulatória ao Ministério.

Entende-se ser impossível alcançar a independência absoluta, uma vez que as agências, como autarquias de regime especial, vinculam-se à Presidência da República, modelo também seguido pelos Estados Unidos e Argentina. Malgrado tal fato, afastando-se dos Ministérios, podem se impor politicamente frente a todos os outros “que, de uma forma ou outra, tenham que requerer licenças ou autorizações para construir ou operar” (RABELLO, 2009, p. de internet)⁶.

A independência também deve pressupor que os cargos de diretoria da agência jamais sejam ocupados por dirigentes de seus regulados, tais como a própria CNEN, suas empresas subordinadas e a Eletronuclear, de modo que não atue de acordo com a conveniência desses. Como prezará pela saúde da população, do meio ambiente envolto e dos trabalhadores do setor, a agência deverá ser composta por representantes dos três setores, fator que agregará maior legitimidade à atuação do órgão.

Felizmente, a instalação de um marco regulatório próprio não é utopia. O país não partirá de um marco zero: o desenvolvimento de órgãos regulatórios independentes para o setor nuclear dispõe de consolidada experiência internacional e amplo apoio da AIEA. A demora na análise do projeto denota que o Poder Executivo tem empreendido esforços na consecução de um modelo que atenda às necessidades do setor e acabe com as incongruências existentes nas funções da CNEN. Entretanto, trata-se aqui de matéria que envolve riscos e a situação caótica dos dias atuais não pode subsistir por muito tempo.

⁶RABELLO, Sidney Luiz. 6. Legislação moderna para agência reguladora nuclear e a garantia da segurança das usinas nucleares no Brasil (contribuição para o debate). Parte 1. **Jornal da Ciência**, São Paulo, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=63251>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Somente no último século, influenciado por crises e outros fatos históricos relevantes, o mundo presenciou três diferentes formas de condução da política econômica, baseadas na intensidade de participação do Estado na economia. A quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929, por exemplo, destruiu o *Estado puramente Liberal*, alicerçado na ideia de afastamento absoluto do Estado da economia e tão louvado com a rápida ascensão estadunidense no início do século XX. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, por sua vez, criaram a concepção de *Estado Social*, momento em que se observa a inserção do Estado no domínio econômico como agente empresário.

Ainda no fim da década de 1980, com o esfacelamento da União Soviética e a queda do modelo socialista, a atuação do Estado como agente econômico passa a ser bastante questionada. Nos setores em que há forte atuação estatal, a população não visualiza perspectivas de progresso, seja pela burocracia, pela ineficiência, pela morosidade ou mesmo pela corrupção da estrutura.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura o *Estado Democrático de Direito*. O novo modelo pressupõe um amplo regramento constitucional da vida em sociedade e, quanto à economia, opta por um liberalismo cerceado por princípios sociais, o que se consubstanciaria em nosso modelo *neoliberal*. Na garantia de efetividade desses princípios insculpidos no texto constitucional, o Estado já não permite o livre mercado irrestrito e a autorregulação dos agentes econômicos, além de afastar seu potencial empresário, mas passa a intervir de modo indireto na economia, como agente regulador.

Em que pesem tais considerações, alegando soberania nacional e questões atinentes à segurança de sua população, o Estado brasileiro formalizou monopólios constitucionais, reservando para si atividades econômicas em que julga inviável a atuação de agentes privados. É o que ocorre, por exemplo, com o manuseio de minerais nucleares e a produção de energética.

Como se pode concluir, os monopólios não são uma afronta à política neoliberal do Estado, mas um sopesamento dos princípios gerais da atividade econômica, trazidos pelo art. 170 da Constituição de 1988. No caso das atividades nucleares, por mais que o Governo Federal considere a possibilidade de abertura do mercado para a iniciativa privada, a estrutura vigente inviabiliza em absoluto tal proposta, não observa convenções internacionalmente estabelecidas e não passa confiabilidade ou segurança à população.

A função híbrida da Comissão Nacional de Energia Nuclear como agente operacional, regulador e formulador de política é, provavelmente, um dos arranjos institucionais mais ilógicos existentes em nosso país. A regulação, que ganhou mais destaque com a política de privatizações da década de 1990, pressupõe a segregação entre os órgãos que executam essas três atividades e a formalização de uma agência independente, não contaminada com os interesses econômicos dos seus regulados.

Infelizmente, o modelo brasileiro atual é comparado exclusivamente ao de países que tratam a política nuclear como segredo de Estado, cogitam seu uso para fins militares e impedem a visitação de organizações internacionais que inspecionam a atividade. A construção de uma estrutura responsável formalmente pela regulação e que garanta o bom e seguro desenvolvimento da indústria nuclear é de extrema importância para que o país corrija seu atual modelo irregular.

No caso do setor nuclear, a função de uma agência reguladora própria se traduziria nos mais diversos significados do vocábulo “regulação”, abrangendo desde a criação de regulamentos específicos para a atividade até o adequado funcionamento do licenciamento e da fiscalização da extração e transporte de minérios, da operação de usinas, do tratamento e armazenamento de rejeitos radioativos etc.

Subordinada ao Ministério de Ciências e Tecnologia e responsável por exercer o monopólio da atividade nuclear, a CNEN não guarda a independência necessária para atuar efetivamente na regulação. A criação de uma agência, vinculada diretamente à Presidência da República, é imprescindível para garantir a independência funcional e a emissão de decisões não viciadas por interesses econômicos da própria Comissão.

A separação deve ser absoluta, impossibilitando-se, inclusive, que os dirigentes de uma venham a atuar na diretoria de outra. A falta de independência não é o único problema do setor, mas conduz a outros, tais como a inexistência de uma auditoria fiscal no órgão e a possibilidade dos servidores designados para a função fiscalizadora terem seus pareceres desconsiderados, haja vista não possuírem qualquer garantia no desempenho dessa função.

Por fim, considerando o projeto de criação da agência reguladora de energia nuclear, em tramitação há anos na Casa Civil, ele jamais elucidará todas as controvérsias relativas ao estudo das agências reguladoras, uma vez que, dada a contemporaneidade da matéria, necessitará, ainda, de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário nos próximos anos, mas importa salientar que ele é determinante para que o Brasil se adeque ao modelo internacional vigente, corrija seu arranjo institucional irregular e aproxime-se da população, na medida em

que desmistifique a indústria nuclear e a torne mais transparente e suas informações mais acessíveis.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Relatório do grupo de trabalho, fiscalização e segurança nuclear**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3743>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, nº. 17, fev. /abr., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-LEONARDO%20VIZEU.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

GERÊNCIA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, Eletronuclear. **Panorama de energia nuclear no mundo**. 2011. Disponível em: <<http://www.eletronuclear.gov.br/LinkClick.aspx?fileticket=GxTb5TAen5E%3D&tabid=29>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A CRITICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN NUCLEAR INDUSTRY REGULATORY FRAMEWORK

ABSTRACT

The accident in Fukushima, Japan, showed the risks of developing nuclear technology and demanded firm positions of countries to ensure the proper operation of its plants. As it's a highly technical and dangerous industry, the government is required to ensure that their control and supervision are done strictly and efficiently. In this bias, this article intends to demonstrate the importance of establishing a regulatory framework for the nuclear industry, from the proposal of a specific regulatory body, presently under review by the Presidency. Currently, it's seen the inconsistency of only one body exercising a monopoly over activities and promoting control, licensing and supervision.

Keywords: National Commission of Nuclear Energy. Federal Constitution of 1988. Monopoly. Regulamentation.