



# **Agências Reguladoras**

## **Instrumentos do Fortalecimento do Estado**





## **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO - ABAR**

Rua Bela Cintra, 847 - 13º andar

Tel/Fax (11) 3257-0676

01415-903 - SÃO PAULO - SP

[www.abar.gov.br](http://www.abar.gov.br)

### **DIRETORIA DA ABAR:**

#### **Presidente:**

**Zevi Kann**

*CSPE - Comissão de Serviços Públicos de Energia*

#### **Diretores:**

**Eduardo Henrique Ellery Filho**

*ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica*

**Álvaro Otávio Vieira Machado**

*ARSAL - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas*

**Maria Augusta Feldman**

*AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul*

**Marco Antonio Sperb Leite**

*AGR - Agências Goiânia de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos*

#### **Secretário Executivo e Financeiro:**

**Carlos Fernando de Souza Machado**

*CSPE - Comissão de Serviços Públicos de Energia*



## APRESENTAÇÃO

Por ocasião da realização do III CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS e em face da primeira efetiva mudança no poder político havida após o processo de redefinição do papel do Estado vivido por nós nos últimos anos, a ABAR coloca o presente texto, da lavra do Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, para catalisar os imprescindíveis debates públicos sobre o papel das Agências Reguladoras. Ressaltamos que a ABAR perfilha muitas das idéias e conceitos tecidos no texto em questão. Contudo, pretende com esta divulgação fomentar o debate, constituindo novos avanços, os quais deverão nortear e fortalecer a produção regulatória no País.

Não se pode perder de vista que os conceitos modernos de Agências Reguladoras no Brasil são relativamente novos, impondo a necessidade de esclarecer-se à sociedade a sua relevância e importância, no sentido de sedimentar a função regulatória das Agências, bem como prospectar os eventuais ajustes e alterações que precisam ser realizados.

A ABAR tem se constituído em um foro privilegiado para atuar fortemente na troca de experiências entre as Agências Reguladoras, ampliando os constructos da regulação, investindo em seus recursos humanos. É função da ABAR a divulgação das atividades regulatórias, cuja finalidade é, antes de tudo, a de criar um ambiente favorável ao aperfeiçoamento das instituições no Brasil.

Recomendamos a leitura e consulta do texto ora apresentado, tanto pelo seu conteúdo como pela clareza dos conceitos emitidos e objetividade das propostas.

**ZEVI KANN**

PRESIDENTE DA ABAR





# ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| <b>APRESENTAÇÃO</b> .....  | 3  |
| <b>I. Introdução</b> .....   | 7  |
| <b>II. Finalidades e Fundamentos da Moderna Regulação Econômica</b> .....                              | 8  |
| II.a. A intervenção estatal: a relação entre Estado e sociedade .....                                  | 8  |
| II.b. A Intervenção estatal orientada pelos interesses do Estado-nação .....                           | 9  |
| II.c. Autonomia política e instabilidade decisória .....   | 10 |
| II.d. O papel regulador do Estado: pressupostos, objetivos e instrumento .....                         | 11 |
| II.e. A moderna regulação e a busca do “equilíbrio” no setor regulado .....                            | 13 |
| II.f. A moderna regulação e os interesses públicos .....   | 14 |
| II.g. Atividade regulatória e atividade regulamentar .....   | 15 |
| II.h. A regulação como mudança no modo de intervenção do Estado .....                                  | 18 |
| <b>III. O Surgimento das Agências como uma Decorrência da Moderna Regulação</b> .....                  | 19 |
| III.a. Agências de Regulação: competência e especificidades .....                                      | 19 |
| III.b. Transparência, permeabilidade e neutralidade .....  | 19 |
| III.c. O caráter público das Agências .....  | 20 |
| III.d. A multiplicidade de funções e competências das Agências .....                                   | 20 |
| III.e. A especialização das Agências .....   | 20 |
| III.f. A busca do equilíbrio sistêmico como eixo da atividade regulatória .....                        | 21 |
| III.g. A importância da neutralidade .....   | 21 |
| III.h. A moderna regulação e os órgãos reguladores .....   | 22 |
| <b>IV. As Agências como Autoridades Reguladoras Independentes</b> .....                                | 22 |
| IV.a. Problemas conceituais: o nome “Agência” .....  | 22 |
| IV.b. A autoridade das Agências .....  | 23 |
| IV.c. A atividade objeto das Agências e suas características .....                                     | 25 |
| IV.c.i. A amplitude dos poderes das Agências .....   | 25 |
| IV.c.ii. A capacitação técnica .....   | 26 |
| IV.c.iii. A permeabilidade à sociedade .....   | 27 |
| IV.c.iv. A processualidade .....   | 28 |
| IV.d. A independência .....  | 29 |
| IV.d.i. Independência e agentes regulados .....  | 30 |
| IV.d.ii. Independência e consumidores .....  | 30 |
| IV.d.iii. Independência x Poder político .....   | 31 |
| IV.e. Duas espécies de independência: orgânica e administrativa .....                                  | 32 |
| IV.e.i. A independência orgânica: estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico ..... | 32 |
| Estabilidade dos dirigentes .....  | 33 |
| Ausência de controle hierárquico .....   | 33 |
| IV.e.ii. Independência administrativa: meios para exercer a regulação independente .....               | 34 |



|   |           |
|---|-----------|
| Autonomia de gestão .....   | 34        |
| Autonomia financeira .....  | 34        |
| A liberdade para organizar seus serviços .....  | 35        |
| Regime de pessoal compatível .....  | 35        |
| IV.f. Conclusão: a imprescindibilidade da independência .....   | 36        |
| <b>V. Agências e Governo .....</b>  | <b>36</b> |
| V.a. A legitimidade democrática das Agências .....  | 36        |
| V.b. Política de Estado, Política de Governo, Políticas Públicas e Políticas Regulatórias ..            | 38        |
| V.b.i. Políticas de Estado .....  | 38        |
| V.b.ii. Políticas de Governo .....  | 38        |
| V.b.iii. Políticas Públicas .....   | 39        |
| V.b.iv. Política Regulatória .....  | 39        |
| V.c. Funções de Estado e Funções de Governo .....   | 40        |
| V.d. A implementação das políticas públicas: critérios de mediação,<br>ponderação e prudência .....     | 40        |
| V.e. A difícil articulação entre políticas públicas – políticas regulatórias. ....                      | 41        |
| <b>VI. Legalidade e Constitucionalidade das Agências .....</b>  | <b>43</b> |
| VI.a. Estabilidade dos mandatos dos dirigentes das Agências .....                                       | 43        |
| VI.a.i. A não violação do artigo 84, II da CF. ....   | 43        |
| VI.a.ii. O artigo 37, II, da CF. ....   | 45        |
| VI.a.iii. A estabilidade dos dirigentes e o princípio democrático. ....                                 | 45        |
| VI.b. Os mandatos não coincidentes .....  | 46        |
| VI.c. A constitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica .....                               | 47        |
| VI.c.i. O artigo 84, II, da CF. ....  | 47        |
| VI.c.ii. O artigo 87, Parágrafo único, I, da CF. ....   | 48        |
| VI.d. Da constitucionalidade da concentração das funções dos poderes .....                              | 48        |
| VI.d.i. Constitucionalidade dos poderes normativos das Agências. ....                                   | 49        |
| VI.d.ii. Constitucionalidade dos poderes quase judiciais das Agências. ....                             | 49        |
| VI.e. O controle das Agências .....   | 50        |
| <b>VII. Dez Sugestões para o Aperfeiçoamento do Modelo de Agências .....</b>                            | <b>50</b> |
| VII.a. A necessidade de uma lei geral sobre o regime jurídico das Agências .....                        | 50        |
| VII.b. O controle das Agências. ....  | 51        |
| VII.c. A articulação entre órgãos de regulação .....  | 51        |
| VII.d. A efetivação do juízo técnico no processo de indicação dos dirigentes<br>das Agências .....      | 51        |
| VII.e. Maior pluralismo as Agências .....   | 51        |
| VII.f. O incremento da transparência e participação popular .....                                       | 52        |
| VII.g. A descentralização territorial. ....   | 52        |
| VII.h. As Agências e os consumidores. ....  | 52        |
| VII.i. A explicitação das fronteiras entre políticas. ....  | 52        |
| VII.j. A imprescindibilidade de se garantir meios e recursos para o funcionamento<br>das Agências ..... | 52        |
| <b>VIII. Conclusão .....</b>  | <b>53</b> |
| <b>Anexo - Sumário .....</b>  | <b>55</b> |



# Agências Reguladoras

## Instrumentos do Fortalecimento do Estado\*

Floriano de Azevedo Marques Neto\*\*

### I. Introdução

- I.1.** A primeira efetiva mudança no poder político havida após o processo de redefinição do papel do Estado vivido por nós nos últimos anos trouxe, naturalmente, o questionamento acerca dos pressupostos da nova configuração do Estado, mormente no que toca à sua relação com a ordem econômica. Como a alteração política foi profunda, poder-se-ia cogitar de uma tensão maior. A postura oportuna e pragmática do novo governo afastou o risco de rupturas jurídicas e institucionais. A crítica e o debate políticos são inevitáveis. E saudáveis em si.
- I.2.** Efetivamente, até agora, pouco se havia discutido – salvo nos ambientes acadêmicos e, mesmo assim, nem sempre com grande profundidade – acerca do novo perfil da intervenção estatal na economia e sobre um dos seus principais instrumentos, as Agências Reguladoras. Se é fato que nos últimos meses proliferaram publicações sobre direito regulatório e sobre o regime jurídico das Agências, também é verdade de um esforço doutrinário pós fato. Tais mudanças no direito positivo não foram precedidas de um amplo debate político ou jurídico. A pouca discussão justifica, a um só tempo, que o modelo institucional mostre agora suas falhas e que, passados mais de cinco anos do advento das primeiras agências, persistam, no ambiente político, dúvidas sobre sua importância, limites e objetivos.
- I.3.** Desta feita, só podemos receber com alvissaras que o tema surja na pauta do debate público. Só assim poderemos, a um só tempo, esclarecer a relevância e a importância das Agências e prospectar os ajustes e alterações que precisam ser feitos para aperfeiçoá-las. No debate que se inicia há ainda muito preconceito de parte a parte. As Agências não são perfeitas (longe disso), nem se prestam a apanágio para todos os males. Porém, tampouco são ardilosos instrumentos de esvaziamento do poder político ou de renúncia do Estado ao seu papel constitucional em face do domínio econômico. Como não há preconceito que resista ao debate amplo, transparente, e à reflexão, temos que ao fim e ao cabo desse processo advirá o fortalecimento das Agências como importante instrumento para o fortalecimento da atuação estatal.
- I.4.** O presente trabalho não tem o objetivo de ser uma defesa incondicional das Agências Reguladoras. Isso seria abraçar o preconceito inverso. Pretendemos aqui muito mais defender um novo modelo de regulação estatal, no qual as Agências jogam um papel fundamental. Para isso, antes de tentar explicar (e, até certo ponto, defender) o modelo jurídico e institucional das Agências, faz-se necessário expor a importância da atuação regulatória como uma nova forma de intervenção estatal em face do domínio econômico.
- I.5.** O texto está assim organizado: inicialmente, pretendemos expor brevemente os pressupostos da moderna regulação estatal, indicando a importância que as Agências têm no exercício desta função pública. Logo depois, entraremos na caracterização dos pressupostos e fundamentos jurídicos das

\* O presente texto foi elaborado em atenção a uma solicitação da ABAR - Associação Brasileira de Agências de Regulação. Tem por objetivo orientar as reflexões e discussões internas aos seus associados. A sua divulgação só pode ser feita mediante autorização da Abar.

\*\* Advogado. Professor – Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Comitê Executivo da Sociedade Brasileira de Direito Público.



Agências no Direito brasileiro Na seqüência, far-se-á necessária uma digressão sobre a separação entre Estado e Governo, visando a demarcar como se dá a relação entre os espaços de legitimidade democrática e os espaços institucionais voltados ao exercício das funções de Estado. Na esteira dessa discussão, tentaremos delinear os marcos da separação entre políticas públicas e atividade regulatória. . No tópico seguinte serão abordados os aspectos atinentes à constitucionalidade das Agências, analisando as principais críticas que se têm dirigido a estes órgãos sob o prisma constitucional. Algumas sugestões para o seu aperfeiçoamento serão enfrentadas na seqüência, pouco antes da conclusão.

- 1.6. Não cogitamos de nos fixarmos em alguma Agência específica, pois nosso objetivo é analisar os aspectos gerais do modelo. Isso não nos impedirá de, ora e vez, fazer referência a um determinado órgão regulador para exemplificar uma observação ou para traçar alguma diferenciação. Ao trabalho.

## II. Finalidades e Fundamentos da Moderna Regulação Econômica

### II.a. A intervenção estatal: a relação entre Estado e sociedade

- II.1. O surgimento das Agências entre nós não decorre (como chega a sustentar ferinamente parte da doutrina<sup>1</sup>) de um modismo ou uma mudança perfunctória na estrutura da Administração pública. Foi fruto, isto sim, de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, particularmente com a ordem econômica.
- II.2. O Estado, de alguma maneira, sempre interferiu nas relações econômicas. Inicialmente, o fazia editando leis para disciplinar genericamente a ação dos agentes privados, manejava o poder de polícia ou, eventualmente, incumbia-se de algumas atividades de relevância social, elevadas à condição de serviços públicos. Posteriormente, essa intervenção se avulta e a interferência estatal no domínio econômico passa a envolver a própria exploração de atividade econômica por ente estatal (empresas estatais, sociedades de economia mista, etc.). Estas hipóteses de intervenção sempre se fizeram a partir de decisões políticas estratégicas e envolviam a subtração do setor específico sujeito à incidência da ação estatal da regra de liberdade de iniciativa econômica.

Ou seja, definida a necessidade de intervenção do Estado num domínio econômico, procedia-se a uma reserva daquela atividade econômica à iniciativa estatal, quer mediante a introdução de um regime de privilégio da sua exploração (no caso dos serviços públicos, só exploráveis pelo Estado ou por seus delegatários), quer mediante o regime de monopólio (nos casos de atividades econômicas consideradas estratégicas ou de relevância para o interesse nacional). Mesmo quando a intervenção estatal direta se dava em setores onde havia o convívio entre o operador estatal e operadores privados (como ocorria e ocorre no setor bancário), a atuação do ente público revestia-se de algumas prerrogativas ou vantagens competitivas<sup>2</sup>, além de uma certa “imunidade ao controle público”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ver neste sentido o texto de meu dileto amigo e professor Eros GRAU “*As Agências, essas Repartições Públicas*”, in “*Regulação e Desenvolvimento*”, Calixto SALOMÃO FILHO (coord.), São Paulo, Malheiros, 2002, páginas 25 e seguintes.

<sup>2</sup> Neste sentido, as disposições constantes da Constituição de 1988 (artigo 173, § 1º, II e § 2º) não foram suficientes para suprimir estas “vantagens competitivas” que se traduziam não especificamente em regime fiscal ou tributário próprio, mas nos benefícios em si que decorrem da relação de controladas do Estado.

<sup>3</sup> Imunidade que se manifestou de várias formas. Interditando o controle de condutas das empresas estatais contrárias à legislação de proteção à concorrência, dificultando a aplicação das normas de proteção ao consumidor de bens ou serviços produzidos ou comercializados por empresas controladas pelo Estado ou ainda tornando ineficaz a regulação sobre estas empresas mesmo em setores sujeitos à regulação setorial. Exemplo disso foi a leniência da regulação exercida pelo Banco Central sobre os bancos estatais. Neste sentido, a omissão em dar cumprimento à regra constante do artigo 173, § 3º, da Constituição apenas aguçou essa evidência.





## II.b. A Intervenção estatal orientada pelos interesses do Estado-nação

**II.3.** O pressuposto da intervenção estatal era o atingimento do interesse público justificador da atuação direta do Estado no domínio econômico. Porém esse interesse público se revelava em interesses do Estado-nação, consoante objetivos de desenvolvimento nacional, interesse estratégico, segurança nacional, relevância pública da atividade, etc. Tal perseguição do “interesse público” era suficiente para justificar a interdição da atuação dos atores privados no setor objeto da intervenção (algo que se concretizava tanto no monopólio de atividade econômica em sentido estrito, como no regime de privilégio ou exclusividade na prestação de serviço público pelo estado ou ente delegado seu), bem como legitimava a imunidade aos instrumentos de controle do exercício de atividade econômica. Justificava ainda a prescindibilidade de um aparato estatal para controlar a atividade cometida ao ente estatal. Se a atividade do operador público era controlada (via cadeia de controle<sup>4</sup>) pelo Estado, o interesse público estaria sempre consagrado na atuação deste operador, tornando sem sentido outras formas de controle da atividade explorada pelo ente estatal.

**II.3.1.** Tal raciocínio servia também para sustentar a importância menor que se dava à proteção do administrado, enquanto consumidor ou usuário de bens e serviços produzidos ou comercializados pelas empresas estatais. Assim como não faria sentido invocar regras de proteção ao consumidor quando o Estado exerce sua autoridade (por exemplo, mediante sujeições de ordem geral ou exercício do poder de polícia), também não caberia exigir tal proteção enquanto usuário de um serviço público explorado por uma estatal ou enquanto adquirente de um bem produzido ou comercializado em regime de monopólio estatal. Sendo tais entes estatais meros instrumentos para consecução do interesse público definido no âmbito do poder político, constituía uma aberração sujeitar sua ação (e por conseqüência a intervenção estatal por meio dela concretizada) a interesses privados, mesmo que fosse o interesse do indivíduo (consumidor) suposto beneficiário da atuação estatal.

**II.4.** Neste processo, o beneficiário da intervenção estatal direta no domínio econômico era o interesse público traduzido no interesse do Estado-nação (cujo conteúdo haveria de ser definido e redefinido permanentemente pelo poder político). O interesse do cidadão, do administrado, do consumidor, da sociedade em suma, somente seria consagrado como parte-beneficiária do interesse nacional. Razão pela qual não havia muita razão tomar estes interesses (interpretados não como difusos, mas como interesses privados contrapostos ao interesse público, estatal) como parâmetro modelador da intervenção estatal.

Da mesma forma, os interesses dos demais agentes econômicos privados que travassem contato com os entes de intervenção estatal (seja estabelecendo com eles relações comerciais, seja se relacionando na cadeia econômica) tampouco haveriam de ser considerados. O ente estatal poderia praticar condutas teoricamente contrárias às regras de direito concorrencial, abusar no preço dos insumos necessários a outras indústrias, exorbitar no exercício de sua dominância de mercado. Afinal, sendo mero vetor de consecução do interesse geral da coletividade, sua conduta não poderia ser refreada por interesses menores (porque privados) de natureza empresarial.

**II.5.** De resto, a intervenção direta na ordem econômica, predominante entre nós até o início dos anos 90, tinha por viés uma postura contrária ao mercado. Os interesses do Estado-nação eram necessariamente contrários aos interesses privados pois a realização destes implicaria em interdição à consecução daqueles. Nesta perspectiva, a absorção de atividade econômica pelo

<sup>4</sup> Entendendo-se por cadeia de controle as relações hierárquicas de sujeição e subordinação que caracterizam a comunicação entre os agentes políticos e os quadros dirigentes das empresas estatais operadoras no domínio econômico.



Estado se justificava pela incompatibilidade (ou desconformidade) dos agentes privados atuarem no sentido da consagração do interesse público. Como esse haveria de ter a supremacia sobre aquele, justificada estava a supressão da iniciativa privada em setores relevantes da economia. Daí decorrer o caráter predominantemente excludente da iniciativa privada nos setores onde havia intervenção estatal direta. Disso também advinha a presunção de que o interesse público estaria automaticamente consagrado se um setor da atividade econômica fosse reservado à exploração estatal.

- II.6.** A lógica da intervenção estatal prevalecente entre nós até há pouco tempo era, pois, centrada na supremacia do interesse público (entendido como interesse do Estado-nação) sobre os interesses privados. Ao governante de turno (investido ou não de legitimidade democrática, pois, no período mais intervencionista de nossa história recente, os governos sequer eram eleitos) competia decidir, a partir de sua leitura política dos interesses gerais da sociedade, quanto, de que modo e em favor de quem dar-se-ia sua ação na ordem econômica. E, por definição, esse interesse público era incontestável pelo indivíduo (salvo, é claro, quando seu exercício se desse fora dos lindes da lei e do Direito).

## **II.c. Autonomia política e instabilidade decisória**

- II.7.** Neste contexto da intervenção estatal (marcada, reiteramos, por uma forte intervenção direta, pela absorção de atividades econômicas pelo Estado) havia, por certo, uma maior autonomia para o poder estatal e, em contrapartida, uma substancialmente menor margem de autonomia para a sociedade. Neste cenário, a vontade política (entendida como a orientação do governante) se punha muito mais eficaz (demandando menor necessidade de mediação para sua concretização). Porém, a atividade econômica, é fato, acabava por padecer de uma enorme instabilidade, pois as decisões políticas são necessariamente cambiantes (fruto da natural necessidade de acomodação dos interesses políticos e das premências da alternância de poder) e buscam responder às demandas mais imediatas (próprias do ambiente político).
- II.8.** Além disso, num contexto de intervenção predominantemente direta na economia, os objetivos perseguidos pelo Estado são de natureza geral, mormente sem grande preocupação com o equilíbrio específico do setor onde recai essa intervenção. Como os reflexos positivos ou negativos da ação num determinado setor visam ao interesse geral (interesse do Estado-nação), os resultados deveriam ser repartidos por toda a coletividade. Do mesmo modo, como o sucesso ou insucesso de um determinado ente estatal (por exemplo, os prejuízos de uma empresa controlada pelo Estado ou sua ineficiência em prover a sociedade dos bens e serviços a seu cargo) eram carregados pelo Estado e, eventualmente, neutralizados pelo aporte de recursos públicos, não havia razão para que a ação estatal no domínio econômico levasse em conta os reflexos específicos produzidos no setor objeto da intervenção.
- II.9.** Bom exemplo para ilustrar essa forma do Estado operar no domínio econômico é a política de remuneração pelos bens e serviços produzidos por entidades estatais.

No contexto em que a intervenção se dava mediante assunção pelo Estado da exploração de atividades econômicas relevantes ou essenciais, a política de preços (sejam tarifas – no caso de atividades consideradas serviços públicos – sejam simples preços praticados por empresas estatais) era definida no ambiente político, a partir da avaliação de fatores que pouco ou nada se relacionavam com os interesses específicos do setor regulado. A majoração ou minoração de preços podia ser determinada, diretamente, pela vontade política do governante, pautada por



razões de ordem monetária (conter a inflação), fiscal (aumentar a rentabilidade da estatal para viabilizar o ingresso de recursos no tesouro mediante pagamento de dividendos ou operações creditícias), eleitoral (agradar o eleitor em períodos de disputa política), social (ampliar a fruição de uma utilidade pública essencial) ou mesmo econômica (desincentivar o consumo ou favorecer o desenvolvimento de um setor que dependesse do bem ou serviço como insumo).

Em um cenário de forte intervenção direta do Estado na economia não há muitas peias a limitar a concretização da vontade política de elevar ou reduzir o valor cobrado por ente estatal pelo bem ou serviço que produz ou comercializa. Porém, como consequência, inexistia muita preocupação com os impactos de uma dada medida econômica sobre os agentes privados (operadores econômicos ou consumidores), nem com seus reflexos de longo prazo no setor específico. A consequência disso eram a instabilidade regulatória e a inviabilidade da ação privada em setores sujeitos à intervenção estatal.

## II.d. O papel regulador do Estado: pressupostos, objetivos e instrumentos

**II.10.** As transformações ocorridas nos últimos anos (de forma acentuada no Brasil, mas igualmente em vários países do continente europeu que guardam muita semelhança com nossa tradição de intervenção estatal e de estrutura jurídica) apontam para uma redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma de intervenção, substancialmente distinta daquela acima divisada. Tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado<sup>5</sup> em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços.

Note-se que não estamos a afirmar que a intervenção regulatória serve exclusivamente para substituir a intervenção direta do Estado na ordem econômica. Se bem é verdade que em alguns setores houve a erradicação da intervenção direta, substituída pela construção de mecanismos de intervenção indireta de caráter regulatório, certo é também que em outros setores houve a introdução de arcabouços regulatórios e a permanência de entes estatais explorando atividades econômicas. No primeiro caso é o que ocorreu no setor de telecomunicações brasileiro. No segundo, colhemos os exemplos do setor de energia elétrica (onde remanesceram operadores estatais) ou do setor de petróleo (onde o principal operador segue sendo uma sociedade controlada pela União).

O que é relevante para o advento da atividade regulatória estatal, tal como vimos aqui apresentando, não é, pois, a supressão da intervenção estatal direta na ordem econômica mas basicamente i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor e ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito

<sup>5</sup> Embora se pudesse falar, num contexto de intervenção direta do Estado no domínio econômico, do exercício de uma função regulatória subjacente à atuação do operador público num determinado setor econômico, não creio ser correto utilizar o conceito de regulação neste contexto. Como veremos, o conceito de regulação por mim adotado afasta os mecanismos de intervenção direta como forma de regulação. Se atividade regulatória estatal constitui uma espécie de intervenção (indireta) na ordem econômica, a assunção pelo Estado ou por ente controlado seu da exploração de atividade econômica não caracteriza intervenção reguladora. A exploração direta pelo Estado de atividade econômica, é verdade, influencia a atuação dos atores privados, cumpre um papel de ordenação, algum controle e, eventualmente, estabelece algum padrão de regulamentação sobre o setor. Porém isso não é suficiente para caracterizar uma atuação estatal de caráter regulatório pois: i) mesmo estatal, o interesse do agente econômico tem como núcleo os interesses da empresa ou do seu controlador e não do sistema como um todo e muito menos dos utentes da utilidade econômica explorada pelo agente econômico público; ii) o exercício da função regulatória pressupõe, por óbvio, a existência de regulados; a concentração de papéis de regulador e operador leva à descaracterização da atividade regulatória, pois faz com que a suposta “regulação” seja exercida não em benefício do indivíduo e da sociedade, mas que torne a eles sujeitos da regulação; iii) os instrumentos regulatórios estão ligados ao exercício das funções públicas o que não me parece compatível nem com o regime jurídico das empresas estatais (configuração típica dos entes estatais que exploram atividade econômica), nem com os interesses econômicos próprios de quem opera uma atividade econômica (ainda que em regime de privilégio, exclusividade ou monopólio); iv) o máximo que poderíamos identificar num contexto de intervenção estatal direta sobre o domínio econômico é que o agente estatal exercia atividade regulamentar sobre a atividade (o que nem mesmo é pacífico, pois a regulamentação não se voltava ao exercício da atividade como um todo, mas especificamente se destinava a impor regras de fruição aos usuários dos bens e serviços, regras estas editadas pelo ente estatal muita vez em seu benefício), o que – veremos mais à frente – está longe de coincidir com todo o plexo das atividades regulatórias.



de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta), o que leva alguns autores a caracterizar essa nova regulação como “*regulação para a competição*”<sup>6</sup>.

**II.11.** A atividade estatal de regulação<sup>7</sup> não deixa de ser uma forma de intervenção estatal na economia. Porém uma forma de intervenção que nos seus pressupostos, objetivos e instrumentos difere substancialmente da intervenção direta no domínio econômico<sup>8</sup>.

**II.11.1. Difere nos seus pressupostos** porque a intervenção regulatória é muito mais pautada pelo **caráter de mediação** do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditada pela autoridade. É próprio dessa concepção de regulação a permeabilidade do ente regulador aos interesses dos regulados, sejam operadores econômicos, sejam usuários, sejam mesmo os próprios interesses estatais enredados no setor regulado.

É essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade<sup>9</sup>. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da *autoridade estatal* (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de *mediação de interesses*, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> “*Así, la liberalización y la reducción del papel del Estado productor y director de la vida económica (planificador en sentido tradicional) debe compensarse con el nuevo sentido de regulación para la competencia y para garantizar la prestación de servicios esenciales.*” (Cf. Gaspar ARIÑO ORTIZ, “**Principios de Derecho Público Económico**”, Granada, Comarques, 2001, página 292).

<sup>7</sup> “*De minha parte, entendo que por regulação deve-se compreender toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo). É dizer, toda a atividade do poder público no campo da economia que não implique nem na assunção da titularidade da exploração de atividade econômica — quer como serviço público (artigo 175 da CF), quer como monopólio de atividade econômica em sentido estrito (artigo 177 da CF) —, e nem envolva a exploração destas atividades, em regime de mercado, por meio de empresas estatais (artigo 173 da CF). No âmbito da regulação estatal estariam compreendidas atividades como a de coordenar, fiscalizar, dirigir, coibir ou desincentivar condutas, incentivar, fomentar, planejar, organizar, que sejam necessárias para atingimento de objetivos de ordem pública consentâneos com os objetivos da ordem econômica constitucional (artigo 170 da CF).*” (Cf. meu “**Regulação Setorial e Autoridade Antitruste. A Importância da Independência do Regulador**”, in Celso Fernandes CAMPILONGO, Jean Paul Cabral Veiga da ROCHA e Paulo Todescan Lessa MATTOS, “**Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**”, São Paulo, Max Limonad, 2002, página 96).

<sup>8</sup> Em outra oportunidade asseverei: “*De fato, a alteração no paradigma regulatório e no modo do exercício da autoridade estatal vivida por nós implica em mudanças de várias ordens. Há uma primeira ordem de mudanças que se revela na mudança do foco principal da regulação, é dizer, nos objetivos pelos quais se justifica a atuação regulatória estatal. Um segundo plano se refere ao eixo da regulação, que perde um tanto de seu caráter autoritário, deslocando-se de eixo impositivo, vertical (típico das relações de autoridade) para um eixo mais negocial, pautado por relações horizontais (adequado a uma regulação mais mediadora, reflexiva). Um terceiro plano se refere ao modo de se exercer a atividade regulatória, operando-se no campo do método de atuação estatal. Cuidam-se do que chamo de transformações metodológicas e que se mostram na crescente procedimentalização, transparência e especialidade no exercício da regulação. Por fim, está o plano das transformações mais visíveis, aquelas que se dão nos instrumentos jurídicos e administrativos, como a introdução de mecanismos de regulação contratual, o crescimento de normas quadro, instrumentos de política tarifária inovadores. É neste plano específico em que se coloca a criação das agências independentes, entendidas como instrumentos aptos a concretizar as mudanças narradas nos três outros planos.*” (Cf. “**Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**”, in Conjuntura & Informação, Revista da ANP – Agência Nacional do Petróleo, julho a setembro de 2001, número 15, página 4).

<sup>9</sup> No meu “**Regulação Estatal e Interesses Públicos**” (São Paulo, Malheiros, 2002) pude assim explicar esse processo: “*A emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente à necessidade do poder político de constituir espaços em que sejam possíveis à articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea. Mais ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que revestem o intervencionismo hodierno (intervenção reguladora).*” (Cf. página 199).

<sup>10</sup> Em outra oportunidade, expliquei esse processo da seguinte forma: “*se põe, portanto, imprescindível a capacitação do poder político para i) assegurar a manutenção das regras do jogo que vão balizar os conflitos entre os interesses públicos especiais ou assegurar o respeito aos direitos individuais; ii) exercer sua capacidade regulatória de modo a preservar os interesses públicos em geral mas com especial atenção aos hipossuficientes (o que envolve não só o interesse dos excluídos sociais, como também aquele plexo de interesses que, pela sua desagregação natural, não conseguem ser auto-defendidos); e iii) manter uma permanente interlocução, matizada por princípios de transparência radical, do poder público com os diversos atores sociais, erradicando-se o caráter autoritário da regulação.*” (Cf. meu “**A Republicação do Estado e os Interesses Públicos**”, página 188).



**II.11.2. Difere dos seus objetivos** porque, contrariamente ao que ocorre na intervenção estatal direta, os objetivos se deslocam dos interesses do Estado-nação e passam a se identificar mais com os interesses da sociedade (tanto os interesses dos cidadãos – consumidores efetivos ou potenciais de bens econômicos – quanto os interesses subjacentes às relações econômicas)<sup>11</sup>. A intervenção estatal direta se justifica pela incompatibilidade suposta entre interesses públicos e a atuação privada. Já a moderna regulação estatal procura atuar no sentido de compor e articular os interesses públicos com os interesses dos particulares, partindo do pressuposto de que a atuação privada em setores sujeitos à regulação não só é aceitável como é essencial para atingir o interesse público. Antes objetivar suprimir espaços da atuação privada, procura condicionar, amoldar, incentivar e coordenar (em uma palavra, regular) a atuação dos particulares<sup>12</sup>.

**II.11.3.** Por fim, **difere nos instrumentos** porque a regulação vai demandar a construção de mecanismos de intervenção estatal que permitam efetivar essa nova forma de relacionamento com os agentes econômicos. Os espaços de exercício da regulação deverão ser aptos ao exercício da mediação e da **interlocação com os agentes envolvidos no setor regulado**. De outro lado, o manejo das competências regulatórias passa a seguir regras e procedimentos aptos a impedir que a atividade regulatória seja capturada por interesses privados ou que seja cerceada pelos interesses das forças políticas. A esse tema retornaremos mais à frente.

## II.e. A moderna regulação e a busca do “equilíbrio” no setor regulado

**II.12. A moderna noção de regulação remete à idéia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado.** Como dito, a regulação busca equilibrar os interesses internos a um sistema econômico (um setor ou uma atividade econômica). Porém, o equilíbrio buscado pela regulação poderá envolver também a introdução de interesses gerais, externos ao sistema, mas que tenham de ser processados pelo regulador de forma que a sua consecução não acarrete a inviabilidade do setor regulado. Explicamos.

**II.12.1.** A partir do momento em que se aceita a possibilidade de intervenção estatal, indireta em face da ordem econômica, sem excluir a atuação da iniciativa privada (abandonando aquela postura hostil ao mercado de que nos fala Vital MOREIRA para uma concepção que vê na competição e na atuação dos atores privados valores em si a serem fomentados pelo Estado), põe-se óbvio que a ação estatal não possa se dar exclusivamente pela prática de atos de força ou pela interdição da exploração de uma atividade à iniciativa privada.

A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.). Se, por exemplo, se podia impor ao operador estatal a redução dos valores cobrados por

<sup>11</sup> “É nesse contexto que a velha intervenção pesada, pró-Estado, se transforma numa intervenção leve, pró sociedade. O papel do Estado muda: de agente monopolista, concorrente ou regulamentador, torna-se um agente regulador e fomentador. Não se trata de um movimento para chegar ao Estado mínimo, como se poderia pensar, mas para torna-lo um Estado melhor.” (Cf. Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, “Direito Regulatório”, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, página 74).

<sup>12</sup> Vital Moreira pondera que essa nova forma do Estado atuar em face do domínio econômico decorre de duas mudanças substanciais no paradigma regulatório. De uma lado, afirma o autor português, está o fato de que se passa de uma atuação estatal hostil ao mercado para uma postura constitutiva e fomentadora do mercado. De outro lado, muda-se de uma visão de proteção do setor objeto da intervenção (defesa dos interesses públicos exclusivamente alocados setorialmente) para uma regulação voltada para o interesse geral e para o interesse dos usuários. (Cf. Vital MOREIRA e Fernanda MAÇAS, “Autoridades Reguladoras Independentes”, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 10).



um bem ou a obrigação de expandir o universo de atendimento de seus serviços sem grande necessidade de mediação (ainda que isso importasse, no médio prazo, malefícios para a coletividade), num contexto de nova regulação e de abertura de atividades relevantes à exploração privada faz-se necessário uma ponderação, um sopesamento, um equilíbrio enfim, entre as metas de interesse geral e os objetivos dos particulares envolvidos (repita-se, sejam eles operadores econômicos ou consumidores). É neste exato quadrante que se concebe a moderna regulação estatal da economia nos termos do que se introduziu entre nós nos últimos anos.

## II.f. A moderna regulação e os interesses públicos

**II.13.** Importante notar que haja quem sustente que a regulação visaria apenas a preservar as condições de funcionamento de um dado sistema econômico (ou, se quisermos, de um setor da economia, de uma indústria ou de um mercado).

**II.13.1.** Nesta perspectiva, mais restritiva, a regulação visaria exclusivamente a garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômicos. Buscaria apenas corrigir as assim chamadas "falhas do mercado". Portanto, sua função seria apenas assegurar o equilíbrio interno ao sistema regulado<sup>13</sup>, evitando abusos ou distorções que, em última instância, pudessem comprometer o próprio funcionamento do setor sujeito à regulação.

**II.13.2.** Cremos que (particularmente no Brasil) a função regulatória há de ser mais ampla<sup>14</sup>. Se um dos fundamentos da regulação é manter o equilíbrio de um dado mercado (setor da economia), isso não há de impedir que pela atividade regulatória sejam introduzidos objetivos de ordem geral (consentâneos inclusive com os princípios reitores da ordem econômica constantes do artigo 170 da Constituição Federal - CF) que não seriam alcançados exclusivamente pela ação a livre iniciativa dos agentes econômicos<sup>15</sup>. Embora a definição destes objetivos não caiba aos entes reguladores (pois deverão ser estabelecidos nos espaços de definição das políticas públicas), cabe aos órgãos reguladores viabilizar o atingimento destes objetivos de modo que eles sejam absorvidos pelo sistema regulado com o menor desequilíbrio possível.

**II.13.3.** Tomemos um determinado setor regulado no qual seja interesse do Estado brasileiro, buscando reduzir as desigualdades sociais, ensejar uma política de universalização de uma dada utilidade pública. Definida essa política, caberá ao regulador manejar suas competências para ver atingido este objetivo. Deverá fazê-lo arbitrando os ônus de forma viável e equilibrada entre os diferentes agentes atuantes no setor, sopesando obrigações e vantagens competitivas, criando incentivos ou restrições, ou seja regulando o setor para, mantendo seu equilíbrio interno, consagrar o interesse público.

<sup>13</sup> Apesar da gama razoavelmente ampla de linhas doutrinárias que sustentam este entendimento, basicamente aqui estaríamos diante dos seguidores da Escola Clássica ou Econômica da regulação. Essa linha sustenta que a atividade regulatória estatal (e de resto toda hipótese de intervenção estatal na economia) não teria outro objetivo que não a preservação dos interesses do mercado, buscando corrigir suas falhas sistêmicas e, conseqüentemente, assegurar a reprodução das relações econômicas. Essa linha de entendimento, marcadamente liberal, (que tem nas obras de G. Stigler e C. Friedland seu principal núcleo doutrinário) vê a subsidiariedade da intervenção estatal de forma bastante restritiva de modo que a interferência estatal na ordem econômica só se justifica se inexistir solução no mercado que seja economicamente mais eficiente. Fácil perceber daí que dessa linha de concepção resulta o germe das teorias da desregulação. Ver, para uma panorâmica do tema Calixto SALOMÃO FILHO, "**Regulação da Atividade Econômica**", São Paulo, Malheiros, 2001, páginas 16 e seguintes.

<sup>14</sup> Por óbvio, filio-me a uma corrente doutrinária mais afeita à tradição do direito administrativo europeu, marcada pela noção de serviço público e com grande proximidade da Escola do Interesse Público. Por esta linha, entende-se que o objetivo da regulação seria a busca do bem comum, ou se quisermos a consecução de interesses gerais inatingíveis pelo livre jogo dos interesses econômicos privados.

<sup>15</sup> Com meu entendimento parece concordar Marçal JUSTEN FILHO: "*Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados na atividade econômica.*" (Cf. "**O Direito das Agências Reguladoras Independentes**", São Paulo, Dialética, 2002, página 24 e 25).



**II.13.4.** Neste sentido, temos que a atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função estabilizadora (preservar o equilíbrio do mercado), mas compreende também alguma função redistributiva. Tanto é assim que o texto constitucional (artigo 174), ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista dentre suas incumbências a função de incentivar e planejar atividades econômicas, o que dá à regulação uma conotação muito mais ampla do que a simples “*correção de falhas de mercado*”. Porém, é importante que se repita, esse caráter redistributivo (ou, como prefiro, de consecução de objetivos públicos extra sistema econômico) coloca-se pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado.

## II.g. Atividade regulatória e atividade regulamentar

**II.14.** Neste passo, cumpre separar a **atividade regulatória da atividade regulamentar**. O baralhamento entre os dois conceitos leva alguns doutrinadores a reduzir a atividade de regulação estatal ao seu caráter meramente normativo<sup>16</sup>. Esta mesma confusão está também na base de posições doutrinárias que procuram identificar o processo de reforma regulatória (e o crescimento dos mecanismos de nova regulação estatal) com processos de desregulamentação ou de desregulação.

**II.14.1.** A atividade de regulação estatal envolve – dentro das balizas acima divisadas – funções muito mais amplas que a função regulamentar<sup>17</sup> (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos adiante mais amiúde, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central<sup>18</sup>. Sem essa completude de funções não estaremos diante do exercício de função regulatória<sup>19</sup>.

Porém, não fosse essa plêiade de atividades intrínseca à função de regulação, a sua distinção da atividade meramente normativa e regulamentar, entre nós, já estaria patente do próprio texto constitucional. Com efeito, o artigo 174 da CF imputa ao estado o papel de “*agente normativo e regulador da atividade econômica*” (a qual, nos parece, é aqui utilizada no sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas em sentido estrito

<sup>16</sup> Esse parece ser o entendimento de Maria Sílvia Zanella DI PIETRO para quem “*Agência reguladora, em sentido amplo, seria o direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular as matérias que lhe estão afetas. Neste sentido, a única coisa que constitui inovação é o próprio vocábulo, anteriormente não utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos da Administração Pública, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional. Tal como nos Estados Unidos, a própria lei que instituiu esses entes já lhes confere poder normativo.*” (Cf. “*Direito Administrativo*”, São Paulo, Atlas, 13ª edição, 2001, página 394). Há que se reconhecer que na seqüência a ilustre administrativista reconhece que as agências cumprem um papel novo ao assumir outras funções que não apenas as de caráter normativo.

<sup>17</sup> Neste sentido ver Edmir Netto de ARAUJO, “*A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*”, in Alexandre de MORAES, “*Agências Reguladoras*”, São Paulo, Atlas, 2002, página 40.

<sup>18</sup> Vital MOREIRA e Fernanda MACÃS desvelam perfeitamente o equívoco da interpretação ora refutada: “*Alguns autores, sob a influência do Direito norte-americano, tendem a identificar autoridades de regulação com autoridades detentoras de poderes regulamentares, com vista a garantir a ordenação de um dado setor da actividade social. Tal modo de ver as coisas não corresponde ou não traduz a realidade, na medida em que a regulação não se identifica com a regulamentação. A regulamentação, ou seja, o estabelecimento de regras de conduta para os regulados, é, somente uma das vertentes da regulação, latu sensu, que também abrange a implementação das regras, a sua supervisão e o sancionamento das infracções às mesmas.*” (in “*Autoridades Reguladoras Independentes*”, cit., página 16. Redação do original português).

<sup>19</sup> Como mais uma vez nos ensina Vital MOREIRA “*o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não de forma normativa.*” (Cf. “*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*”, Coimbra, Almedina, 1997, página 36).



como aquelas consideradas serviços públicos<sup>20</sup>). Ora, se o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, **regular não é sinônimo de regulamentar**.

**II.14.2.** A outra posição, a nosso ver equivocada, é aquela que identifica a regulação estatal com os processos de *desregulamentação* da atividade econômica. Quem melhor expõe esse entendimento é Eros GRAU quando afirma que *“como os norte-americanos usam o vocábulo regulation para significar o que designamos “regulamentação”, deregulation, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo “regulação”; vale dizer: a deregulation dos norte-americanos está para a regulation assim como, para nós, a “regulação” está para a “regulamentação”.*”<sup>21</sup> Não nos parece cabível a associação tanto pelos seus pressupostos, quanto pelos seus resultados.

**II.14.2.1.** Primeiro, o raciocínio é falho na medida em que parte de uma identificação não necessariamente correta, mesmo no direito americano, entre regulação e regulamentação. O termo *regulation* dos americanos abrange não apenas a atividade normativa (de regulamentação), mas uma ampla gama de atividades de intervenção no domínio econômico. Querer associar, como sinônimos, *regulation* e regulamentação é reduzir exageradamente a atividade regulatória desenvolvida no direito americano<sup>22</sup>. Embora os órgãos reguladores americanos tenham como uma de suas principais funções regulamentar a indústria regulada, a sua atividade (de regulação do setor) é muito mais ampla.

**II.14.2.2.** Segundo, porque não há qualquer relação histórica entre os processos de *deregulation* e de mera desregulamentação. Os defensores, no debate americano, da desregulação da economia postulam a desmobilização de todo o aparato regulatório (particularmente as agências independentes). Não propugnam um singelo processo de desregulamentação. Até porque os seus defensores não descartam a remanescência de algum papel normativo no Estado, ainda que advoguem a redução (ou mesmo a supressão) do aparato regulatório estatal.

**II.14.2.3.** Doutro lado, entre nós, querer identificar os processos de regulação da economia (mormente em substituição à intervenção estatal direta) com os processos de *deregulation* dos americanos implicaria em desconhecer que, nos setores que passaram por uma reforma regulatória, houve, sim, um engrandecimento tanto da supervisão estatal (mediante o exercício da autoridade regulatória), quanto na atividade de regulamentação (normatização) do setor regulado. Seria contraditório entender que regulação implica em desregulamentação ao mesmo

<sup>20</sup> Ver neste sentido Eros Roberto GRAU: *“No que tange ao artigo 174, no entanto, a expressão atividade econômica é utilizada em outro sentido. Alude, o preceito, a atividade econômica em sentido amplo. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador.”* (Cf. *“Interpretação da Ordem Econômica na Constituição”*, São Paulo, RT, 1990, página 142).

<sup>21</sup> Eros Roberto GRAU, *“O Direito Posto e o Direito Pressuposto”*, São Paulo, Malheiros, 1996, página 93. Apesar dessa afirmação o ilustre professor mais à frente parece contrariá-la afirmando que *“a proposta de regulação é ambígua – o movimento (a regulação) não postula a anomia dos mercados, porém novas modalidades de regulação mais eficientes ...”*.

<sup>22</sup> Veja-se a título de mera ilustração o que assevera Bernard SCHWARTZ num dos mais difundidos manuais de Direito Administrativo americano: *“These are powers of immense scope and represent na amalgam of functions devised with little to constitutional theory. The regulation of industry cannot be carried out effectively under a rigid separation of powers. Concentrated industrial power must be controlled by concentrated governmental power. Regulatory agencies like the ICC have been made the repositories of all types of governmental power: legislative, executive, and judicial. Instead of being separated in the traditional way, these powers have been telescoped into a single agency.”* (Cf. Bernard SCHWARTZ, *“Administrative Law”*, Boston, Little, Brown and Co., Third Edition, 1991, páginas 15 e 16).





tempo em que se debate na doutrina a suposta exorbitância da função normativa exercida pelos novos órgãos reguladores<sup>23</sup>.

**II.14.2.4.** Nem se diga que a abertura para a competição dos setores da economia antes reservados ao Estado seria uma forma de desregulação por si só. Tal raciocínio levaria ao entendimento de que só existiria regulação quando existente o regime de privilégio ou exclusividade estatal na exploração de atividade econômica. O que é rotundamente falso. Regular só é oposto à idéia de iniciativa privada se cairmos numa tautologia: "só há regulação com estatização porque só pode haver regulação mediante estatização". Ora, franquear aos agentes privados a atuação num dado mercado não faz deste um mercado desregulado. A restrição de acesso (não interdição deste) a um mercado, mediante, por exemplo, um regime de licenças, é uma fórmula clássica de intervenção regulatória e, por definição, admite alguma competição entre agentes privados. A regulação profissional é outro caso de regulação de atividade econômica aberta à competição. Não fosse isso e, novamente, a Constituição federal afastaria a tese de associar desestatização com desregulação. Enquanto o papel do Estado como agente regulador da economia vem previsto no artigo 184, o regime de serviço público tem assento no artigo 175 e as hipóteses (excepcionais e restritíssimas) de monopólio vem referidas no artigo 177. Deixou claro, pois, o constituinte que a intervenção regulatória estatal não se confunde com os institutos de reserva ou exclusividade do Estado na exploração direta de atividade econômica.

Logo, descabe integralmente a tese de se associar a quebra de monopólios, a desestatização ou a abertura de setores à competição como mecanismos necessariamente desregulatórios. O esforço que aqui fazemos é justamente para demonstrar que estes processos propõem o desenvolvimento de uma nova forma de regulação, possivelmente mais firme e consistente.

**II.14.2.5.** É, portanto, absolutamente impropriedade querer associar as transformações no papel regulador do Estado aos processos de supressão da intervenção estatal sobre o domínio econômico. A reforma regulatória por nós vivenciada vai no sentido exatamente contrário dos processos de desregulação ou de auto-regulação pelo mercado<sup>24</sup>. Não implica, de modo algum, em substituição da ordenação da atividade econômica pelo prisma da autoridade estatal pela auto-regulação gerida e balizada pelo mercado. A autoridade estatal não é exercida sobre o domínio econômico somente por intermédio da atividade de regulamentação (embora deva sempre estar adstrita ao princípio da legalidade). Afirmar isso implicaria, em desconhecer, por exemplo, a possibilidade de intervenção estatal na economia mediante o manejo do poder de polícia (que não se confunde com a atividade normativa).

<sup>23</sup> Essa contradição não foi desapercibida pelo próprio Eros GRAU que, em texto já clássica e anterior à afirmação ora em debate, consignava ao meu ver com mais acerto que " *cumpra observar que a proposta de desregulamentação enquanto atine à substituição de regras rígidas, dotadas de sanção jurídica, por regras flexíveis, meramente indutoras de comportamentos, poderá eventualmente não produzir a eficácia que a demanda, do próprio capitalismo, da regulação de mercados requer. Isso, por outro lado, provavelmente conduza à ampliação do conteúdo de regulamentos (atos do Poder Executivo), instalando uma nova contradição: o exercício pelo Estado do poder regulamentar tem sido vigorosamente repudiado, na medida em que, segundo se argumenta, conflita com os princípios da separação dos poderes e da legalidade.*" (*"Interpretação da Ordem Econômica na Constituição"*, cit., páginas 49 e 50).

<sup>24</sup> É verdade que em alguns setores submetidos a reforma regulatória se pretendeu introduzir mecanismos e instrumentos de desregulação ou de auto regulação. No setor elétrico isso ocorreu no caso da criação do Operador Nacional do Sistema (ONS) ou do Mercado Atacadista de Energia (MAE). Porém, estas experiências não são suficientes para se identificar na reforma regulatória um viés de desregulação.

## II.h. A regulação como mudança no modo de intervenção do Estado

- II.15.** A atuação do Estado (com os mecanismos decorrentes do poder extroverso que lhe são próprios) como agente de regulação da ordem econômica é, como dissemos, um imperativo constitucional (expressamente previsto no artigo 174 da CF). E tal função reguladora, reiteramos, deve se dar tanto sobre atividades econômicas em sentido estrito (aquelas cuja exploração está sujeita ao regime privado, de mercado), quanto sobre aquelas atividades que tenham sido eleitas pela Constituição ou pela Lei como serviços públicos. Se nestas últimas a regulação estatal é inerente ao próprio regime de prestação, naquelas a regulação também se justificará caso estejamos diante de um setor relevante ou essencial da vida econômica<sup>25</sup>.
- II.16.** Temos, então, que a moderna regulação, no sentido que foi acima exposto, representa não uma subtração do papel do Estado como ordenador da economia. Representa, sim, uma mudança no paradigma pelo qual a intervenção estatal na economia se dá, mudança fortemente marcada pela substituição ou complementação<sup>26</sup> dos mecanismos de intervenção direta na ordem econômica por instrumentos de uma determinada modalidade específica de intervenção indireta que poderíamos designar de *intervenção regulatória*. "A regulação é – isso sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade."<sup>27</sup>
- II.16.1.** O crescimento da intervenção estatal direta na economia (mediante a assunção da exploração de atividade econômica diretamente) levou ao surgimento e desenvolvimento de institutos jurídicos moldados a esse tipo de intervenção (as sociedades de economia mista são bom exemplo), muitos dos quais rompendo inclusive com alguns paradigmas do direito administrativo de antanho (como por exemplo um ente estatal constituído sob a égide de uma empresa privada). De igual modo, a introdução de uma nova forma de intervenção do Estado sobre a ordem econômica e a noção de moderna regulação econômica, tal como visto acima, demandam também o surgimento de instrumentos aptos para o exercício regulatório. É neste contexto que deve ser avaliado o surgimento das Agências Regulatórias.

## III. O Surgimento das Agências como uma Decorrência da Moderna Regulação

### III.a. Agências de Regulação: competência e especificidades

- III.1.** Vimos que, contemporaneamente, a atividade de regulação estatal sobre um determinado setor da economia predica uma série de características bem peculiares. A mudança significativa da forma como o Estado intervém na ordem econômica torna necessário o surgimento de

<sup>25</sup> O que não implica olvidar que subjaz à idéia de regulação uma forte influência do princípio da subsidiariedade, no sentido de que só se admitiria a intervenção regulatória com vistas a atingir objetivos de ordenação ou promoção econômica que os atores privados não logrem alcançar autonomamente. Ver a respeito Marçal JUSTEN FILHO, "*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*", cit., página 21).

<sup>26</sup> Retomando o que acima expusemos, a introdução do papel do Estado como regulador pode se dar em setores em que se suprime a sua atuação como operador da atividade econômica (supressão da intervenção direta) ou em setores que embora abertos à atuação privada o Estado permanece operando como agente econômico (via empresas estatais ou empresas com participação do Estado no seu capital). Pode ainda haver casos em que se introduzam mecanismos de regulação estatal sobre setores em que o Estado nunca atuou diretamente, mas cuja relevância econômica ou o interesse social nele existente justifique essa intervenção. É, por exemplo, o que ocorreu no setor de saúde suplementar no Brasil em que houve um reforço da atividade regulatória estatal (antes exercida em parte do sistema pela Susep) com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/00).

<sup>27</sup> Carlos Ari SUNDFELD, "*Direito Administrativo Econômico*", São Paulo, Malheiros-SBDP, 2000, página 23.



instrumentos aptos a viabilizar essa nova forma de intervenção. Dentre estes instrumentos, as Agências talvez sejam o mais paradigmático<sup>28</sup>.

- III.2.** A tal nova regulação estatal, vimos, é determinada pela perspectiva de um Estado pretender intervir em setores da economia: **i)** sem afastar a participação dos agentes privados; **ii)** separando as tarefas de regulação das de exploração de atividade econômica, mesmo quando remanescer atuando no setor por ente controlado seu; **iii)** orientando sua intervenção predominantemente para a defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas travadas no setor regulado; **iv)** procurando manter o equilíbrio interno ao setor regulado de modo a permitir a preservação e incremento das relações de competição (concorrência), sem descuidar da tarefa de imprimir ao setor pautas distributivas ou desenvolvimentistas típicas de políticas públicas; e, por fim, **v)** exercendo a autoridade estatal por mecanismos e procedimentos menos impositivos e mais reflexivos (permeáveis à composição e arbitramento de interesses), o que envolve maior transparência e participação na atividade regulatória.
- III.3.** Para dar cabo a essas tarefas (distintas, insistimos, nos objetivos, nos pressupostos e no modo de atuação das antigas modalidades de intervenção estatal na economia), mostra-se necessária a constituição de **um tipo específico de órgãos públicos** (públicos tanto por serem dotados de autoridade como por serem abertos ao controle e participação da sociedade), que enfeixem **ampla gama de competências** associadas a uma **alta especialização técnica**, de modo a intervir num determinado **setor da economia** (cuja relevância ou essencialidade da atividade econômica justifiquem essa intervenção).

### III.b. Transparência, permeabilidade e neutralidade

- III.4.** Estes órgãos públicos devem ser concebidos com ampla **transparência e permeabilidade** de modo a receber e processar demandas e interesses dos regulados, dos consumidores e do próprio poder político. Dos regulados porquanto os órgãos de regulação têm por função preservar as relações de competição, corrigindo falhas de mercado e impedindo a inviabilidade econômica do sistema. Dos consumidores, pois estes não de ser os principais beneficiários da regulação e, portanto, os maiores interessados na eficiência regulatória. Por fim, do poder político: por muita vez ter interesse específico no setor (v.g. sendo controlador de uma empresa que opere no setor ou sendo detentor de bens ou recursos essenciais à atividade regulada); e por ser o responsável pelo estabelecimento das políticas públicas que incidam sobre o setor.

Inobstante devam estes órgãos se articular e interagir com estes três pólos de interesse, se põe essencial que eles mantenham uma **certa neutralidade** em relação aos três.

- III.5.** Destas condicionantes resultam as características essenciais daqueles entes estatais que deverão se incumbir da regulação estatal a saber: **i)** serem órgãos públicos; **ii)** que concentrem várias funções e competências; **iii)** voltadas para um setor da economia que demande significativa especialização; **iv)** marcados pela busca de equilíbrio entre interesses envolvidos com a atividade regulatória e **v)** que tenham uma significativa neutralidade em relação a estes interesses.

<sup>28</sup> No meu "*Regulação Estatal e Interesses Públicos*" (cit., página 199), enumerei as razões pelas quais as Agências representam essa transformação no modo do Estado se relacionar com a sociedade e com a economia: "A uma, porque a multiplicação destes entes, não só no Brasil como também na Europa, revela claramente os efeitos das transformações que estão a ocorrer no Estado e na sociedade e deles em face do Direito Público. 26.2. A duas, porque tal ângulo de análise nos permite bem divisar a função de regulação que entendemos constituir o núcleo do Estado republicano. 26.3. A três, porque a partir do enfoque dos órgãos reguladores verifica-se nitidamente a dupla função do poder político que há pouco prenunciávamos: a mediação de interesses públicos especiais e, concomitantemente, a promoção e proteção de interesses públicos difusos. 26.4. Por fim, e principalmente, porque em torno destes organismos (ou agências) se apresentam várias das linhas mestras das transformações em curso, nos parâmetros que constituíam o arcabouço jurídico do paradigma anterior."



### III.c. O caráter público das Agências

- III.6.** O **caráter público** destes entes reguladores tem dupla acepção. São públicos porque não de ser órgãos do Estado (pois, reitere-se, estamos tratando de regulação estatal que não deve ser confundida com regulação pelo mercado ou auto-regulação), dotados de autoridade e revestidos das prerrogativas e condicionantes inerentes a todos órgãos públicos (v.g., que manejam poder extroverso)<sup>29</sup>. Porém, são públicos também no sentido de abertos ao público, é dizer, transparentes na sua forma de atuação e permeáveis à participação dos administrados (regulados ou cidadãos) no exercício da autoridade. Daí o porquê dos entes com funções regulatórias terem um caráter orgânico que, a um só tempo, seja apto ao exercício da autoridade e permeável à participação da sociedade.

### III.d. A multiplicidade de funções e competências das Agências

- III.7.** A **multiplicidade de funções e competências** é própria da atividade regulatória. A partir do momento em que o Estado opta por intervir na ordem econômica como regulador, assume-se o compromisso de manejar todos os instrumentos necessários para, naquele setor da economia, atingir as finalidades precípua da regulação. A regulação leva à concentração de funções dado o seu caráter pragmático e finalístico (o que legitima a atuação do regulador é sua capacidade de, eficientemente, combinar o equilíbrio do sistema regulado com o atingimento de objetivos de interesse geral predcados para o setor). Para isso é necessário que o ente de regulação possua competências e instrumentos amplos e efetivos.

### III.e. A especialização das Agências

- III.8.** A terceira característica se refere à **especialização**. Embora não seja impossível a existência de órgãos de regulação multi-setoriais ou gerais<sup>30</sup>, é típico da atividade regulatória que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Neste sentido, a especialidade se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional (entendida como o déficit existente entre o patamar de informações que o regulado possui sobre a atividade em relação ao arcabouço de informações acervadas pelo regulador). A especialidade, portanto, relaciona-se diretamente com a legitimação técnica dos entes reguladores.

### III.f. A busca do equilíbrio sistêmico como eixo da atividade regulatória

- III.9.** Outra característica que deve ser perseguida na regulação é o **equilíbrio**. Equilíbrio que deve se manifestar também em duas acepções. De um lado, o equilíbrio traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado. Como outra feita afirmamos, *"a emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente à necessidade do*

<sup>29</sup> A esse respeito ver Carlos Ari SUNDFELD, *"Fundamentos de Direito Público"*, São Paulo, Malheiros, 1996, páginas 147 e seguintes.

<sup>30</sup> Ver a esse respeito a defesa que fiz no sentido da existência de órgãos de macro regulação assim entendidos aqueles que exercem atividade de características regulatórias sobre toda a economia mas com tutela de um dado interesse específico (como ocorre com os órgãos de defesa da concorrência ou do consumidor). Estes exercem uma regulação vertical sobre a economia, enquanto que os órgãos de regulação setorial exerceriam uma regulação horizontal, dentro de uma perspectiva que designei de bidimensional da moderna regulação. A esse respeito ver meu texto *"Regulação Setorial e Autoridade Antitruste. A importância da independência do Regulador"*, na obra *"Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro"*, cit., páginas 98 a 100.



*poder político de constituir espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea. Mais ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que revestem o intervencionismo hodierno (intervenção reguladora)."*<sup>31</sup>

Esse caráter de busca de equilíbrio pela mediação de interesses dentro do sistema mediado decorre, de um lado, da necessidade do Estado interagir com os atores privados como forma de legitimar sua intervenção na ordem econômica e, de outro, do fato de que a regulação é exercida hoje em ambientes abertos à competição. Neste quadrante, a regulação deve favorecer não a imposição de pautas regulatórias, mas a busca do consenso e da mediação de interesses, sem perder de vista a tutela dos interesses gerais da sociedade. Ou seja, o regulador deve praticar aquilo que outra feita designei de *mediação-ativa*<sup>32</sup>.

De outro lado o equilíbrio se traduz também na necessária estabilidade que deve ser assegurada na regulação. Voltando-se ela para setores em que se quer ver vicejar a competição e a atuação dos atores privados, coloca-se como essencial que a regulação não só não obste como também promova a previsibilidade de expectativas.

### III.g. A importância da neutralidade

**III.10.** Por fim, o traço talvez mais polêmico dessa nova regulação. Trata-se da necessária **neutralidade** (equidistância) que o ente regulador deve manter em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do poder público (quer quando controle algum operador sujeito à regulação, quer no tocante aos próprios interesses de ordem geral que se queira ver imprimidos no setor regulado).

Recorrendo uma vez mais a VITAL Moreira e Fernanda MAÇÃS, o surgimento dos entes encarregados da regulação objetiva "*garantir a neutralidade política da gestão administrativa que desempenham, assegurando que o setor sobre o qual actuam se desenvolva de acordo com suas próprias regras, as regras e os critérios técnicos do setor em causa.*"<sup>33</sup> Importa dizer que essa neutralidade não significa que o regulador atue contra os interesses dos regulados ou em contraposição aos desígnios do poder público. Significa, sim, que no exercício de suas atividades o ente regulador deve manter equidistância dos interesses verificados no setor regulado, de modo a exercer, com prudência e proporcionalidade, suas competências de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação.

<sup>31</sup> Ver meu "*A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*", in Carlos Ari SUNDFELD, "*Direito Administrativo Econômico*", São Paulo, Malheiros-SBDP, 2000, página 80.

<sup>32</sup> Esse processo pode ser assim explicado: "11. A noção de atividade regulatória numa perspectiva de "mediação ativa de interesses" envolve uma dupla atividade estatal. De um lado, o regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infra-estruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Douro bordo, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes. É o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas (universalização de serviços, redução de desigualdades sociais ou regionais, entre outros). 11.1. O equilíbrio entre estas duas vertentes da moderna atividade regulatória (acima denominada como "mediação ativa de interesses") faz com que o Estado, enquanto regulador, não seja apenas um mediador passivo das relações sociais (o que remeteria o Estado a uma posição de mero árbitro, impotente e meramente reativo, dos interesses hipersuficientes, um singelo "bedel do mercado"). Porém, implica em uma atuação ativa marcadamente subsidiária, na qual a consagração de metas de interesse social (consubstanciadas em políticas públicas) e a defesa dos setores hipossuficientes devem ser estabelecidas a partir das possibilidades de cada setor da economia e não definida unilateral e exclusivamente a partir dos espaços decisórios estatais." (Cf. meu "*A Nova Regulação dos Serviços Públicos*", in RDA, volume 228, abril a junho de 2002, página 17. Ver também "*Regulação Estatal e Interesses Públicos*", cit., página 180).

<sup>33</sup> "*Autoridades Reguladoras Independentes*", cit., páginas 29 e 30.



### III.h. A moderna regulação e os órgãos reguladores

III.11. Pois bem. São justamente os imperativos desse novo cenário da intervenção estatal sobre a ordem econômica que ensejaram a criação das Agências Reguladoras não só no direito brasileiro como em diversos países, mormente no direito europeu. Importa destacar, porém, que não necessariamente os entes incumbidos de regulação carecem de se constituir na configuração jurídica de agências. Entre nós, por exemplo, o primeiro órgão de regulação setorial criado foi o Banco Central do Brasil (por intermédio da Lei Federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964<sup>34</sup>), embora haja na doutrina quem identifique essa primazia em outros órgãos distintos<sup>35</sup>. Afirmamos isso para dizer que nem todo ente regulador se configura como uma Agência. Porém, e isso é essencial, a regulação estatal nos termos acima divisados nelas encontra um instrumento mais apto e eficiente para seu exercício.

## IV. As Agências como Autoridades Reguladoras Independentes

### IV.a. Problemas conceituais: o nome "Agência"

IV.1. As Agências foram introduzidas no direito brasileiro exatamente para desempenhar essa moderna regulação. A designação adotada, porém, não nos parece tenha sido das mais felizes. O termo agências foi, claramente, importado do direito americano. Duas inconveniências desaconselhariam a adoção do nome.

IV.1.1. A primeira inconveniência decorre do fato de que no direito americano o termo *agencies* é utilizado para designar o gênero órgãos públicos, envolvendo tanto aqueles órgãos que aqui se quis designar (as *independent regulatory agencies* ou *independent regulatory commission*) quanto outros órgãos não dotados das características de órgãos reguladores (o que lá nos EUA designam-se *executive agencies*). Assim, o primeiro problema decorreu da **indefinição terminológica ditada desde logo pela origem do nome**<sup>36</sup>.

IV.1.2. A outra inconveniência se relaciona à dificuldade de encaixe do termo na tradição do direito brasileiro.

Primeiro, porque a designação *agências* já fora utilizada no sistema jurídico para designar outros objetos (por exemplo as *agências de desenvolvimento regional*; as agências de fomento; as agências como estabelecimentos<sup>37</sup> – por exemplo, as agências de correio franqueadas referidas no artigo 3º da Lei nº 9.648/98; ou ainda o contrato de agência do novo Código Civil<sup>38</sup>).

<sup>34</sup> Embora criado num contexto em que ainda não se tinha claros os contornos da regulação estatal na economia, as competências previstas nos artigos 10 e 11 da referida Lei não me parecem deixar margem de dúvidas de que o Bacen assume o papel de órgão regulador do sistema financeiro.

<sup>35</sup> Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO, por exemplo, identifica como primeiro ente regulador o Comissariado de Alimentação Pública (criado pelo Decreto nº 13.069, de 12.06.1918) seguido pelo Instituto de Defesa Permanente do Café (criado em 1923). Apesar dos precedentes, não se pode identificar nestes órgãos função propriamente regulatória.

<sup>36</sup> Sobre esse tema ver Joaquim Barbosa GOMES, "Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", volume XI, página 93.

<sup>37</sup> Cf. artigo 1000 do Novo Código Civil (NCCB).

<sup>38</sup> Cf. artigo 710 e seguintes do NCCB.



Segundo, porque a utilização do termo do direito alienígena ensejou uma certa aversão de parte da doutrina no sentido de que tratava-se de instituto que não poderia ser aplicável ao direito pátrio. A simples existência já recomendaria a não importação do termo americano.<sup>39</sup>

A terceira crítica à designação utilizada decorre do fato de que quando a Constituição Federal (Cf. artigo 21, XI e artigo 177, § 2º, III) fez referência expressa a entes reguladores, utilizou do termo *órgão regulador* e não *agências*, o que acarreta alguma desconformidade entre as alterações indicadas na Constituição e sua concretização na legislação ordinária.

**IV.1.3.** O fato é que o nome não tem o condão de alterar a coisa. E o direito positivo introduziu, definitivamente, entre nós o conceito de *Agência* para a grande maioria de órgãos reguladores modelados nos termos acima. Não obstante, há casos de entes de regulação que não foram denominados de agências como é o caso da Comissão de Serviço Público de Energia do Estado de São Paulo.

**IV.2.** Menos por razões de purismo conceitual e mais por uma questão didática e metodológica, de nossa parte preferimos utilizar o termo *Autoridades Reguladoras Independentes* para designar estes entes reguladores de nova geração. E isso por um singelo motivo. Essa designação (constante na doutrina européia, portuguesa em particular) tem o mérito de nela embutir os três aspectos centrais para caracterização das Agências: serem elas i) **órgãos públicos**, dotados de autoridade; ii) voltados ao exercício da **função de regulação** e iii) caracterizados pela **independência**. Se bem entendidos estes três aspectos, estarão expostos os pressupostos das agências no direito brasileiro.

## IV.b. A autoridade das Agências

**IV.3.** O primeiro aspecto é que as **Agências são órgãos públicos dotados de autoridade**, capazes de exercer coercitivamente suas atribuições. Exercem função pública, típica de Estado (embora não apenas aquelas típicas da Administração Pública). Destacamos isso para reiterar que as Agências são órgãos criados para o exercício de regulação estatal, conforme previsto no artigo 174 da Constituição. Não se confundem com espaços de exercício de auto-regulação ou de mero concerto de interesses do mercado. São órgãos de exercício de funções públicas próprias dos poderes estatais.

**IV.3.1.** Essencial é ter em vista que as Agências exercem função de Estado. Esse aspecto, aliás, veio perfeitamente delimitado em decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello ao deferir liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelos então partidos de oposição (hoje no governo) contra o regime de contratação estatuído pela Lei Federal nº 9.986/2000. Tanto a inicial da ação (bem proposta, arrazoada e fundamentada), quanto a decisão concessiva da liminar (no tocante ao deferido para afastar o regime celetista para aqueles que exercerão função de agentes de regulação nas Agências) adotaram como fundamento central o fato de que as funções a serem exercidas por aqueles agentes revestem-se de características e relevância que as caracterizam como funções de Estado, incompatíveis com a instabilidade e fragilidade do vínculo trabalhista.

<sup>39</sup> Inobstante, as críticas às Agências pela sua simples proximidade nominal com o direito americano são, a meu ver, indevidas. Primeiro porque, como bem lembra Carlos Ari SUNDFELD ("**Direito Administrativo Econômico**", cit., página 23), o direito pátrio importou do direito americano o instituto do mandado de segurança, o qual hoje ninguém duvida ser perfeitamente amoldado ao sistema jurídico brasileiro. Ademais, no que toca à estrutura de tripartição de poderes e do exercício das funções estatais, o modelo americano (presidencialista e com clara divisão entre executivo, legislativo e judiciário), não dista muito do nosso.



Naquela decisão ficou assentado pelo Ministro Relator que “*Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. (...) Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia, fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público... [próprio] àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado (...)*”<sup>40</sup>

- IV.3.2.** O fato das Agências desenvolverem atividades típicas de Estado decorre da inerência para a consecução dos objetivos da regulação estatal da detenção de poderes e prerrogativas inerentes à autoridade estatal. Mas há também uma outra acepção – que não vieram enunciadas na decisão da Suprema Corte – indicativa da natureza jurídica tomada por estes órgãos. Deveras, sabemos que as Agências tomaram no direito brasileiro a configuração de autarquias em regime especial<sup>41</sup>, que são espécies do gênero autarquia às quais o legislador conferiu privilégios específicos ou maior grau de autonomia<sup>42</sup> a tal ponto que ela possa ser considerada dotada de independência.
- IV.3.3.** Ocorre que as autarquias, quer pela definição doutrinária, quer pelo direito positivo ainda vigente (Cf. artigo 5º, I, do Decreto-Lei nº 200), são caracterizadas como “*o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica própria, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*”.
- IV.3.4.** A referência ao objeto da autarquia ser a execução de **atividade típica da Administração Pública** reforça, é verdade, o caráter público das agências. Porém, acarreta alguma desconformidade com o fato de que tais órgãos irão deter, dentre suas funções, competências que não podem ser identificadas propriamente como *típicas da Administração*, como é o caso de suas funções normativas ou quase judiciais que logo adiante abordaremos. Daí por que entendemos que as funções das Agências se caracterizam muito mais como típicas de Estado do que típicas da Administração. E esta diferença estará respaldada exatamente no regime **especial** que a lei conferir a estas autarquias, uma vez que a atribuição específica de poderes que transcendem às comezinhas funções administrativas poderá ser feita por lei ordinária.
- IV.3.5.** Em suma, deixamos registrado o caráter de órgão público das Agências, dotadas que são de autoridade e, conseqüentemente, de poder extroverso. E, mais ainda, exercem as Agências funções típicas de Estado tanto no que toca ao seu caráter institucional (essencialidade, estabilidade e indelegabilidade das funções públicas que lhe são cometidas), quanto no que tange ao caráter mais amplo de suas funções, que desbordam dos lindes de singelas funções administrativas.
- IV.3.6.** Porém, como visto nos tópicos anteriores, o fato de exercerem poder extroverso típico de autoridade pública não implica dizer que as Agências sejam órgãos caracterizados pela unilateralidade e impositividade. Como pretendemos ter demarcado acima, é inerente à moderna regulação o exercício da autoridade num ambiente de composição, negociação e mediação perante os interesses envolvidos (o pressuposto do equilíbrio acima indicado).

<sup>40</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-1-DF, in “*Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*”, volume XI, páginas 443 a 445.

<sup>41</sup> Luís Roberto BARROSO, “*Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*”, in “*Agências Reguladoras*”, cit., página 121.

<sup>42</sup> Ver Odete Medauar, “*Direito Administrativo Moderno*”, São Paulo, RT, 2003, página 80.





Daí por que já afirmamos em estudo específico<sup>43</sup> que as Agências representam, no direito brasileiro, os melhores exemplos da mudança de paradigma do papel do Estado (que passa ao papel de Estado regulador) e da Administração Pública (que passa a ter um papel muito mais de arbitrar conflitos e negociar com a sociedade a consecução de objetivos de interesse geral do que de ser agente do poder impositivo).

**IV.3.7.** Portanto, há que se ter em vista que **as Agências exercerem a autoridade que lhes foi cometida de modo um tanto diverso da tradição administrativa brasileira.** Juntamente com as características da transparência, participação e processualidade, um destes traços diferenciais é o fato de, em geral, **as Agências serem dirigidas por órgãos colegiados**, o que discrepa da tradição administrativa brasileira. Isso se explica pela necessidade de se tentar evitar que a ampla gama de poderes conferidos ao regulador recaiam sobre um só agente público.

Temos conosco que a direção colegiada das Agências deveria ser obrigatória para todos estes órgãos reguladores, sendo atribuídas ao colegiado todas as funções propriamente de regulação. Admitimos apenas que se outorgue a um dos membros do colegiado uma função destacada de direção (cargo de Diretor-Geral, Presidente ou Coordenador) apenas para exercício de **i)** funções de gestão e administração orgânica interna; **ii)** funções representativas e protocolares; e **iii)** organização e coordenação dos trabalhos do órgão colegiado (convocação e direção de reuniões, por exemplo). Exatamente como ocorre na tradição dos órgãos colegiados do Poder Judiciário e do próprio Legislativo. A direção colegiada, ademais, permite um maior pluralismo de representação dentro dos órgãos reguladores (com membros indicados por distintas forças políticas ou mediante alternância dos processos de nomeação), além de assegurar que o órgão regulador absorva as mudanças no cenário político gradualmente, sem rupturas ou alternâncias bruscas na orientação regulatória (o que se consegue com o descasamento dos mandatos, o que só é possível num cenário de direção colegiada).

## IV.c. A atividade objeto das Agências e suas características

**IV.4** O segundo aspecto das Agências, entendidas como Autoridades Reguladoras Independentes se prende ao seu **objeto ou à sua finalidade**. As Agências reguladoras, por óbvio, têm por escopo exercer a regulação estatal sobre a economia. Não qualquer regulação, mas sim aquela desenhada nas longas (mas necessárias) linhas que abrem este trabalho. A finalidade para a qual foram criadas as Agências determina várias de suas características, as quais as instrumentam para o cumprimento dos pressupostos da regulação apresentados no capítulo III supra.

### IV.c.i. A amplitude dos poderes das Agências

**IV.5.** A **primeira característica** diz respeito à **amplitude de poderes** que as Agências possuem. Para bem exercer a atividade regulatória nos moldes antes expostos, o regulador deverá manejar vários instrumentos interventivos, que vão desde a atividade normativa até a aplicação de sanções.

**IV.4.1.1.** Embora isso possa variar de setor para setor, as Agências reúnem os seguintes poderes<sup>44</sup> :  
 i) **poder normativo**, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) **poder**

<sup>43</sup> "Regulação Estatal e Interesses Públicos", cit., página 197.

<sup>44</sup> Utilizamos aqui do termo "poder" no sentido que lhe damos no Direito Administrativo. Trata-se na verdade de um poder-dever, na medida em que o administrador a quem a Lei atribui um poder há de exercê-lo como um dever, não podendo dele dispor a partir de critérios de vontade. Todo aquele que têm poder administrativo tem também a obrigação de manejá-lo no estrito cumprimento da finalidade que justificou a sua atribuição.

**de outorga**<sup>45</sup>, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular<sup>46</sup>; iii) **poder de fiscalização** do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimentos de regras ou objetivos regulatórios; iv) **poder sancionatório**, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; v) **poderes de conciliação**, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica<sup>47</sup>; e por fim vi) **poderes de recomendação**, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a Agência, do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas<sup>48</sup>.

**IV.4.1.2.** Tal amplitude de poderes traz alguma perplexidade para parte da doutrina que não aceita que um órgão administrativo reúna funções administrativas com outras que seriam típicas dos outros poderes (a função “quase legislativa” – normativa – e a função “quase-jurisdicional” – composição de conflitos e imposição coercitiva de condutas)<sup>49</sup>.

#### **IV.c.ii. A capacitação técnica**

<sup>45</sup> Importante notar que o poder de outorga detido pelas Agências não se confunde com a prerrogativa de decidir, planejar e organizar as outorgas de direitos de exploração de um bem ou atividade objeto da regulação. É dizer, a competência das Agências para praticar os atos de outorga (procedimentos de expedição das licenças, autorizações, concessões, etc.) não se confunde com a decisão, típica de políticas públicas, sobre como, quando e em que condições serão expedidas estas outorgas. Essa questão veio bem equacionada na Lei 9.472/97 (LGT) que reservou ao Poder Executivo (artigo 18, II) a prerrogativa de organizar as outorgas dos serviços prestados em regime público (editando o Plano Geral de Outorgas), mas conferiu à ANATEL a competência (artigo 19, V) para editar os atos de outorga. A necessidade de se reservar o poder de outorga (vinculado, preferencialmente, por balizas de políticas públicas) decorre do fato de que as condições com que se leva a cabo o processo de outorga condicionarão a futura regulação sobre o bem ou atividade outorgada. As termos e condições presentes no ato de outorga integrarão os marcos regulatórios a serem observados. Doutra bordo, interesses estatais presentes no momento da outorga poderão interferir na regulação. É o caso, por exemplo, da predominância de interesses de arrecadação de ônus pela outorga (quando onerosa), que prediarão condições econômicas de significativo impacto na regulação tarifária ou na equação econômica de um contrato de concessão.

<sup>46</sup> Quando a regulação envolve a concessão de serviços públicos surge a questão de saber da conveniência do poder concedente ser representado pela Agência. Parece que não seja esta a melhor alternativa. A dissociação entre poder concedente e Agência é conveniente pois, na regulação da concessão, poder concedente, usuário e concessionário estarão, todos, sujeitos à atividade do regulador. Portanto, é conveniente que, nos contratos de concessão, a Administração Central participe como poder concedente, o que reforça a neutralidade do regulador. A Agência pode, inobstante, promover os atos e procedimentos de outorga e, doutra bordo, integrar o contrato de concessão como agente estatal encarregado de tutelar os interesses envolvidos.

<sup>47</sup> Como é o caso, por exemplo, dos setores que fornecem infra-estrutura ou equipamentos no setor de telecomunicações, ou dos operadores do serviço de gás canalizado com relação ao setor de petróleo.

<sup>48</sup> Aqui, por uma questão de uniformidade adoto o termo “**poder de recomendação**” embora mais adequado seja prerrogativas de recomendação. Trata-se aqui da necessidade de integração entre a atuação dos órgãos de regulação com as instâncias centrais do poder político pois aqueles reúnem informações sobre o setor regulado que são essenciais para a formulação de políticas públicas. Nesta perspectiva, cria-se um poder-dever para o regulador pois este não pode se furtar a fazer recomendações ou responder consultas do poder político, da mesma forma como não me parece lícito que o núcleo do poder desprezasse as informações ou recomendações do regulador para mais adequadamente decidir os objetivos e orientações que se pretende ver impressas no setor regulado.

<sup>49</sup> Entre nós, já no início da década de 40, Bilac PINTO (Cf. “**Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública**”, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 2002, atualizada por Alexandre Santos de Aragão, p. 119) já propugnava pela concentração de funções típicas dos três poderes nos órgãos de regulação (que ele designava de comissões de fiscalização e controle para os serviços de utilidade pública). Com extrema lucidez, aludia ele ao fato de que as tais comissões deveriam ser autarquias com poderes “*semi-jurisacionais, administrativos e normativos*” e constituídas por peritos e juristas com elevado “*sentido público*”.



**IV.4.2.** Uma **segunda característica** é a concentração de conhecimento (**capacitação técnica**) que deve residir na Agência. Por serem as Agências órgãos incumbidos dessa nova regulação, é essencial que ela reúna conhecimentos e especialidades sobre o setor objeto da regulação<sup>50</sup>. Isso decorre, desde logo, da característica da especialidade ou especificidade da regulação acima exposta, pois o arcabouço de normas, princípios, conceitos e instrumentos adequado à intervenção regulatória num setor, não necessariamente será adequado à aplicação em outros.

**IV.4.2.1.** Porém, a capacidade técnica do regulador é também um requisito para a própria legitimação da regulação. Quanto mais a Agência (e seus agentes) dominarem os códigos, necessidades e possibilidades do setor regulado, mais será eficiente a regulação. Isso porque quanto mais capacitada tecnicamente for a Agência, menor será a assimetria de informação em relação ao regulado.

Em sendo assim, menor a capacidade do regulado se utilizar em seu favor do fato de conhecer mais o setor regulado do que o agente estatal (por reunir os dados relativos à sua operação, além de ter grande facilidade de obter informações sobre o setor em que atua). Além disso, a *expertise* técnica e a especialidade permitem que as medidas tomadas pelo regulador tendam a já levar em conta as especificidades do setor regulado, facilitando sua eficácia.

**IV.4.2.2.** A **capacitação técnica** da Agência deve ser perseguida em **dois momentos**. Primeiro, no **recrutamento de seus agentes** (não só dirigentes, mas também os seus funcionários), para os quais devem ser levados em consideração fatores de capacidade específica, conhecimento técnico e, eventualmente, experiência no setor regulado<sup>51</sup>.

Depois, na **preservação de condições** para que a Agência mantenha-se permanentemente atualizada e informada, dispo de **meios e instrumentos** não só para exigir dos regulados informações e conhecimentos por eles detidos, como também para acervar estudos, consultorias, pesquisas e para manter seu pessoal permanentemente incentivado e treinado. Isso obviamente remete à necessidade de que estes órgãos de regulação sejam fornecidos de meios para não perder sua capacidade técnica o que, tratando-se os setores regulados de segmentos altamente dinâmicos, é um risco permanente.

A **perda de capacitação técnica pelo esvaziamento dos meios do regulador** (restrição de cargos, achatamento de salários, contingenciamento de verbas) se dá por duas vias: perda dos melhores técnicos atraídos pelas oportunidades do mercado ou perecimento da base de informações pela sua desatualização (dado que o investimento em acervo de informações técnicas há de ser permanente).

#### **IV.c.iii. A permeabilidade à sociedade**

**IV.4.3.** A **terceira característica** é a sua necessária **permeabilidade à sociedade**. As Agências não podem ser órgãos públicos tradicionais. É pressuposto da atividade que executam que sua atuação seja absolutamente condicionada pela abertura aos atores sociais. O envolvimento do administrado não deve apenas ser franqueado, mas deve ser incentivado, promovido, buscado pelo regulador. Não basta a existência dos mecanismos que facultem a participação. É necessário que eles

<sup>50</sup> Marcos Augusto PEREZ, num dos primeiros textos doutrinários sobre o tema publicado entre nós, ( *"As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Origem, Natureza e Função"*, in Revista Trimestral de Direito Público, volume 23, 1998, página 125) afirma *"a idéia que presidiu a criação dessas entidades fora dotar o Estado de órgãos que possuíssem agilidade, especialidade e conhecimento técnico suficientes para o direcionamento de determinados setores da atividade econômica, segmentos estes que potencialmente representariam uma fonte de constantes problemas sociais"*.

<sup>51</sup> Não vemos grandes problemas no recrutamento de técnicos que trabalhem ou tenham trabalhado em empresas submetidas à regulação, desde que, obviamente, estes indivíduos cortem absolutamente todos os vínculos com o antigo empregador (isso envolve também planos de previdência privada ou aposentadoria complementar, pois a manutenção destes cria necessariamente um vínculo de interesse que pode interferir no livre exercício da atividade regulatória). Creio que neste processo de recrutamento do agente de regulação no mercado existem riscos de contaminação de interesses infinitamente menores do que no processo contrário (transferência do regulador para o regulado), situação que deve ser desincentivada e obstada, para o que se prestam os mecanismos de quarentena que adiante, no texto, abordarei.



ensejem a participação efetiva. Se, ainda assim, ela se revelar insuficiente, a Agência deverá reformular tais mecanismos (tornando-os mais acessíveis).

A permeabilidade tem dois sentidos.

**IV.4.3.1.** De um lado, se revela no diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação. Não será porque o operador haverá de se submeter ao regulamento, à licença, ao plano ou ao contrato que ele não deverá ser ouvido, participar, negociar e tentar fazer prevalecer seus interesses. Porém, que isso não ocorra à sorrelfa e sim de forma aberta, pública. E a interlocução deverá se dar indistintamente com todos os operadores, inclusive para contrapor interesses e objetivos de atores econômicos que competem entre si.

**A impermeabilidade do regulador em face dos interesses regulados pode pôr em risco a legitimidade da regulação**, pois fará com que a aceitação das pautas regulatórias repouse exclusivamente na imposição por força da autoridade, cuja capacidade e eficácia é limitada. Pode-se dizer que esta permeabilidade traz o risco da captura pelo interesse dos regulados. Porém, o risco da captura é inerente à própria regulação e não ao fato dela se dar com abertura ao diálogo com o regulado. De outro lado, quanto mais aberta e institucionalizada for essa permeabilidade, mais controle poderá ter a sociedade para coibir a captura.

**IV.4.3.2.** Porém, a permeabilidade não pode se revelar apenas na interlocução com os sujeitos à regulação. Ela deve se efetivar também perante os potenciais beneficiários da atividade das Agências. Ou seja, o órgão regulador deverá buscar, permanentemente, a participação dos demais atores da sociedade (consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos outros que não os operadores regulados). Isso envolve não só a abertura de canais institucionais com os administrados, mas especialmente a promoção de espaços de interlocução com entidades que buscam representar os cidadãos. Isso envolve desde um estreitamento da relação com os organismos de defesa do consumidor, até o incentivo à criação de associações de usuários de um bem ou serviço objeto da atividade regulatória da Agência.

**IV.4.3.3.** A permeabilidade da atuação do órgão regulador irá se traduzir em vários mecanismos que tentaremos brevemente resumir. Ela envolve **i)** mecanismos de participação nas atividades dos órgãos (Consultas Públicas, Audiências, Sessões de Deliberação abertas, forte incentivo ao contraditório nas decisões); **ii)** a institucionalização de organismos de representação da sociedade no cumprimento das funções do regulador (Conselhos Consultivos, por exemplo); **iii)** a institucionalização dos espaços de interlocução entre regulador e regulado (mesas de negociação, comitês técnicos, etc.); **iv)** na disponibilidade aos interessados do acervo de informações amealhado pelo regulador, com facilitação de acesso e possibilidade de cruzamento com outros bancos de dados; **v)** a instituição de agentes de promoção da permeabilidade e abertura do órgão como as ouvidorias ou os conselhos de representantes dos operadores ou usuários; **vi)** a formatação de convênios com órgãos governamentais ou não governamentais que permitam o intercâmbio de experiências, demandas e informações relevantes para o setor regulado; **vii)** a difusão e incentivo da criação, na sociedade, de agrupamentos voltados a participar da atividade regulatória (conselhos de usuários, comitês de acompanhamento dos regulados, etc.).

#### **IV.c.iv. A processualidade**

**IV.4.4.** A **quarta característica** é a **processualidade** que deve caracterizar a atividade das Agências. O manejo da ampla gama de poderes que detêm as Agências obriga que, no seu exercício, estejam



elas absolutamente adstritas ao devido processo legal, na sua acepção mais ampla (devido processo legal substantivo). Não é por outro motivo que a peça chave do direito administrativo americano seja o *Federal Administrative Procedure Act* editado para disciplinar a atividade das Agências Reguladoras Independentes no direito americano. É fato que, concentrando poderes como acima demonstrado, coloca-se a necessidade de que a atividade das Agências seja rigorosamente submetida a normas processuais.

Observância de prazos, procedimentos absolutamente detalhados, formas de assegurar os direitos dos administrados, mecanismos para exercício do contraditório, critérios de aferição da proporcionalidade nas condutas regulatórias, todos estes dispositivos têm de estar previstos (e garantidos) no exercício das funções das Agências.

O traço de processualidade, portanto, se manifesta tanto pela observância da idéia de processo (que compreende a figura de partes e o respeito aos seus direitos e à sua participação para o manejo da função pública), quanto no aspecto procedimental (detalhamento do rito e dos procedimentos a serem necessariamente observados pelo regulador para exercício de suas atividades).

#### IV.d. A independência

**IV.5.** O terceiro e último aspecto a ser destacado é que estamos diante de autoridades reguladoras dotadas de **independência**<sup>52</sup>. Esse talvez seja o aspecto mais polêmico destes novos órgãos de regulação. "*O traço essencial de tais organismos é naturalmente a sua autonomia ou independência dos respectivos membros. Não estão organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem estão sujeitos a orientações ou controle governamental quanto à condução da sua atividade.*"<sup>53</sup> Trata-se de uma decorrência daquele requisito de neutralidade da regulação que acima divisemos. Como afirma Sala ARQUER "*la independencia es la garantia de la neutralidad*"<sup>54</sup>.

**IV.5.1.**<sup>55</sup> A independência das Agências constitui praticamente um elemento de sua definição<sup>56</sup>. A razão para tanto não nos parece muito complexa. Dissemos há pouco que o surgimento destes órgãos coincide com um novo estágio da regulação estatal marcado pela separação entre o prestador do serviço essencial e o ente encarregado de regulá-la. Em se tratando de serviços ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, teremos sempre uma relação tripartida. Há **i)** o produtor da utilidade pública; **ii)** o seu consumidor; e **iii)** o poder público.

**IV.5.1.1.** A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais

<sup>52</sup> Prefiro utilizar o termo independência em vez de autonomia pois este último poderia dar a entender que estamos diante das tradicionais autarquias do direito brasileiro quando, como já expus, entendo serem as Agência espécies muito particulares de autarquias. Não obstante, o termo independência não deve dar a entender que se tratem estes órgãos de entes absolutamente não submetidos a qualquer controle. De minha parte, entendo que a submissão a mecanismos e instâncias de controle, ao contrário de ser irritivo à independência, constitui traço essencial. Daí porque independência das Agências deve caracterizar o encaixe bastante específico e excepcional destes órgãos nos poderes do Estado, mas nunca a sua imunidade aos controles institucionais, como adiante exporei.

<sup>53</sup> Vital MOREIRA "*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*", cit., página 51.

<sup>54</sup> Jose Manuel SALA ARQUER, "*El Estado Neutral. Contribución al Estudio de las Administraciones Independientes*", Revista Española de Derecho Administrativo, volume 042, 1984, página 8.

<sup>55</sup> Os parágrafos seguintes seguem, em linhas gerais, o que escrevi há mais de três anos e que está publicado na obra coletiva organizada por Carlos Ari SUNDFELD, "*Direito Administrativo Econômico*", cit., página 72 e seguintes.

<sup>56</sup> Cf. Rocco GALLI, "*Corso di Diritto Amministrativo*", Padova, CEDAM, 2ª edição, 1996, página 177.



diretamente relacionados ao setor regulado (como titular da atividade objeto da regulação – no caso de serviços públicos –; como titular de bem explorado no setor – no caso de bens públicos escassos ou de bens reversíveis –; e no caso de titular do capital de empresa que opera no setor regulado – nas situações em que o setor foi aberto à competição mas nele remanesceram operadores públicos).

**IV.5.1.2.** Segue daí que, para que tenhamos o pleno exercício da regulação sobre esta atividade (inclusive buscando a efetivação das pautas de interesse geral estabelecidas para o setor regulado), será necessário que o ente dela encarregado mantenha uma certa autonomia em relação a estes três blocos de interesses que, normalmente, não são combináveis, nem muito menos coincidentes.

#### **IV.d.i. Independência e agentes regulados**

**IV.5.1.2.1.** Obviamente, o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Repetimos, que isso não haverá de significar que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralidade de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém, em que pese manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutelam dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados.

Um dos principais elementos para a efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada *quarentena*). Com efeito, a possibilidade do agente regulador passar, de inopino, a ocupar posição de relevo no regulado coloca seriamente em risco a independência do órgão. Não que se pressuponha qualquer tipo de improbidade na fase anterior à transferência.

Porém, após a sua ocorrência tem-se duas circunstâncias indesejáveis: **i)** o regulador, convertido em executivo do regulado, leva consigo um cabedal de informações que, ainda que não utilizadas diretamente, fazem desaparecer a necessária fronteira de interesses; **ii)** a sociedade tende a perder a confiança no regulador e a pressupor que toda a atividade regulatória se desenvolve em perigosa promiscuidade. Daí porque tem-se cada vez mais relevante a introdução da chamada *quarentena*, sendo para nós absolutamente natural e necessário que o Estado arque com os ônus deste mecanismo de segurança do sistema<sup>57</sup>. Se bem é verdade que a quarentena não impedirá que, superado o prazo de impedimento, tenhamos o mercado absorvendo quadros do regulador, ela ao menos obsta o fluxo de informações no sentido do regulador para o regulado e permite uma demarcação de períodos entre a atuação do agente no âmbito do regulador e, após, no mercado.

#### **IV.d.ii. Independência e consumidores**

**IV.5.1.2.2.** Do mesmo modo, embora deva ter um compromisso forte com os consumidores (em benefício de quem deve se dirigir a regulação), a

<sup>57</sup> A meu ver, a melhor forma de efetivar tais mecanismos é com o estabelecimento da proibição de que o dirigente ou detentor de cargo relevante no órgão regulador represente qualquer interesse da regulada, por um período mínimo de doze meses após deixar seu cargo. Neste período, cumpre ao Estado pagar pelo seu sustento o valor correspondente ao que ganhava no cargo. Em que pesem as críticas a tal mecanismo, afirmando que isto caracterizaria pagamento de salário sem contrapartida, discordo da crítica. A natureza destes pagamentos é indenizatória, voltada a reparar a restrição do direito do indivíduo trabalhar. De todo modo, a pior solução parece ser aquela oferecida pela Lei Federal nº 9.427/96 que determina que os dirigentes da ANEEL, após deixarem o cargo, permanecerão por um ano prestando serviços para aquela agência e sendo-lhes defeso atuar para os regulados. Nesta regra, o dirigente permanece vinculado ao órgão, obtendo informações e participando da atividade regulatória. A quarentena de nada servirá.



Agência não pode se transformar num simples e incondicional promotor do interesse do consumidor, desconhecendo as outras dimensões da atividade regulatória. Tal atividade não pode se traduzir num populismo regulatório. Se o fizer, poderá estar descuidando da proteção do interesse do indivíduo, que não pode usufruir do serviço (o que denominamos de consumidor potencial)<sup>58</sup>, para atender apenas ao interesse do usuário, em regra mais aquinhado, algo muito comum quando se discute a fixação de tarifas em serviços públicos. Do mesmo modo, o atrelamento exclusivo ao interesse do usuário pode levar, em situações limite, ao aniquilamento de parcela dos exploradores da atividade regulada, acarretando, a longo prazo, a redução da competição (com a oligopolização ou monopolização do mercado específico). Por fim, a exorbitância na tutela dos interesses dos usuários pode acarretar prejuízos para o poder público (é dizer, para a coletividade), como ocorre, por exemplo, quando o agente regulador cede a pressões de grupos específicos de consumidores, criando pleitos indenizatórios dos prestadores dos serviços que, via equilíbrio econômico financeiro, são transferidos para o poder público e, pela via fiscal, para toda a gente.

#### IV.d.iii. Independência x Poder político

**IV.5.1.2.3.** Porém, a dimensão da independência mais polêmica é a que tange à articulação com o poder político. Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador seja protegida das vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: as leis que suportam os instrumentos regulatórios e as macro-políticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as Agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em meras *longa manus* do núcleo estratégico estatal.

A especificidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interdita que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular.

<sup>58</sup> Cabe aqui estabelecer uma distinção extremamente relevante (ainda que pouco difundida) entre duas classes de consumidores que, de nossa parte, vislumbramos quando a utilidade de consumo fruível é um serviço essencial. Existe de um lado o **consumidor efetivo** do serviço, ou seja, aquele que tem acesso à utilidade pública e que se equipara à definição tradicional de consumidor. Os direitos deste consumidor são os clássicos direitos inerentes à relação de consumo tal como a qualidade do serviço, a responsabilidade do fornecedor ou a justeza do preço, traduzida aqui em modicidade tarifária. Porém, em sede de serviços essenciais, há uma outra categoria de consumidor que podemos divisar. Trata-se do **"consumidor potencial"** da utilidade pública, aquele que, por razões econômicas, geográficas ou sociais não têm acesso ao serviço essencial, em que pese este ser, por definição, fruível por todo e qualquer um. No caso do consumidor excluído da fruição do serviço (que sendo essencial deve ser estendido a todos, pois que o caracteriza o traço da universalização) o principal direito a ser pejudicado é o acesso ao serviço. Somente após dele dispor é que passarão a integrar sua pauta de interesses a qualidade ou os custos. A distinção entre estas duas categorias se coloca extremamente relevante na discussão em torno da noção de *"preço justo"* pelo serviço (modicidade tarifária). Quando a expansão da rede de suporte à prestação de um serviço essencial é financiada internamente pelos próprios recursos gerados com a prestação (sem investimentos externos, sem subsídios estatais) postular uma tarifa módica pode significar impedir a expansão do número de indivíduos com acesso ao serviço, pois que significa a redução da capacidade de investimento do prestador. Neste sentido, pode-se ter uma oposição de interesses entre os consumidores efetivos e os consumidores potenciais. E o risco aqui é que esta oposição seja, desafortunadamente, arbitrada em favor dos primeiros, via de regra mais articulados e mobilizados.



Um exemplo parece ser ilustrativo. Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para, por exemplo, se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. A independência aqui deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental e não um instrumento de política de um governo. Ademais, pelo tanto que acima expusemos, o próprio provimento dos postos chave de um órgão deste perfil deve se pautar por critérios técnicos e a indicação destes agentes, ao nosso ver, não pode ser ato exclusivo do chefe do executivo, mas deve envolver inclusive o legislativo, mediante sabatina e aprovação dos nomes pela instância parlamentar<sup>59</sup>.

**IV.5.2.** Em suma, a independência das Agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória<sup>60</sup>.

## IV.e. Duas espécies de independência: orgânica e administrativa

**IV.5.3.** Podemos identificar duas espécies de independência de que devem se revestir as Agências. De um lado, temos a **independência orgânica**. De outro, a **independência administrativa**. Trata-se de dimensões distintas, mas que se complementam particularmente porque a independência orgânica será inviabilizada se o órgão regulador não possuir mecanismos que assegurem independência na sua gestão.

### IV.e.i. A independência orgânica: estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico

**IV.5.3.1.** A **independência orgânica** pertine ao exercício das atividades-fim da Agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor. Já daí percebe-se que **a independência orgânica se presta a assegurar ampla autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios**.

Não se confunde tal independência com uma liberdade conferida ao regulador para fazer o que bem entender com o setor regulado. Sua atividade há de ser condicionada **i)** pelos princípios e objetivos previstos na lei que o criou; **ii)** pelos princípios gerais que regem a Administração pública e em especial a atividade regulatória<sup>61</sup>; **iii)** pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa<sup>62</sup>) para o setor.

No entanto, para além destes condicionantes, haverá que se respeitar a independência do regulador, entendida, pode-se dizer, como uma proteção especial contra ingerências na atividade regulatória. Algo que se afirma como essencial na separação entre a atividade regulatória e a função governamental.

<sup>59</sup> Esta sistemática tem ensejado polêmicas entre nós em função da prescrição constitucional que comete ao chefe do executivo a competência para prover os cargos de direção da Administração. Em que pese ter já o Supremo Tribunal Federal se manifestado, reiteradas vezes, no sentido de que não pode a lei introduzir outra sistemática de provimento destes cargos que prescindia da vontade do chefe do executivo, tenho cá comigo que isso não torna ilegal a previsão legal de que a indicação do Presidente, Governador ou Prefeito terá de ser referendada pelo Parlamento. Isso porque, neste caso, não se está manietando ou vinculando a vontade do governante eleito, mas criando um procedimento complexo do qual este participa de forma determinante.

<sup>60</sup> Acerca da importância da “*democratização*” nas relações entre autoridade regulatória independente e os diversos atores sociais envolvidos, tendo por foco de análise o Banco Central, ver Maria das Graças RUA, “*A Independência do Banco Central: Administração ou Política ?*”, in ELI DINIZ e Sérgio de AZEVEDO, “*Reforma do Estado e Democracia no Brasil*”, Brasília, Editora UNB, 1997, páginas 143 a 170.

<sup>61</sup> Onde avultam com importância destacada princípios como o da subsidiariedade, proporcionalidade, razoabilidade, transparência, eficiência e participação.

<sup>62</sup> Há políticas públicas que incidem sobre um setor ainda que não se tratem de políticas públicas para o setor. Bom exemplo são as políticas de desenvolvimento tecnológico ou industrial que, pela via dos insumos básicos, acabam por ter relação com o setor regulado e, portanto, não poderão ser descumpridas pelo regulador. O mesmo ocorre com políticas setoriais incidentes não sobre o setor regulado, mas sobre atividade que possui interface, na cadeia econômica, com o objeto da regulação. A estas hipóteses designo de políticas públicas de interferência reflexa.





## Estabilidade dos dirigentes

**IV.5.3.1.1.** Alguns instrumentos se prestam, conjugadamente, a garantir a independência orgânica. O principal deles é a **estabilidade dos dirigentes** das Agências<sup>63</sup>. Esta estabilidade se traduz **a)** na investidura de **mandato** para os dirigentes (fixação de um prazo para exercício das funções) e **b)** na conseqüente **inamovibilidade** (não demissibilidade) destes durante o período do mandato, salvo em circunstâncias excepcionais (prática de atos de improbidade, condenação criminal, descumprimento reiterado dos objetivos do setor).

Essa estabilidade assegura, em última instância, que o regulador poderá exercer suas competências sem estar ameaçado de ter sua atuação interrompida por ato de vontade dos dirigentes do poder central. Tal aspecto relevante da independências das Agências foi bem percebido pelo Ministro Marco Aurélio MELLO quando, ao deferir liminar em Adin já referida, asseverou “*Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos – ineficiência, domínio de mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário de lucros. Não de estar as decisões destes órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato –, mas também dos servidores (...)*”<sup>64</sup>

## Ausência de controle hierárquico

**IV.5.3.1.2.** Ainda no plano da independência orgânica, à estabilidade dos dirigentes soma-se a **ausência de mecanismos típicos do controle hierárquico**. É dizer, os atos praticados pelas Agências não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados. A razão da inexistência de controle hierárquico é de fácil entendimento. Se admitida esta espécie de controle, os órgãos da Administração direta poderiam interferir permanentemente na atividade do regulador, monitorando seu atos e, sempre que tomados em contrário à vontade política existente no núcleo do poder, desferiam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento<sup>65</sup>. Assim, descabem, no âmbito interno ao poder

<sup>63</sup> É interessante notar que foi justamente este aspecto (estabilidade dos dirigentes das Agências) que, levado à apreciação da Suprema Corte Americana, ensejou a decisão que passou a admitir a existência destes órgãos (protegidos face ao Chefe do Executivo). Trata-se do célebre caso *Humphrey Executor X EUA*, julgado em 1935 (295, U.S. 602, 55 s. Cit., 869. 79, L. Ed., 1611) onde se discutia basicamente o direito do regulador (William E. Humphrey) seguir à frente do Federal Trade Commission para a qual ele havia sido nomeado pelo Pres. Hoover por um mandato de 7 anos (que só se expiraria em setembro de 1938). As assumir o governo, o Pres. Roosevelt pretendia nomear algum próximo seu para substituir Humphrey. Este porém não aceitando retirar-se do cargo, foi demitido por Roosevelt em outubro de 1933. Faltando-lhe ainda cerca de cinco anos de mandato, assegurado por lei federal (o Federal Trade Commission Act), Humphrey recorre ao judiciário pedindo que fosse indenizado pelo prazo restante. A questão chega à Suprema Corte em 1935. E na oportunidade, decide-se por distinguir as executive agencies das independent agencies, admitindo para estas a possibilidade de serem imunes ao controle do chefe do Executivo e a admissibilidade de que por lei os seus dirigentes sejam investidos na função por prazo de mandato. É importante notar que o Presidente Roosevelt que iniciou seu mandato confrontando a independência da FTC, logo se apercebeu da importância destes mecanismos de intervenção estatal, passando para a história como o governante americano que mais alavancou a autonomia das agências.

<sup>64</sup> Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-DF, cit.

<sup>65</sup> Como bem lembra Alexandre Santos de ARAGÃO, a existência do controle hierárquico “*deixaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tomando inócuo, por exemplo, a vedação de exoneração ad nutum de seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afasta-las das injunções político-eleitorais fugases e casuísticas, restaria totalmente corrompido se o Ministro ou Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso sua vontade.*” (Cf. “**Agências Reguladoras**”, Rio de Janeiro, Forense, 2002, página 349).



executivo<sup>66</sup>, tanto a tutela dos atos praticados pelo regulador, quanto a sua revisão de ofício ou mediante recurso do interessado<sup>67</sup>.

#### IV.e.ii. Independência administrativa: meios para exercer a regulação independente

**IV.5.3.2.** Também essencial é a **independência administrativa**. Como dissemos, malgrado toda a proteção institucional de que se reveste, a independência orgânica poderá servir de nada se a Agência não tiver meios para atuar. A independência de gestão cuida, portanto, de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador. Trata-se de dotá-lo de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder central. Ela se traduz nos seguintes mecanismos **i)** a autonomia de gestão do órgão; **ii)** autonomia financeira; **iii)** liberdade para organizar seus serviços; **iv)** regime de pessoal compatível.

#### Autonomia de gestão

**IV.5.3.2.1.** A **autonomia de gestão** envolve dotar a Agência da capacidade de organizar e gerir seus orçamentos (claro que observadas as regras gerais de direito financeiro e os mecanismos de controle da gestão pública), alocando os recursos disponíveis nas atividades que, ao ver do órgão, sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades. Tal autonomia, no nosso entender, interdita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal. Ela também torna absolutamente incompatível com as Agências Reguladoras a previsão de contratos de gestão como, por exemplo, ocorre no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL – conforme previsão do artigo 7º da Lei nº 9.427/96<sup>68</sup>.

#### Autonomia financeira

**IV.5.3.2.2.** Já a **autonomia financeira** se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros necessários à atividade da Agência não dependerão da gestão do tesouro (ou seja, sua liberação não demandará boa vontade do poder central).

<sup>66</sup> Claro deve estar que estes atos são passíveis de revisão pelo Judiciário. Demarco que a independência orgânica não significa, de modo algum, a ausência de qualquer controle da atividade das Agências. Tais órgãos devem se submeter – e de algum modo já se submetem – a um conjunto de mecanismos de controle. O que se quer afastar aqui é o controle de tipo hierárquico, que levaria à submissão do regulador à cadeia de comando do poder executivo.

<sup>67</sup> Somente em duas hipóteses entendo que seria possível se cogitar de exercício do poder de controle de viés hierárquico em face de ato do regulador dotado de independência. A primeira hipótese cuidaria de flagrante descumprimento de políticas públicas pelo regulador quando então calharia ao particular atingido se socorrer do disposto no artigo 5º, XXXIV, (direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder) para comunicar a ilegalidade praticada pelo regulador e exigir que a mesma seja reparada. A segunda hipótese ocorreria em situações em que, no âmbito do regulador, uma decisão é tomada em caráter originário e definitivo pelo órgão máximo da Agência, impedindo qualquer recurso válido no seu âmbito. Nesta hipótese, creio que caberia ao particular, respaldado no disposto no artigo 5º, LV, invocar o devido processo legal para fazer valer o seu direito de ver a questão analisada pelo menos em uma instância de recurso distinta daquela que praticou o ato. É por esta segunda possibilidade que se faz necessário que as decisões das Agências sejam tomadas inicialmente nas suas instâncias inferiores e de forma criteriosa e motivada, permitindo que os órgãos colegiados de direção superior da Agência atuem como instância recursal efetiva. Sem isso, creio, estará o particular legitimado para procurar outras instâncias administrativas para exercer seu direito de recorrer.

<sup>68</sup> Em outra oportunidade escrevi: "De outro lado, parece fora de dúvida que as metas e objetivos do órgão regulador não devam estar previstos em contratos. Eles correspondem à própria política pública para o setor e, como tal, deverão vir contidos na Lei ou nos instrumentos normativos por ela indicados. Também não nos parece razoável atrelar a atividade dos dirigentes de uma agência a metas de gestão em função do atingimento das quais possam receber bônus (!) ou então perder o cargo. A estabilidade dos dirigentes de um órgão regulador, já dissemos, é elemento central para sua autonomia. E, além das hipóteses de desvio de conduta ou improbidade, estes dirigentes somente devem ser afastados se a agência não estiver cumprindo a política pública definida nos termos da Lei para o setor. Em uma palavra, pretender adstrir as agências a contratos de gestão significa – além de uma ignorância do que sejam e para que sirvam os dois instrumentos (agência e contrato de gestão) – quitar a independência e a autonomia destes órgãos, sem as quais não se exerce a atividade regulatória." (Cf. "A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes", in Carlos Ari SUNDFELD, "Direito Administrativo Econômico", cit., página 88, 89).



Embora esse objetivo possa ser buscado mediante previsão legal, o ideal e corrente é serem criadas fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória (especialmente mediante a instituição de taxa para fazer frente às diversas manifestações de poder de polícia encontradas nas Agências). Quando as receitas das Agências provierem da cobrança de taxas, é importante dizer, os **recursos auferidos deverão ser necessariamente despendidos no exercício da atividade regulatória**. O não emprego destes recursos pela Agências (por serem exagerados em face das necessidades do órgão, ou por serem objeto de medidas fiscais de contingenciamento ou bloqueio por parte dos órgãos fazendários) pode levar os particulares sujeitos passivos destes tributos a recorrer ao Judiciário para deles se desonerar, alegando ou excesso de tributação (a taxa tem valor maior do que o necessário para exercício da atividade regulatória, tanto que não está sendo aplicado) ou desvio na finalidade do tributo (que no caso da taxa, imposto intrinsecamente vinculado, leva à inviabilidade de sua cobrança).

Daí por que temos insistido que, inobstante a nobreza dos seus objetivos, o cerceamento da autonomia financeira das Agências pelas autoridades fazendárias, para além de comprometer a atividade dos reguladores, pode produzir um efeito deletério para as finanças públicas. A autonomia financeira, de resto, é imprescindível para que o regulador tenha meios adequados para o exercício de suas atividades. **A pior captura que pode acometer uma Agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício, transformando-a num simulacro.**

### A liberdade para organizar seus serviços

**IV.5.3.2.3. A liberdade para organizar seus serviços** é a característica que mais se aproxima do conceito clássico de ente autárquico. Trata-se da liberdade para determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias. Isso envolve (obviamente observadas as condicionantes previstas na Lei que criou a Agência) não só a prerrogativa de organizar-se funcionalmente, como também de distribuir-se regionalmente. Envolve também a liberdade para optar por firmar contratos ou convênios para obter o concurso de terceiros.

### Regime de pessoal compatível

**IV.5.3.2.4.** Por fim, está a prerrogativa (e a necessidade) das Agências possuírem um **regime de pessoal compatível** com a natureza das suas atividades. Neste sentido compartilhamos com o entendimento dado pelo Ministro Marco Aurélio sobre a necessidade de um regime funcional mais estável para os agentes encarregados da regulação. Não faz qualquer sentido que os dirigentes dos órgãos de regulação tenham estabilidade (mandatos, não indissolubilidade imotivada) e os demais agentes sejam demissíveis por ato de vontade quer dos dirigentes das Agências, quer (o que é pior) da Administração central. Isso significa dizer que nas Agências haverá três ordens de regimes de pessoal. Os dirigentes máximos (integrantes do órgão de direção colegiada) que terão cargos de investidura por prazo certo. Os demais agentes que exerçam funções de direção (supervisores, gerentes, superintendentes, coordenadores, etc.) que poderão ocupar cargos de confiança cuja nomeação, porém, deverá caber ao órgão de direção da Agência (nunca ao chefe do Executivo ou seus auxiliares<sup>69</sup>). Por fim, os

<sup>69</sup> Parece-me um despropósito que, particularmente nas Agências estaduais, os cargos de confiança abaixo dos dirigentes sejam de nomeação do Chefe do Executivo. Quando isso ocorre, introduz-se uma forte redução da autonomia orgânica e funcional das Agências, além de se criar uma instabilidade nos agentes de regulação sem os quais a direção superior da Agência estará tolhida em sua autonomia.



demaís cargos que exerçam funções inerentes à atividade regulatória, os quais deverão seguir o regime estatutário, dotado de todas as garantias inerentes à carreira de servidor público ocupante de funções de estado<sup>70</sup>.

A especificidade do regime de pessoal das Agências, doutro lado, deve envolver a adoção de padrões de remuneração compatíveis com a relevância da atividade, de um lado, e com a realidade do setor regulado. Isso porque, embora sempre vá haver uma defasagem entre o que o Estado pode pagar aos seus servidores e aquilo que paga o mercado. Porém, essa diferença não pode ser tal que se configure como uma desfeita, um desincentivo aos técnicos incumbidos da regulação.

## IV.f. Conclusão: a imprescindibilidade da independência

**IV.5.3.3.** Temos conosco, portanto, que o aspecto da independência, além de fechar a caracterização das Agências como Autoridades Reguladoras Independentes, constitui traço essencial destes órgãos. São os instrumentos asseguradores da independência que permitirão o exercício da regulação com vistas ao equilíbrio do sistema regulado e à impressão (ponderada e prudente) das pautas de políticas públicas definidas para o setor. Destacamos, uma vez mais, que a independência se demarca a partir de instrumentos jurídicos, mas só se consagra se o regulador detiver meios e instrumentos para bem exercer suas funções e tiver rigor e transparência para assegurar à sociedade que os objetivos da regulação continuam sendo públicos.

A independência das Agências, já afirmamos, deve se manifestar em relação a todos os interesses envolvidos com a atividade regulatória. Porém, como do ponto de vista jurídico e institucional é perante os órgãos de governo que a independência se mostra mais polêmica. Cremos ser importante, então, abordar um pouco as fronteiras entre regular e governar.

## V. Agências e Governo

### V.a. A legitimidade democrática das Agências

**V.1.** A nova regulação estatal e o seu principal instrumento de consecução, as Agências, suscitam um importante debate acerca da distinção, num Estado Democrático de Direito, entre a dimensão de governar e o exercício das funções públicas. Numa democracia, a atividade de governo cabe àqueles democraticamente eleitos. A eles incumbe dirigir a máquina pública de modo a perseguir os objetivos e princípios que, apresentados à sociedade, ensejaram-lhe os mandatos conferidos por sufrágio. Restaria esvaziada a Democracia se os governantes fossem eleitos mas não pudessem imprimir ao Estado seus pontos de vista, suas orientações, os desígnios que concebem como os melhores para o país.

**V.2.** Porém, a legitimidade democrática dos governantes não implica em dizer que, eleitos, tenham a seu dispor toda a máquina do Estado para dela dispor como bem entendam. CIRNE LIMA, há bem mais de meio século, nos ensinava: "*Não tem o Poder Executivo a representação do Estado, respeito aos negócios públicos, senão restritamente para o efeito de administração.*"<sup>71</sup>. A Constituição e o amadurecimento democráticos vieram, ao longo do tempo, criando instituições e funções públicas que, se devem se articular com a atividade governamental, com ela não se confundem.

<sup>70</sup> O que não implica em dizer que todos os que trabalham ou prestam serviços nas Agências devam ser servidores públicos, estáveis. Nada obsta que para atividades meio (secretárias, pessoal operacional) não possa coexistir o regime de emprego público, ou que para atividades de suporte (limpeza, segurança, etc) não possa haver a contratação de empresas terceirizadas.

<sup>71</sup> Cf. Ruy CIRNE LIMA, "*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*", Porto Alegre, Editora Livraria Globo, 2ª edição, 1937, página 21.



**V.3.** A própria idéia de República afasta a noção de que a máquina pública estaria, toda ela, desabridamente à disposição do governante eleito. A estabilidade inerente às carreiras de Estado, a criação de corpos orgânicos dentro da máquina pública (as procuradorias e a advocacia pública são bons exemplos), a autonomia conferida às Universidades públicas ou a órgãos de controle (como o Ministério Público), todas estas conquistas serviram para reforçar o caráter público do Estado, reduzindo a liberdade do governante de ocupar todos os espaços estatais ao seu alvedrio.

**V.3.1.** O itinerário do Estado brasileiro, no seu processo de despatrimonialização ou de república, aponta para lentos, mas constantes, avanços no sentido de dotar o país de uma máquina pública profissional, estável e capacitada, livre das vicissitudes das alternâncias do poder político. Isso nada tem de anti-democrático. Muito ao contrário. Qualquer democracia desenvolvida não cogitaria de abrir mão dos seus órgãos de Estado (de seus instrumentos de Administração pública) em favor de uma vaga e indefinida legitimação democrática pela via eleitoral.

Não é por mera coincidência que aquele que talvez seja o mais republicano de nossos juristas, Fábio Konder COMPARATO, tenha sido um dos primeiros a destacar a importância da introdução, entre nós, dos órgãos reguladores independentes. No Projeto de Constituição por ele elaborado para o Partido dos Trabalhadores (nos idos de 1986) o professor introduzia tais órgãos para exercer funções regulatórias, dotando-os de "*plena autonomia em relação à Administração Pública centralizada*".<sup>72</sup>

**V.4.** Não nos parece, portanto, que seja necessariamente contrário à democracia que existam dentro do aparelho de Estado espaços públicos (órgãos públicos, se quisermos) nos quais a ingerência governamental seja restrita e sobre os quais a influência seja condicionada pela Lei. Associar a autonomia ou a imunidade de órgãos estatais da ingerência governamental direta a um processo de esvaziamento da legitimidade democrática do governante (ou como dizem alguns mais empolgados de "*fraude contra o povo*"<sup>73</sup>) implicaria em pressupor que só haveria Democracia se o governante pudesse, ato contínuo à assunção do mandato, dispor de toda a máquina pública (cargos, rotinas, políticas, procedimentos e atos) como se sobre ela assumisse o domínio pleno.

Atribuir às Agências um papel intrinsecamente ilegítimo só seria possível se partíssemos de uma concepção de que o eleito é investido de legitimidade para fazer o que bem entende com a máquina pública. Isso pressuporia que o mandato popular fosse clausulado e minudentemente condicionado por programas específicos. Não compartilhamos dessa visão.

A democracia pressupõe instrumentos para que, observados os ritos e o processo institucional, se implementem os objetivos gerais da política macro do governante eleito (só os marcos gerais podem ser eleitoralmente referendados), obrigando uma negociação com os outros setores da sociedade (mesmo os derrotados eleitoralmente) e permitindo mecanismos de controle e validação do que será implementado, considerando todos os interesses envolvidos

**V.5.** Muito ao contrário, a legitimidade democrática pressupõe não só o respeito à Lei e à Constituição, mas o respeito às institucionalizações. E o acúmulo democrático, num país de tradições patrimonialistas como o Brasil, tem sido feito em grande medida pelo fortalecimento das instituições. A própria possibilidade de contar com instituições estáveis, ainda que restrinja um tanto a margem de atuação do governante, por outro lado lhe confere a garantia de que as pautas políticas por ele perseguidas terão respaldo e sustentação institucional quando implementadas.

<sup>72</sup> Cf. Fábio Konder COMPARATO, "*Muda Brasil - Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*", São Paulo, Brasiliense, 4ª edição, 1987, página 45.

<sup>73</sup> Como é o caso do meu diletíssimo mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ("*Curso de Direito Administrativo*", São Paulo, Malheiros, 14ª edição, página 136).



**V.5.1.** Não é demasiado lembrar que um dos sentidos da Democracia é justamente o de ser o regime em que se assegura o cumprimento das regras do jogo, é dizer, a estabilidade das regras de convívio social. O conteúdo democrático, nesta acepção, não interdita a mudança, mas a adstringe dentro de limites institucionais. Ora, seria um despropósito inquirir a regulação pelas Agências independentes de um caráter intrinsecamente antidemocrático justamente por elas se prestarem a garantir alguma estabilidade ao jogo econômico e alguma institucionalidade à intervenção estatal. E isso sem impedir que haja mudanças nas políticas públicas setoriais.

## **V.b. Política de Estado, Política de Governo, Políticas Públicas e Políticas Regulatórias**

**V.6.** Há quem critique tal linha de entendimento, afirmando que a separação entre *políticas de Estado* e *políticas de governo* não encontra eco no nosso direito constitucional. Nem a afirmação é verdadeira, nem a dicotomia é correta.

**V.7.** A dicotomia é incorreta pois a oposição focada aqui não é entre *políticas de Estado* e *políticas de governo*. É sim entre *políticas públicas* e *políticas regulatórias*. Todas estas dimensões políticas têm sua margem de legitimidade, ainda que por fontes diferentes. Tentaremos explicar sinteticamente cada qual, recorrendo, a título exemplificativo, ao setor de telecomunicações.

### **V.b.i. Políticas de Estado**

**V.7.1.** *Políticas de Estado* são aquelas definidas, por Lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo<sup>74</sup>. Nelas vêm consignadas as premissas e objetivos que o Estado brasileiro, num dado momento histórico, quer ver consagrados para um dado setor da economia ou da sociedade. As *políticas de Estado* hão de ser marcadas por um traço de estabilidade, embora possam ser alteradas para sua adequação a um novo contexto histórico, bastando para isso a alteração no quadro legal.

Tais políticas são, necessariamente, estruturantes tanto das políticas governamentais quanto das políticas regulatórias e constituem a base das políticas públicas setoriais. Doutro bordo, as *políticas de Estado* vinculam tanto a formulação das *políticas de governo* quanto o manejo, pelas Agências, da *política regulatória*.

No caso do setor de telecomunicações, a *política de Estado* no setor veio expressa na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), particular mas não exclusivamente no disposto no artigo 2º (onde estão listados os deveres do Poder Público em relação ao setor).

### **V.b.ii. Políticas de Governo**

**V.7.2.** *Políticas de governo* são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor. Hão de estar adstritas, obviamente, às *políticas de Estado*.

Porém, podem envolver o incremento ou a redução da intervenção estatal sobre um setor, uma nova hierarquização dos objetivos prioritários para tal setor, uma reorientação do público alvo da intervenção ou mudança na indicação das fontes e dos agentes que deverão fazer frente aos ônus ou encargos decorrentes da implementação dos objetivos de interesse geral. É importante que os marcos legais, que definem a intervenção

<sup>74</sup> Pode-se em algum sentido envolver o próprio Poder Judiciário na formulação de políticas de Estado. Para tanto seria necessário atribuir-lhe um amplo poder de sindicat a atuação dos demais poderes na formulação destas políticas. Neste sentido ver " *Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas* ", in Revista de Informação Legislativa, Ano 35, nº 138, abril a junho de 1998.



estatal sobre um dado setor da economia, reservem de forma clara e objetiva as margens de formulação das **políticas de governo**, evitando que seja restringida a possibilidade do governante eleito intervir na formulação das **políticas públicas**. A **política de governo** condiciona (ainda que não elida) as **políticas regulatórias**. No âmbito do setor de telecomunicações **as políticas de governo** vêm previstas no artigo 18 da LGT e, malgrado o reduzido número de incisos lá previsto, permite uma fortíssima interferência governamental nos rumos do setor.

### V.b.iii. Políticas Públicas

**V.7.3.** Juntamente com as **políticas de Estado** (e em respeito a estas), as políticas governamentais compõem as **políticas públicas**<sup>75</sup> do setor. As **políticas públicas** são compostas por normas, princípios e atos voltados a um objetivo determinado de interesse geral<sup>76</sup>. As políticas públicas não de ser estabelecidas no espaço governamental, conjugando os objetivos e princípios das **políticas de Estado** – previstas em Lei ou na Constituição – com as metas e orientações de políticas governamentais. São elas definidas, necessariamente, a partir de mediações políticas.

Embora não se confundam com as **políticas regulatórias**, as **políticas públicas**, nos setores sujeitos à nova regulação, serão implementadas, em grande medida, pelo manejo destas últimas. Daí ser inevitável reconhecer uma **relação de dependência e complementaridade** entre ambas.

No setor de telecomunicações a adstrição do regulador às políticas públicas é bastante nítida, seja do artigo 19 (onde vemos no *caput* o caráter vinculado das competências da Agência ao “*atendimento do interesse público*” e no inciso I expressamente a competência primacial de “*implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações*”), seja na redação original do antigo artigo 26, § 1º, hoje revogado pela Lei nº 9.986/00 (que previa a exceção à estabilidade dos membros do órgão de direção na hipótese de descumprimento “*das políticas estabelecidas para o setor pelos Poderes Executivo e Legislativo*”).

### V.b.iii. Política Regulatória

**V.7.4.** Por fim, as **políticas**<sup>77</sup> **regulatórias** são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição de **políticas regulatórias** envolve a **ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção**. Envolve a **escolha dos meios e instrumentos** que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.

Não se admite que o manejo das **políticas regulatórias** contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das **políticas regulatórias** que será definido o *timing* e o resultado de uma política pública setorial. Como expusemos anteriormente, compete ao regulador introduzir no setor regulado as pautas de interesse

<sup>75</sup> Tenho adotado uma definição de política pública nos seguintes termos: políticas públicas são metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidas a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico. Num sentido parecido, ainda que não exatamente igual, vide o brilhante trabalho de Maria Paula Dallari BUCCI, “**Direito Administrativo e Políticas Públicas**”, São Paulo, Saraiva, 2002, especialmente p. 264 e ss.

<sup>76</sup> Fábio Konder COMPARATO afirma que a política não se confunde com as normas ou os atos do poder, mas engloba a ambos como seus componentes. (Cf. “**Ensaio Sobre o Julzo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**”, cit., páginas 44 e 45).

<sup>77</sup> A utilização do termo “política” aqui poderá ensejar críticas ou confusões. Esclareço desde logo que o termo não se refere à atribuição de poderes políticos ao regulador, mas tão somente a “política” como prerrogativa de definir estratégias de ação e selecionar instrumentos para tornar o mais eficiente essa linha de atuação. Neste quadrante, pode-se falar em uma política regulatória na medida em que o regulador faz opções políticas consistentes nos juízos de necessidade, conveniência, oportunidade e proporcionalidade no manejo de suas competências. Neste sentido, incomparável é a lição de Fábio NUSDEO: “*Ainda quando alicerçada em dados e elaboração eminentemente técnicos, ela [a decisão estatal tomada em sede de intervenção no domínio econômico] não se desvincula de metas ou parâmetros políticos que passam a integrar aqueles dados e aquela elaboração como um de seus elementos intrínsecos.*” (Cf. “**Fundamentos para a Codificação do Direito Econômico**”, São Paulo, RT, 1995, p. 88)



geral contidas nas **políticas públicas**, atuando no sentido de que o sistema regulado absorva essas pautas, retomando o seu equilíbrio interno. Nesta perspectiva, a **política regulatória** envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos. No exemplo do setor de telecomunicações, temos que os lindes do exercício da política regulatória pela Anatel vieram definidos no artigo 19 da LGT.

## V.c. Funções de Estado e Funções de Governo

**V.8.** De outro lado, não é correto que nosso sistema constitucional não contemple a divisão entre as funções de Estado e as funções de governo. A Constituição contempla princípios e fundamentos do Estado que não se confundem com os objetivos de governo. Vemos isso, somente a título de exemplo, no artigo 1º, no artigo 3º, no artigo 170 da CF. De outro lado, a Constituição contempla várias referências a **políticas de Estado** que vinculam qualquer **política de governo**. É o que encontramos no artigo 194 (a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos); no artigo 196 (a promoção de políticas de saúde como dever do Estado); no artigo 205 (que predica a promoção do direito à Educação também como um dever do Estado); no artigo 217 (onde até mesmo o fomento ao desporto é elevado à condição de uma política de Estado).

Todas estas disposições estabelecem *políticas de Estado* que, malgrado dependerem de *políticas de governo* para serem implementadas, vinculam a liberdade do governo na definição das políticas governamentais na medida que impõem que estas sejam formuladas obrigatoriamente com vistas à consecução daquelas. Tanto é assim que o texto Constitucional contemplou a hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º), o que em tese possibilitaria compelir a adoção de uma *política governamental* apta a concretizar uma *política de Estado*.

**V.9.** Temos, em suma, que quem elabora pautas políticas são os poderes públicos (aqui entendido não apenas o Poder Executivo, como também o Poder Legislativo quando estabelece, mediante Lei, os princípios estruturantes de um dado setor<sup>78</sup>). O Estado tem instituições que, consoante o princípio republicano, haverão de obedecer à Constituição, à Lei e às políticas públicas (definidas no espaço governamental). As *políticas de governo* devem ser processadas no ambiente institucional de modo a serem implementadas. A questão, portanto, estará no papel em que os órgãos do Estado (que também não têm vontade própria, mas exercem suas funções e competências predicadas na Constituição e na Lei) terão no exercício da *filtragem institucional* das políticas de governo, para ensejar sua assunção como políticas de Estado.

Dessa *filtragem* poderá, eventualmente, resultar alguma dificuldade para implantação de *políticas de governo* se e quando estas colidirem **i**) com as políticas de Estado; **ii**) com disposições legais; **iii**) ou quando se mostrarem inviáveis do ponto de vista regulatório (por exemplo, implicarem impactos econômicos que não possam ser absorvidos pelo sistema regulado. Nestas situações, uma eventual contrariedade entre *políticas de governo* e *políticas regulatórias* terá, necessariamente, que ser arbitrada no âmbito do espaços formuladores das *políticas de Estado* e em consonância com estas).

## V.d. A implementação das políticas públicas: critérios de mediação, ponderação e prudência

**V.10.** Não faz sentido, portanto, associar ao modelo de Agências reguladoras um processo de "terceirização do governo". A atividade governamental segue plena e intocada. As prerrogativas

<sup>78</sup> É certo que a Lei poderá restringir o campo das políticas de governo, avançando nas políticas de Estado e cometendo aos órgãos reguladores margens amplas para o exercício de políticas regulatórias. Neste caso, pode-se dizer que haverá um trespasses da função de formulação de políticas públicas para o órgão de regulação.





de governar o país não devem ser esvaziadas ou subtraídas dos governantes eleitos. O modelo de Agências reguladoras não envolve necessariamente transferência de poder. O processo de reforma regulatória impacta, sim, a atividade governamental na medida em que foram criados novos espaços de mediação (a tal *filtragem institucional* aludida acima) entre a definição da política governamental e sua implementação.

Porém, a definição dos rumos políticos que o país quer ver imprimidos num dado setor seguem sendo prerrogativa dos governantes eleitos (que possuem legitimidade democrática para tanto). Porém, num cenário de nova regulação, entre a definição da política governamental e a sua implementação sobre o setor regulado, há hoje um processo de mediações muito mais complexo.

**V.10.1.** É fato. Num contexto de forte intervenção direta no domínio econômico, a comunicação entre a definição de uma política governamental e seu estabelecimento sobre o setor regulado dava-se dentro da cadeia vertical de comando do operador público. Entre o momento da definição política e o instante da sua implementação havia um pequeno lapso correspondente ao exercício do poder hierárquico que o governante possuía sobre o operador econômico estatal.

**V.10.2.** Num contexto de intervenção regulatória, existem várias passagens a dificultar (sem impedir) que se alterem as políticas governamentais sobre o setor regulado. Não são apenas as Agências que manietam a liberdade do poder político imprimir ao setor regulado os rumos que imagina mais adequados.

Há também toda uma gama de questões regulatórias que não de ser superadas. Existem interesses (e direitos) dos operadores privados atuantes no setor. Existem contratos firmados, licenças expedidas e investimentos já realizados que devem ser respeitados (a menos que se opte por rupturas institucionais, o que não guarda muita relação com um regime democrático). Existem os interesses de grupos de consumidores mais organizados ou mobilizados. E há a própria preservação do sistema regulado, objetivo do qual não se pode descurar sob pena de sérios prejuízos para a própria sociedade.

**V.11.** Não nos parece que o novo contexto regulatório, e as Agências como parte dele, tenham o efeito de subtrair dos governantes eleitos a prerrogativa de interferir nas políticas públicas. Não. A legitimidade do governante de interferir (com papel destacado) na Economia segue incólume. O que mudou são os mecanismos que o Estado dispõe para efetivar as políticas públicas. Dadas as transformações no papel do Estado, num contexto de nova regulação estatal, **as políticas públicas não são mais impostas ao setor regulado e sim introduzidas mediante critérios de mediação, ponderação e prudência.**

## V.e. A difícil articulação entre políticas públicas – políticas regulatórias

**V.12.** A conformidade constitucional da relação entre os entes reguladores e o governo, a nosso ver, deve ser buscada dentro da legalidade. Serão as leis que definem as políticas de Estado e os marcos regulatórios para cada setor (e que instituem as respectivas Agências) que delimitarão os **limites entre as políticas públicas e as políticas regulatórias.**

Bem é verdade que nem todas as leis, que reestruturam a intervenção estatal sobre setores relevantes da economia, fizeram de maneira clara esta separação. Porém, nestes casos, a falha está no marco legal e não no modelo institucional.

**V.13.** Importante é termos claro, na medida em que dotamos os órgãos reguladores de independência e de amplas competências de intervenção num dado setor, não se pode pretender atribuir-lhes também



a competência para conceber e estabelecer as políticas públicas setoriais. Se assim fosse, aí sim estaria em risco o princípio democrático, porquanto interdita aos representantes eleitos a possibilidade de definir os objetivos e prioridades a serem concretizados pela atividade regulatória. Os órgãos reguladores não são instância institucional de definição de políticas. São sim espaços e instrumentos para efetivação destas, previamente definidas pelo executivo e pelo legislativo (eventualmente até com a participação e o suporte técnico do órgão regulador, mas fora do campo decisório deste). A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas<sup>79</sup>.

**V.13.1.** Tenhamos claro, contudo, que o fato do regulador estar vinculado ao cumprimento das políticas públicas não impede que suas decisões desagradem o governante. Muitas vezes, buscando o equilíbrio e em atenção às políticas de Estado, o regulador pode refrear ou retardar uma meta de política governamental de objetivos mais curtos. O respeito às políticas públicas não compreende, pois, a adstrição ao *timing* político. Muita vez as pressões que recaem sobre o governante levam à necessidade de dar respostas rápidas à demanda da mídia ou de setores da sociedade. O que predica mudanças bruscas no rumo da regulação setorial. Porém, tais mudanças abruptas podem comprometer o setor regulado e, a médio prazo, serem desastrosas para a sociedade e mesmo para o Estado. Neste contexto, a política regulatória poderá ser um instrumento de ponderação e de redimensionamento no tempo dos objetivos contidos numa *política governamental*.

**V.13.2.** Tomemos o exemplo da redução de uma dada tarifa de um serviço público que eventual governo entenda necessária. Essa redução poderia – e no contexto de intervenção direta assim era – ser cortada de forma drástica e abrupta. O que traria o desequilíbrio para o sistema regulado (e toda uma gama de conflitos, pleitos de reequilíbrio, precarização de serviços, suspensão de investimentos). Esse mesmo objetivo pode ser perseguido dentro das políticas regulatórias mediante instrumentos de revisão tarifária (exigindo dos operadores redução tarifária para neutralizar benefícios decorrentes de redução de custos, incremento de receitas globais, racionalização de investimentos, queda de taxas de interesse, etc.), introdução de fator de produtividade capaz de repartir os ganhos daí decorrentes, redimensionamento de obrigações e outras medidas que, malgrado atingir o objetivo da política governamental (redução de tarifas), tenha um impacto muito menor sobre o setor regulado.

**V.14.** Eis aqui o engenho e arte da separação entre políticas públicas e regulação. Políticas públicas não de ser necessariamente de longo prazo, de implementação perene e com forte viés de planejamento e ordenação da economia. Não podem ser concebidas para atender objetivos imediatos (legítimos ou não, pouco importa), influenciados pelas vicissitudes do embate político – eleitoral. Não se nega a legitimidade democrática da disputa política. Esse é o móvel da democracia. Porém, não se pode atrelar as políticas públicas às conjunturas cambiantes dos interesses das forças que embatem na arena política.

**V.14.1. A regulação pelas Agências, portanto, consagra a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas.** Refreia, porém, a absorção destas pela política governamental de mais curto prazo, aquela que não predique objetivos gerais de governo, mas apenas os objetivos imediatos do governo. A regulação, portanto, **i)** favorece o planejamento; **ii)** incrementa a estabilidade e a institucionalidade (não a imutabilidade) das políticas; e **iii)** dá consistência à mudança.

<sup>79</sup> Ver meu "**Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**", in *Conjuntura & Informação*, Revista da ANP – Agência Nacional do Petróleo, julho a setembro de 2001, nº 15, página 8.



- V.15.** Ou seja, as Agências não podem ser vistas como um obstáculo à capacidade de um governo eleito de imprimir à intervenção estatal na economia suas pautas políticas apenas porque interdita o manejo político (aqui num sentido menor) dos instrumentos regulatórios. Se a existência de Agências reguladoras, entrepostas entre o poder político e o setor regulado, acarretam alguma dificuldade na imposição dos objetivos políticos selecionados para o setor, ela permite um ganho de eficácia e, por consequência, de efetividade.

É fato que a implementação das políticas públicas num contexto de Estado regulador, depende da mediação das Agências (porquanto fica adstrita ao manejo dos instrumentos regulatórios a cargo dos entes reguladores), reduzindo a capacidade do poder político de impor seus objetivos à sociedade. Porém, a eventual perda no *imediatismo*, *exigibilidade* ou *coercitividade* nas políticas públicas é compensada, com sobras, pelo fato de que o regulador reúne conhecimento do setor regulado e interlocução com seus agentes, ensejando que os objetivos de políticas públicas sejam absorvidos com o menor impacto possível sobre o setor e com uma maior eficácia nos seus resultados.

- V.16.** Na medida em que as Agências logrem ser instrumentos para tornar mais efetiva e mais eficaz a intervenção estatal no domínio econômico, mormente quando essa intervenção se preste a imprimir pautas de políticas públicas no âmbito do setor regulado, temos conosco que **elas apenas reforçam o caráter público (tanto no sentido republicano, quanto no sentido de permeável ao público, v.g., sociedade) da atuação estatal em face do domínio econômico.**

## VI. Legalidade e Constitucionalidade das Agências

- VI.1.** Cumpre neste passo enfrentar algumas das principais críticas que se vêm levantando no tocante a supostas inconstitucionalidades no modelo de Agências reguladoras.
- VI.2.** Dentre elas talvez a mais freqüente seja aquela que se volta contra a independência das Agências. Tais argumentos se voltam contra os dois pilares da independência: a previsão de mandato e de estabilidade dos dirigentes das Agências e a ausência de subordinação hierárquica.

### VI.a. Estabilidade dos mandatos dos dirigentes das Agências

- VI.2.1.** No concernente aos mandatos e à estabilidade dos dirigentes, alguns invocam o artigo 84, II, da Constituição. Outros ainda lançam mão do artigo 37, II da Carta. Outros ainda recorrem ao princípio democrático e à soberania popular para inquirir de inconstitucionais as leis que prevêem estas garantias. Nenhum destes argumentos a nosso ver procedem.

#### VI.a.i. A não violação do artigo 84, II da CF

- VI.2.1.1.** O artigo 84, II, da CF determina competir privativamente ao Presidente da República "*exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal*". Alguns interpretam, a nosso ver de forma exageradamente ampliada, tal dispositivo, dando-lhe uma conotação bonapartista que o Constituinte não pretendeu dar. Note-se que o texto constitucional alude à *direção superior*, entendida como a atividade de comando e não de mando. Não se cogita de que ao atribuir ao Presidente a função de dirigir a Administração, tenha o Constituinte pretendido dotar-lhe de poderes para dispor como bem entender da máquina pública, inclusive assumindo poderes de destituir agentes públicos aos quais a Lei conferiu estabilidade.



- VI.2.1.1.1.** Nem se pode atribuir ao dispositivo óbice a que o legislador ordinário crie regimes especiais de estabilidade aos agentes públicos. Entender deste modo seria pretender inconstitucionais os dispositivos legais que conferem mandato aos Reitores de Universidades (que nada mais são do que dirigentes de autarquias especiais) ou a Lei Orgânica do Ministério Público da União (órgão que, malgrado seu especial tratamento constitucional, não se constitui como um poder do Estado) que, no seu artigo 25, prevê que o chefe do Ministério Público da União tenha mandato de dois anos (Cf. Lei Complementar nº 75).
- VI.2.1.1.2.** Portanto, não nos parece razoável interpretar o inciso II do artigo 84 da Constituição no sentido de que a direção superior da Administração interditaria a conferência, por lei, de regimes especiais de estabilidade a agentes públicos que exercem funções de Estado.
- VI.2.1.1.3.** Mesmo que não fosse pelas razões de ordem lógica acima divisadas, a tese de inconstitucionalidade dos mandatos e da estabilidade dos dirigentes das Agências cai por terra diante do próprio texto constitucional. Como ensina Eros Grau, a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços<sup>80</sup>. Pois bem, se é assim, temos que interpretar o seu artigo 84, II, conjuntamente com o artigo 52, III, f, que prevê a competência também privativa do Senado Federal para *"aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de (...) titulares de outros cargos que a lei determinar."*
- VI.2.1.1.4.** Ora, seria um despropósito constitucional que a Constituição previsse a hipótese de envolvimento do Senado da República no processo de nomeação de cargos dirigentes de órgão estatal para, ato contínuo, admitir que o Presidente da República os possa exonerar livremente. Temos, portanto, que a Constituição, ao permitir que a lei preveja um regime de nomeação de titulares de cargos mediante processo complexo, também admitiu que esta mesma lei conferisse a estes cargos um regime de estabilidade (interdição à exoneração imotivada por ato exclusivo do chefe do Executivo).
- VI.2.1.1.5.** Poder-se-ia tentar afastar tal raciocínio alegando que o inciso XI deste mesmo artigo 52 prevê a competência do Senado para aprovar, por maioria absoluta, a exoneração do Procurador-Geral da República (cuja nomeação também demanda prévia aprovação pelo Senado – artigo 52, III, e).

Ora, para que este dispositivo tivesse o condão de afastar a tese aqui esposada teríamos que adotar o seguinte raciocínio, deveras falacioso: como a CF só previu a necessidade de aprovação do Senado para o caso do Procurador-Geral da República, para todos os outros cargos cuja nomeação depender de sabatina e aprovação senatorial, os nomeados poderiam ser destituídos sem maiores rigores ou formalidades. Isso levaria ao despautério de dizer que os juizes dos Tribunais Superiores (artigo 52, III, a) ou os Ministros do Tribunal de Contas da União (artigo 52, III, b) pudessem ser demitidos pelo Presidente.

- VI.2.1.1.6.** A tese não se sustenta, pois. Muito ao contrário, o que o inciso XI do artigo 52 determina é justamente a necessidade de que o Senado seja envolvido não só no processo de escolha, mas também possa deliberar no caso de destituição daquele por ele referendado. A única diferença é que, no caso do Procurador Geral da República, tal regra protetiva veio expressa já na

<sup>80</sup> Cf. *"A Ordem Econômica na Constituição de 1988"*, cit., página 188.



Constituição<sup>81</sup>. Nada indica, muito ao revés, que a lei possa atribuir aos cargos previstos no artigo 52, III, f, um regime de estabilidade consubstanciado em mandatos. O artigo 52, pois, inviabiliza a interpretação que se pretende dar ao artigo 84, II, pois coloca alguma reserva àquela visão ampliada (e bonapartista) do que seja direção superior da Administração.

Releva destacar, neste sentido, que o Supremo Tribunal Federal ao julgar liminar na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1.949-RS, na qual se questionava, em última instância, a independência da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, proferiu decisão consensual com o entendimento acima exposto. Naquela decisão, muito influenciada por voto do Min. Nelson Jobim, restou assentada tanto a constitucionalidade do envolvimento do legislativo na indicação do membro dirigente da Agência, quanto a impossibilidade de que este seja demitido a qualquer tempo. A concessão da liminar para suspender a obrigatoriedade do ato de destituição ser submetido ao Parlamento não altera em nada nosso entendimento, haja vista que ficou ressaltada a constitucionalidade das restrições à demissibilidade imotivada.

### VI.a.ii. O artigo 37, II, da CF

**VI.2.1.2.** Tampouco estaria o artigo 37, II, da CF a oferecer óbice a que a Lei confira mandatos e conseqüente estabilidade aos dirigentes das Agências. Pela tese ora refutada, a Constituição vedaria a estabilidade pois o dispositivo prevê que os cargos em comissão serão de livre nomeação e exoneração. Sofisma. Aos cargos de dirigentes das Agências não se aplica o dispositivo simplesmente porque, como tais cargos não são de livre provimento, não haverão de ser de livre exoneração.

**VI.2.1.2.1.** Como dito, a sujeição da nomeação de titulares de cargos da Administração à prévia aprovação pelo Senado, é natural, importa num regime de estabilidade que afasta a demissibilidade a qualquer tempo própria dos cargos em comissão. De resto, a Carta alude àqueles cargos que **a lei declarar de livre exoneração**. Tirar daí que a lei não possa conferir estabilidade ao cargo, com todo respeito, é forçar demais a exegese.

**VI.2.1.2.2.** Bem lida a Constituição, temos nela três espécies de cargo público. Temos os cargos de provimento efetivo cujo provimento dependerá de concurso público (artigo 37, II, parte inicial) e ao qual corresponderá a estabilidade (artigo 41, *caput*). Temos, doutro lado, os cargos em comissão de livre provimento, para os quais não se exige concurso público, mas que não possuem qualquer garantia de estabilidade (artigo 37, II, *in fine*). Por fim temos uma terceira categoria de cargos públicos, os de investidura por prazo certo, para os quais a Lei poderá prever um processo complexo para investidura (envolvendo inclusive a sabatina e aprovação por outro Poder) e conferir algum regime de estabilidade, ainda que temporária e distinta daquela referida no artigo 41 da CF.

### VI.a.iii. A estabilidade dos dirigentes e o princípio democrático

**VI.2.1.3.** Por fim, há o princípio democrático. Ele só calharia para afastar a possibilidade da lei conferir mandato e estabilidade aos dirigentes das Agências se nós entendêssemos que a única fonte de legitimidade nas modernas democracias é aquela conferida pelo voto.

<sup>81</sup> Outros poderiam dizer, ainda, que o fato dos dirigentes do Banco Central também terem o seus nomes submetidos ao Senado (artigo 52, III, d) seria prova de que a proteção não encontra albergue na Constituição. Falso. Os dirigentes do Bacen não tem estabilidade e podem ser demitidos a qualquer tempo porque a legislação não lhes conferiu mandato ou estabilidade. Lembre-se que aqui não estou sustentando que a estabilidade dos dirigentes dos órgãos reguladores é garantida na Constituição, mas tão somente que não contraria a Carta a lei vir a dispor neste sentido.



E a democracia contemporânea já se distanciou muito dessa visão rudimentar. Um governante eleito pode tornar-se ilegítimo se, mesmo com ampla votação, passar a desrespeitar as instituições democráticas e os poderes do Estado.

**VI.2.1.3.1.** De resto, a nomeação de um dirigente de órgão regulador se reveste de um reforço democrático na medida em que envolve uma decisão política de quem tem legitimidade conferida pelo voto popular (o chefe do Executivo), coonestada por quem também tem representatividade popular (os membros do Senado que aprovam a indicação).

Fiamo-nos, portanto, neste particular, em dois ensinamentos célebres.

O primeiro de um dos maiores democratas e melhores Ministros que teve o Supremo Tribunal Federal<sup>82</sup>. Outro de um grande jurista<sup>83</sup> que, malgrado ter mudado de idéia, em obra clássica que orientou os estudos de várias gerações de juristas, sustentou com galhardia a legitimidade e constitucionalidade da estabilidade dos dirigentes de órgãos públicos. Nada há de antidemocrático em institucionalizar o funcionamento do Estado.

## VI.b. Os mandatos não coincidentes

**VI.3** Há quem, embora aceitando a possibilidade dos dirigentes serem investidos por prazo certo, entendem que seria inconstitucional a descoincidência entre o mandato do dirigente e o do Chefe do Executivo. Aqui também a crítica não prospera. Já afirmamos que nada há de inconstitucional prever-se a estabilidade para os cargos que exerçam função de Estado. E também já refutamos a concepção napoleônica que só admite como fonte de legitimidade democrática a eleição do dirigente. As instituições de República não de ser dotadas de permanência.

**VI.3.1. A tese da coincidência dos mandatos** poria a perder o pressuposto da estabilização das políticas regulatórias, o qual permite que, inobstante as naturais alternâncias no poder, haja uma continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que as novas orientações estejam amadurecidas. Não há, neste ponto, muito debate jurídico a fazer contra esta crítica, porquanto ela também não vem formulada em termos jurídicos, mas em construções retóricas (tipo “*fraude contra o povo*”, “*violação da soberania popular*” e quejandas).

**VI.3.2.** Há um argumento forte a rejeitar a obrigatoriedade de coincidência dos mandatos. Trata-se do **princípio do pluralismo** político consagrado no artigo 1º, V, da CF como fundamento da República.

E a descoincidência plena dos mandatos dos dirigentes (é dizer, vencimento diferenciado dos mandatos de cada membro do colegiado de modo a que, a cada ano, haja a possibilidade de renovação de um dirigente)

<sup>82</sup> Trata-se do célebre voto do Ministro Victor Nunes Leal num dos mais belos arestos da história da Suprema Corte onde o Ministro, malgrado vencido, proferiu magistral ensinamento sobre o tema da legitimidade e da necessidade de se conferir estabilidade aos dirigentes de órgãos com poderes de intervenção na ordem econômica. Ensinou o Ministro: “*O objetivo do legislador, com a investidura de prazo certo, é justamente tornar o titular do cargo independente das injunções do Chefe do Poder Executivo. Pode errar o legislador, ao adotar esse critério, em relação a tal ou qual serviço a que concede autonomia, mas não cabe ao Judiciário corrigir a política do poder Legislativo. Se o que visa o Legislativo é, justamente, tornar determinado funcionário independente, no exercício da sua atribuição, como podemos nós, ao contrário da lei, que esse funcionário exerce função de confiança, que o tornaria inteiramente submetido ao Chefe do Governo?*” E completa: “*Estou, portanto, convencido de que, mesmo do ponto de vista da conveniência administrativa e política, seria um mal, não um bem, o retorno ao sistema de despojos, que ainda prevalece, largamente, em nosso país, e que, neste processo, se pretende reimplantar nas áreas reduzidas em que a lei procurou cerceá-lo*” (Cf. Mandado de Segurança nº 8.693 – DF, julgado 17.11.1961, páginas 127 a 142, disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br))

<sup>83</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, antes de adotar postura crítica e avessa no geral às Agências e no particular à conferência de mandato aos seus dirigentes, por razões muito mais políticas que jurídicas, ensinava: “a livre demissão de administrador de autarquia é cabível desde que não se trate de investidura a prazo certo e a nomeação para o cargo se realize por livre escolha do Chefe do Executivo. É comum, nas autarquias de direção colegial, que o preenchimento destes lugares implique em atribuição de mandato a ser exercido por prazo certo. No caso, entendemos que se trata de uma defesa, contra a livre demissibilidade do administrador. Visa à continuidade administrativa e pretende resguardar o administrador da autarquia contra ingerências políticas.” (Cf. “*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*”, São Paulo, T, 1968, página 455).



permite que se introduza – mormente quando houver alternância das forças políticas no governo – a pluralidade de linhas políticas no seio da a Agência. Como nosso modelo não previu a introdução da pluralidade desde a origem<sup>84</sup>, a desconcórdância dos mandatos é um importante instrumento para, no sentido da pluralidade, democratizar as Agências.

## VI.c. A constitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica

**VI.4** A outra crítica se refere à ausência de controle hierárquico. Dois são seus arrimos. O artigo 84, II e o artigo 87, Parágrafo único, I, ambos da CF. Não nos parece haver nestes dispositivos algo que obrigue que todos os órgãos do Executivo estejam sujeitos ao controle hierárquico pela direção superior da Administração. E muito menos que a Lei não possa estipular regimes outros de controle que não hierárquico.

### VI.c.i. O artigo 84, II da CF

**VI.4.1.** O artigo 84, II, da CF não tem o condão de tornar inconstitucional a independência das Agências. Pelo que acima já arrazoamos, não se depreende do dispositivo constitucional em apreço uma obrigação constitucional de que o Presidente da República tenha poder de injunção e de revisão sobre todas as atividades estatais. Como visto acima, constitui pressuposto da regulação exercida pelas Agências que não se possa rever, dentro da cadeia hierárquica, os atos do regulador pois, se isso fosse possível, estaríamos novamente atrelando as atividades de governo com as atividades de regulação.

**VI.4.1.1.** Por direção superior da administração deve-se entender exatamente aquele sentido de dar o norte, as orientações da macro política governamental. E não competências para se imiscuir no exercício de todas as competências administrativas.

**VI.4.1.2.** Aliás, de há muito, o direito vem coibindo a vetusta tese de que todas as competências administrativas caibam ao chefe do Executivo que as poderia exercer, via avocação a qualquer tempo. Ora, já se deixou este entendimento de lado. O Direito Administrativo consagra que não será nem delegável nem avocável a competência que for expressamente consignada pela Lei a um órgão ou agente públicos. Se isso é correto, seria rematado exagero atribuir ao texto constitucional uma abrangência que ele não tem. Tal tese levaria irremediavelmente à inconstitucionalidade do artigo 15 da Lei 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo) que expressamente restringe a possibilidade de avocação de competências pelo superior hierárquico.

<sup>84</sup> O Joaquim Barbosa GOMES, hoje Ministro do STF, tece forte crítica ao modelo de Agências no direito brasileiro no que tange à reduzida pluralidade de escolha dos seus dirigentes. Comparando com a experiência americana e francesa, assevera: "Objeto de críticas acerbas e das mais variadas naturezas, a principal delas sendo a de que constituem uma usurpação do poder que o Povo delega aos órgãos representativos, as agências norte-americanas foram paulatinamente se adaptando às exigências democráticas, evitando assim se livrar da pecha de que seriam uma espécie de ditadura de uma elite técnica, apolítica e irresponsável do ponto de vista político. Para aplacar tais críticas as leis que instituíram algumas das mais recentes agências americana impõem um 'entendimento bipartidário' como condição para nomeação dos quadros dirigentes da entidade. Já o Direito francês foi ainda mais longe. Adotando, por analogia, a fórmula escolhida pela Constituição da Quinta República para a nomeação dos membros da Jurisdição Constitucional, a legislação francesa sobre a matéria invariavelmente atribui, em proporções absolutamente idênticas, a competência para nomear os dirigentes das Autorités Administrative Indépendantes (denominação que tomam na França as agências reguladoras) às três mais importantes autoridades políticas eleitas do Estado: Presidente da República, Presidentes da Assembléia Nacional e do Senado. (...) Confrontando a forma de nomeação escolhida pelo legislador brasileiro com esses exemplos do direito comparado, chega-se à conclusão de que o Brasil manteve-se fiel à sua tradição de pouco caso para com os princípios democráticos." (Cf. "Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", cit., p. 99, 100)

## VI.c.ii. O artigo 87, Parágrafo único, I da CF

**VI.4.2.** Outros invocam o artigo 87, Parágrafo único, I. Melhor sorte não socorre ao argumento. O referido dispositivo da Constituição dispõe competir aos Ministros de Estado “*exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de competência ...*” além de referendar a atividade regulamentar do Presidente da República. Aqui valem os mesmos argumentos expendidos no tocante ao artigo 84, II. Não calha dar aos termos de orientação, coordenação e supervisão constantes do texto constitucional um caráter de ingerência na atividade dos órgãos vinculados aos respectivos ministérios. Aliás, aqui os termos utilizados pelo constituinte são menos imperativos que o poder de direção referido no artigo 84. Podemos ver nestas três atividades um caráter absolutamente compatível com aquela separação acima divisada entre políticas governamentais e políticas regulatórias, estas autonomamente executadas.

**VI.4.2.1.** Não fosse por isso, é da própria exegese do dispositivo que emerge a descaracterização da interpretação de que estaríamos diante de óbice constitucional à liberdade das Agências. O texto alude aos poderes de orientação, coordenação e supervisão a serem exercidos pelos Ministros “*na área de sua competência*”. Implica em dizer: estas atribuições serão exercidas nos lindes predcados pela competência de cada Ministério. Só que quem define competências é a Lei. Daí porque não se coadunaria com a boa prática hermenêutica extrair deste dispositivo uma vedação a que a Lei (repetimos, que é onde vem estipuladas as competências) reduza ou mitigue o poder de coordenação, supervisão ou orientação dos Ministérios em face dos órgãos de regulação.

**VI.4.2.2.** Ademais caso correta a tese ora refutada, teríamos que reconhecer como inconstitucional o artigo 44, § 1º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que determina que a Ordem dos Advogados do Brasil “*não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico*”. Ora sendo a OAB um ente autárquico incumbido da regulação profissional (o artigo 44, *caput*, fala em ser ela “*serviço público*”), a abrangência napoleônica que se quer dar ao artigo em apreço (e também ao 84, II, da CF) levaria a se enxergar inconstitucionalidade na ausência de vinculação hierárquica de entidade que, em última instância, exerce prerrogativas de regulação profissional (inclusive com fortes traços de exercício de poder de polícia).

## VI.d. Da constitucionalidade da concentração das funções dos poderes

**VI.5** Outra crítica que se faz, diz respeito ao fato de que as Agências, como nos esforçamos por demonstrar acima, exercem funções múltiplas, que perpassam o espectro de atividades inerentes a cada um dos três poderes. Entendendo, como entendemos, que a tripartição de poderes não envolve, nem de longe, uma segregação estanque de cada função estatal, não vemos em si impedimentos constitucionais à multiplicidade de funções das Agências. Veja-se, apenas a título de exemplo, a competência do Tribunal de Contas da União (órgão pertencente à estrutura do Poder Legislativo) de aplicar sanções diretamente aos administradores públicos (Cf. artigo 71, VIII) sanções pela prática de despesa ilegal ou irregular, o que em si poderíamos considerar uma função quase judicial. E o § 3º do artigo 71 da CF prevê que as multas terão eficácia executiva, passível de exigibilidade direta perante o Poder Judiciário, como se decisões judiciais fossem, ampliando o caráter de quase jurisdição à Corte de Contas<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Aliás, coincidência ou não, o artigo 73 da CF alude expressamente à *jurisdição* do Tribunal de Contas da União





**VI.5.1.** Ademais, sobre o tema, muito mais não conseguiríamos agregar ao ensino de Bilac PINTO que praticamente esgotou o assunto há mais de meio século<sup>86</sup> para concluir que *“Estamos sendo animados apenas pelo desejo de revelar que a outorga de funções jurisdicionais, normativas e administrativas às Comissões de Serviços de Utilidade Pública não vai de encontro aos princípios fundamentais do nosso direito constitucional.”*. E, desnecessário dizer, em sede do tema da tripartição de poderes, nossa Constituição não mudou substancialmente desde 1941.

#### **VI.d.i. Constitucionalidade dos poderes normativos das Agências**

**VI.5.2.** Sobre a outorga de poderes normativos para as Agências a doutrina muito tem debatido. Nós mesmos já pudemos defender tal prerrogativa em trabalho anterior<sup>87</sup>. Cumpre-nos apenas agregar um argumento, de ordem constitucional, para reforçar a possibilidade das Agências exercerem poderes normativos.

**VI.5.2.1.** Alega-se que a Constituição de 88 interditou a possibilidade de delegação normativa e que o artigo 84, IV, confere exclusivamente ao Presidente da República competência para regulamentar as leis aprovadas pelo Parlamento. A tese cai por terra quando vemos que no artigo 49, V, o constituinte, ao prever a competência do Congresso de sustar atos normativos infra-legais utilizou as seguinte construção: *“sustar atos normativos do Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”*.

**VI.5.2.2.** Duas conseqüências podem ser extraídas do dispositivo. Primeira: o poder normativo pode ser exercido, na forma que a lei dispuser, pelo Poder Executivo que, na Constituição, é mais amplo que o seu Chefe (cf. artigo 76). Segunda: o constituinte admitiu, ainda que genericamente, a possibilidade de delegação legislativa (caso contrário não haveria sentido em se referir a ela ao prever o exercício pelo Congresso do controle da atividade normativa delegada).

#### **VI.d.ii. Constitucionalidade dos poderes quase judiciais das Agências**

**VI.5.3.** No tocante aos poderes quase judiciais, é fato que não há a possibilidade destes poderes importarem em interdição ao controle judicial dos atos do regulador. Isso sim seria inconstitucional (Cf. artigo 5º, XXXV, CF).

<sup>86</sup> Cf. **“Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública”**, cit., páginas 151 a 191.

<sup>87</sup> Afirmei: *“Deveras, na medida em que se coloca intrínseco ao órgão regulador o exercício de uma forte atividade regulamentadora, interconectada com as especificidades e complexidades próprias ao âmbito de sua regulação, advém a incompatibilidade desta atividade com o pressuposto de vinculação estrita da atividade administrativa à lei. A incompatibilidade exposta aqui com relação à legalidade decorre, justamente, do caráter de mediação e de articulação que os órgãos reguladores cumprem em face dos diversos interesses públicos enredados em sua atividade.. Disso advém uma enorme dificuldade em operar dentro dos padrões rígidos e hierarquizados do positivismo jurídico e do cânone da legalidade, centrais ao paradigma até então vigente. Daí Sabino Cassese observar que as autoridades independentes não perdem seu caráter de legitimidade, estando subordinadas não ao princípio da legalidade, mas apenas à “règle de droit”. O fato é que a atuação destes órgãos reguladores reflete a crise vivida pelo princípio da legalidade, crise esta que não decorre meramente do fenômeno do surgimento das agências, mas da própria profusão de fontes normativas. Aqui parece se colocar a chave para superar a crítica, sempre presente, relativa à suposta contraposição entre a nova regulação estatal e o princípio da legalidade. A oposição não está entre as competências e funções das agências e a figura da lei como fonte necessária das competências do agente público. O que parece estar em questão é a motriz da legalidade. Ou seja: o tipo de prescrição que deverá estar contida no comando legal. Presente parece estar a inviabilidade de se pretender que o princípio da legalidade imponha que a norma legal deva trazer, precisamente, o conteúdo, a forma, a oportunidade e a ocasião do exercício da atividade regulatória. Em crise está, não o princípio da legalidade, mas o conteúdo totalizador da prescrição legal. Daí porque assistimos ao advento de uma nova motriz normativa, marcada pelo surgimento do que Eros Grau denomina por “normas-objetivo”. A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a Lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob controle do judiciário e do próprio Legislativo<sup>87</sup>) ampla margem de atuação. Atuação esta que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na Lei para serem implementados no setor regulador. Operar neste contexto impõe aos administrativistas desafios abissais, que, inobstante, já têm sido enfrentados, como demonstra a construção do princípio da preferência alinhavado por Alessandro Pizzorusso.”* (Cf. meu **“A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes”**, cit., página 94).



**VI.5.3.1.** Porém, não nos parece que seja irritado à Constituição que órgãos não judiciais exerçam a composição de interesses e que tais decisões tenham caráter de exigibilidade. Isso já ocorre com os Tribunais Arbitrais e com as comissões de conciliação, sem questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

## **VI.e. O controle das Agências**

**VI.6.** Uma última crítica vale a pena abordar. Trata-se da suposta ausência de controle das Agências. Embora tenhamos conosco que os mecanismos de controle mereçam um aperfeiçoamento, não é verdade que as Agências não se submetam a qualquer tipo de controle.

**VI.6.1.** Elas estão submetidas a quatro espécies de controle: **i)** o controle de gestão (exercido principalmente pelos Tribunais de Contas) e referente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo; **ii)** controle quanto ao cumprimento das políticas públicas que, no nosso modo de ver, deve ser exercido predominantemente pelo Poder Legislativo mediante exigência de relatórios semestrais e arguições em Comissões específicas do Parlamento; **iii)** controle contra abusos e ilegalidades, que deve ficar predominantemente a cargo do Poder Judiciário, podendo ainda, no caso de exorbitância do poder normativo delegado, ser exercido pelo Legislativo que, como mostramos, tem competência constitucional para sustar tais atos quando exorbitantes; e por derradeiro **iv)** o controle quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação que deve ser exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e principalmente pela sociedade.

Portanto, parece-nos falacioso pretender questionar o modelo das Agências sob a alegação genérica de que elas se constituem como entes estatais não submetidas a qualquer controle. Insistimos neste ponto: a moderna configuração do Estado brasileiro já abandonou de há muito a tradição segundo a qual só haveria controle dos entes da Administração mediante o processo hierárquico. Hoje não só os poderes crescentemente se controlam de forma recíproca, como crescem os instrumentos de controle pela sociedade sobre a atividade estatal, administrativa em particular. Se temos muito a avançar em termos de controle (e no capítulo seguinte enuncio algumas trilhas para tanto), esse avanço certamente não se daria no sentido das mais obtusas e arcaicas concepções de Administração pública.

## **VII. Dez Sugestões para o Aperfeiçoamento do Modelo de Agências**

Cumpra, já caminhando para a conclusão deste já longuíssimo texto, entabular uma dezena de aperfeiçoamentos que, cremos, poderiam ser introduzidos no cenário jurídico brasileiro, aprimorando-o.

### **VII.a. A necessidade de uma lei geral sobre o regime jurídico das Agências**

**VII.1.** Primeiro, entendemos ser o tempo de, aproveitando a experiência acumulada, caminharmos para ter uma lei geral do regime das Agências reguladoras. Tal Lei<sup>88</sup> serviria para: i) dividir quais são os requisitos para um órgão ser considerado uma Agência independente de regulação (evitando a proliferação desmedida de agências cujo objeto não se coaduna com a figura aqui tratada); ii) uniformizar o regime jurídico das Agências, facilitando sua operação e o controle de suas atividades; iii) solucionar questões ainda não resolvidas no tocante ao regime aplicável a estes órgãos reguladores, as quais vão desde o processo de indicação do dirigente máximo do órgão, até o regime de pessoal de seus agentes.

<sup>88</sup> Tal Lei, evidentemente, seria uma lei nacional. Por certo a organização administrativa não é matéria de competência legislativa exclusiva ou privativa da União. Porém o fato de ser editada, no âmbito federal, uma Lei prevendo um regime jurídico para as Agências traria um paradigma, uma baliza legislativa que poderia orientar Estados e Municípios na estruturação jurídica e administrativa destes novos órgãos.



## VII.b. O controle das Agências

**VII.2.** Segundo, cremos que há necessidade de se aprimorar o mecanismo de controle das atividades das Agências. Esse aperfeiçoamento deve ser efetivado mediante o envolvimento do Legislativo nesse *mister*. Duas formas de controle parecem-me adequadas. De um lado, a possibilidade de convocação dos dirigentes das Agências para comparecer perante as comissões temáticas afetas à área de regulação específica. De outro, a obrigação das Agências encaminharem ao Congresso, às Assembléias ou Câmaras de Vereadores (conforme o âmbito de atuação do órgão regulador) relatórios periódicos (semestrais ou anuais) sobre o “estado da arte” da regulação. Da análise destes relatórios poderiam advir recomendações e orientações (não vinculantes) ou mesmo censura sobre as condutas das Agências, quando estas se revelarem destoantes das políticas de Estado ou inaptas aos objetivos da regulação. É importante lembrar que, enquanto nos Estados Unidos o modelo de agências independentes surgiu de uma reação do Parlamento no sentido de restringir poderes do Presidente, no Brasil o Legislativo não havia se apercebido, até agora, do importante papel que deve cumprir no controle da atividade regulatória. Neste sentido, vemos com grande simpatia tanto o Projeto de Emenda Constitucional que prevê a possibilidade do Congresso convocar<sup>89</sup> os dirigentes de Agências, como o Projeto de Lei do Senador Arthur Virgílio Neto que prevê a criação de órgão de controle externo da atividade das Agências.

## VII.c. A articulação entre órgãos de regulação

**VII.3.** Outro ponto, que está a carecer melhor tratamento legislativo, é a articulação entre os órgãos reguladores setoriais e os órgãos de tutela dos interesses gerais (difusos) da sociedade. Cremos haver um vácuo na grande maioria das legislações setoriais no que toca à articulação das Agências quer com os órgãos de defesa da concorrência, quer com os órgãos de proteção ao consumidor. A previsão de instâncias de integração e de processos de articulação se mostra fundamental para aprimorar a regulação.

## VII.d. A efetivação do juízo técnico no processo de indicação dos dirigentes das Agências

**VII.4.** A outra linha de sugestões é mais comportamental do que estrutural. Trata-se da necessidade de que o legislativo se envolva mais no processo de arguição e aprovação dos dirigentes das Agências. Há uma tradição no Parlamento de se referendar as indicações do Executivo, sem grandes questionamentos ou investigações acerca dos atributos do indicado. É necessário que sejam avaliadas suas condições subjetivas e objetivas para o exercício das relevantes funções para as quais é o candidato indicado.

## VII.e. Maior pluralismo nas Agências

**VII.5.** Cremos ser ainda necessário pensarmos em ampliar os mecanismos de representação plural nos órgãos de direção das Agências. A descoincidência e o escalonamento dos mandatos vão neste sentido. Mas é necessário avançar. Prever-se a indicação de representantes das várias forças políticas, nos Conselhos Consultivos das Agências ou de que sejam previstos critérios alternados de indicação dos dirigentes (como ocorre com os membros dos Tribunais de Contas – artigo 73, § 2º, CF) podem ser positivas medidas. Isso porque constitui garantia da independência e da neutralidade das

<sup>89</sup> É interessante notar que a Constituição prevê competência para a Câmara o Senado e suas Comissões **convocar** Ministros de Estado (artigo 50 e artigo 58, §1º, III, CF) e de órgãos vinculados à Presidência da República, prevendo inclusive a tipificação da recusa de comparecer como crime de responsabilidade. Porém, os dirigentes das Agências (que não tem estatuto de Ministro, nem dirigem órgãos vinculados à Presidência) a Carta alude apenas a competência das Comissões para **solicitar depoimento** (Cf. artigo 58, §1º, V), sem qualquer caráter imperativo. Parece, pois, que o texto constitucional está a merecer reforma, estendendo o regime de convocação obrigatória do artigo 50 também para os dirigentes dos órgãos independentes de regulação.



Agências a existência de uma pluralidade de visões e posturas políticas no seu seio, refutando assim as críticas que se tem feito sobre o déficit democrático das Agências.

## **VII.f. O incremento da transparência e participação popular**

**VII.6.** Parece muito importante o incremento nos mecanismos de permanente transparência e participação da sociedade na atividade das Agências. Isso pode ser obtido tanto por mecanismos procedimentais (obrigar que todas as sessões ou reuniões deliberativas das Agências sejam abertas ao público) como pela adoção de uma postura mais ativa das Agências no sentido de incentivar a participação dos grupos interessados na regulação (e não apenas os operadores econômicos) nos processos de consulta e audiência públicas.

## **VII.g. A descentralização territorial**

**VII.7.** Importante também é a descentralização da atividade das Agências, particularmente as federais. Aumentar a capilaridade e a penetração dos órgãos de regulação favorece tanto a percepção pelo indivíduo da atividade do regulador, quanto torna mais eficiente a atividade reguladora, particularmente na sua dimensão de fiscalização e proteção do consumidor. Neste sentido o modelo praticado na regulação do setor elétrico (convênios da ANEEL com reguladores estaduais) parece um bom paradigma.

## **VII.h. As Agências e os consumidores**

**VII.8.** Na esteira das duas últimas sugestões, cremos ser necessário introduzir mecanismos de institucionalização dos consumidores na atividade regulada. Isso deve ser feito pelas Agências, a quem caberia incentivar<sup>90</sup>, favorecer e, no limite, obrigar os agentes econômicos regulados a criar comitês de usuários ou grupos de representação para atuar como agentes de fiscalização, controle e informação para a própria Agência. Neste sentido a regra constante da Lei de Proteção aos Usuários de Serviços Públicos do Estado de São Paulo parece-nos boa.

## **VII.i. A explicitação das fronteiras entre políticas**

**VII.9.** Outro problema de que o modelo ressentido, em muitos setores, é a indefinição, nos marcos legais, das fronteiras entre políticas públicas e políticas regulatórias. É necessário (e aqui não se pode fazer de forma unificada para todos os setores, mas segregadamente para cada ordenamento setorial) que a Lei aparte competências e delimite os marcos das políticas de Estado e os papéis do governo e das Agências em face do setor regulado. Com isso, haverá um embate forte no processo legislativo, mas, cremos, uma melhora na relação institucional governo - Agência daí para adiante.

## **VII.j. A imprescindibilidade de se garantir meios e recursos para o funcionamento das Agências**

**VII.10.** Deixamos para o final a sugestão talvez mais relevante. É necessário assegurar às Agências não só os meios para atuar (recursos financeiros, pessoal, etc.), como também dotá-las de garantias de que não serão esvaziadas na sua independência administrativa e de gestão. Por mais que se debatam temas referentes à independência orgânica, é na seara administrativa que vem residindo a maior ameaça ao funcionamento das Agências. Contingenciamentos de verbas, corte de pessoal, políticas de redução salarial, indefinição dos critérios de contratação de funcionários, tudo isso ameaça muito mais o modelo regulatório do que qualquer outra discussão jurídica ou institucional.

<sup>90</sup> O que, aliás, vem previsto, para o caso dos serviços públicos objeto de concessão, como obrigação do poder concedente, no artigo 29, XII, da lei 8.987/95.



## VIII. Conclusão

**VIII.1.** Após termos discorrido sobre pontos demasiadamente intrincados que envolvem a reestruturação do papel do Estado e a criação das Agências de regulação no Brasil, eventual debate que surja em torno do tema, tal como asseverado no início da presente análise, não seria surpreendente.

O tema é naturalmente polêmico, pois envolve não apenas reformas estruturais nas instituições do nosso país e no modelo político de desenvolvimento econômico, como fundamentalmente reflete a mudança de paradigma nas relações entre Estado e sociedade. Nada obstante, a despeito das críticas, não resta dúvidas de que sobreviverá às severas contestações que vem sofrendo.

O atual estágio da inserção e desenvolvimento regulatório em nosso país nos remete ao período vivido nos Estados Unidos no início da década de 30.

**VIII.2.** Neste período, ao assumir o governo norte americano, o Presidente Roosevelt protagonizou um momento que poderia ter sido derradeiro na história das Agências independentes. Como acima dividido, foi a partir da resistência de Roosevelt em aceitar um dirigente de órgão regulador (*Federal Trade Commission - FCC*) indicado pelo seu antecessor e adversário político (o ex-presidente Hoover) que levou a Suprema Corte a afirmar, pela primeira vez, a constitucionalidade da independência das Agências de regulação (entendimento consagrado no célebre caso EEUU x Humphrey<sup>91</sup>) e a possibilidade de investidura por prazo certo para seus dirigentes.

**VIII.3.** Contraditoriamente, foi no governo Roosevelt (durante o que se convencionou chamar de *New Deal*), que as Agências de regulação assistiram ao seu período de maior fortalecimento, constituindo-se num dos principais instrumentos de ação do Estado durante a reconstituição da economia norte americana.

Naturalmente o Brasil é um país com características distintas dos EUA e a importação do modelo das Agências de regulação impõe adaptações ao nosso sistema jurídico, bem como aos nossos objetivos políticos, econômicos e sociais. Nada obstante, as Agências não deixam de ser um instrumento de fortalecimento do Estado em relação à sociedade e ao mercado, pois são instrumentos eficientes para lidar com as particularidades das sociedades complexas, globalizadas do ponto de vista econômico, cultural e social, neocorporativista do ponto de vista organizacional e pluralistas do ponto de vista político.

Nesta perspectiva, como mencionado nesta análise, a estrutura institucional das Agências reguladoras orientam a intervenção estatal para identificar, filtrar e consagrar os interesses da sociedade, em detrimento do ultrapassado modo de intervenção autoritário, orientado pela necessidade em consagrar o "interesse público", que marcou a atuação estatal em nosso país até meados da década de 90.

Ademais, o modo "autoritário" de intervenção do Estado na sociedade, especialmente no "campo da produção", foi responsável durante décadas por intervenções conjunturais, que criavam um ambiente de alta instabilidade para decisões econômicas.

Daí uma das principais características das Agências de regulação ser a **independência em relação ao governo central**. Como afirmado anteriormente, a independência dos órgãos reguladores não representa a exclusão da intervenção estatal, mas apenas a substituição da intervenção direta do Estado na ordem econômica. O Estado estará presente, porém definindo os marcos regulatórios. O que será substancialmente distinto, será a forma de intervenção, seja no que concerne aos seus pressupostos, como objetivos e instrumentos.

No lugar da postura autoritária e hierárquica do Estado na definição de metas e escolha dos instrumentos, temos uma estrutura heterárquica que privilegia a negociação e mediação entre agentes

<sup>91</sup> Cf. Parágrafo IV.5.3.1. supra



econômicos (Estado, prestadoras e consumidores). Em vez do monopólio estatal nos setores de utilidade pública, temos a competição como instrumento e a universalização como meta.

Daí a noção de regulação como o instrumento pelo qual se mantém o equilíbrio dentro de um dado sistema a partir do balanceamento entre sua racionalidade interna e a racionalidade externa ao seu ambiente, sem que isso inviabilize ou destrua o setor regulado. Esta concepção de regulação é notadamente mais ampla do que a atribuída pelas escolas liberais, as quais a identificam com os processos de desregulação, reduzindo-a à mero instrumento para correção das “falhas de mercado”.

De outra sorte, a definição da regulação como mecanismo de preservação do equilíbrio dentro de um dado setor explica o arquétipo das Agências. A sua estrutura institucional será o instrumento pelo qual as demandas internas e externas ao setor regulado serão captadas e filtradas (permeabilidade), transformando-se, ao final de um processo (ou procedimento) transparente e neutro, em decisões sobre o setor regulado.

Deste modo, a estrutura institucional pelas quais as Agências foram e são concebidas refletem a necessidade de municiá-las com os instrumentos necessários para a consecução dos seus fins. Daí sua competência ampla sobre o setor que regula; a concentração de funções adjudicatórias, normativas e administrativas; a especialização técnica – instrumento indispensável para que as agências possam “filtrar” as demandas internas e externas ao sistema regulado e detenham capacidade para processar as mesmas, respondendo à sociedade em tempo real e de modo pragmático; a sua independência orgânica e administrativa, o que permite insulá-las de políticas conjunturais; e sua autonomia de gestão, autonomia financeira e liberdade para auto-organizar-se (serviços, regime de pessoal, etc.).

Por fim, se por um lado a criação de Agências de regulação em nosso país é produto da mudança de paradigma pelo qual se reestrutura a relação entre Estado e sociedade, por outro, tal mudança não fere o modelo de Estado Democrático de Direito. A legitimidade democrática das Agências está no processo de sua **criação**, cujos foros são o Poder Executivo e Legislativo, poderes pelos quais se manifesta a soberania do povo; na sua **afirmação**, cujo foro são as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, especialmente nos Tribunais Superiores; e na sua **confirmação**, cujo foro é a própria sociedade, a qual participa do processo de produção das decisões no âmbito das Agências, sejam estas decisões normativas ou adjudicatórias, dando eficácia social ao instituto. Neste momento, as Agências se confirmam como instrumentos pelos quais, em última instância, consagram políticas de Estado.

**VIII.4.** Resta evidente que o que tentamos fazer aqui foi menos uma defesa das Agências e mais um esforço para demonstrar a sua importância no processo de fortalecimento do Estado. Por isso, a preocupação em demonstrar o risco causado pela crítica visceral e irrefletida ao modelo de regulação por meio de Agências.

Aqueles que vêem as Agências como um mal, não vislumbram sua dimensão como instrumento hábil para superar a crise do Estado contemporâneo. Com isso, eliminam uma via alternativa, abrindo espaço para que ecoe apenas o pensamento econômico conservador (diria até, neoliberal), que vê nas Agências um mal, defendendo não um novo tipo de intervenção estatal, mas a supressão total da intervenção, substituída por mecanismos de regulação pelo mercado. Ao fazermos a crítica pelo ângulo do fortalecimento do Estado, o que se pretende é justamente advogar o enfraquecimento daquele (mercado). Talvez o profícuo debate que ora se trava seja o prelúdio do nosso *New Deal*. A ver.



## ANEXO - SUMÁRIO

1. A criação de Agências de Regulação foi fruto de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, particularmente com a ordem econômica. A lógica da intervenção estatal prevalecente entre nós até há pouco tempo era centrada na supremacia do interesse público (entendido como interesse do Estado-nação) sobre os interesses privados. Esse interesse público era incontrastável pelo indivíduo. Os objetivos perseguidos pelo Estado eram de natureza geral, mormente sem grande preocupação com o equilíbrio específico do setor onde recaía essa intervenção;
2. Neste contexto, em que a intervenção se dava mediante assunção pelo Estado da exploração de atividades econômicas relevantes ou essenciais, a política de preços (sejam tarifas – no caso de atividades consideradas serviços públicos – sejam simples preços praticados por empresas estatais) era definida no ambiente político, a partir da avaliação de fatores que pouco ou nada se relacionavam com os interesses específicos do setor regulado. A consequência disso eram a instabilidade regulatória e a inviabilidade da ação privada em setores sujeitos à intervenção estatal;
3. As transformações ocorridas nos últimos anos apontam para uma redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma de intervenção. Tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços, de modo que o que é relevante para o advento da atividade regulatória estatal não é, pois, a supressão da intervenção estatal direta na ordem econômica mas basicamente i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor e ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta);
4. A atividade estatal de regulação é uma forma de intervenção estatal na economia, que nos seus pressupostos, objetivos e instrumentos difere substancialmente da intervenção direta no domínio econômico; **difere nos seus pressupostos** porque a intervenção regulatória é muito mais pautada pelo **caráter de mediação** do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditada pela autoridade do Estado, de modo que este exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências; **difere dos seus objetivos** porque, contrariamente ao que ocorre na intervenção estatal direta, os objetivos se deslocam dos interesses do Estado-nação e passam a se identificar mais com os interesses da sociedade (tanto os interesses dos cidadãos – consumidores efetivos ou potenciais de bens econômicos – quanto os interesses subjacentes às relações econômicas); **difere nos instrumentos** porque a regulação vai demandar a construção de mecanismos de intervenção estatal que permitam efetivar essa nova forma de relacionamento com os agentes econômicos. Os espaços de exercício da regulação deverão ser aptos ao exercício da mediação e da **interlocução com os agentes envolvidos no setor regulado**;
5. A moderna noção de regulação remete à idéia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado, o qual poderá envolver a introdução de interesses gerais, externos ao sistema, que deverão ser processados pelo regulador de forma que a sua consecução não acarrete a inviabilidade do setor regulado. Por isso, a ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) e as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.);



6. Diante da concepção de regulação apresentada acima (item 5), descabe integralmente a tese de se associar a quebra de monopólios, a desestatização ou a abertura de setores à competição como mecanismos necessariamente desregulatórios. Estes processos propõem o desenvolvimento de uma nova forma de regulação, possivelmente mais firme e consistente. Absolutamente improcedente querer associar as transformações no papel regulador do Estado aos processos de supressão da intervenção estatal sobre o domínio econômico. A reforma regulatória por nós vivenciada vai no sentido exatamente contrário dos processos de desregulação ou de auto-regulação pelo mercado;
7. A atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função estabilizadora (preservar o equilíbrio do mercado), mas compreende também alguma função redistributiva. Tanto é assim que o texto constitucional (artigo 174), ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista dentre suas incumbências a função de incentivar e planejar atividades econômicas, o que dá à regulação uma conotação muito mais ampla do que a simples "correção de falhas de mercado". Porém, é importante que se repita, esse caráter redistributivo (ou, como prefiro, de consecução de objetivos públicos extra sistema econômico) coloca-se pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado;
8. Cumpre separar a **atividade regulatória da atividade regulamentar**. A atividade de **regulação estatal** envolve funções muito mais amplas do que a **função regulamentar**. Esta consiste em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial. A regulação estatal envolve atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. Sem essa completude de funções não estaremos diante do exercício de função regulatória;
9. O artigo 174 da CF imputa ao estado o papel de "agente normativo e regulador da atividade econômica" (a qual é aqui utilizada no sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas em sentido estrito como aquelas consideradas serviços públicos). Logo, tal função reguladora deve se dar tanto sobre atividades econômicas em sentido estrito (aquelas cuja exploração está sujeita ao regime privado, de mercado), quanto sobre aquelas atividades que tenham sido eleitas pela Constituição ou pela Lei como serviços públicos. Se nestas últimas a regulação estatal é inerente ao próprio regime de prestação, naquelas a regulação também se justificará caso estejamos diante de um setor relevante ou essencial da vida econômica. Ora, se o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, **regular não é sinônimo de regulamentar**;
10. O Estado, no exercício da sua atividade regulatória é orientada pela perspectiva de intervir em setores da economia: **i)** sem afastar a participação dos agentes privados; **ii)** separando as tarefas de regulação das de exploração de atividade econômica, mesmo quando remanescer atuando no setor por ente controlado seu; **iii)** orientando sua intervenção predominantemente para a defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas travadas no setor regulado; **iv)** procurando manter o equilíbrio interno ao setor regulado de modo a permitir a preservação e incremento das relações de competição (concorrência), sem descurar da tarefa de imprimir ao setor pautas distributivas ou desenvolvimentistas típicas de políticas públicas; e, por fim, **v)** exercendo a autoridade estatal por mecanismos e procedimentos menos impositivos e mais reflexivos (permeáveis à composição e arbitramento de interesses), o que envolve maior transparência e participação na atividade regulatória;





11. Em síntese as características essenciais dos entes estatais que deverão se incumbir da regulação estatal a saber: **i)** serem órgãos públicos; **ii)** que concentrem várias funções e competências; **iii)** voltadas para um setor da economia que demande significativa especialização; **iv)** marcados pela busca de equilíbrio entre interesses envolvidos com a atividade regulatória e **v)** que atuem com significativa neutralidade em relação a estes interesses;
12. O **caráter público** destes entes reguladores tem dupla acepção. São públicos porque não de ser órgãos do Estado (pois, reitere-se, estamos tratando de regulação estatal que não deve ser confundida com regulação pelo mercado ou auto-regulação), dotados de autoridade e revestidos das prerrogativas e condicionantes inerentes a todos órgãos públicos (v.g., que manejam poder extroverso). Porém, são públicos também no sentido de abertos ao público, é dizer, transparentes na sua forma de atuação e permeáveis à participação dos administrados (regulados ou cidadãos) no exercício da autoridade;
13. A **concentração de funções** decorre do caráter pragmático e finalístico da regulação (o que legitima a atuação do regulador é sua capacidade de, eficientemente, combinar o equilíbrio do sistema regulado com o atingimento de objetivos de interesse geral preditados para o setor);
14. A **especialização**, elemento típico da atividade regulatória, exige que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Neste sentido, a especialidade se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional;
15. O **Equilíbrio** entre os interesses envolvidos deve se manifestar também em duas acepções. De um lado, o equilíbrio traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado. De outro lado o equilíbrio se traduz também na necessária estabilidade que deve ser assegurada na regulação. Voltando-se ela para setores em que se quer ver vicejar a competição e a atuação dos atores privados, coloca-se como essencial que a regulação não só não obste como também promova a previsibilidade de expectativas;
16. A **neutralidade** (equidistância) exige que o ente regulador mantenha-se imparcial em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do poder público, de modo que deve exercer com prudência e proporcionalidade suas competências, de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação;
17. O termo "Agência" gera três problemas conceituais na tradição jurídica brasileira. O primeiro decorre da indefinição terminológica ditada desde logo pela origem americana do nome, onde o termo *agencies* é utilizado para designar o gênero órgãos públicos, envolvendo tanto aqueles órgãos que aqui se quis designar (*as independent regulatory agencies* ou *independent regulatory commission*) quanto outros órgãos não dotados das características de órgãos reguladores (o que lá nos EUA designam-se *executive agencies*). O segundo, problema se relaciona à dificuldade de encaixe do termo na tradição do direito brasileiro, pois não necessariamente os entes incumbidos de regulação carecem de se constituir na configuração jurídica de agências. A terceira crítica à designação utilizada decorre do fato de que quando a Constituição Federal (Cf. artigo 21, XI e artigo 177, § 2º, III) fez referência expressa a entes reguladores, utilizou do termo *órgão regulador* e não *agências*;
18. Por uma questão didática e metodológica, de nossa parte preferimos utilizar o termo *Autoridades Reguladoras Independentes* para designar estes entes reguladores de nova geração. Essa designação (constante na doutrina européia, portuguesa em particular) tem o mérito de nela embutir os três aspectos centrais para caracterização das Agências: serem elas **i) órgãos públicos**, dotados de **autoridade**; **ii)** voltados ao exercício da **função de regulação** e **iii)** caracterizados pela **independência**;



19. O caráter de **órgão público** das Agências, dotadas que são de **autoridade**, lhes garante poder extroverso. Por isso, exercem funções típicas de Estado tanto no que toca ao seu caráter institucional (essencialidade, estabilidade e indelegabilidade das funções públicas que lhe são cometidas), quanto no que tange ao caráter mais amplo de suas funções, que desbordam dos lindes de singelas funções administrativas.
20. No exercício das suas funções regulatórias as Agências reúnem os seguintes poderes: i) **poder normativo**, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) **poder de outorga**, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; iii) **poder de fiscalização** do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimentos de regras ou objetivos regulatórios; iv) **poder sancionatório**, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; v) **poderes de conciliação**, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica; e por fim vi) **poderes de recomendação**, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a Agência, do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas;
21. É essencial às Agências que reúnam conhecimentos e especialidades sobre o setor objeto da regulação. A capacidade técnica do regulador é um requisito para a própria legitimação da regulação. Quanto mais as Agências (e seus agentes) dominarem os códigos, necessidades e possibilidades do setor regulado, mais a regulação será eficiente e menor será a assimetria de informação entre regulador e regulado. A **capacitação técnica** deve ser perseguida em **dois momentos**. Primeiro, no **recrutamento de seus agentes** (não só dirigentes, mas também os seus funcionários), para os quais devem ser levados em consideração fatores de capacidade específica, conhecimento técnico e, eventualmente, experiência no setor regulado. Depois, no **preservação de condições** para que a Agência mantenha-se permanentemente atualizada e informada, dispondo de **meios e instrumentos** não só para exigir dos regulados informações e conhecimentos por eles detidos, como também para acervar estudos, consultorias, pesquisas e para manter seu pessoal permanentemente incentivado e treinado;
22. As Agências devem ser necessariamente **permeáveis à sociedade**. A permeabilidade tem dois sentidos. De um lado, se revela no diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação. Não será porque o operador haverá de se submeter ao regulamento, à licença, ao plano ou ao contrato que ele não deverá ser ouvido, participar, negociar e tentar fazer prevalecer seus interesses. Porém, a permeabilidade não pode se revelar apenas na interlocução com os sujeitos à regulação. Ela deve se efetivar também perante os potenciais beneficiários da atividade das Agências. Ou seja, o órgão regulador deverá buscar, permanentemente, a participação dos demais atores da sociedade (consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos outros que não os operadores regulados). Isso envolve não só a abertura de canais institucionais com os administrados, mas especialmente a promoção de espaços de interlocução com entidades que buscam representar os cidadãos. A contrapartida à permeabilidade é o risco da captura pelo interesse dos regulados. Este risco, porém, é inerente à própria regulação e não decorre do fato dela se dar com abertura ao diálogo com o regulado. De outro lado, quanto



mais aberta e institucionalizada for essa permeabilidade, mais controle poderá ter a sociedade para coibir a captura. Por fim, a impermeabilidade do regulador em face dos interesses regulados pode pôr em risco a legitimidade da regulação, pois fará com que a aceitação das pautas regulatórias repouse exclusivamente na imposição por força da autoridade, cuja capacidade e eficácia é limitada;

23. **A atuação das Agências deve ser marcada pela processualidade.** O manejo da ampla gama de poderes que detêm as Agências obriga que, no seu exercício, estejam elas absolutamente adstritas ao devido processo legal, na sua acepção mais ampla (devido processo legal substantivo). O traço de processualidade, portanto, se manifesta tanto pela observância da idéia de processo (que compreende a figura de partes e o respeito aos seus direitos e à sua participação para o manejo da função pública), quanto no aspecto procedimental (detalhamento do rito e dos procedimentos a serem necessariamente observados pelo regulador para exercício de suas atividades);
24. O aspecto da independência constitui traço essencial destes órgãos. Os instrumentos asseguradores da independência são os que permitirão o exercício da regulação com vistas ao equilíbrio do sistema regulado e à impressão (ponderada e prudente) das pautas de políticas públicas definidas para o setor. A independência se demarca a partir de instrumentos jurídicos, mas só se consagra se o regulador detiver meios e instrumentos para bem exercer suas funções e tiver rigor e transparência para assegurar à sociedade que os objetivos da regulação continuam sendo públicos. A independência das Agências deve se manifestar em relação a todos os interesses envolvidos com a atividade regulatória. Porém, do ponto de vista jurídico e institucional é perante os órgãos de governo que a independência se mostra mais polêmica;
25. Identificamos duas espécies de independência. De um lado, temos a **independência orgânica**. De outro, a **independência administrativa**. Trata-se de dimensões distintas, mas que se complementam particularmente porque a independência orgânica será inviabilizada se o órgão regulador não possuir mecanismos que assegurem independência na sua gestão.
26. A **independência orgânica** pertine ao exercício das atividades-fim da Agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor. Já daí percebe-se que **a independência orgânica se presta a assegurar ampla autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios e se compõe a partir da estabilidade dos dirigentes e da não subordinação hierárquica das Agências ao Poder Executivo central**. A **independência administrativa** ou de gestão cuida de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador. Trata-se de dotá-lo de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder central. Ela se traduz nos seguintes mecanismos **i)** a autonomia de gestão do órgão; **ii)** autonomia financeira; **iii)** liberdade para organizar seus serviços; **iv)** regime de pessoal compatível;
27. **A autonomia de gestão do órgão:** envolve dotar a Agência da capacidade de organizar e gerir seus orçamentos (claro que observadas as regras gerais de direito financeiro e os mecanismos de controle da gestão pública), alocando os recursos disponíveis nas atividades que, ao ver do órgão, sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades. Tal autonomia, no nosso entender, interdita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal. Ela também torna absolutamente incompatível com as Agências Reguladoras a previsão de contratos de gestão como, por exemplo, ocorre no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL – conforme previsão do artigo 7º da Lei nº 9.427/96;
28. **A autonomia financeira:** se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros necessários à atividade da Agência não dependerão da gestão do tesouro (ou seja, sua liberação não demandará boa vontade do



poder central). **A pior captura que pode acometer uma Agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício, transformando-a num simulacro;**

29. **A liberdade para organizar seus serviços:** Trata-se da liberdade para determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias. Isso envolve (obviamente observadas as condicionantes previstas na Lei que criou a Agência) não só a prerrogativa de organizar-se funcionalmente, como também de distribuir-se regionalmente. Envolve também a liberdade para optar por firmar contratos ou convênios para obter o concurso de terceiros
30. **Regime de pessoal compatível:** exige que as Agências tenham um **regime de pessoal compatível** com a natureza das suas atividades. Isso implica dizer que nas Agências haverá três ordens de regimes de pessoal, pois não faz qualquer sentido que os dirigentes dos órgãos de regulação tenham estabilidade (mandatos, não indenizabilidade imotivada) e os demais agentes sejam demissíveis por ato de vontade quer dos dirigentes das Agências, quer (o que é pior) da Administração central;
31. **As Agências são instrumentos legítimos de consagração da democracia.** Esta pressupõe instrumentos para que, observados os ritos e o processo institucional, se implementem os objetivos gerais da política macro do governante eleito (só os marcos gerais podem ser eleitoralmente referendados), obrigando uma negociação com os outros setores da sociedade (mesmo os derrotados eleitoralmente) e permitindo mecanismos de controle e validação do que será implementado, considerando todos os interesses envolvidos. A legitimidade democrática pressupõe não só o respeito à Lei e à Constituição, mas o respeito às institucionalizações. O acúmulo democrático, num país de tradições patrimonialistas como o Brasil, tem sido feito em grande medida pelo fortalecimento das instituições. A própria possibilidade de contar com instituições estáveis, ainda que restrinja um tanto a margem de atuação do governante, por outro lado lhe confere a garantia de que as pautas políticas por ele perseguidas terão respaldo e sustentação institucional quando implementadas. Seria um despropósito inquirir a regulação pelas Agências independentes de um caráter intrinsecamente antidemocrático justamente por elas se prestarem a garantir alguma estabilidade ao jogo econômico e alguma institucionalidade à intervenção estatal. E isso sem impedir que haja mudanças nas políticas públicas setoriais;
32. **Políticas de Estado** são aquelas definidas, por Lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo. Nelas vêm consignadas as premissas e objetivos que o Estado brasileiro, num dado momento histórico, quer ver consagrados para um dado setor da economia ou da sociedade. **As políticas de Estado** não de ser marcadas por um traço de estabilidade, embora possam ser alteradas para sua adequação a um novo contexto histórico, bastando para isso a alteração no quadro legal; são necessariamente estruturantes, tanto das políticas governamentais quanto das políticas regulatórias e constituem a base das políticas públicas setoriais;
33. **Políticas de governo** são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor. Não de estar adstritas, obviamente, às **políticas de Estado**. A **política de governo** condiciona (ainda que não elida) as **políticas regulatórias**;
34. As **políticas públicas** são compostas por normas, princípios e atos voltados a um objetivo determinado de interesse geral. As políticas públicas não de ser estabelecidas no espaço governamental, conjugando os objetivos e princípios das **políticas de Estado** – previstas em Lei ou na Constituição – com as metas e orientações de políticas governamentais. São elas definidas, necessariamente, a partir de mediações políticas. Embora não se confundam com as **políticas regulatórias**, as **políticas públicas**, nos setores sujeitos à nova regulação, serão implementadas, em grande medida, pelo manejo destas últimas. Daí ser inevitável reconhecer uma **relação de dependência e complementaridade** entre ambas;



35. As **políticas regulatórias** são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição de **políticas regulatórias** envolve a **ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção**. Envolve a **escolha dos meios e instrumentos** que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais. Não se admite que o manejo das **políticas regulatórias** contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das **políticas regulatórias** que será definido o *timing* e o resultado de uma política pública setorial. Nesta perspectiva, a **política regulatória** envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos;
36. **Funções de Estado e Funções de Governo:** A Constituição contempla princípios e fundamentos do Estado que não se confundem com os objetivos de governo. Vemos isso, somente a título de exemplo, no artigo 1º, no artigo 3º, no artigo 170 da CF. De outro lado, a Constituição contempla várias referências a **políticas de Estado** que vinculam qualquer **política de governo**. É o que encontramos no artigo 194 (a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos); no artigo 196 (a promoção de políticas de saúde como dever do Estado); no artigo 205 (que predica a promoção do direito à Educação também como um dever do Estado); no artigo 217 (onde até mesmo o fomento ao desporto é elevado à condição de uma política de Estado). Todas estas disposições estabelecem **políticas de Estado** que, malgrado dependerem de **políticas de governo** para serem implementadas, vinculam a liberdade do governo na definição das políticas governamentais na medida que impõem que estas sejam formuladas obrigatoriamente com vistas à consecução daquelas;
37. Temos, em suma, que quem elabora pautas políticas são os poderes públicos (aqui entendido não apenas o Poder Executivo, como também o Poder Legislativo quando estabelece, mediante Lei, os princípios estruturantes de um dado setor). O Estado tem instituições que, consoante o princípio republicano, haverão de obedecer à Constituição, à Lei e às políticas públicas (definidas no espaço governamental). As **políticas de governo** devem ser processadas no ambiente institucional de modo a serem implementadas. A questão, portanto, estará no papel em que os órgãos do Estado (que também não têm vontade própria, mas exercem suas funções e competências predicadas na Constituição e na Lei) terão no exercício da *filtragem institucional* das políticas de governo, para ensejar sua assunção como políticas de Estado;
38. Dadas as transformações no papel do Estado, num contexto de nova regulação estatal, **as políticas públicas não são mais impostas ao setor regulado e sim introduzidas mediante critérios de mediação, ponderação e prudência;**
39. Serão as leis que definem as políticas de Estado e os marcos regulatórios para cada setor (e que instituem as respectivas Agências) que delimitarão os **limites entre as políticas públicas e as políticas regulatórias**. Na medida em que dotamos os órgãos reguladores de independência e de amplas competências de intervenção num dado setor, não se pode pretender atribuir-lhes também a competência para conceber e estabelecer as políticas públicas setoriais;
40. Os órgãos reguladores não são instância institucional de definição de políticas. São sim espaços e instrumentos para efetivação destas, previamente definidas pelo executivo e pelo legislativo (eventualmente até com a participação e o suporte técnico do órgão regulador, mas fora do campo decisório deste). A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas. Políticas públicas não de ser necessariamente de longo prazo, de implementação perene e com forte viés de planejamento e ordenação da economia **A regulação pelas Agências, portanto, consagra a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas;**



41. **Legalidade e Constitucionalidade:** as Agências não violam o artigo 84, II da CF. Não nos parece razoável interpretar o inciso II do artigo 84 da Constituição no sentido de que a direção superior da Administração interditaria a conferência, por lei, de regimes especiais de estabilidade a agentes públicos que exercem funções de Estado. Mesmo que não fosse por estas razões de ordem lógica, a tese de inconstitucionalidade dos mandatos e da estabilidade dos dirigentes das Agências cai por terra diante do próprio texto constitucional. Como mencionado, a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços. Pois bem, se é assim, temos que interpretar o seu art. 84, II, conjuntamente com o artigo 52, III, f, que prevê a competência também privativa do Senado Federal para “*aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de (...) titulares de outros cargos que a lei determinar.*” Seria um despropósito constitucional que a Constituição previsse a hipótese de envolvimento do Senado da República no processo de nomeação de cargos dirigentes de órgão estatal para, ato contínuo, admitir que o Presidente da República os possa exonerar livremente. Temos, portanto, que a Constituição, ao permitir que a lei preveja um regime de nomeação de titulares de cargos mediante processo complexo, também admitiu que esta mesma lei conferisse a estes cargos um regime de estabilidade (interdição à exoneração imotivada por ato exclusivo do chefe do Executivo);
42. **Legalidade e Constitucionalidade:** as Agências não violam o artigo 37, II da CF. Aos cargos de dirigentes das Agências não se aplica o dispositivo simplesmente porque, como tais cargos não são de livre provimento, não haverão de ser de livre exoneração. Como dito, a sujeição da nomeação de titulares de cargos da Administração à prévia aprovação pelo Senado, é natural, importa num regime de estabilidade que afasta a demissibilidade a qualquer tempo própria dos cargos em comissão. De resto, a Carta alude àqueles cargos que **a lei declarar de livre exoneração**. Tirar daí que a lei não possa conferir estabilidade ao cargo, com todo respeito, é forçar demais a exegese;
43. **As Agências não ferem o princípio democrático.** Este apenas calharia para afastar a possibilidade da lei conferir mandato e estabilidade aos dirigentes das Agências se nós entendêssemos que a única fonte de legitimidade nas modernas democracias é aquela conferida pelo voto. A democracia contemporânea, porém, já se distanciou muito dessa visão rudimentar. A nomeação de um dirigente de órgão regulador se reveste de um reforço democrático na medida em que envolve uma decisão política de quem tem legitimidade conferida pelo voto popular (o chefe do Executivo), coonestada por quem também tem representatividade popular (os membros do Senado que aprovam a indicação);
44. **Não há inconstitucionalidade da descoincidência entre o mandato do dirigente e o do Chefe do Executivo.** A tese da coincidência dos mandatos poria a perder o pressuposto da estabilização das políticas regulatórias, o qual permite que, inobstante as naturais alternâncias no poder, haja uma continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que as novas orientações estejam amadurecidas. Há um argumento forte a rejeitar a obrigatoriedade de coincidência dos mandatos. Trata-se do **princípio do pluralismo** político consagrado no artigo 1º, V, da CF como fundamento da República. E a descoincidência plena dos mandatos dos dirigentes (é dizer, vencimento diferenciado dos mandatos de cada membro do colegiado de modo a que, a cada ano, haja a possibilidade de renovação de um dirigente) permite que se introduza – mormente quando houver alternância das forças políticas no governo – a pluralidade de linhas políticas no seio da Agência. Como nosso modelo não previu a introdução da pluralidade desde a origem, a descoincidência dos mandatos é um importante instrumento para, no sentido da pluralidade, democratizar as Agências;
45. **Não há inconstitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica.** Dois são seus arrimos. O artigo 84, II e o artigo 87, Parágrafo único, I, ambos da CF. Não nos parece haver nestes dispositivos algo que obrigue que todos os órgãos do Executivo estejam sujeitos ao controle hierárquico pela direção superior da Administração. E muito menos que a Lei não possa estipular regimes outros de controle que não hierárquico.



Não se depreende do artigo 84, II da CF uma obrigação constitucional de que o Presidente da República tenha poder de injunção e de revisão sobre todas as atividades estatais. Por direção superior da administração deve-se entender exatamente aquele sentido de dar o norte, as orientações da macro política governamental. E não competências para se imiscuir no exercício de todas as competências administrativas;

46. **Não há afronta ao artigo 87, parágrafo único, I, CF.** Não calha dar aos termos de orientação, coordenação e supervisão constantes do texto constitucional um caráter de ingerência na atividade dos órgãos vinculados aos respectivos ministérios. Aliás, aqui os termos utilizados pelo constituinte são menos imperativos que o poder de direção referido no art. 84. Podemos ver nestas três atividades um caráter absolutamente compatível com aquela separação acima divisada entre políticas governamentais e políticas regulatórias, estas autonomamente executadas;
47. **A concentração das funções dos poderes nas Agências é constitucional.** A tripartição de poderes não envolve, nem de longe, uma segregação estanque de cada função estatal, não vemos em si impedimentos constitucionais à multiplicidade de funções das Agências;
48. **Os poderes normativos das Agências são constitucionais.** O poder normativo pode ser exercido, na forma que a lei dispuser, pelo Poder Executivo que, na Constituição, é mais amplo que o seu Chefe (cf. artigo 76). O constituinte admitiu, ainda que genericamente, a possibilidade de delegação legislativa (caso contrário não haveria sentido em se referir a ela ao prever o exercício pelo Congresso do controle da atividade normativa delegada);
49. No tocante aos **poderes quase judiciais**, não nos parece que seja írrito à Constituição que órgãos não judiciais exerçam a composição de interesses e que tais decisões tenham caráter de exigibilidade. Isso já ocorre com os Tribunais Arbitrais e com as comissões de conciliação, sem questionamentos quanto à sua constitucionalidade;
50. **Não é verdade que as Agências não se submetam a qualquer tipo de controle.** Elas estão submetidas a quatro espécies de controle: **i)** o controle de gestão (exercido principalmente pelos Tribunais de Contas) e referente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo; **ii)** controle quanto ao cumprimento das políticas públicas que, no nosso modo de ver, deve ser exercido predominantemente pelo Poder Legislativo mediante exigência de relatórios semestrais e arguições em Comissões específicas do Parlamento; **iii)** controle contra abusos e ilegalidades, que deve ficar predominantemente a cargo do Poder Judiciário, podendo ainda, no caso de exorbitância do poder normativo delegado, ser exercido pelo Legislativo que, como mostramos, tem competência constitucional para sustar tais atos quando exorbitantes; e por derradeiro **iv)** o controle quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação que deve ser exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e principalmente pela sociedade. Portanto, parece-nos falacioso pretender questionar o modelo das Agências sob a alegação genérica de que elas se constituem como entes estatais não submetidas a qualquer controle;
51. **Dez sugestões para o Aperfeiçoamento do Modelo de Agências:** (i) necessidade de uma lei geral sobre o regime jurídico das agências; (ii) aprimorar os mecanismos de controle das atividades das Agências; (iii) maior articulação entre os órgãos reguladores setoriais e os órgãos de tutela dos interesses gerais (difusos) da sociedade; (iv) a efetivação do juízo técnico no processo de indicação dos dirigentes das Agências; (v) maior pluralismo nas Agências; (vi) o incremento da transparência e participação popular; (vii) a descentralização territorial da atividade das Agências, particularmente as federais; (viii) introduzir mecanismos de institucionalização dos consumidores na atividade regulada; (ix) a explicitação das fronteiras entre políticas; (x) a imprescindibilidade de se garantir meios e recursos para o funcionamento das Agências.

