



Floriano de Azevedo Marques Neto

Agências Reguladoras Independentes

Fundamentos e seu Regime Jurídico

ef Editora Fórum

1ª edição, 1ª reimpressão

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.

Capítulo 3

As Agências como Autoridades Reguladoras Independentes

Sumário: 3.1 Problemas conceituais: o nome "agência" – 3.2 A autoridade das agências – 3.3 A atividade objeto das agências e suas características – 3.3.1 A amplitude dos poderes das agências – 3.3.2 A capacitação técnica – 3.3.3 A permeabilidade à sociedade – 3.3.4. A processualidade – 3.4 A independência – 3.4.1 Independência e agentes regulados – 3.4.2 Independência e consumidores – 3.4.3 Independência e poder político – 3.5 Duas espécies de independência: orgânica e administrativa – 3.5.1 A independência orgânica: estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico – 3.5.1.1 Estabilidade dos dirigentes – 3.5.1.2 Ausência de controle hierárquico – 3.5.2 Independência administrativa: meios para exercer a regulação independente – 3.5.2.1 Autonomia de gestão – 3.5.2.2 Autonomia financeira – 3.5.2.3 A liberdade para organizar seus serviços – 3.5.2.4 Regime de pessoal compatível – 3.6 Conclusão: a imprescindibilidade da independência

3.1 Problemas conceituais: o nome "agência"

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.

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*.³⁶

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*³⁷ — 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*).³⁸

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.³⁹

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.

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.

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.

3.2 A autoridade das agências

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.

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 de Mello ao deferir liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

³⁶ Sobre esse tema ver GOMES, Joaquim Barbosa. *Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XI, p. 93.

³⁷ Cf. artigo 1000 do Novo Código Civil (NCCB).

³⁸ Cf. artigo 710 e seguintes do NCCB.

³⁹ 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., p. 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.

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.

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 (...)”⁴⁰

O fato de as 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,⁴¹ que são

espécies do gênero autarquia às quais o legislador conferiu privilégios específicos ou maior grau de autonomia⁴² a tal ponto que ela possa ser considerada dotada de independência.

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”.

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 mezinhas funções administrativas poderá ser feita por lei ordinária.

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

⁴⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-1-DF. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XI, p. 443-445.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: *Agências Reguladoras*, cit., p. 121.

⁴² Ver MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

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.

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). Daí por que já afirmamos em estudo específico⁴³ 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).

Portanto, há que se ter em vista que *as agências exercem 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).

3.3 A atividade objeto das agências e suas características

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 3 supra.

3.3.1 A amplitude dos poderes das agências

A primeira característica diz respeito à amplitude de poderes que as agências possuem. Para bem exercer a atividade

⁴³ *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, cit., p. 197.

regulatória nos moldes antes expostos, o regulador deverá manejar vários instrumentos interventivos, que vão desde a atividade normativa até a aplicação de sanções.

Embora isso possa variar de setor para setor, as agências reúnem os seguintes poderes:⁴⁴ i) *poder normativo*, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) *poder de outorga*,⁴⁵ 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;⁴⁶ 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

⁴⁴ 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 tem poder administrativo tem também a obrigação de manejá-lo no estrito cumprimento da finalidade que justificou a sua atribuição.

⁴⁵ 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 nº 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. Os termos e condições presentes no ato de outorga integrarão os marcos regulatórios a serem observados. Doutra banda, 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.

⁴⁶ 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 banda, integrar o contrato de concessão como agente estatal encarregado de tutelar os interesses envolvidos.

descumprimento 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 explorarem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica;⁴⁷ e por fim vi) *poderes de recomendação*, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a agência, de o regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.⁴⁸

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).⁴⁹

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Aqui, por uma questão de uniformidade adoto o termo “poder de recomendação” embora mais adequado seja prerrogativa 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 desconsidere as informações ou recomendações do regulador para mais adequadamente decidir os objetivos e orientações que se pretende ver impressas no setor regulado.

⁴⁹ Entre nós, já no início da década de 40, Bilac Pinto (Cf. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. 2. ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 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-jurisdicionais, administrativos e normativos” e constituídas por peritos e juristas com elevado “sentido público”.

3.3.2 A capacitação técnica

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.⁵⁰ 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.

Porém, a capacidade técnica do regulador é também um requisito para a própria legitimação da regulação. Quanto mais a agência (e seus agentes) dominar 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 de o 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.

A capacitação técnica da agência deve ser perseguida em dois momentos. Primeiro, no *recrutamento de seus agentes* (não só

⁵⁰ Marcos Augusto Perez, num dos primeiros textos doutrinários sobre o tema publicado entre nós, (As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Origem, Natureza e Função. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 23, 1998, p. 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”.

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.⁵¹

Depois, *na 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. 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).

3.3.3 A permeabilidade à sociedade

A terceira característica é a sua necessária *permeabilidade à sociedade*. As agências não podem ser órgãos públicos tradicionais.

⁵¹ 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.

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 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.

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 de ela 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.

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.

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.).

3.3.4. A processualidade

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).

3.4 A independência

O terceiro e último aspecto a ser destacado é que estamos diante de autoridades reguladoras dotadas de *independência*.⁵² 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.”⁵³ Trata-se de uma decorrência daquele requisito de neutralidade da regulação que acima divisemos. Como afirma Sala Arquer “la independência es la garantía de la neutralidad”.⁵⁴

⁵⁵A independência das agências constitui praticamente um elemento de sua definição.⁵⁶ 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.

⁵² 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 agências 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 írrito à independência, constitui traço essencial. Daí por que 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.

⁵³ MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, cit., p. 51.

⁵⁴ SALA ARQUER, Jose Manuel. El Estado Neutral. Contribución al Estudio de las Administraciones Independientes. *Revista Española de Derecho Administrativo*, v. 42, 1984, p. 8.

⁵⁵ Os parágrafos seguintes seguem, em linhas gerais, o que escrevi há mais de três anos e que está publicado na obra coletiva organizada por SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*, cit., p. 72 et seq.

⁵⁶ Cf. GALLI, Rocco. *Corso di Diritto Amministrativo*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 177.

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 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).

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.

3.4.1 Independência e agentes regulados

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 tutela os 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 de o 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 temos 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 por que 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.⁵⁷ 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.

⁵⁷ 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 pese 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.

3.4.2 Independência e consumidores

Do mesmo modo, embora deva ter um compromisso forte com os consumidores (em benefício de quem deve se dirigir a regulação), a 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),⁵⁸ para atender apenas ao interesse do usuário, em regra mais aquinhoado, 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),

⁵⁸ 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 pelegado 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.

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.

3.4.3 Independência e poder político

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, interditam 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.

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, a 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.⁵⁹

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.⁶⁰

3.5 Duas espécies de independência: orgânica e administrativa

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.

⁵⁹ 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 prescindida 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.

⁶⁰ 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: RUA, Maria das Graças. A Independência do Banco Central: Administração ou Política?. In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 143-170.

3.5.1 A independência orgânica: estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico

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;⁶¹ iii) pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa)⁶² 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.

3.5.1.1 Estabilidade dos dirigentes

Alguns instrumentos se prestam, conjugadamente, a garantir a independência orgânica. O principal deles é a *estabilidade dos*

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

⁶² 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.

dirigentes das agências.⁶³ 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 independência das agências foi bem percebido pelo Ministro Marco Aurélio de 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. Hão 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 (...)”⁶⁴

⁶³ 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 de o regulador (William E. Humphrey) seguir à frente do Federal Trade Commission, para a qual ele havia sido nomeado pelo Presidente Hoover por um mandato de 7 anos (que só se expiraria em setembro de 1938). Ao assumir o governo, o Presidente 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 executives 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.

⁶⁴ Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-DF, cit.

3.5.1.2 Ausência de controle hierárquico

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, desfariam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento.⁶⁵ Assim, descabem, no âmbito interno ao poder executivo,⁶⁶ tanto a tutela dos atos praticados pelo regulador, quanto a sua revisão de ofício ou mediante recurso do interessado.⁶⁷

⁶⁵ Como bem lembra Alexandre Santos de Aragão, a existência do controle hierárquico “deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes 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, p. 349).

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

3.5.2 Independência administrativa: meios para exercer a regulação independente

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.

3.5.2.1 Autonomia de gestão

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 9.427/96.⁶⁸

⁶⁸ 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 (l) 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: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*, cit., p. 88-89).

3.5.2.2 Autonomia financeira

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).

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 agência (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.

3.5.2.3 A liberdade para organizar seus serviços

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.

3.5.2.4 Regime de pessoal compatível

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 indemissibilidade 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).⁶⁹ Por fim, os demais 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.⁷⁰

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. De outro, embora sempre haja uma defasagem entre o que o Estado pode pagar aos seus servidores e aquilo que paga o mercado, essa diferença não pode ser tal que se configure como uma desfeita, um desincentivo aos técnicos incumbidos da regulação.

3.6 Conclusão: a imprescindibilidade da independência

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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

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.

Capítulo 4

Agências e Governo

Sumário: 4.1 A legitimidade democrática das agências – 4.2 Política de Estado, política de governo, políticas públicas e políticas regulatórias – 4.2.1 Políticas de estado – 4.2.2 Políticas de governo – 4.2.3 Políticas públicas – 4.2.4 Política regulatória – 4.3 Funções de estado e funções de governo – 4.4 A implementação das políticas públicas: critérios de mediação, ponderação e prudência – 4.5 A difícil articulação entre políticas públicas e políticas regulatórias

4.1 A legitimidade democrática das agências

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.

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.”⁷¹ 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.

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.

O itinerário do Estado brasileiro, no seu processo de despatrimonialização ou de republicização, 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 antidemocrático. 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.

⁷¹ Cf. CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1937, p. 21.

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”.⁷²

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”)⁷³ 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

⁷² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil – Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 45.

⁷³ Como é o caso do meu diletíssimo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, p. 136).

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.

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.

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 inquinar 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.

4.2 Política de Estado, política de governo, políticas públicas e políticas regulatórias

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.

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.

4.2.1 Políticas de estado

Políticas de estado são aquelas definidas, por lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo.⁷⁴ 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. Doutra banda, 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).

⁷⁴ 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 sindicância a atuação dos demais poderes na formulação destas políticas. Neste sentido ver: Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

4.2.2 Políticas de governo

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*.

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 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 de o 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.

4.2.3 Políticas públicas

Juntamente com as *políticas de estado* (e em respeito a estas), as políticas governamentais compõem as *políticas públicas*⁷⁵ do setor. As *políticas públicas* são compostas por normas, princípios e atos voltados a um objetivo determinado de interesse

⁷⁵ 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: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, especialmente p. 264 et seq.

geral.⁷⁶ 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”).

4.2.4 Política regulatória

Por fim, as *políticas*⁷⁷ *regulatórias* são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos

⁷⁶ 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 Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, cit., p. 44-45).

⁷⁷ 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: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88)

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 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.

4.3 Funções de estado e funções de governo

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 em 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*.

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).⁷⁸ 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.

⁷⁸ 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 *trespasse* da função de formulação de políticas públicas para o órgão de regulação.

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 dos espaços formuladores das *políticas de estado* e em consonância com estas).

4.4 A implementação das políticas públicas: critérios de mediação, ponderação e prudência

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 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.

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.

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.

Não nos parece que o novo contexto regulatório, e as agências como parte dele, tenha 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.*

4.5 A difícil articulação entre políticas públicas e políticas regulatórias

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.

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.⁷⁹

Tenhamos claro, contudo, que o fato de o 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, em 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*.

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.

⁷⁹ Ver meu: Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. *Conjuntura & Informação*, n. 15, jul./set. 2001, p. 8.

Eis aqui o engenho e a 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.

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.

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 interditam 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 conseqüência, 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.

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.*