

A deterioração do sistema regulatório brasileiro

Vitor Rhein Schirato

Resumo: O objetivo do estudo é apresentar algumas considerações sobre o cenário atual da regulação no Brasil, com vistas a analisar a preservação dos pressupostos dessa função estatal.

Palavras-chave: Regulação independente. Agências reguladoras. Controle jurisdicional.

Sumário: **1** Introdução – **2** As bases teóricas da regulação independente – **3** As causas da deterioração do sistema regulatório brasileiro – **4** Conclusão – Referências

Dentre as diversas modalidades de intervenção [do Estado no domínio econômico] desejamos destacar a regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública, por constituir aquela que mais imediatamente interessa ao Estado, seja pela natureza dos serviços que presta, seja por ser o ramo industrial que mais se tem valido dos modernos processos de concentração do controle econômico, financeiro e administrativo (PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2. ed. atual. por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22)

Dentre as diversas modalidades de intervenção [do Estado no domínio econômico] desejamos destacar a regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública, por constituir aquela que mais imediatamente interessa ao Estado, seja pela natureza dos serviços que presta, seja por ser o ramo industrial que mais se tem valido dos modernos processos de concentração do controle econômico, financeiro e administrativo [...] (PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2. ed. atual. por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22)

1 Introdução

A frase que dá epígrafe a este estudo, escrita originalmente em 1941, demonstra que a instituição de um sistema regulatório, no Brasil, é preocupação antiga.

Considerando-se a regulação como mecanismo de ação do Estado em setores considerados sensíveis da economia destinada a reparar falhas de mercado, conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto,¹ é correto afirmar que há um sistema regulatório no Brasil, no mínimo, desde 1965, com a criação do Banco Central do Brasil, por meio da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Não obstante, a regulação independente apenas se firma e se intensifica como mecanismo próprio de ação da Administração Pública a partir da segunda metade dos anos de 1990. E isto ocorre porque a regulação foi o mecanismo encontrado pelo Estado para permitir um amplo processo de liberalização e privatização de atividades antes monopolizadas por agentes estatais, como serviços públicos e monopólios públicos constitucionais.²

É neste contexto que surge, em 26 de dezembro de 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427, seguida pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, pela Agência Nacional do Petróleo (ANP – hoje Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), criada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e por diversas outras autoridades reguladoras independentes criadas no período compreendido entre 1997 e 2001.

A ideia subjacente era permitir ao Estado se desvincular da prestação de certos serviços públicos, além de liberalizá-los em vários casos (como energia elétrica e telecomunicações), bem como de permitir um controle adequado de outros mercados relevantes para o desenvolvimento, criando um ambiente favorável à realização de investimentos (principalmente estrangeiros) em atividades-chave para o crescimento do País.

Para tanto, era assegurada a existência de um modelo de atuação do Estado equidistante de todos os interesses setoriais (incluindo os políticos) que lhe permitia o encontro de decisões técnicas, equilibradas e imparciais, destinadas a garantir o melhor funcionamento possível do mercado regulado. Sempre, havia a garantia de independência e autonomia das autoridades reguladoras, para assegurar uma blindagem contra invasões políticas nos setores regulados capazes de gerar instabilidade e insegurança.

Este modelo teve seu nascimento, rumou ao seu ápice, mas vive hoje seu completo declínio, em âmbito federal.³ Os pressupostos básicos do modelo de regulação federal vêm se deteriorando com considerável velocidade no Brasil, a ponto de se tornar questionável se ainda há um modelo de regulação, ou se voltamos à era das repartições públicas meramente executoras de ordens do Chefe do Executivo.

E exatamente aí repousa o objetivo do presente estudo. Analisar como o sistema regulatório brasileiro vem encontrando seu declínio. Para tanto, será analisada a preservação ou não de três pressupostos que me parecem essenciais para um sistema regulatório que funcione: (i) a independência das autoridades reguladoras; (ii) o processo decisório dessas autoridades, que deve ser técnico e permeável ao diálogo com os agentes do setor regulador; e (iii) o respeito, pelos órgãos de controle (interno e externo), das decisões técnicas emitidas pelas autoridades

reguladoras.

Nessa perspectiva, demonstrarei que: (i) a independência das autoridades reguladoras é cada vez mais ameaçada pelo fracionamento de sua competência e por seu aparelhamento político; (ii) o processo decisório das agências vem sendo ameaçado em função da falta de tecnicidade de seus dirigentes e do desrespeito às normas de processo; e (iii) os órgãos de controle vêm manejando, com frequência, o campo de discricionariedade que é reservado às agências.

E, para demonstrá-lo, percorrerei o seguinte caminho: (i) em primeiro lugar, assentarei as bases teóricas de um bom aparato regulatório; (ii) em segundo lugar, demonstrarei como a fragmentação das competências das autoridades reguladoras e seu aparelhamento político comprometem sua independência em relação ao setor regulado; (iii) em terceiro lugar, demonstrarei o desrespeito às regras processuais que devem vincular as autoridades reguladoras, prejudicando a qualidade e a legitimidade de suas decisões; (iv) em quarto lugar, analisarei a relação das autoridades reguladoras com os órgãos de controle para demonstrar o excesso desses últimos; e (v) em quinto e último lugar, concluirei este estudo com a evidenciação da deterioração do sistema regulatório brasileiro.

2 As bases teóricas da regulação independente

Os temas do Direito Administrativo hodierno envolvem, comumente, uma grande multiplicidade de interesses de diversos agentes econômicos e sociais.⁴ Há sempre subjacentes às decisões da Administração Pública interesses contraditórios e conflitantes, que precisam ser analisados, sopesados e arbitrados para uma decisão mais adequada diante das circunstâncias de cada caso concreto.

Nos setores regulados, em especial, essa realidade se acentua. Como são setores em que há consideráveis falhas de mercado, decorrentes de assimetrias econômicas e/ou informacionais, a quantidade de interesses existentes e contrapostos é ainda mais relevante.

Há interesses colidentes que devem ser considerados no processo decisório da Administração para a formatação de políticas públicas destinadas à realização dos pressupostos do setor regulado. Partir do pressuposto de que há um interesse público único, capaz de conduzir a uma decisão pública inequívoca e definível *a priori*, é descabido, pois sempre haverá diversos interesses públicos legítimos a serem equilibrados.

É nesse sentido que já tive a oportunidade de afirmar em estudo anterior sobre o tema:

No momento em que agentes privados são inseridos no exercício de funções típicas de Estado (serviços públicos, por exemplo), surgem, no mínimo, três interesses legítimos subjacentes, quais sejam, os interesses do Estado, os interesses empresariais dos agentes privados e os interesses dos usuários dos serviços, todos esses interesses dotados de inegável legitimidade. Passa a ser essencial o estabelecimento de mecanismos de diálogo que permitam aferir e administrar quais os interesses subjacentes e determinar qual (ou quais) deve (ou devem) prevalecer no caso concreto.⁵

Por conseguinte, em qualquer setor regulado sempre será imprescindível a adoção de uma postura

de controle imparcial do respectivo mercado, buscando, a todo tempo, equilibrar todos os interesses que se colocam diante de cada caso e, assim, alcançar os melhores resultados possíveis. Essa sistemática é essencial para se garantir a correção de equívocos muito comuns nas matérias postas sob o poder de decisão do Estado, conforme enumerados a seguir.

Em primeiro lugar, a instabilidade nas relações entre as partes quanto ao desenvolvimento do mercado regulado, dada falta de uma política regulatória isenta diante de uma tomada de decisão que pende a cada momento para um dos interesses que se colocam mais intensamente, impossibilitando ações de longo prazo sustentáveis.

Em segundo lugar, uma indesejável contaminação entre interesses políticos e interesses atinentes ao mercado regulado. Se o processo decisório estiver sujeito a influências políticas, não haverá isenção na tomada das decisões relevantes, pois o elemento primordial não será a qualidade ou a sustentabilidade a longo prazo da atividade ou do setor, mas, sim, o impacto que a decisão terá sobre a imagem político-eleitoral do grupo dominante.⁶

E em terceiro e último lugar, porque não haverá tecnicidade estrita no processo de tomada de decisão. Quando se regula um mercado, é fundamental que as decisões sejam técnicas, almejando o que é melhor para a continuidade da atividade e o alcance de suas finalidades previstas em lei. Se não houver isenção por conta da concentração de funções e de influências políticas, as decisões tomadas pelo Estado com relação à prestação dos serviços não serão puramente técnicas, eis que influenciadas.

Com a finalidade de se mitigar a incidência dos problemas mencionados acima na formulação de políticas e diretrizes, na fiscalização e na prestação dos serviços públicos, vem sendo prática frequente a adoção de um modelo de *regulação independente* de alguns mercados. Tal modelo pressupõe a adoção de algumas providências específicas por parte do Estado para garantir melhores resultados na atividade regulada.

O termo "regulação" pode ser entendido de forma ampla ou de forma estrita. De forma ampla, significa qualquer postura que o Estado adote visando ao correto funcionamento de um determinado mercado. Inclui, por evidente, a própria monopolização de uma atividade, assim como outras medidas estatais destinadas a corrigir falhas de mercado.

De outro bordo, de forma estrita, o termo regulação significa uma ação estatal específica, por meio da qual o Estado age como normatizador e controlador do exercício de uma atividade econômica. As eventuais falhas de mercado existentes não são corrigidas por meio de qualquer ação estatal, mas, sim, por meio de uma ação equidistante de todos os agentes do mercado em questão, na qual o Estado edita normas e executa ações destinadas a pré-determinar as ações de referidos agentes com vistas a garantir o melhor funcionamento possível do mercado regulado.⁷

Analisando-se esses conceitos, tem-se que a regulação estatal independente refere-se a uma postura do Estado destinada a normatizar e controlar externamente a atividade, com a finalidade de garantir seu melhor desenvolvimento. É dizer, com o advento da hodierna regulação, o Estado passa a desempenhar, com imparcialidade, atividade voltada a garantir o bom funcionamento dos mercados regulados, eliminando ou mitigando os efeitos de falhas de mercado.

Com a instauração de um sistema de regulação de determinado setor da economia, o Estado cria

mecanismo de mediação entre os interesses de todas as partes envolvidas (*i.e.*, usuários, prestadores e o próprio Estado). O objetivo final a ser alcançado é garantir a prestação adequada e contínua do serviço, com o encontro de um *equilíbrio* dos interesses entre todas as partes envolvidas.

Não por outra razão, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto:

Outra característica que deve ser perseguida na regulação é o equilíbrio. [...] o equilíbrio traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado.⁸

Assim, por meio da regulação independente, busca-se o estabelecimento de regras de conduta para todos os agentes do setor destinadas a garantir o melhor funcionamento possível, sem tendências para qualquer das partes. Com uma regulação independente efetiva os conflitos de interesse são resolvidos com uma visão pró-mercado e não pró qualquer das partes envolvidas.

Contudo, para que a instauração de um sistema efetivo e eficaz de regulação independente ocorra, são necessárias algumas mudanças de paradigma na ação da Administração Pública. Essas mudanças devem ser verificadas, essencialmente, por meio de três vetores: organização da Administração Pública, mecanismos de formação da decisão da Administração Pública e mecanismos de controle da Administração Pública.

2.1 Primeiro vetor – Organização da Administração Pública

Segundo a ideia tradicional de Administração Pública, há uma estruturação piramidal, na qual o Chefe do Executivo possui pleno controle de todo o aparato estatal. Altera-se apenas o grau de distanciamento do centro do poder, eis que todos os órgãos e entidades da Administração Pública estão, em alguma medida, sujeitos à vontade do Chefe do Executivo e são servientes à implantação de suas políticas.

Dizendo com outras palavras, na estrutura típica da Administração Pública no Brasil, a decisão deve ser centralizada e a execução descentralizada, exatamente como determina, para a Administração Pública federal, o artigo 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Com isso, ao ponto mais alto da pirâmide é atribuída a função de tomar as decisões e aos órgãos e entidades sob seu comando é dado o dever de executá-las.

Esse é um modelo orientado a realizar **um** *interesse público* e não diversos. A razão para tanto é muito simples: com a capacidade decisória cabendo a apenas uma pessoa, o interesse a prevalecer no caso concreto é aquele por ele identificado como o interesse público. Há um reduzido espaço para a discussão de como realizar as finalidades do Estado, dada a centralização do poder decisório.

Ocorre, entretanto, que esse modelo, nos dias atuais, não é mais capaz de suprir todas as necessidades públicas colocadas diante da Administração Pública. Não é mais possível que uma estrutura piramidal e hierarquizada consiga dar cabo de todas as demandas públicas exigidas do Estado, pois o pluralismo insito à sociedade desautoriza a existência de um centro decisório único, dotado de capacidade de conduzir todos os temas exigidos do Estado.

Como muito bem elucida Massimo Severo Giannini, com o advento do Estado pluriclasse, as demandas sociais são demasiadamente diversificadas e o interesse público é cada vez mais fragmentado em diversos interesses públicos legítimos.⁹ Como resultado, a forma de atuação do Estado em face da sociedade há que ser alterada.

E exatamente essa alteração é perfeitamente captada por Jacques Chevallier. Segundo o autor, a fragmentação do interesse público leva ao surgimento de uma *Administração Policêntrica*, colocada em lugar da *Administração Centralizada*, tradicionalmente existente no Brasil. Como afirma, irretocavelmente, o autor:

A ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder da hierarquia. Vê-se delinear um novo princípio de organização do aparelho do Estado, congruente com a ideia da pós-modernidade: enquanto o modelo burocrático é do tipo "arborescente" (ele comporta um princípio de unidade, raízes, um centro), a existência de entidades autônomas evoca muito mais a ideia de "rizoma" [...]; dispondo de uma capacidade de ação autônoma, essas entidades são religadas umas às outras, não mais por liames verticais de subordinação, mas por relações horizontais de interdependência. A figura pós-moderna da rede tende a partir daí a se substituir àquela de pirâmide.¹⁰

Assim é que a Administração Pública não se organiza mais em torno de apenas um centro de decisão, mas, sim, estrutura-se por meio de diversos centros de decisão, independentes e autônomos, que precisam ter a capacidade de identificar e ponderar todos os interesses públicos subjacentes ao caso concreto, de forma a encontrar um *equilíbrio* entre eles.

Há, portanto, um considerável fracionamento da Administração Pública. O centro do poder, antes responsável pela totalidade das decisões relevantes para o curso das ações administrativas, passa a ser responsável por exercer um *gerenciamento* da máquina administrativa e, principalmente, por fixar políticas gerais que deverão nortear as ações do Estado, sem, contudo, ser capaz de determinar todas as ações do aparato administrativo.¹¹ Por outro lado, entidades antes periféricas, antes incumbidas apenas de *executar* as determinações do poder central, agora passam a ser *centros autônomos* de competência decisória, relacionando-se diretamente com a sociedade com relação a temas específicos.

Nesse contexto, para que esses novos centros de poder possam atuar corretamente e desempenhar suas funções a contento, é essencial que sejam constituídos com *absoluta autonomia* e *completa independência decisória*. A razão para tanto é simples: se a missão desses novos centros de poder é tomar as decisões que nortearão um setor específico de relacionamento entre Estado e sociedade, o único compromisso que eles podem ter é com o correto funcionamento da atividade posta sob sua cúria dentro de finalidades previamente fixadas em lei.

Segundo o modelo tradicional de Administração Pública (*i.e.*, Administração centralizada), os órgãos da Administração direta são organizados com hierarquia e subordinação em relação ao Chefe do Executivo.¹² De outro bordo, as entidades da Administração indireta são constituídas com maior autonomia, mas sujeitas ao vínculo de tutela com a Administração direta, o qual predica um poder geral de controle da segunda em relação às primeiras.¹³

Neste modelo, contudo, a autonomia de que gozam os órgãos e entidades da Administração Pública é sempre limitada. Na Administração direta, tende a não existir (embora haja claras exceções). Já na Administração indireta, tende

a sofrer limitações, dados os poderes de controle e tutela existentes em relação à Administração direta, que predicam a capacidade de revisão de suas decisões por meio do *recurso hierárquico impróprio*, bem como a possibilidade de destituição *ad nutum* de seus dirigentes.

Em contraposição, no novo modelo de Administração policêntrica, os novos centros têm autonomia reforçada em face da Administração direta. Para tanto, as forças do vínculo de tutela são consideravelmente reduzidas. E isso se dá por meio de três mecanismos fundamentais: (i) estabilidade de seus dirigentes; (ii) impossibilidade de revisão, em âmbito administrativo, das decisões dos centros de poder; e (iii) garantia de autonomias financeira e patrimonial.

O primeiro mecanismo é a garantia de estabilidade dos dirigentes das entidades que representam os mencionados centros de poder autônomos (autoridades independentes, como se pode chamá-las de forma simplificada). Para que essa garantia seja alcançada, há uma limitação à possibilidade de destituição *ad nutum* de referidos dirigentes. Eles são nomeados para o cumprimento de um *mandato* com prazo fixo e certo e somente poderão ser destituídos por força de processo administrativo disciplinar, sentença judicial ou renúncia.

O objetivo da garantia de independência dos dirigentes da autoridade é assegurar a imparcialidade de suas decisões. Sem a possibilidade de destituição *ad nutum* mitiga-se consideravelmente o risco de ingerências políticas no processo decisório. O comprometimento dos dirigentes das autoridades independentes é com a qualidade da atividade posta sob seu controle e não com o ente político que o indicou para o cargo. Assim, a partir do momento em que se tem limitada a capacidade de destituição política, contribui-se para a neutralidade em relação aos interesses políticos.

O segundo mecanismo é a impossibilidade de revisão, no âmbito administrativo, das decisões das autoridades reguladoras. Isso se dá por meio da vedação, expressa em lei, ao cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões das autoridades independentes. Por mais que elas sejam constituídas como *entidades* da Administração indireta, suas decisões não podem, sob o argumento do vínculo de tutela, ser revistas pelo Poder Executivo central. Se houver algum vício na decisão, apenas o Poder Judiciário poderia estar apto a revê-la dentro dos parâmetros aqui propostos.¹⁴

O objetivo da vedação ao recurso hierárquico impróprio é muito simples: assegurar que as decisões das autoridades independentes não fiquem sujeitas ao crivo de autoridades essencialmente políticas. Caso se permitisse que a Administração direta tivesse o poder de, por meio do recurso hierárquico impróprio, rever as decisões das autoridades independentes, haveria clara possibilidade de ingerência política nos campos confiados à regulação independente, tornando-o mais suscetíveis aos interesses políticos. Se houver a necessidade de revisão, somente um órgão independente e autônomo como o Poder Judiciário poderá fazê-lo.

Demais disso, há que se considerar que as decisões das autoridades independentes devem ser estritamente técnicas (novamente, visando, exclusivamente, o bom funcionamento do setor regulado). Com isso, devem ser tomadas apenas por corpo técnico especialmente constituído. Permitir que outra autoridade da Administração Pública possa rever as decisões das autoridades independentes implica simplesmente uma desconsideração de seu caráter essencialmente técnico.

Por fim, o terceiro e último mecanismo predica a garantia de autonomias financeira e patrimonial para as autoridades independentes. Isso se faz por meio da garantia de receitas próprias e vinculadas a tais entidades, de forma que elas não dependam de dotações orçamentárias discricionárias da Administração direta, bem como por meio da atribuição de um acervo patrimonial condizente com suas competências.

É importante mencionar que a autonomia financeira e patrimonial é um traço essencial das entidades da Administração indireta. Contudo, no caso das autoridades independentes, é imperioso que essa autonomia seja reforçada, por meio da criação de fontes de receitas próprias, destinadas diretamente a elas, sem a necessidade de dotações orçamentárias fixadas discricionariamente pelo Poder Executivo central.¹⁵ Normalmente, essas receitas são criadas na forma de taxas de exercício de poder de polícia devidas pelos agentes do mercado regulado, as quais devem ser instituídas por lei com fundamento no artigo 145 da Constituição Federal.¹⁶

O objetivo da garantia de autonomias financeira e patrimonial para as autoridades independentes não é outro senão assegurar que elas disponham de recursos para o desempenho de suas atividades. De nada adiantaria garantir a estabilidade de seus dirigentes e a impossibilidade de revisão de suas decisões, se elas não dispusessem de capacidade material de cumprir suas finalidades.

2.2 Segundo vetor – Mecanismos de formação de decisões

Por meio da regulação, o Estado normatiza e regulamenta o exercício de uma atividade com vistas à garantia de seu correto funcionamento, de forma independente e, principalmente, equidistante de todos os interesses envolvidos. Via de consequência, a atividade regulatória pressupõe o exercício dos seguintes poderes pela Administração Pública: (i) considerável poder normativo; (ii) poder executório de suas normas; e (iii) poder decisório de conflitos nos embates de interesses contrapostos.

Em que pese a regulação independente continuar a se basear em atos administrativos, como bem anota Thomas von Danwitz,¹⁷ esses atos adquirem, indubitavelmente, contornos especiais, não encontrando em outros congêneres.

Em primeiro lugar porque a relação dos atos administrativos regulatórios com a lei é distinta do que se passa com outras espécies de atos da mesma categoria. Como dito, as leis instituidoras de sistemas de regulação têm menor densidade normativa, abrindo maior espaço para uma intervenção discricionária da Administração Pública em sua execução.¹⁸ Com isso, o parâmetro de controle baseado no binômio legalidade/mérito torna-se impreciso. A análise de legalidade dos atos regulatórios perpassa análises muito mais complexas de proporcionalidade, razoabilidade e imparcialidade do que se verifica em relação a outros atos administrativos.

Em segundo lugar porque é comum que os atos administrativos regulatórios sejam editados com base em regras de competência fixadas em outros atos regulatórios de índole normativa. Com isso, ocorre um fenômeno de *autovinculação* da Administração Pública, que demanda uma dupla aferição de manejo de competências discricionárias e vinculadas.

E em terceiro e último lugar porque o conteúdo dos atos administrativos regulatórios foge à ideia convencional de atos concretos que exprimem a concretização de um comando abstrato previsto em lei. Há diversos casos em que os atos regulatórios exprimem a concretização de uma necessidade pública do setor regulado consubstanciada em uma *finalidade* contemplada em lei, sem qualquer forma pré-determinada. É o que ocorre quando da fixação de uma dada política regulatória ou quando da solução de um conflito entre agentes regulados.

Neste cenário, é imprescindível uma considerável mudança de paradigma na forma de ação da Administração Pública reguladora. A ideia corriqueira (e cada vez mais em extinção, diga-se) de uma ação de simples subsunção do fato à norma dá lugar a um processo muito mais complexo de identificação e ponderação de todos os interesses públicos subjacentes à decisão, com vistas à emissão de uma manifestação final equilibrada para o funcionamento adequado do setor regulado.

Por conseguinte, o procedimento burocrático *autista*¹⁹ da Administração Pública na sua tomada de decisões deve dar espaço a uma sistemática propensa à transparência e à interação com os agentes imbricados no setor regulado. Não mais é possível que a Administração Pública tome suas decisões no interior das repartições, sem qualquer regra formal de caminhos a serem percorridos e sem a participação dos interessados no conteúdo da decisão final.

Exatamente daí emerge a necessidade de grande processualização da atividade das autoridades reguladoras. É fundamental que todas as decisões das autoridades reguladoras sigam estrito e detalhado rito processual, no qual sejam claramente identificados os pontos de interface da Administração Pública com os particulares afetados pela decisão a ser tomada.

É fundamental que haja regras processuais claras para a decisão das autoridades reguladoras independentes. E, mais ainda, é fundamental que essas regras permitam uma grande participação dos interessados no caminho decisório da Administração Pública. Não há como existir um bom aparato regulatório se não houver grande permeabilidade das decisões da Administração Pública à manifestação de todos os interessados.

Como já deixei claro, as decisões regulatórias devem ser equilibradas, identificando, ponderando e equilibrando todos os interesses públicos subjacentes ao caso concreto. Portanto, apenas se houver a garantia de plena participação dos interessados no processo decisório da Administração Pública que será possível assegurar as adequadas identificação e ponderação dos interesses subjacentes às decisões tomadas.

Demais disso, ainda é imprescindível que as decisões tomadas pelas autoridades reguladoras independentes sejam *estrita e detalhadamente* fundamentadas. Não apenas é imperioso que sejam processualizadas e permeáveis a mecanismos de interação com particulares. É essencial que haja a clara e objetiva demonstração, por parte da Administração Pública, de que (i) foram identificados os interesses sujeitos à sua decisão, (ii) foram sopesados e considerados todos esses interesses no processo decisório e, mais importante, (iii) a decisão exarada reflete um *equilíbrio* entre todos os interesses subjacentes, garantindo o funcionamento mais preciso e eficiente do setor regulado.

É um ônus da Administração reguladora a apresentação pormenorizada dos fundamentos de sua decisão, atestando sua razoabilidade e sua compatibilidade com a situação fática subjacente.²⁰ Não há que se falar, em hipótese alguma, em presunção de validade dos atos administrativos

regulatórios. Sua validade e sua aplicabilidade ao caso concreto devem ser explicitados pela Administração Pública.

Não se pode perder de vista que as autoridades reguladoras independentes têm considerável autonomia e não estão, de qualquer forma, submetidas (seja por hierarquia, seja por tutela) ao Chefe do Poder Executivo, que é a autoridade da Administração Pública legitimada democraticamente pelo voto. Com isso, há uma linha muito tênue entre a legitimidade e a ilegitimidade dessas autoridades, dado que suas decisões nem sempre confirmarão os anseios do Chefe do Poder Executivo.

Para que se garanta a legitimidade das ações das autoridades reguladoras independentes é fundamental que seu processo decisório seja processualizado, conte com a participação de todos os envolvidos e, ainda, exponha, detalhadamente, as razões de fato e de direito que levaram à decisão tomada.

Exatamente neste sentido, afirma Marçal Justen Filho:

toda e qualquer ampliação da autonomia decisória das agências tem de ser acompanhada da submissão das suas decisões a um processo de formação da vontade que impeça a prevalência de preferências subjetivas ou produza a redução dos instrumentos de limitação do poder consagrados na tripartição de poderes. Isso significa, antes e acima de tudo, reconhecer que a participação dos particulares nos processos administrativos não configura mera formalidade, destituída de utilidade prática. É inafastável a vedação a decisões produzidas no âmbito puramente interno da agência ou a ela transmitidas por autoridades políticas externas, cuja formalização seja precedida de um arremedo de processo. Se a participação de terceiros no procedimento for destituída de qualquer efeito prático, estará infringindo o postulado do devido processo administrativo.²¹

Por derradeiro, é essencial a tecnicidade das decisões das autoridades reguladoras. O perfil de sua atuação é sempre técnico, jamais político ou distributivo. Por conta disso, o corpo de servidores das agências deverá ser estritamente técnico e sempre orientado a decisões com a maior tecnicidade possível em relação à matéria regulada.

2.3 Terceiro vetor – Mecanismos de controle da regulação

O terceiro e último vetor de alteração da postura estatal em relação à regulação independente dos serviços públicos refere-se aos parâmetros de controle exercidos sobre a atividade regulatória.

Como é notório, a instituição do Estado Democrático de Direito tem como uma de suas consequências a inauguração de um amplo sistema de controle da Administração Pública.²² Com frequência crescente, a abrangência da revisão dos atos administrativos estende-se por meio dos sistemas de controle constitucional e legalmente fixados.

Ocorre, contudo, que o correto funcionamento da atividade regulatória pressupõe uma certa mitigação da incidência e da abrangência do controle exercido sobre a Administração Pública. A razão para tanto é muito simples: sendo a margem de discricionariedade existente na regulação mais alargada no que aquela presente em outras atividades da Administração Pública, admitir a incidência de um controle ilimitado pode permitir a substituição da discricionariedade do regulador

pela discricionariedade do controlador, o que não é recomendável.²³

Neste contexto, é colocado um desafio para a estruturação de um sistema regulatório saudável: o encontro de um ponto de equilíbrio entre o controle da Administração Pública garantido constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXV, artigos 70 e 71, entre outros) e a preservação das margens de discricionariedade das autoridades reguladoras. Segundo me parece, este ponto de equilíbrio depende da extensão que se confira ao controle externo realizado sobre as autoridades independentes, a partir de uma análise de dois pontos essenciais.

O primeiro ponto que me parece importante destacar concerne à necessidade de o controle se estender não apenas sobre a legalidade material, como também sobre a legalidade formal dos atos regulatórios. Explico-me: como já deixei consignado em estudo anterior, existe hoje com relação à Administração Pública (com especial acento sobre as autoridades reguladoras independentes, como já consignado acima) a necessidade tanto de uma legalidade material (conformidade de conteúdo dos atos administrativos com a lei), quanto uma legalidade formal (aderência do ato produzido às normas processuais vigentes).²⁴

Tendo em vista a importância da processualidade para a produção dos atos regulatórios, parece-me inequívoca a necessidade de estrito controle sobre as autoridades reguladoras independentes da observância das regras processuais vigentes. Longe de serem mera formalidade — como ainda é comum na vetusta concepção do Direito Administrativo no Brasil — as normas processuais são elementos essenciais para conferir legitimidade aos atos regulatórios. Assim, é fundamental que o controle externo tenha sobre a legalidade formal a mesma (ou até maior) atenção que tem com relação à legalidade material.

E, de outro bordo, o segundo ponto que não pode deixar de ser considerado é a necessidade de preservação do espaço conferido por lei para o manejo de competências discricionárias pelas autoridades reguladoras independentes. Não é possível admitir-se que seja cabível aos órgãos de controle impor sua discricionariedade por sobre a das autoridades independentes, que da lei receberam a incumbência de manejá-la.

O campo de incidência do controle exercido sobre a discricionariedade das autoridades reguladoras deve estender-se apenas sobre um controle de razoabilidade, proporcionalidade, alcance da finalidade legalmente prevista e motivação. Se a escolha adotada for, nessa toada, razoável, proporcional, prestante ao alcance das finalidades legalmente previstas e estiver devidamente motivada, não há espaço para que os órgãos de controle alterem a decisão tomada. Admiti-lo seria, sem dúvidas, uma considerável inversão de papéis.

Exatamente nesse sentido afirma Luís Roberto Barroso com relação ao Poder Judiciário, mas extensível a todos os órgãos de controle:

é bem se ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste da razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação àquelas escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.²⁵

Assim sendo, parece-me que o funcionamento adequado da regulação independente dos serviços públicos dependerá do respeito, pelos órgãos de controle da Administração Pública, de dois pressupostos fundamentais: (i) a completa intolerância com a inobservância das regras procedimentais aplicáveis; e (ii) o respeito às escolhas regulatórias tomadas pelas autoridades reguladoras que passem pelos crivos da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade e que estejam *devida* e adequadamente fundamentadas.

3 As causas da deterioração do sistema regulatório brasileiro

Como dito, o sistema regulatório brasileiro enfrenta, hoje, algum grau de deterioração em razão da quebra dos pressupostos teóricos da regulação expostos acima. Destarte, o que se realizará na sequência é expor os motivos dessa deterioração dentro dos quadrantes previamente fixados.

3.1 A quebra da independência das autoridades reguladoras

O primeiro fator que demonstra a deterioração do sistema regulatório brasileiro refere-se à quebra da necessária independência das autoridades reguladoras por meio de dois mecanismos cada vez mais corriqueiros: (i) o fracionamento das competências das autoridades reguladoras entre diferentes órgãos e entidades, coartando as decisões regulatórias; e (ii) o aparelhamento político das autoridades reguladoras, fazendo com que critérios técnicos sejam preteridos por critérios político-partidários.

Vem sendo prática muito comum no Brasil o fracionamento da competência das autoridades reguladoras em diversos órgãos e entidades públicos. Ao invés de se concentrar as atividades necessárias ao bom funcionamento do setor regulado em uma autoridade reguladora independente, é corriqueira a criação de diversos órgãos e entidades que recebem a competência de exercer parcelas dessas atividades, esvaziando as competências das autoridades reguladoras e coartando parcela considerável de suas decisões.

Como muito propriamente afirma Gaspar Ariño Ortiz, o papel principal das autoridades reguladoras não é outro além de garantir o bom funcionamento do mercado regulado, cujo andamento é essencial para o bom encaminhamento para a economia do país.²⁶ Nesses quadrantes, como pode ser possível que as autoridades cumpram adequadamente seu objetivo, se elas não têm controle do setor regulado?

Uma análise do caso brasileiro demonstra que, desde o ano de 2004, com a edição da Lei Federal nº 10.848, de 30 de março, vem sendo cada vez mais comum o fracionamento das competências das agências reguladoras. Hoje, há uma miríade de órgãos e entidades incumbidos de fixar políticas públicas e políticas regulatórias para os setores regulados.

Vejamos. No setor de energia elétrica, por força da já citada Lei nº 10.848/2004, há a ANEEL, como autoridade reguladora, repartindo competências com a Empresa de Planejamento Energético (EPE), criada por força da Lei nº 10.847, de 30 de março de 2004, empresa responsável pelo planejamento do setor e pelo cadastramento de novos empreendimentos. Com isso, muitas decisões da ANEEL ficam coartadas por prévias decisões da EPE

(sobretudo no que se refere ao manejo de instrumentos regulatórios de controle da entrada de agentes no mercado). Além disso, alterações promovidas na lei de criação da ANEEL (Lei nº 9.427/96) impuseram um compartilhamento de suas competências com o Ministério de Minas e Energia, que deixou de ser um formulador de políticas públicas e passou a ser um corresponsável pela formulação de políticas regulatórias (como regras para os leilões de energia, por exemplo). Com isso, vê-se que a autoridade reguladora vem se tornando simples repartição de despachos executórios de outras autoridades.

No setor de logística a situação não é nada diferente. As competências das agências setoriais (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) vêm sendo sensivelmente fragmentadas. No caso dos transportes aquaviários, as políticas regulatórias são divididas entre a ANTAQ, a Secretaria Especial de Portos, autoridade com grau de Ministério, e a Empresa de Planejamento Logístico. A atuação dessas duas últimas fixa pontos muito relevantes da política regulatória e vincula a ação da autoridade reguladora. De modo idêntico, no caso dos transportes terrestres, o compartilhamento de competências entre Ministério dos Transportes, Empresa de Planejamento Logístico e ANTT torna esta última em diversos casos refém das decisões das anteriores.

E o mesmo se passa no setor de aviação civil, com o compartilhamento de competências entre a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Empresa de Planejamento de Logística e Secretaria de Aviação Civil (também com grau de Ministério). A autoridade reguladora (ANAC) torna-se simples executora das decisões de órgãos e entidades políticos, impedindo que os interesses do setor sejam devidamente ponderados para uma decisão equilibrada.

O movimento que leva a isso é claro. O Governo, com a finalidade de não demonstrar ao mercado o desmanche do sistema regulatório, cria órgãos e entidades por ele controlados e transfere a essas competências das autoridades de regulação. Já que não se pode formalmente mudar a lei que assegura autonomia às autoridades reguladoras, porque prejudicaria o ambiente de investimentos no País, faz-se um *institutional by-pass*, ou, em tradução aproximada, um contorno institucional para que a vontade política prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta).²⁷

Casos semelhantes existem com relação a todas as demais autoridades reguladoras. Mudam apenas as formas de *contorno institucional* empreendidas pela vontade política para transferir o centro de tomada de decisões de políticas regulatórias.

Soma-se a isso o aparelhamento político das autoridades reguladoras, cada vez mais comum entre nós. Como disse no tópico II acima, é um pressuposto que as decisões das autoridades reguladoras sejam isentas, técnicas e orientadas para o melhor funcionamento do mercado regulado. Para tanto, seu corpo técnico tem que ser escolhido em função de sua formação essencialmente técnica e não por questões políticas. É essencial que haja distanciamento político nas autoridades reguladoras.

Porém, o sistema regulatório brasileiro parece caminhar no sentido contrário. A partir da análise dos *currícula* dos dirigentes das autoridades reguladoras federais, disponível no sítio de cada autoridade na Internet, é possível verificar-se que tais dirigentes (i) em alguns casos, não têm qualquer histórico técnico-profissional no setor regulado, mas têm intenso histórico de militância política em algum dos partidos da coligação governante; (ii) em outros casos, têm histórico-

técnico profissional no setor regulado, mas têm, também, histórico de militância política; e (iii) em apenas casos minoritários têm histórico técnico-profissional no setor regulado sem qualquer militância política.

Neste contexto, parece evidente que critérios políticos têm prevalecido sobre a técnica no momento da escolha dos dirigentes das autoridades reguladoras. Isso, evidentemente, é uma grave distorção do conceito e das finalidades da regulação independente, pois permite a existência de um regulador desqualificado e fortemente suscetível a influências políticas.

O controle parlamentar, essencial para garantir a qualificação dos dirigentes das autoridades reguladoras, acaba por ser o combustível dessa realidade. É cada dia mais comum, no Brasil, a troca de apoio político por nomeação para cargos dentro do Governo. Assim, pouco importa se o dirigente será qualificado ou não. Importa apenas que ele seja pertencente a uma das correntes políticas dominantes.

3.2 A quebra da obrigação processual

A realidade regulatória brasileira ainda demonstra um considerável descaso com os deveres processualísticos impostos às decisões das autoridades reguladoras. Como firmei no tópico 2.1, a considerável autonomia das autoridades reguladoras, que as coloca como um *centro de poder autônomo*, exige delas maior interação com a sociedade para que não haja uma quebra da fundamental legitimação democrática das decisões do Estado.

Ocorre, contudo, que essa imposição teórica e legislativa encontra-se longe de acatamento entre nós. Uma análise rápida nos processos decisórios das autoridades reguladoras demonstra que o *iter* processual imposto não passa de mero detalhe. Em diversos casos, os mecanismos de participação popular no processo decisório são meras formalidades, sem qualquer impacto no resultado final da decisão regulatória tomada.

Para chegar a esta conclusão, parti das fundamentações apresentadas pelas autoridades reguladoras em diversas decisões tomadas, assim como a divulgação dos resultados dos processos de consulta e audiências públicas. Nelas, não é em todos os casos que há uma descrição pormenorizada das contribuições apresentadas pelos agentes regulados e pela sociedade em geral, e, mais ainda, são raríssimos os casos em que há a divulgação de uma motivação que dialogue com referidas contribuições, apontando os motivos da aceitação ou da rejeição de cada qual.²⁸

Pior ainda. Mais raras ainda não manifestações dos órgãos de controle acerca da ilegalidade de violações ao dever de procedimentalização das decisões. As regras processuais impostas às autoridades reguladoras e a qualidade da fundamentação de suas decisões ainda são muito vistas como meras *formalidades*, passíveis de serem sobrepassadas pelo regulador no manejo de uma competência discricionária.²⁹

A ideia de equilíbrio de interesses, por meio da identificação e da ponderação de todos os interesses subjacentes, é uma simples construção teórica, sem ressonância na prática. Como regra, as agências reguladoras não demonstram ter identificado, nem muito menos ponderado, os interesses subjacentes a suas decisões, transgredindo obrigação essencial à legitimação de suas

decisões.

Para o correto funcionamento do aparato regulatório brasileiro, deveria ser efetivado o dever de processualização das decisões das autoridades reguladoras, com o controle de legalidade não apenas material, mas também formal. Atos que não tenham uma fundamentação clara ou que demonstrem claramente o descumprimento do rito processualístico imposto (por exemplo, por meio da transformação de consultas e audiências públicas em simples formalidades) devem ser invalidados.

Esta situação ocorre, sem dúvidas, em função de um legado altamente autoritário do Direito Administrativo Brasileiro. Como se pode depreender de inúmeras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, ainda se concebe que a Administração Pública age com uma *supremacia* em relação aos particulares, de forma que suas decisões não demandam qualquer forma de diálogo com eles. Sendo o ato manejado pela autoridade competente, dentro de espaços discricionários fixados pela lei, tem-se sua aceitabilidade, mesmo que as regras procedimentais sejam desrespeitadas ou tratadas como simples adornos.

3.3 O descompasso do controle

Para concluir as mazelas do sistema regulatório brasileiro, é imperioso demonstrar o descompasso da atuação dos órgãos de controle em relação às autoridades reguladoras. Como dito, essas autoridades manejam uma competência essencialmente técnica e não raro dotada de grande margem de discricionariedade. Com isso, é essencial algum grau de deferência por parte dos órgãos de controle, que devem se ater simplesmente ao cumprimento das normas procedimentais e à razoabilidade, à proporcionalidade, à finalidade e à motivação dos atos exarados.

Contudo, o que se vê é exatamente o oposto. Com frequência cada vez maior, assiste-se, no Brasil, a uma substituição da discricionariedade da autoridade reguladora pela discricionariedade do órgão de controle. Sem qualquer deferência, os órgãos de controle refazem as decisões das autoridades reguladoras, impondo a sua vontade por sobre as escolhas delas.

Como simples exemplos colhidos em pesquisa mais vasta, é possível mencionar as seguintes decisões emitidas pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça em relação a decisões das autoridades reguladoras no Brasil.

No processo de licitação de concessões aeroportuárias, o Tribunal de Contas da União, por meio dos Acórdãos nº 3234/2011 e nº 2466/2013, impôs à Agência Nacional de Aviação Civil uma série de obrigações a serem cumpridas em temas ínsitos a uma política regulatória, como fixação da política tarifária (Acórdão nº 3234/2011) e limitação à participação de agentes no setor para aumentar a concorrência (Acórdão nº 2466/2013). Ou seja, decisões essenciais ao desenvolvimento de uma política regulatória foram, nesses casos meramente exemplificativos, tomadas por um órgão de controle externo, sendo o regulador obrigado simplesmente a cumprir a decisão.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp nº 1062621/RS, relatado pelo Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28 de agosto de 2009, e no REsp nº 1206348/RS, relatado pelo Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, e julgado em 18 de novembro de 2010, corrigiu decisões de autoridades reguladoras sobre questões ínsitas ao setor regulado, como o

pagamento de pedágio em rodovias concedidas de acordo com o desgaste produzido pelo veículo.

Não obstante, mais contundente ainda é o julgamento dos Embargos de Declaração no REsp nº 1171688/DF, também pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 27 de novembro de 2011, com relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques. Na oportunidade, a Corte reformou decisão da Agência Nacional de Telecomunicações acerca da formação das tarifas de interconexão no mercado de telecomunicações, determinando que a política tarifária regulatória fosse alterada e que fossem adotados os parâmetros fixados pelo Tribunal, em clara substituição do regulador.

Nesses casos e em outros tantos mais que se pode encontrar cotidianamente no Brasil, a decisão da autoridade reguladora é simplesmente desconsiderada pelos órgãos de controle, transferindo-se a discricionariedade da autoridade para o controlador.

Esse expediente é altamente criticável por uma série de fatores. Em primeiro lugar, porque o controlador não detém a mesma capacitação técnica que o regulador, em tese, detém. Em segundo lugar, porque o controlador não é sujeito a uma obrigação de diálogo com os agentes do setor regulado, já que o contencioso, muitas vezes, trava-se apenas entre regulador e controlador, sem a participação dos agentes do mercado regulado. E, em terceiro e último lugar, porque o controlador não tem qualquer responsividade sobre suas decisões, isto é, o controlador não sofre qualquer ônus em razão das consequências de sua decisão, colocando-o em uma situação muito confortável.³⁰

O motivo para esse exagero na incidência do controle sobre as decisões regulatórias, muito provavelmente, decorre dos problemas destacados nos tópicos 3.1 e 3.2. Contudo, o que devem ser controlados são a fragmentação do sistema regulatório e o aparelhamento político das autoridades e não cada decisão emitida no caso concreto. A falta de capacidade técnica e o aparelhamento das autoridades não justificam a hipertrofia dos controladores, sob pena de colapso institucional completo — situação em que, ao que me parece, quase se encontra o sistema brasileiro.

4 Conclusão

As questões brevemente postas neste estudo demonstram que o sistema regulatório brasileiro encontra-se bastante deteriorado. Praticamente todos os pressupostos de uma regulação independente, técnica e equilibrada ruíram ou estão prestes a ruir.

Os reguladores não detêm o controle dos setores regulados, ficam à mercê de decisões insertas no ambiente político e não detêm mais a necessária distância do centro do poder do político. Ainda, muitas vezes descumprem suas obrigações procedimentais e não fundamentam adequadamente suas decisões. E os órgãos de controle ocupam-se de exercer no lugar dos reguladores a discricionariedade que lhes é exclusiva, em vista de seu mau funcionamento.

O colapso institucional é iminente. As instituições não desempenham seus papéis, pondo em perigo o desenvolvimento econômico brasileiro em função da constante percepção de aumento de risco (principalmente o risco político). Quem tem que impor políticas públicas, acumula essa função com a definição de estabelecer políticas regulatórias. Quem tem que traçar as políticas regulatórias fica refém de outros órgãos, além de muitas vezes não deter a capacidade de fixar boas políticas regulatórias. E, por fim, quem deveria corrigir os erros, simplesmente procura substituir o

regulador, manejando sua discricionariedade.

Como solução, apenas dois caminhos me parecem possíveis: (i) ou se assume que não há mais sistema regulatório no Brasil e se volta, oficialmente, ao modelo centralizador e hierarquizado, arcando com os ônus de tal definição — o que, a meu ver, seria atentatório ao sistema democrático brasileiro; (ii) ou se volta a fazer com que cada instituição desempenhe seus papéis corretamente, conferindo aos reguladores a independência e a tecnicidade necessárias para realizar suas funções — garantindo-se o correto funcionamento das instituições no Brasil.

A fuga massiva de investimentos — principalmente estrangeiros — nos setores regulados e a perda de qualidade dos empreendimentos desenvolvidos nesses setores demonstram que o mercado já entendeu a mensagem de que o sistema regulatório brasileiro faliu. Falta apenas o sistema político perceber esse fato e adotar um dos caminhos mencionados no parágrafo precedente.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP, 2006.

CONTI, José Maurício. Iniciativa legislativa em matéria financeira. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DANWITZ, Thomas von. Was ist eigentlich regulierung?. *Die Öffentliche Verwaltung*, n. 23, 2004.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: stati e amministrazione pubbliche*. Bolonha: Il Mulino, 1998.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *In*: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Una reflexión sobre los entes reguladores: hacia una reformulación del estatuto jurídico y de las funciones de la Comisión Nacional de Energía. *In*: ORTIZ, Gaspar Ariño; DE LA CUÉTERA, Juan Miguel; CASTIELLA, Íñigo de Guayo. *Regulación económica: lectura escogidas*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?*. São Paulo. Mimeo.

Abstract: The scope of this essay is to present a brief overview of the Brazilian regulatory system, aiming at verifying the preservation of the requirements of the regulatory function.

Key words: Regulation. Regulatory authorities. Judicial review.

Recebido em: 05.11.2013
Aprovado em: 28.11.2013

1 Cf. MOREIRA NETO. *Direito regulatório*, p. 113.

2 Aqui é importante mencionar que a regulação independente não é cabível apenas em processos de privatização, já que é instrumento de controle eficiente para atividades essenciais. Contudo, no Brasil, assim como em diversos outros países de tradição romanística, o surgimento e a consolidação da regulação sempre estiveram intimamente regulados com processos de revisão da participação do Estado no domínio econômico. Sobre o tema, confira-se: ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 39 et seq.

3 Aqui é importante mencionar que o objeto de análise é apenas o modelo regulatório federal, que se encontra em declínio. As autoridades reguladoras estaduais e municipais não são analisadas, nem para se afirmar sua permanência nos moldes originalmente forjados, nem para também avaliar seu declínio.

4 Cf. GIANNINI. *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 260.

5 SCHIRATO. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO; MARQUES NETO (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 478.

6 A este respeito, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que: "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 alternativa de poder) e buscam responder às demandas mais imediatas (próprias do ambiente político)". Cf. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 27-28.

7 Neste sentido, confira-se: JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 27-28.

8 Cf. MARQUES NETO. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 49.

9 GIANNINI. *Il pubblico potere: stati e amministrazione pubbliche*, p. 45.

10 CHEVALLIER. *O Estado pós-moderno*, p. 99.

11 Não é à toa que Floriano de Azevedo Marques Neto entende haver quatro espécies de políticas, quais sejam política de Estado, política de governo, política pública e política regulatória. Segundo o autor, a primeira é aquela estabelecida diretamente pela Constituição Federal e vincula todas as demais políticas. A segunda é o conjunto de políticas de determinado governo eleito para a realização de suas finalidades (estaria diretamente ligada à alternância de poder típica da república democrata). A terceira é composta pelo conjunto de princípios e atos voltados para o alcance de um interesse coletivo. E a quarta seria a política adotada pelos órgãos reguladores, com certa margem de discricionariedade, para a realização das finalidades que lhe são impostas tanto pelas políticas de Estado quanto pelas políticas de governo e as políticas públicas. Cf. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 84 et seq.

¹² Aqui é importante mencionar que este é um entendimento tradicional, já desatualizado. Como muito bem nota Marçal Justen Filho, já há órgãos da Administração direta dotados de maiores graus de autonomia, quebrando-se a regra da submissão hierárquica. Sobre o tema, confira-se: *Curso de direito administrativo*, p. 269.

¹³ Odete Medauar afirma que a hierarquia é típica das relações entre os diferentes graus de uma mesma pessoa jurídica, ao passo que o controle (ou tutela) seria a relação típica entre pessoas jurídicas distintas. Cf. *Controle administrativo das autarquias*, p. 74.

¹⁴ Aqui deve ser mencionado que há posicionamentos doutrinários que defendem o cabimento do recurso hierárquico impróprio com relação a aspectos de legalidade, apenas interditando-se a análise de mérito. Dada a fragilização da separação entre mérito e legalidade que já apontei em estudo anterior [cf. *Processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia*. In: MEDAUAR; SCHIRATO (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*, p. 27-28], parece-me que o correto é afastar por completo o recurso hierárquico impróprio das decisões tomadas por autoridades reguladoras independentes, para que se assegure o correto funcionamento de suas atividades.

¹⁵ Aqui deve-se ressaltar que os recursos orçamentários são atribuídos aos órgãos e entidades da Administração Pública por meio da *lei orçamentária*. Contudo, essa é uma lei que predica uma competência privativa de proposta por parte do Chefe do Poder Executivo, garantindo-lhe considerável ascendência sobre o tema. Sobre o tema, confira-se: CONTI. Iniciativa legislativa em matéria financeira. In: CONTI; SCAFF (Coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*, p. 286 et seq.

¹⁶ Neste sentido, José Maurício Conti menciona a utilização da taxa, na qualidade de tributo vinculado, como instrumento de afirmação da independência do Poder Judiciário. Evidentemente, o mesmo entendimento se afirma com relação às autoridades reguladoras. Cf. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*, p. 148.

¹⁷ Cf. DANWITZ. Was ist eigentlich regulierung?. *Die Öffentliche Verwaltung*, p. 983.

¹⁸ Como muito propriamente colocado por Floriano de Azevedo Marques Neto, a discricionariedade administrativa tem, principalmente, 4 fontes: (i) casos em que a lei expressamente atribui à Administração Pública mais de uma escolha possível para o caso concreto; (ii) casos em que a lei fixa finalidades, mas não fixa os meios pelos quais elas deverão ser alcançadas; (iii) casos em que a lei se vale de conceitos jurídicos indeterminados; e (iv) casos em que a lei atribui à Administração Pública um poder normativo. Cf. *Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial*. In: ARAGÃO (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 573. No caso específico da regulação independente dos serviços públicos, as hipóteses (ii) e (iv) são extremamente comuns, dado o caráter eminentemente programático das normas contidas nas leis que tratam de regulação setorial, daí porque se afirma a existência de uma relação especial entre a lei o ato exarado pela Administração Pública em seu cumprimento.

¹⁹ Aqui faço utilização do termo precisamente cunhado por Floriano de Azevedo Marques Neto,

segundo o qual o ato "autista" é aquele autorreferenciado e exarado sem comunicação com o seu entorno, como tradicionalmente é enxergado o ato administrativo no Brasil. Sobre o tema, confira-se: A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR; SCHIRATO (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 96 et seq.

²⁰ Não se pode olvidar que as decisões da Administração reguladora são, muitas vezes, de índole essencialmente técnica. Por esta razão, a Administração deve fundamentar, com extrema detença, a razoabilidade a plausibilidade de sua escolha. Sobre o tema, confira-se: CASSESE. *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 213-214.

²¹ JUSTEN FILHO. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"? *In*: ARAGÃO (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 327.

²² É neste sentido que afirma Floriano de Azevedo Marques Neto: "Quando a vontade individual dos governantes passa a se submeter à ordem jurídica, o poder estatal passa a ser limitado e pode então ser controlado pelos seus destinatários" (cf. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *In*: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*, p. 198).

²³ Sobre o tema, confira-se: Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *In*: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*, p. 222.

²⁴ Cf. SCHIRATO. Processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR; SCHIRATO (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*, p. 27 et seq.

²⁵ BARROSO. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: FIGUEIREDO (Coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*, p. 105.

²⁶ ORTIZ. Una reflexión sobre los entes reguladores: hacia una reformulación del estatuto jurídico y de las funciones de la Comisión Nacional de Energía. *In*: ORTIZ; DE LA CUÉTERA; CASTIELLA. *Regulación económica: lectura escogidas*, p. 263.

²⁷ O termo "institutional by-pass" foi-me apresentado no Brasil por Virgílio Afonso da Silva para designar casos em que uma decisão é tomada para contornar uma reformulação institucional. Cf. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?*.

²⁸ Como exemplo, veja-se o caso da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Nela, é comum que apenas sejam mencionadas as contribuições recebidas, com a indicação do contribuinte (como ocorre na Audiência Pública nº 01/2013, entre diversas outras). Contudo, não há qualquer pormenorização da aceitação ou não da contribuição, nem muito menos uma descrição das razões para tanto. Em um contexto em que a legitimidade das ações das autoridades depende de um processo participativo, não há como admitir que não haja uma resposta formal por parte do regulador acerca dos fundamentos da aceitação ou da rejeição de qualquer contribuição pública.

²⁹ Exemplo claro dessa hipótese é o ocorrido em relação à edição da Resolução nº 40/2004 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), nos termos da qual houve considerável redução da capacidade de geração de energia elétrica por usinas termelétricas localizadas no nordeste

brasileiro. Na oportunidade, a agência editou a resolução sem qualquer procedimento de audiência ou consulta pública, desrespeitando o disposto no artigo 4º da Lei nº 9.427/96, e não houve qualquer repreensão por parte dos mecanismos de controle interno e/ou externo da Administração Pública. Prevaleceu apenas o interesse considerado unilateralmente pela Administração Pública, preservando-se a lógica e a tradição autoritárias do Direito Administrativo Brasileiro.

³⁰ Sobre o tema, confira-se: MARQUES NETO. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *In*: MODESTO (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*, p. 223-224.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99036>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.