

## **NOVOS ÓRGÃOS REGULADORES: ENERGIA, PETRÓLEO E TELECOMUNICAÇÕES**

Pedro Dutra

1. Regulação de serviços e de mercados: experiência norte americana e europeia; experiência brasileira. 2. Estrutura institucional de órgão regulador: poder; independência; controle; titulares. 3. Os novos órgãos reguladores brasileiros: ANEEL; ABTEL; ANP: políticas, regras processuais de ação; indicação de titulares. 4. O novo modelo regulador brasileiro: difícil conciliação entre o passado e a esperança.

Ao analisarmos no ano passado as declarações do Presidente da República sobre a criação de órgãos reguladores, apontamos o engano em que se baseavam as propostas em elaboração no Executivo, de se construir um modelo nativo próximo à experiência europeia, que seria, segundo o Presidente da República, mais conforme à nossa tradição, ao contrário da anglo-saxã. A experiência brasileira caracteriza-se, precisamente, por haver repellido formas democráticas apuradas - fosse a europeia, fosse a anglo-saxã - na administração pública em geral e em particular na regulação de serviços públicos e de mercados; preferiu, sempre, um modelo onde a concentração do poder recaísse no Executivo, que por essa razão vem exercendo, na prática, a função regulatória. Com atenuação desse modelo - mas não bastante a uma economia que se quer de livre-mercado -, o governo federal elaborou, com frouxa coordenação, e submeteu ao Congresso Nacional projetos-de-lei de regulação de serviços públicos, de telecomunicações e de energia elétrica, e do monopólio do petróleo, todos prevendo a criação de órgãos reguladores específicos. O projeto relativo à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), já foi transformado em Lei, de n.º 9.427/96;

a Agência Brasileira de Telecomunicações (ABTEL) e a Agência Nacional de Petróleo, (ANP) ainda tramitam no Congresso Nacional. A seguir, analisamos a estrutura institucional desses órgãos, como propostas, e a fixada na Lei n.º 9.427/96.

1. Historicamente, dois fatores determinantes estão à base da criação dos órgãos reguladores: a incapacidade de os mercados, nos quais sobreleve o interesse público sobre o privado, - tais o de serviços públicos concedidos, financeiro, concorrencial, mobiliário, etc. - de, por si, regularem-se, reprimindo abusos por parte dos agentes neles presentes. E a incapacidade de o Poder Executivo por si, a partir de sua estrutura tradicional, - ministérios e órgãos a ele subordinados, ou ao Presidente da República - promover tal regulação.

A conjunção desses fatores deu-se primeiro nos Estados Unidos, onde a forte tradição constitucional, fundada na defesa das garantias individuais, impôs limites à ação do Executivo, o que fecundou a criação de órgãos reguladores independentes em relação àquele poder. Na Europa, a criação de órgãos reguladores verificou-se sob o acento social de suas democracias, o que reclamou para o Executivo o dever de promover a regulação dos mercados afetados pelo interesse público, e assim determinou forma distinta ao aparato regulador, sendo os órgãos criados sem a independência formal em relação ao Executivo encontrada no modelo norte-americano, porém a eles foram estendidos os princípios de excelência e autonomia técnica que distinguem as burocracias desses países democráticos.

No Brasil, a força do autoritarismo próprio de nossa tradição política, traduzida quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo, e muitas vezes no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que formalmente regem a administração pública, esteve à base da criação dos órgãos reguladores, iniciada na ditadura Vargas. A partir de então, arrogou-se o Governo Federal o dever de regular serviços públicos e mercados, esses, à razão de interesses políticos, seguidamente ampliados, ignorados os critérios técnicos aplicáveis. Portanto, fatores sociais superiores determinantes na criação dos órgãos reguladores, jamais se conjugaram objetivamente na experiência brasileira, ao contrário do

ocorrido nas democracias norte-americana e européias. Entre nós, a necessidade de regular serviços públicos e determinados mercados, quando verificada, foi vista antes como mais uma entre as inúmeras prerrogativas exclusivas do Poder Executivo, no âmbito de sua ação quase sempre incontrastada, e não como uma devida e reclamada prevalência do interesse público sobre o interesse privado; ou seja, o interesse do conjunto de cidadãos em ter serviços públicos eficientes, prestados por empresas privadas, mas nesses reprimidas as condutas abusivas que a experiência mostrou ocorrer se deixada a prestação de tais serviços sem regulação.

A consolidação dos dois fatores históricos determinantes na criação de órgãos reguladores independentes – a incapacidade de os mercados, por si regularem-se e a incapacidade de o Poder Executivo diretamente o fazer – começou a generalizar-se ao final da década de 1980, com a falência do modelo intervencionista estatal, fosse a versão extremada dos países socialistas, a temperada das democracias européias, ou a exacerbada existente no Brasil. Os efeitos desse fenômeno repercutiram sobre todas as experiências. Nos Estados Unidos, traduziu-se em uma busca por um regime de maior competitividade entre os prestadores, sem contudo se ver restringido o poder fiscalizador, já afirmado, dos órgãos reguladores. Na Europa, os países, individualmente, e a União Européia evoluem no sentido de dotar seus órgãos reguladores de maior independência e alcance, como já existe em relação ao órgão europeu regulador da livre-concorrência.

No Brasil, a falência do modelo regulador nativo foi arrematada pelo exemplo mundial, embora a sua inépcia datasse de sua origem. Ainda assim, é expressiva a resistência em admitir-se a regulação independente, de serviços públicos e mercados, como a melhor forma de servir ao interesse público, onde este deve prevalecer - não substituir - sobre o interesse privado. Essa resistência manifesta-se por duas formas, e conta com opositores ideológicos simetricamente dispostos: a primeira, quando se cuida de serviços públicos, credita-se, pontualmente, à míngua de investimentos a razão máxima da falência dos serviços prestados; a segunda, quando se trata de mercados, invoca-se o suposto despreparo da sociedade brasileira em viver em uma economia de livre-mercado, e, portanto, deve o Executivo ainda tutelar os órgãos reguladores.

Em uma e outra forma de resistência, esponta a fraqueza da noção do interesse público como a expressão ordenada da liberdade individual dos cidadãos de decidir, que está à base da livre-iniciativa e da livre-concorrência, ambos princípios constitucionais regentes da economia do país. Assim, as duas formas de resistência acabam por unir as forças de reação a uma regulação independente de serviços públicos e mercados, que tenha por finalidade maior a defesa do interesse público. Isto é, uma ação reguladora promovida por órgão verdadeiramente independente, que vise à proteção do interesse público na forma da Lei, único meio eficaz e democrático de intervenção estatal - do Estado e não do Poder Executivo - capaz de melhor resistir a toda sorte de pressões.

2. A estrutura institucional dos órgãos reguladores pode ser analisada a partir dos três planos principais: do poder, que exercem; da independência, de que dispõem; do controle a que são submetidos; e da seleção de seus membros. Por essa razão, a análise de sua informação legal faz o objeto primeiro na verificação de sua atuação futura.

O poder de fiscalizar permite ao órgão reprimir eventual conduta violadora das normas e obrigações específicas, de empresas sob a sua jurisdição, a elas impondo sanções; o poder de regular possibilita ao órgão emitir normas a incidir sobre fatos e atos próprios do curso da atividade verificada no âmbito de sua jurisdição; e o poder de formular habilita o órgão a sediar, mediando publicamente os interesses diretos, discussões de políticas próprias para o setor sob sua jurisdição, a serem convertidas em normas ou votadas pelo Congresso ou, por delegação, estabelecidas pelo Executivo.

A independência hierárquica do órgão regulador dá-se quando, mesmo formalmente inscrito na estrutura de um determinado ministério, a atuação dele não se subordina, por modo qualquer, ao titular ou a órgão desse ministério; a independência financeira registra-se quando as fontes de recursos do órgão são autônomas, ou, se orçamentária, a ele são carregados diretamente; e a independência decisória tem-se quando de suas decisões cabe exclusivamente recurso ao Poder Judiciário, e não a plano hierárquico superior da administração pública.

O controle do órgão regulador pode ser exercido por três formas: político, quando o exerce o Legislativo, por uma de suas casas - no nosso modelo constitucional, o Senado Federal -, por meio de suas comissões; financeiro, sobre as fontes de receita, e o seu repasse, do órgão; e jurisdicional, relativo às suas decisões, a ser exercido pelo Judiciário ou pela própria administração pública, isto é, pelo Executivo.

A seleção dos membros dos órgãos reguladores considera três critérios: político, se a indicação é privativa do Executivo; de competência, se é precedida de uma aferição objetiva da habilitação técnica específica dos indicados; de representação política, quando é promovida em razão da expressão dos partidos políticos, e, em alguns casos, de entidades representativas de interesses específicos.

3. As normas elaboradas pelo Executivo, que dispõem sobre a criação das três agências aqui referidas, mostram duas características típicas do processo legislativo atual: ausência de análise crítica da experiência anterior; e inexistência de uma diretriz comum, ao contrário da afirmação anterior do Presidente da República. Em relação ao órgão regulador específico, a Lei que criou a ANEEL é, tecnicamente, inferior aos projetos ABTEL e ANP, e os três textos, sem contar a má redação, marca contemporânea do direito brasileiro, ignoram alguns pontos positivos de normas anteriores. A característica essencial das normas criadoras dessas agências está, contudo, no defasado modelo estrutural para elas concebido, e com o qual essas enfrentarão a tarefa inédita de, concretamente, regular os interesses todos, muitas vezes contrários entre si, em uma economia cujo mercado vem de ser liberado, como é a brasileira.

Nesse contexto, analisamos a seguir entre outros, decisivos na estrutura institucional das agências. São eles: a), o modelo de formulação de políticas para o setor; b), a fixação das regras processuais a serem observadas pelas agências em sua ação; e c), a nomeação de seus titulares.

O poder de a) formular políticas específicas para o setor regulado é o mais complexo e significativo desses pontos. Nos termos das normas legais, deverão as agências, mesmo dispondo

de independência decisória, obedecer às regras de uma política específica para cada setor regulado, a ser fixada pelo Presidente da República.

Compare-se o disposto no art. 2º, da Lei n.º 9.427/96 que criou a ANEEL: "A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.". E o que dispunham as normas anteriores, do período Vargas respectivas a esse mesmo setor - (Dec.-Lei n.º 1.285, de 18 de maio de 1939, e o Dec.-Lei n.º 1.699, de 24 de outubro de 1939, que criou o Conselho Nacional de Águas e Energia): essas atribuíam ao Conselho Nacional de Águas e Energia a proposição de diretrizes para a política do setor de Energia e Recursos Hidráulicos no país. Isto é, mesmo na ditadura Vargas, nesse caso, evitou a Lei concentrar poder exclusivamente nas mãos do Presidente da República, ao contrário do que hoje faz a Lei que cria a ANEEL.

O projeto de Lei que cria a ANP mantém a orientação do Decreto-Lei n.º 391, de 7 de julho de 1938, que subordinava o Conselho Nacional de Petróleo, o órgão regulador do setor, ao Executivo (art. 1º: "O CNP (...) diretamente subordinado ao Presidente da República (...)"). Diz o art. 2º, caput, do projeto de criação da ANP: "Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:(...)".

A mesma ainda inspirada no modelo Vargas acha-se no projeto de Lei que cria a ABTEL, como se tem em seu art. 1º, caput: "Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas governamentais estabelecidas pelo Poder Executivo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações". Aqui o retrocesso configurado nesse comando jurídico dá-se em relação à Lei n.º 4.117/62, que atribuía em seu art. 29, alínea c, competência a um órgão específico e colegiado, o CONTEL, para

"elaborar o plano nacional de telecomunicações e proceder à sua revisão, pelo menos, de cinco em cinco anos, para a devida aprovação pelo Congresso Nacional". (grifo nosso)

O modelo ora proposto mantém vivo, e até acentua, o modelo Vargas, e suscita duas questões, uma de natureza constitucional e outra de natureza política. A primeira consiste na dificuldade em conciliar esse preceito normativo com o comando do artigo 174, da Constituição Federal, que determina que o planejamento estatal - e este será o caso, pois a política, assim considerada, é um plano, que afetará os direitos do conjunto de consumidores e obrigará empresas do setor privado - deve ser forçosamente enformado em Lei específica. Aprovado o modelo de órgão regulador (sendo que o relativo à ANEEL já é Lei) nesses termos, abrir-se-á lugar à oposição às regras de planejamento que vierem a ser fixadas pelo Executivo, sendo possível questionar-se, inclusive, a independência decisória das agências em face de uma regra em princípio ofensiva à letra constitucional. A segunda questão, de natureza política, desdobra-se da primeira e está em o Executivo, nos termos das normas propostas, subtrair inteiramente ao Legislativo a prerrogativa constitucional, que é deste Poder, de votar Leis definidoras de políticas setoriais.

O poder do Chefe do Executivo de ele próprio, sem ouvir o Congresso, definir políticas setoriais nasceu na ditadura Vargas, sobexistiu ao tempo da Carta de 1946, onde não havia o comando hoje presente na Carta de 1988, e as Leis que deveriam regular a ordem econômica constitucional não foram editadas, como então também se esperava. Já o regime constitucional da ditadura militar permitia, expressamente, a intervenção aberta do Estado, leia-se do Chefe do Executivo, na economia, inclusive com a edição de decretos-lei. Além desse fato, como observado em nosso artigo anterior, no regime militar os órgãos reguladores foram avassalados pelas empresas estatais, o que lhes relegou a um ostracismo ainda maior. Sob o regime da atual Constituição, que confinou o planejamento estatal ao setor público, tornando-o apenas indicativo para o setor privado, notou Miguel Reale a pouca atenção dada ao comando do artigo 174, inclusive por parte dos

empresários, os principais críticos da intervenção do governo na economia.(nossos grifos)

O modelo atual além de sua impropriedade a um regime de livre-mercado, flagrante já em sua defasagem histórica, e das questões constitucionais que poderá suscitar, uma vez aprovado irá canalizar toda a pressão de interesses distintos sobre o Presidente da República e Ministros de Estado. E inspirar, como forma de controle parlamentar sobre a função regulatória, a inquisição dos dirigentes das agências e de empresas prestadoras de serviços em comissões de inquérito para esse fim especialmente criadas.

A fixação em Lei da política para cada um dos setores regulados, como requer a Constituição Federal, é, todavia, penosa. A solução mais apropriada a um regime onde se busca, simultaneamente, o concurso da iniciativa privada e a proteção do interesse público, seria permitir às agências reguladoras sediar a discussão ampla sobre a formulação das políticas setoriais, incumbindo-as de colher, em audiências públicas, as propostas de todos agentes - privados e representantes dos consumidores - alcançados pela regulação do setor, e a seguir formularem as agências propostas de políticas para o setor respectivo, encaminhando-as, por intermédio do respectivo ministro de estado, ao presidente da república. E esse, por delegação do Legislativo, poderia promover a transformação de tais propostas em normas. Pela mesma linha, melhor seria expressamente consignar ao Legislativo, no caso às respectivas comissões do Senado Federal, a tarefa de fiscalizar a ação das agências reguladoras. Porém, tanto em um caso como em outro, nem a Lei da ANEEL, nem os projetos relativos à ABTEL e à ANP, prevêem tal possibilidade; ao contrário, são vagas sobre esse ponto e assim revigoram o modelo antigo, próprio de uma economia submetida à intervenção do Governo Federal, e não fundado nos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência e no princípio do controle externo, a efetivar-se sempre nos limites da Lei.

O segundo ponto, b) - a não fixação de normas processuais -, embora de natureza formal, é de fundamental relevância.

Na Lei que criou a ANEEL, acha-se disposto: art. 7º, §

2º: "A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional. (...)". Difícil admitir-se a constitucionalidade de tal dispositivo, que aliena a ação administrativa-regulatória do órgão para esse fim criado, sobretudo quando é indiscutível o fato de que a regulação - nela incluída a fiscalização das empresas reguladas - é feita em razão do interesse público, cuja guarda só pode ser feita na forma da Lei que diretamente vincule o agente administrativo ao exercício direto de sua função específica.

A sua vez, o projeto de lei que cria a ANP defere a estipulação do processo administrativo, a pautar a ação ordinária desse órgão, a um decreto do Poder Executivo; diz o art. 20 : "O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento."; e o art. 80 : "O Poder Executivo implantará a ANP, mediante aprovação de sua estrutura regimental, em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da data de publicação desta Lei.".

Com relação à ABTEL, tem-se prescrição análoga: art. 9º: "Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência, devendo seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar a estrutura regimental."; e no art. 20, I: (grifos nossos)

Não dispondo o sistema jurídico brasileiro de um código de processo administrativo, segue a administração pública regras processuais especialmente criadas em leis ordinárias que regulam a ação de determinados órgãos que nela se inserem, como se tem na Lei 8.884/94, que fixa as regras processuais a serem observadas pelo CADE, o órgão regulador da livre-concorrência, em sua atividade de reprimir e prevenir o abuso do poder econômico. Nenhuma das normas relativas às três agências aqui analisadas contém regras que lhes definam e condicionem, conforme os princípios constitucionais do devido

processo legal e da ampla defesa, a ação ordinária, na aplicação das normas a elas respectivas. Dizem as normas propostas e a Lei relativa à ANEEL, como vimos, que as regras processuais, a serem seguidas por cada uma das agências, serão estabelecidas por decreto presidencial.

Duas conseqüências essenciais deduzem-se desse modelo, ambas negativas. A primeira é, uma vez mais, a concentração do poder em mãos do presidente da república e de ministro de estado, o que, sabidamente, estranha a uma economia de livre-mercado. A segunda conseqüência reparte-se em duas: a possibilidade aberta ao abuso do poder por parte das agências ao aplicarem a Lei, especialmente o poder investigatório e sancionatório que deterão, uma vez que as regras processuais a serem baixadas poderão ser simplesmente alteradas por decreto, o que poderá permitir, por vezes, pressões para alterá-las. E, mais importante, o desprezo que os legisladores legaram a dois institutos já consagrados na experiência brasileira, e indispensáveis na solução dos conflitos surgidos entre órgão regulador e empresas reguladas; são eles, o compromisso de cessação de prática investigada, e o compromisso de desempenho, que permitem obviar a inafastável demora em processos administrativos e, uma vez aplicados, solucionam de forma não traumática os casos mais importantes surgidos no âmbito da aplicação das leis regulatórias.

O compromisso de cessação permite, em qualquer altura do processo administrativo, que o investigado, sem admitir a culpa pelo ato que lhe é imputado, evite o julgamento se comprometer-se, perante o órgão regulador, a não mais praticar o ato que deu causa à instauração do processo. Inspirado no consent decree do direito norte-americano, foi inovadoramente aceito pelo legislador brasileiro na Lei 8.884/94, que regula a livre-concorrência; nos Estados Unidos, dois terços dos processos abertos somente no âmbito da repressão ao abuso do poder econômico resolvem-se por essa forma. O compromisso de desempenho, também admitido inovadoramente na mesma Lei, permite ao órgão Regulador, em determinados casos, negociar com o agente econômico, mediante o cumprimento de obrigações, positivas e negativas, a realização de metas previamente fixadas, visando a um melhor cumprimento dos preceitos legais. Assim, com esses dois institutos, a função regulatória evolui da simples repressão, sempre lenta e

desgastante, para soluções negociadas de forma objetiva e transparente, que consideram primeiramente o interesse público, objeto maior da regulação.

A desatenção do legislador em fixar normas processuais a serem obedecidas pelas agências reguladoras dá-se ante ao reclamo da sociedade pela solução rápida de conflitos. E esse reclamo é, também, uma condição inafastável de uma economia de livre-mercado. Não fora assim, não teriam sido os órgãos reguladores concebidos com estrutura própria, para exatamente serem mais velozes em suas decisões. Por outro lado, sendo a eles conferido o poder de aplicar sanções, o dever de observar, nos processos que instaurem, os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal é estrito e inafastável, e, por essa razão, deveria estar o conjunto das regras processuais, a serem obedecidas pela agências, fixado em suas respectivas normas.

3. A seleção dos integrantes dos colégios decisórios das agências c), enfrenta o emperdenido clientelismo da tradição política brasileira.

Assim dispõe a Lei que criou a ANEEL: art. 5º : "O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, ressalvado o que dispõe o art. 29.

Parágrafo Único. A nomeação dos membros da Diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal."

O projeto relativo à criação da ABTEL, diz no art. 21: Os Conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal."

E o projeto de criação da ANP, diz em seu art.11, §2º: "A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores.(...)"

§2º Os membros da diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição."

Em princípio, a indicação feita a partir da livre escolha de nomes pelo Presidente da República, a seguir submetidos à aprovação do Senado Federal, é de boa técnica e empregada nos Estados Unidos, país de mais larga e fecunda tradição regulatória. Mas, da experiência brasileira, dois pontos ressaltam negativamente desse modelo. O primeiro é a inclinação do Executivo, com honrosas exceções, em empregar essa prerrogativa como prêmio à atuação política de seus correligionários, quando não resvala a prática em ostensiva premiação de amizades pessoais. O segundo ponto está em que o Senado Federal é usualmente brando nas sabatinas que faz; nos Estados Unidos essas sabatinas são vivamente acompanhadas pela imprensa e assim põem os legisladores em alvo específico do interesse público. No Brasil, embora seja crescente a atenção do Senado Federal, sobretudo em sua função investigatória, a maior parte das sabatinas realizadas reveste-se ainda de um caráter meramente burocrático.

A estipulação de preencherem os indicados requisitos de habilitação técnica, constante nos projetos, é tão antiga quanto pode ser, e tem sido, muita vez, ineficaz. O modelo proposto pelo ex-ministro Piquet Carneiro busca conjugar os critérios de isenção e habilitação, ao sugerir a seleção dos dirigentes por meio de critérios técnicos objetivos, a serem aplicados por uma comissão para esse fim especialmente criada. A essa caberia a seleção dos nomes apresentados ao Presidente da República, que então os indicaria submetendo-os à sabatina do Senado Federal.

No entanto, sequer essa solução ordinária está inteiramente adotada na criação das agências; a maioria dos primeiros dirigentes, à exceção, ao que se sabe, da ABTEL, serão de livre escolha do presidente da república, dispensada a audiência do Senado Federal, ao insustentável, em termos lógicos e jurídicos, pretexto de "implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes".

Aqui também repete-se a experiência anterior: a

indicação dos dirigentes do Conselho Nacional de Petróleo, criado por Vargas em 1938, era de livre escolha do Presidente da República. Dizia, por exemplo, o citado Decreto-Lei n. 395/38: "Fica criado o Conselho nacional de Petróleo, constituído de brasileiros natos, designados pelo presidente da República..."(art. 4).

O modelo Vargas está repetido na Lei que cria a ANEEL, no art. 78: "Na composição da primeira diretoria da ANP, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o diretor-geral e dois diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Minas e Energia, respectivamente com mandatos de três, dois e um ano, e dois diretores serão nomeados conforme o disposto nos §§ 2º e 3º do art.11."

E segue repetido no projeto que prevê a criação da ANP, em seu art. 29: "Na primeira gestão da autarquia, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o Diretor-Geral e dois Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministério de Minas e Energia, e dois Diretores nomeados na forma do disposto no parágrafo único do art. 5º." (nossos grifos)

4. Os três pontos negativos acima sumariados restringem o efetivo avanço que uma economia de livre-mercado requer e poderia ter sido efetivado na regulação dos serviços afetados pelo interesse público e a serem prestados, a partir de agora, majoritariamente, por empresas privadas em lugar de empresas estatais. Essas limitações atingem a estrutura das agências, pois alcançam a afirmação do poder regulador que é próprio de sua essência; a independência, que se põe como requisito ordinário de sua ação; e a indicação de seu quadro diretor, que é a face viva do relacionamento das agências com a sociedade. A concentração do poder nas mãos do Executivo mostra a fixidez, ainda existente entre nós, da idéia que a este Poder, e não ao Estado, na forma da Lei, cabe a prerrogativa de determinar o rumo da economia do país. E mais: que, ao Executivo cabe preferencialmente interpretar e representar o interesse público. Idéia gasta, mas que anima uma reforma a meio, defasada historicamente, como mostra a influência do antigo modelo Vargas, forjado para uma economia autoritária,

dominada pela ação do Executivo, ao contrário do que hoje se requer, isto é, órgãos reguladores verdadeiramente independentes e atentos aos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência, próprios de uma economia aberta e democrática.

Ainda assim, as novas normas reguladoras poderão significar um avanço sobre o estado de coisas anterior. Os colegiados das agências têm assegurado seu poder decisório; às três foram garantidos recursos que, ao menos em tese, irão dotá-las de meios materiais para a sua ação. E, sobretudo no caso da ABTEL, as regras técnicas relativas aos serviços regulados são de boa qualidade e tiveram sua discussão prévia razoavelmente aberta.

No quadro contraditório que se abre, e é fruto da má conciliação entre o moderno e o vencido, novamente tem-se a pensão da espera, de que a atuação dos novos órgãos reguladores, do esforço de seus funcionários sobretudo, venha corrigir as falhas das leis que as criam. A recente experiência brasileira vem mostrando que órgãos reguladores, agindo com transparência, ganham o respaldo da sociedade e podem então proteger, conciliando-os, os interesses dos consumidores e dos investidores privados. E só dessa forma realizam a finalidade maior do Poder Executivo, que é fazer cumprir as normas legais que promovam o bem-estar social.