

## O REVERSO DA REGULAÇÃO

*Pedro Dutra\**

Uma vez eleito, o atual presidente da república prometeu reverter a “terceirização do poder político do Estado”, segundo ele promovida pelo seu antecessor por meio da criação das agências reguladoras.<sup>1</sup> E, desde então, vem cumprindo o seu propósito: a indicação dos dirigentes desses órgãos passou a atender ao interesse partidário do governo, e este cortou as verbas orçamentárias destinadas às agências. Os efeitos recentes dessa linha de ação do governo reavivaram, dramaticamente, o debate sobre a regulação dos mercados.

Em 1928, o arquiteto Anhaia Mello propôs a criação de uma agência (*sic*) para regular a prestação de serviços públicos no município de São Paulo, outorgada a empresas particulares: “A complexidade crescente do problema de fixar preços e *standards* de serviço, trouxe, pois, a convicção de que ao legislativo incumbe fixar princípios e não detalhes; que os estatutos devem ser gerais e não específicos, e que a regulamentação, propriamente dita, deve caber a uma agência efetiva, constituída de peritos capazes de concretizar e aplicar os *standards* legislativos. (...) Todas as outras modalidades de fiscalização – provado está definitivamente – são precárias, meras formalidades ou expressões contratuais sem eficiência, e reduzem-se, afinal, a uma questão

---

\* Advogado.

<sup>1</sup> “De acordo com relato do líder do PTB na Câmara, Roberto Jefferson, o presidente resumiu em uma frase, na reunião com os líderes da base aliada, a sua crítica à atuação das agências reguladoras. ‘*Terceirizaram o poder político do Brasil*’. Segundo o líder do governo no Senado, Aloizio Mercadante (PT-SP), Lula fez referência crítica, além das agências reguladoras, ao número excessivo de empresas que trabalham com consultoria para o governo. Mercadante ressaltou que o governo de Lula tentará ‘*resgatar a inteligência do Estado*’. O líder destacou que as tarifas públicas estão nas mãos de ‘um conselho dessas agências indicadas pelo governo anterior’.

(...) Jefferson disse que Lula não terá dificuldade para rever o papel das agências reguladoras. ‘*Temos absoluta convicção de que as agências estão acima da lei. Trata-se de um poder paralelo e o Congresso não tem competência regimental para convocar seus presidentes*’, disse Jefferson.” in “Lula quer rever papel das agências reguladoras”. José Ramos e Cida Fontes. *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, p. B6, 20.02.2003.

de ‘vistos’, ‘conferes’, e carimbos”.<sup>2</sup> Quatro anos depois, Alfredo Valladão, em seu o projeto revisto do Código de Águas, previu a criação de um órgão regulador para o mercado de energia elétrica, “cercando-o das maiores garantias de competência administrativa e de independência”, e das suas decisões caberia recurso exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, e seus titulares teriam os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que se conferem aos juizes do Tribunal de Contas (...) varridas quaisquer influências que possam, de qualquer modo, desviá-las de seus fins”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”, Luiz de Anhaia Mello. São Paulo: Sub-Divisão Gráfica da Prefeitura; 1940. 2ª ed.; p. 216.

Eros Grau data a obra pioneira de Anhaia Mello de 1940, quando em verdade ela é de 1928. (in “Nota sobre o anteprojeto de lei atinente às agências”. EROS, Roberto Grau. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.1, n.4, out./dez. 2003. p. 112; e, também, in” *La régulation au Brésil*. Eros Roberto Grau. In “Droit de la regulation, service public et integration regionale”. Gerard Marcou e Franck Moderne (dir.). Paris: L’Harmattan, 2006). Como aqui citado, a proposta de Anhaia Mello é anterior em doze anos: 1940 é a data da segunda edição, como observa Plínio Branco no prefácio desta edição: “Com notável erudição, impregnado de sadias idéias renovadoras, soube Anhaia Mello empolgar o seu auditório quando, sobre esses assuntos, proferiu uma primeira série de palestras, em 1928, na sede do Instituto de Engenharia, de São Paulo. (...) Essas conferências, enfeixadas em volume, representam até agora, o que de mais valioso tem sido escrito no Brasil sobre tão importante matéria.” *Prefácio*. In “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”. Conferencias realizadas no Instituto de Engenharia de São Paulo e no Clube de Engenharia do Rio de Janeiro. Luiz de Anhaia Mello. Prefácio de Plínio Antonio Branco. 2ª. ed., São Paulo: PMSP, 1940. p. 7.

A precisão, sobretudo aqui, é indispensável, pois mostra o pioneirismo da proposta de Anhaia Mello, como notou Plínio Branco. O engenheiro-arquiteto a formulou e foi ela por ele apresentada antes de o instituto das agências reguladoras haver sido disseminado nos Estados Unidos, o que ocorreu depois da grande depressão de 1929, e como um dos meios de superá-la. Veja-se o monumental trabalho de Bernard Schwartz, que historia todo o processo legislativo de criação das agências reguladoras nos Estados Unidos, que se seguiram à primeira, *Interstate Commerce Commission*, ainda no século dezenove. “The economic regulation of business and industry: a legislative history of U.S. regulatory agencies” – 5 vls. Bernard Schwartz ed. New York : Chelsea; R. R. Bowker, 1973. Entre nós, veja-se a insuperada obra de Alberto Venâncio Filho, que historia a intervenção do Estado na economia. A proposta de Anhaia Mello precede também a ascensão de Vargas ao poder, e a conseqüente afirmação de um regime político autoritário, no qual teria lugar a reação à proposta de Anhaia Mello.

<sup>3</sup> “Regime Jurídico das Águas e da Indústria Hidro-Elétrica”; Alfredo Valladão. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo; 1941. p. 139 e 148.

Já àquela altura, evidente que os serviços públicos concedidos (todos eram então prestados sob esse regime) deveriam ser regulados por critérios técnicos, aplicados por órgãos especiais da administração, as principais questões relativas ao regime legal de regulação foram superiormente enfrentadas e equacionadas pela doutrina nacional, versada nas fontes estrangeiras contemporâneas.<sup>4</sup> Entre outras questões, a natureza especial dos órgãos reguladores, distinta daquela dos órgãos ordinários da administração pública; a independência orçamentária, hierárquica e decisória a eles necessária assegurar, que os pusesse a salvo da ação partidária do governo; a habilitação técnica como pressuposto à indicação de seus titulares e a estipulação de mandatos a seus titulares. Ou seja, as garantias que os permitisse buscar garantir aos usuários prestação dos serviços públicos, atendidos os princípios de razoabilidade de preços e de universalidade, reprimindo o abuso do poder econômico.

Fixadas essas questões, a discussão doutrinária desdobrou outra, essencial: a forma e o limite da intervenção do Estado na vida econômica do país, que o regime autoritário de Vargas, afirmado com o golpe de estado de 1937 e estruturado com a Carta daquele ano, prontamente resolveu: ouvido o seu maior jurista, Francisco Campos,<sup>5</sup> o governo “ *julgou de melhor aviso*

<sup>4</sup> Em especial, com o aprofundado estudo da doutrina norte-americana, aqui pouco conhecida, como dão nota os trabalhos pioneiros Valladão e Anhaia Mello e de Francisco Campos.

<sup>5</sup> Francisco Campos, em artigos publicados na primeira metade da década de 1930, analisou a intervenção democrática do Estado na economia, sobretudo a norte-americana, (fórmula, a qual, depois, ministro de Vargas, rejeitou) para regular os serviços públicos; dizia, então, com propriedade: “O pressuposto visível da disposição constitucional (1934) era o regime de regulamentação por comissões, único que permite, com plena garantia do poder concedente, o regime de tarifas flexíveis. Sendo o sistema de controle que nos parece convir ao Brasil, particularmente se vingar o dispositivo do projeto constitucional que manda rever periodicamente as tarifas dos serviços públicos concedidos, convém que o conheçamos nos seus pormenores, e, muito especialmente, os defeitos, vícios e insuficiências revelados pela sua prática dos Estados Unidos.”. In “Direito Administrativo”, Francisco Campos, 1949. págs. 152-153. Campos referia-se à regra legal do “fair price”, devida aplicar na fixação das tarifas das “utilities”, serviços públicos, cuja definição monopolizou a doutrina e a ação dos órgãos reguladores norte-americanos naquele período. Prosseguindo, sobre a importância dos órgãos reguladores agirem apenas sob critérios técnicos, como órgãos especiais da administração pública, escreveu: “As questões relativas a tarifas de serviços públicos são questões eminentemente técnicas em todos os seus aspectos, envolvem elementos de especialização de vários domínios, do econômico, do tecnológico geral e, especialmente, da tecnologia própria a cada ramo de serviço,

*manter o sistema tradicional de controle dos serviços concedidos pelos órgãos ordinários da Administração*<sup>6</sup>”. E coerentemente, pois um regime autoritário como o de Vargas, no qual o Estado se confundia com o governo federal, e este com a pessoa do seu titular, não poderia admitir órgãos públicos que não fossem subordinados ao comando direto do poder executivo. Órgãos reguladores seriam, exclusivamente, os “*órgãos ordinários da Administração*”. E, assim, foram eles instituídos, sobre o protesto da doutrina.<sup>7</sup>

O modelo democrático de intervenção do Estado inicialmente proposto Anhaia Mello, que prevê a participação equilibrada dos três poderes – o Executivo indicando os titulares dos órgãos, o Legislativo aprovando-os e fiscalizando-lhes a atuação e o Judiciário revendo suas decisões – não encontrou entre nós acolhida no ambiente político e ideológico da década de trinta. A reação que então se ergueu a esse modelo democrático não refletia apenas a fria objetividade política celebrada na proposição do nacionalista autoritário Charles Maurras – política, feita a partir do poder, antes de tudo – *politique d’abord*;<sup>8</sup> ela revelava também a cristalização autoritária, à es-

---

e, ainda, problemas de administração especializada. Como conferir-se a um órgão, a cuja competência se acham confiados problemas gerais de administração e de governo, e, portanto, a um órgão que não pode e não deve ser um órgão técnico e especializado, atribuições que envolvem e pressupõem, não conhecimentos gerais, mas especializados, e de uma vez especializados em vários domínios da ciência e da técnica, desde a economia, a que se tem que ir buscar o critério a que deve obedecer o cálculo das tarifas até a engenharia e tecnologia em alto grau especializadas? (...) a Administração precisa de prolongar-se em órgãos especializados, com competência sobre coisas em especial e em particular, e com a função de controlar e decidir, isto é, fazer obra de administração nos setores em que a Administração geral não possa intervir por deficiências de conhecimentos técnicos e especializados. Organizar de outra maneira o controle dos serviços públicos concedidos, o mesmo é que não organizá-lo.”. Idem, *ibidem*.

<sup>6</sup> *Serviços Públicos Concedidos*, Odilon Braga. In *Revista de Direito Administrativo*; Rio de Janeiro: Renovar; 1983. edição histórica; p. 147.

<sup>7</sup> Cf. “Agências reguladoras – reforma ou extinção?”. Pedro Dutra. In *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p 187-208, jul/set. 2003.

<sup>8</sup> «Mes idées politiques»; *L’age d’Homme*: Suisse; 2002. p. 155. Charles Maurras era lido por expressiva parcela da intelectualidade brasileira. Não por acaso, Oliveira Vianna, ao lado de Francisco Campos, um dos artífices ideológicos do regime Vargas, intitulou de «Problemas de Política Objetiva» a sua obra em que trata das (então) novas, e autoritárias, como as concebia, formas por ele defendidas de intervenção do Estado na ordem econômica. «Problemas de política objectiva». Oliveira Vianna. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

querda e à direita, que então se verificava na Europa e que aqui chegava. Nesse quadro de aberta radicalização, a esquerda via a regulação técnica dos mercados absorvida na titularidade estatal dos prestadores de serviços e assim a sua execução por órgãos reguladores independentes consistia uma inadmissível antinomia, enquanto para direita o governo surgia como o árbitro natural das relações econômicas, o Estado absorvido no governo, formando o *stato-governo*, como o formularam os juristas italianos na década de trinta,<sup>9</sup> não havendo sentido cogitar-se de órgãos reguladores independentes. A linha que celebrou a concentração de poder na pessoa do presidente da República, e assim subordinou o interesse do Estado à vontade do governo, foi incorporada sutilmente pelo populismo de Vargas, frisando de então por diante a cultura política nacional; e o tempo reduziu, a um núcleo autoritário resistente, os perfis ideológicos antes nítidos e opostos, aproximando as suas formulações jurídicas.

A rejeição a uma regulação independente e técnica, afirmada no regime Vargas, contribuiu decisivamente para estatização dos serviços públicos (ao lado de vários outros setores da economia), iniciada na década de cinquenta e extremada no regime militar de 1964. O esboroamento da prestação estatal dos serviços públicos que se seguiu, em meio à ineficiência e ao malbaratamento de recursos da poupança popular, determinou no primeiro governo Fernando Henrique a re-privatização daqueles serviços,<sup>10</sup> trazendo, novamente, o debate sobre órgãos reguladores. Mas o debate ignorou a experiência anterior, reve-

<sup>9</sup> “Posti i tre problemi ne vengono le tre risposte positive che il fascismo ad essi ha dato, e quindi i caratteri più essenziali dello Stato fascista: 1) lo Stato politicamente accentrato, autoritario, gerarchico: ossia lo Stato-governo contrapposto allo Stato parlamentare; (...)”. In “Il fondamento giuridico del fascismo”. Sergio Panunzio. Roma: Bonacci Editore, 1987. p. 185-186.

<sup>10</sup> Note-se que toda a infra-estrutura dos serviços públicos no Brasil começou a ser implantada ainda no Império pela iniciativa privada, alcançando as capitais estaduais e federal, e as cidades maiores dos estados mais desenvolvidos, nas primeiras décadas do século passado. Cf. *Urbanização e modernidade: entre o passado e o futuro (1808-1945)*. Nestor Goulart Reis Filho. In “Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000) – A grande transação”. Organização de Carlos Guilherme Mota. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000. Veja-se, também, a aguda síntese contida em “Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956). Egon Bockmann Moreira. Revista de direito público da economia, Belo Horizonte, v.2, n.6, p. 67-96, jun. 2004. Portanto, não é exato falar-se em privatização, senão em reprivatização, a verificada nas duas últimas décadas, assim como em a ela associar o debate e a criação de agências reguladoras.

lando, por parte do governo de então, a inexistência de uma posição definida sobre a reforma da administração pública e a sua inação regulatória, que lhe permitisse formular e propor uma lei geral e leis específicas de maior apuro técnico, capazes de articular a regulação efetiva dos mercados,<sup>11</sup> enquanto a oposição àquele governo, e hoje à frente do atual governo, a identificou como um mero item da agenda neoliberal, que não é, ao contrário.<sup>12</sup>

Segundo os autores que apóiam a ementa regulatória do atual governo, os órgãos reguladores seriam uma criação neoliberal a beneficiar o capital e não ao consumidor, pois facilmente capturáveis por aquele; lei que criou as agências não poderia proibir ao presidente eleito demitir os titulares das agências nomeados por seu antecessor, pois não se pode impedir ao novo presidente imprimir, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa sufragada nas urnas, sob pena de se consistir, em última instância, uma fraude contra o próprio povo; e, sobretudo, o presidente da república seria o dirigente supremo da administração pública, a ele cabendo ditar “políticas públicas”, enquanto as agências reguladoras seriam meras repartições públicas e não órgãos criados por lei especial, deduzida de regra constitucional, revestidas de garantias legais ao exercício da sua função interventora na ordem econômica, tais as de independência decisória, hierárquica, orçamentária, mandatos fixos, etc.

Essa linha de interpretação do regime legal das agências reguladoras é antes partidária, e, em sua essência, remete – involuntariamente por parte de seus defensores, note-se – à formulação jurídica afirmada na década de trinta no governo Vargas, oposta à proposta então feita de se criarem órgãos reguladores independentes do poder executivo. Admitir que o bem-estar da sociedade e a defesa de seus interesses, que animam o Estado, têm no governo, a partir da pessoa do presidente da república, o seu maior intérprete e principal aplicador e que, por essa razão, a ele não se poder negar todos os meios administrativos que lhe permitam ditar “políticas públicas”, é validar, ainda que indiretamente, a hipertrofia do poder executivo sobre o Legislativo, não apenas constringendo-lhe a função legislativa mesma, mas também a sua função de fiscal do poder executivo, de, por exemplo, aprovar indicações, destituir titulares das agências e verificar a atuação delas. Nesse

---

<sup>11</sup> Sobre os equívocos históricos dessa afirmação, cf. *Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo?* In “Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres”. Pedro Dutra. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>12</sup> Cf. “Agências reguladoras – reforma ou extinção?”. Pedro Dutra. Ob. cit.

contexto, as ações do governo seriam sempre ações primeiramente políticas e mecanicamente converter-se-iam em “políticas públicas” – desde a decisão de critérios técnicos de universalização dos serviços de telefonia ao espaço devido guardar entre as poltronas dos aviões. Portanto, negar curso à vontade do Executivo, à vontade do presidente da república – dirigente supremo da administração pública e formulador máximo de “políticas públicas” – seria negar curso à vontade do povo.

Curiosamente, esse quadro ora defendido, de supremacia incontrastada do poder Executivo concentrada na figura do presidente da República – o dirigente supremo da administração pública – é próximo àquele defendido no regime Vargas por seu maior intérprete, ao justificar a reforma radical dos institutos jurídicos então implantada. Dizia Francisco Campos:

“A construção constitucional da máquina do governo propriamente dita é simples e prática. Toda ela é construída em torno de uma idéia central, favorável à ação eficaz do governo: o governo gravita em torno de um chefe, que é o Presidente da República. A este cabe dar a impulsão às iniciativas dos demais órgãos do governo. O instrumento capital do governo é, porém, a administração. Cumpre, pois, que a máquina administrativa seja regulada segundo o mesmo método que presidiu a organização do governo.”<sup>13</sup>

A contradição, entre a defesa de uma regulação subordinada ao interesse direto do governo – mesmo em sua apresentação atualizada, de o “governo faz a política pública e a agência a executa” – e a regulação técnica e independente promovida pelo Executivo por meio de agências reguladoras independentes, não está apenas na regra constitucional vigente, a dizer que a regulação – a intervenção do Estado na economia – dar-se-á na forma da Lei e sob a fiscalização do Congresso, no âmbito de uma ordem jurídica regida pelo princípio da livre-iniciativa e da livre concorrência: está, sobretudo, na impossibilidade, em um regime político como o atual, em que o presidente da República é eleito para cumprir e fazer cumprir a Lei, de se promover uma regulação técnica na forma da Lei, a salvo da ação partidária do governo, recorrendo-se aos instrumentos próprios da experiência política autoritária.

<sup>13</sup> *Diretrizes do Estado Nacional – A máquina administrativa*. In “O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico”. Francisco Campos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941. p. 58.

Das posições ideológicas extremas presentes no cenário político, e das formulações jurídicas daí deduzidas, quando primeiro se pôs no Brasil a questão da regulação dos mercados ainda em 1920 e 1930, restou, de ambas, um resíduo autoritário, esbatidos os matizes ideológicos que os identificavam e os opunham, a permear o debate sobre a fórmula jurídica de intervenção do estado na ordem econômica e sobre a subordinação da administração pública à Lei, que a questão das agências reguladoras independentes revela com nitidez. Esse resíduo autoritário precisa ser criticado e superado, e as formulações jurídicas que nele se inspiram precisam ser revistas, tendo-se em conta a experiência democrática que entre nós se vem afirmando nas duas últimas décadas, pois esse resíduo alimenta o impasse no qual governo e Congresso se acham, na busca de um regime regulatório que atenda ao interesse público, atenda a uma população perplexa e traumatizada ante a crescente e por vezes dramática ineficiência da regulação em curso de determinados de serviços públicos.

Em um regime democrático, como o vigente no Brasil, não é possível promover-se a regulação de mercados de bens e serviços (e não só dos chamados serviços públicos, senão naqueles onde prevalece o interesse público, tais o mercado de capitais e o farmacêutico) estruturando-a com instrumentos jurídicos formalizados em um regime autoritário, que via esses mercados, como toda a ordem econômica, subordinados à vontade do governo – ao seu interesse partidário dominador.<sup>14</sup>

Não houve “terceirização da política do Estado”; mesmo incompleto e falho, o quadro institucional regulatório existente deve ser aperfeiçoado e não substituído por um modelo intervencionista autoritário e vencido. Há oito décadas um regime de regulação técnica e independente foi formulado no Brasil e, aperfeiçoado pela experiência de diversas jurisdições, vem sendo

---

<sup>14</sup> Sombriamente, o sociólogo Oliveira Vianna vaticinava que o Estado brasileiro, mesmo finda a Segunda guerra e com ela os estados totalitários de direita, o de Vargas inclusive, conservaria, sutilmente, traços daqueles regimes políticos: “Nada mais errado supor que, vencidos os povos do grupo totalitário, o Estado irá perder a sua influência, retornando à sua antiga condição meramente policial, às limitações do seu intervencionismo, tal como propugnavam os velhos doutrinadores do Estado Liberal. Não há reversibilidade possível: o Estado continuará afirmando-se cada vez mais neste novo ciclo da história que se vai abrir ao mundo com esta vitória, embora afirmando-se já sem os rígidos métodos dos regimes totalitários.” “Problemas de organização e problemas de direção (o povo e o governo)”. Oliveira Vianna. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1952. p. 174.

sucessivamente adotado nas democracias economicamente desenvolvidas.<sup>15</sup> O meio escolhido pelo governo atual para promover a reversão da suposta terceirização do Estado, somado ao padrão regulatório por ele praticado e sancionado pela omissão do Congresso em devidamente sabatinar e aprovar os titulares das agências e as fiscalizar, resultarão na reestatização da prestação de serviços públicos, entre outros, repetindo os sombrios resultados registrados na história recente: novas crises nos serviços regulados e possivelmente novas tragédias.

---

<sup>15</sup> Entre os exemplos recentes, a tratar da regulação independente, entre outras, as monografias de Alexandre Santos de Aragão, “Agências reguladoras”. Rio de Janeiro: Forense, 2002; Marçal Justen “O direito das agências reguladoras independentes”. São Paulo: Dialética, 2002; e Floriano de Azevedo Marques Neto. “Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico”. Belo Horizonte: Forum, 2005.

