

AGÊNCIAS REGULADORAS - REFORMA OU EXTINÇÃO? *

*Pedro Dutra ***

Não escondeu o atual governo o propósito de alterar a forma de intervenção do Estado na economia cumprida por meio das agências reguladoras. Alguns ministros do novo governo, tão logo investidos no cargo passaram a criticar abertamente os titulares desses órgãos, somando em suas críticas elementos vários, os de ordem legal todavia esquecidos. A deputada Telma de Souza, PT/SP, em louvável iniciativa parlamentar, pôs a questão no devido plano institucional ao apresentar projeto de sua autoria sobre a matéria. Nele propõe a alteração de artigos da Lei 9.427/96¹, da Lei 9.472/97², e da Lei 9.986/2000³, para o fim específico de eliminar a independência hierárquica e decisória, hoje assegurada a algumas das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes; e alterar o prazo de seus mandatos e a forma de sua exoneração.

O projeto de lei – www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/118450.htm –, que elimina as características distintas das agências reguladoras, ampara-se em uma Justificativa, cujos pontos principais, a seguir grafados em itálico, comentamos⁴.

* Publicado na Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 187-208, jul./set. 2003.

** Advogado

¹ “Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências”

² “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995”

³ “Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências”

⁴ Embora o governo não tenha aproveitado o projeto da ilustre Deputada, e enviado outro, elaborado no âmbito da Casa Civil, o projeto abaixo comentando serve, em nosso entender, a uma melhor compreensão dos argumentos jurídicos que estão a embasar a orientação do atual governo sobre a função dos órgãos reguladores. Notadamente porque a Casa Civil não divulgou os trabalhos e colaborações que recebeu sobre o projeto de lei que recentemente enviou ao Congresso. Decisão surpreendente, o que torna o projeto da ilustre Deputada Telma de Souza, em especial a sua justificativa, uma fonte ainda mais expressiva daqueles argumentos jurídicos.

1. As Agências Reguladoras seriam uns dos “modismos” introduzidos no direito brasileiro por conta da “ideologia neo-liberal”.

O primeiro órgão regulador em sua forma hoje adotada foi criado pelo Congresso norte-americano em 1887, para o fim de regular o mercado de transporte ferroviário interestadual⁵. Sem as características específicas de um órgão regulador, mas com o fim igual de defender o interesse público nas relações de concorrência verificadas nos mercados econômicos de bens e serviços, em 1914, naquele mesmo país, foi criado órgão de defesa da livre concorrência, por meio da repressão ao abuso do poder econômico, a Federal Trade Commission⁶. Em 1920, foi criado o órgão regulador do mercado de energia elétrica, a Federal Power Commission, e, na década de 1930, foram criados órgãos reguladores destinados aos mercados de telecomunicações, a Federal Communications Commission, de 1934, e de valores mobiliários, a Securities and Exchange Commission, de 1933. Assim, quando Franklin Roosevelt lança a sua política de recuperação econômica e social, o New Deal, na década de 1930, para combater os efeitos da crise de 1929, os órgãos reguladores criados pelo Congresso já haviam se afirmado como instrumento democrático e eficiente de intervenção do Estado no domínio econômico⁷.

No Brasil, em 1929, Anhaia Mello propunha a criação de um órgão especial para regular a prestação de serviços públicos do município de São

⁵ “Between 1871 and 1874, Illinois, Iowa, Minnesota and Wisconsin established commissions with power to set maximum rates, prevent discrimination and forbid mergers of competing railroads lines. While the Granger laws, except in Illinois, were repealed by the end of the 1870s, they established a pattern followed by other states. By 1887, when Congress created the Interstate Commerce Commission (partly patterned after the British Railway Commission established in 1873) to regulate the nation’s railroads, ‘twenty-five states had established commissions to assist the legislature in this work’”. Phillips JR., CHARLES F. – “The regulation of public utilities: theory and practice”; Arlington: Public Utilities Reports; 1993. 3rd. ed. ; p.132.

⁶ Equivalente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

⁷ Cf. SCHWARTZ, Bernard – “The Economic Regulation of Business and Industry”; vol. I a V; New York: Chelsea House Publishers; 1973.

“An independent commission attempts to assure a neutral, expert approach to regulatory issues, one that is above the political fray. The tenure that commission members are statutorily granted is intended to isolate them from politics in general and the President in particular.” Aman; Alfred C. Jr.; MAYTON; William T. – “Administrative Law”; Hornbook series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.; 1983. p. 583. (nosso grifo)

Paulo, outorgada a empresas particulares⁸. Em 1933, Alfredo Valladão, na segunda versão do projeto do Código de Águas que redige a pedido do governo, defende a criação de um órgão regulador independente para o mercado de energia elétrica, e de órgãos congêneres estaduais⁹.

⁸“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.

(...)

Para verificar as condições dessa operação, para controlar o exercício do mandato, para fixar tarifas que, a qualquer tempo, correspondam a um lucro razoável do mandatário, para dar cumprimento às normas estabelecidas pelo legislativo, expressão soberana da vontade popular – é que se instituíram as COMISSÕES DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA.

(...) 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 de “vistos”, “conferes”, e carimbos. ANHAIA MELLO, Luiz de. – “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”; São Paulo: Sub-Divisão Gráfica da Prefeitura; 1940. 2a ed; p. 216.

⁹Na exposição de motivos do ante-projeto do Código de Águas, publicado no Diário Oficial da União, de 28 de agosto de 1933, expunha o autor as características que deveriam revestir o órgão: “O controle de poder público sobre as empresas hidro-elétricas, eu estabeleci nos termos os mais amplos, no projeto remodelado; isto é, nos termos da regulamentação dos serviços de utilidade pública pela Comissão Administrativa, como se pratica nos Estados Unidos.

(...)

Instituiu o projeto as comissões, cercando-as das maiores garantias de idoneidade moral, de competência administrativa e de independência.

A Comissão Federal de Forças Hidráulicas (destinada a propulsionar o desenvolvimento da indústria hidro-elétrica no país, regulamentá-la e fiscalizá-la), ficou instituída do modo a poder gozar entre nós daquele mesmo prestígio de que goza, dos Estados Unidos, a Interstate Commerce Commission.

Os seus comissários, em número de sete (7), serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso, dentre brasileiros natos, de notável reputação, experiência e talento administrativo, que contem mais de 35 anos de idade; e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que se conferem aos juizes do Tribunal de Contas.

E os seus funcionários componentes do Corpo Auxiliar, do seu “staff” (distribuídos pela secretaria e pelo departamento legal, pelo de engenharia e pelo econômico), com

Em 1937, quando Vargas implanta a ditadura do Estado Novo, já não se discutia a necessidade da criação de órgãos reguladores como meio de intervenção eficiente do Estado na economia, em substituição aos órgãos tradicionais da administração centralizada, ministérios, secretarias, repartições, etc¹⁰; a questão remanescente versava a independência hierárquica e decisória a ser atribuída a esses órgãos reguladores (então chamados comissões técnicas, a exemplo do órgão congênere norte-americano, independent commission¹¹). Sobre viva oposição de especialistas¹², prevaleceu o entendimento oficial de

especificadas exigências de idoneidade moral, técnica, serão pela própria comissão nomeados ou promovidos, a qual também lhes fixará os vencimentos, e gozarão das mesmas garantias asseguradas aos funcionários da União.

Os comissários das comissões dos Estados, os quais devem ser, pelo menos, em número de três (3), serão nomeados pelos presidentes, com aprovação dos congressos, dos Estados, e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias asseguradas aos juízes dos superiores tribunais de justiça; e os comissários das comissões dos municípios, ou o seu comissário singular, serão nomeados pelos chefes do Executivo, com aprovação dos corpos deliberativos, dos municípios, e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que os juízes de direito das comarcas.

¹⁰ Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime autoritário e exímio conhecedor do direito, embora no governo não viesse a admitir a criação de órgãos reguladores independentes, antes, em 1934, havia mostrado a necessidade de eles serem criados. E sustentava que, à vista da sua finalidade, não poderiam se revestir da forma tradicional dada aos demais órgãos administrativos: “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, e, ainda, problemas de administração especializada. (...) 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.” CAMPOS, FRANCISCO – “Fixação das Tarifas dos Serviços Públicos Concedidos”; in *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional; 1943. p.129.

¹¹ Como se sabe, agência é cópia do vocábulo “agency”, empregado no direito administrativo norte-americano e que designa órgão da administração pública, e não órgão regulador independente.

¹² O Ministro da Justiça do Estado Novo, Francisco Campos, criou uma Comissão para fazer sugestões ao Governo Federal sobre a regulamentação de serviços de utilidade pública, nos termos do artigo 137, da Constituição Federal, outorgada a 11 de novembro

não se conferir tal independência a esses órgãos, aos já existentes e a serem criados, sujeitas, por conseguinte, suas decisões colegiadas à vontade monocrática do Executivo, presidente da república ou ministro de estado. Este entendimento era coerente com a linha política do novo regime, que não escondia a influência do regime italiano vitorioso na década de 1920, no qual a relação entre capital e trabalho passou a ser obrigatoriamente determinada pelo Executivo; expedindo decreto-leis e decidindo os conflitos existentes, o Executivo subordinou toda a atividade econômica ao seu controle incontrastado. Tal soma de poderes em mãos do Executivo alijou os demais poderes, Legislativo e Judiciário, da vida econômica do país. Nascia o estado-governo (statto-governo), síntese autoritária do Estado no Executivo.

Foram criados de então por diante, no Brasil, novos órgãos reguladores¹³, cristalizando o modelo de não independência desses órgãos,

de 1937, que tratava da intervenção do Estado na ordem econômica. Esta Comissão assim se manifestou:

“Com efeito, desse rápido balanço das opiniões sustentadas nos encontros da Comissão Geral, resulta a certeza de que a esmagadora maioria de seus membros julgava de melhor aviso manter-se o sistema tradicional de controle e regulamentação dos serviços concedidos pelos órgãos ordinários da Administração, assim da União como dos Estados e Municípios, uma vez que de suas decisões sempre houvesse recurso para órgãos técnicos e administrativos colegiados e, em alguns casos, para os tribunais da justiça comum”.

“(…) levando em conta a reação oposta ao sistema da “Declaração de Princípios”, pela corrente organizada sob a bandeira do “Sumário dos Princípios Cardeais”, em particular pelo Sr. Miranda Carvalho, venceu na Comissão Coordenadora, por unanimidade, a opinião de que não deveria ser “adotado o sistema de controle ou regulamentação por meio de comissões especiais, com plenos poderes, livremente constituídas para cada tipo de serviço”. BRAGA, Odilon – “Serviços Públicos Concedidos”; in Revista de Direito Administrativo; Rio de Janeiro: Renovar; 1983. edição histórica; p. 147. (grifo nosso)

Reagindo à conclusão da Comissão, conhecidos especialistas em Direito Público, entre eles Anhaia Mello e Bilac Pinto, divulgavam uma “Declaração de Princípios” na qual manifestavam radical oposição à subordinação hierárquica dos órgãos reguladores ao poder Executivo, defendendo a atribuição de uma ampla independência a esses órgãos, a exemplo do que já se tinha há muito afirmado no sistema jurídico norte-americano.

“Declaração de princípios apresentada à Comissão constituída pelo Sr. Ministro da Justiça, para fazer sugestões ao Governo Federal sobre a Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública (art. 137 da Constituição Federal). Rio de Janeiro, 4 de fevereiro de 1941”. ANHAIA MELLO, Luiz de; SOUSA, Antônio José Alves de; PINTO, Bilac; e BRANCO, Plínio A. - in Revista Forense – Julho de 1941 – p.18/20.

¹³ 1931: Departamento de Aeronáutica Civil (DAC)

inclusive aqueles criados no período democrático, já na vigência da Constituição de 1946¹⁴.

Esses órgãos reguladores, despidos de independência hierárquica e decisória, já no início das suas atividades viram-se impotentes para regular devidamente, em defesa do consumidor, os mercados sob sua jurisdição; uma vez posta sob monopólio estatal integral a prestação dos serviços públicos, ficaram totalmente inertes, cumprindo-se, aliás, prognóstico feito ainda na década de 1940¹⁵, de que a inexistência de uma regulação independente, em razão do seu previsível fracasso, forçaria a estatização dos serviços concedidos.

1933: Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)

1938: Conselho Nacional do Petróleo

1939: Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica

1941: Conselho Nacional de Ferrovias

1956: Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN)

1962: Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

1976: Comissão de Valores Mobiliários (CVM)

¹⁴ THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, escrevendo sob o regime constitucional de 1946, reclamava, ao processo de redemocratização então em curso, a edição de lei e a criação de órgãos reguladores independentes:

“A lei federal deve estabelecer, portanto, antes de tudo, o que se deve entender por justa retribuição do capital, como deve ser calculado o rendimento legítimo do capital empregado no serviço; qual a base da sua avaliação; quais os elementos que devem ser considerados na determinação dos lucros, etc. Sobre essas bases é que deve ser regulada a revisão dos contratos. (...)”

“Esperemos, no entretanto, do órgão legislativo competente, o reconhecimento das vantagens de organizar-se entre nós um aparelho técnico com as indispensáveis condições de independência e autoridade para lutar contra os interesses das poderosas organizações financeiras estrangeiras que exploram no Brasil a maioria desses serviços.” Cavalcanti; Themístocles Brandão - “Tratado de Direito Administrativo”. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos; 1949. 2a. ed; vol. IV; p. 427 e 434. (grifo nosso)

¹⁵ MEIRELLES TEIXEIRA assim se manifestava em 1940, em exata síntese antecipadora: “Sem uma atitude esclarecida, da parte dos concessionários; sem regulamentação pela qual se fixem claramente os seus direitos e os pressupostos jurídicos e sociais implícitos na concessão; sem órgãos públicos capazes de zelar pela efetiva aplicação desses princípios, que sejam, como propõe o Presidente Roosevelt ao indicar a exata natureza das comissões norte-americanas, verdadeiras tribunas do público, pondo em atividade seus engenheiros, seus contadores e seus recursos legais com o firme propósito de fazer

A criação de órgãos reguladores não é uma novidade nem na experiência estrangeira nem na experiência brasileira, assim como não é o reclamo isolado da doutrina nacional da atribuição a eles de independência hierárquica e decisória, para que possam cumprir sua função isentos de injunções políticas¹⁶.

justiça tanto aos financiadores como aos consumidores; sem, afinal, justiça especializada que decida, em última instância, se foram ou não aplicados os preceitos e critérios da lei federal, não é possível duvidar de que a prestação direta dos serviços públicos tomará realmente, e muito mais depressa do que seria lícito prever, o lugar até hoje ocupado pela concessão na execução dos serviços públicos de caráter industrial.” TEIXEIRA; J. H. Meirelles – “O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos”; São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo; 1941. p.562. (nosso grifo)

¹⁶ Quando se discutia a criação dos novos órgãos reguladores, escrevemos: “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 no regime 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

Não é exato tampouco associar a criação e a ação de órgãos reguladores à ideologia neoliberal: esta propõe precisamente o inverso, a saber, a ausência, ou uma forte redução, da intervenção do Estado na economia e assim da regulação dos mercados promovida sobretudo por órgãos reguladores, argumentando serem os mercados capazes de se auto-regular¹⁷.

A regulação dos mercados econômicos é uma forma efetiva de intervenção estatal na economia e assim incontestavelmente limita, em defesa do interesse público, a livre iniciativa, ao contrário do que defendem os neoliberais, que a querem a menos preceituada possível.

1a. A partir da idéia central desse “modismo” colhido no exterior, de que tais agências seriam dotadas de elevado grau de independência em relação ao poder Executivo, teria sido construído uma “teoria”, que “não encontraria apoio nenhum no direito constitucional brasileiro”, a propor a separação entre “políticas de Estado” e “políticas de governo”.

A criação de órgãos reguladores funda-se na prevalência do interesse público - do interesse transindividualizado - sobre o interesse privado, e na premissa objetiva de que a defesa do interesse público deve ser promovida com maior celeridade e habilitação técnica possíveis nos mercados onde ela

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”. DUTRA, Pedro. “Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações” in Revista do IBRAC; São Paulo: IBRAC; março de 1997. v.4; nº 3; p.37-50.

MARÇAL JUSTEN FILHO retoma o tema, analisando-o exaustivamente, cf. “O direito das agências reguladoras independentes”, São Paulo: Dialética, 2002.

¹⁷ PERRY ANDERSON resume a crítica neoliberal neste sentido: “Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.” ANDERSON, Perry. “Balanço do Neoliberalismo” in Pós-neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático; Atílio Borón et al. São Paulo: Paz e Terra; 2000. 5ª ed.; p.9.

E LUIZ FERNANDES: “O segundo pilar da viragem neoliberal é a crescente tendência à desregulamentação das atividades econômicas e sociais pelo Estado, baseada na superioridade da ‘eficiência do mercado’ em relação ao ‘burocratismo do Estado’.” FERNANDES, Luis. “Neoliberalismo e reestruturação capitalista” in Pós-neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático; Atílio Borón et al. São Paulo: Paz e Terra; 2000. 5ª ed.; p. 56.

se vê mais vulnerável, por meio de órgãos para esse fim especialmente criados. Entre estes mercados destacam-se os de prestação de serviços públicos, nos quais o interesse público é diretamente afetado, pois neles, por força das suas características estruturais, registra-se ordinariamente uma elevada concentração do poder econômico em mãos de poucos agentes, sob a forma de monopólios naturais ou oligopólios rígidos, cuja ação, deixada livre aos agentes neles atuantes, resultará, sempre, em prejuízo ao consumidor.

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 presidente da república, ou a órgão da administração do poder Executivo, ministério ou secretaria; e a independência decisória tem-se quando das suas decisões cabe exclusivamente recurso ao Poder Judiciário, e não recurso hierárquico a órgão da administração pública¹⁸.

Os órgãos da administração pública são essencialmente obedientes à Lei, só podendo agir ou deixar de agir nos termos desta e nos termos de normas infra-legais expedidas, sempre na forma da lei que lhes autorize a edição.

Nesse contexto, não existem “políticas” senão em sua acepção de norma legal e infra-legal a orientar a ação do poder Executivo à consecução de fim de eminente interesse público.

Não existe uma repartição “entre Estado e governo” em face da obediência devida à Lei. A referência que a literatura faz à separação entre Estado e governo, no caso, alude à qualificação informal dada aos órgãos reguladores (denominados órgãos de Estado e não de governo) para, em razão dos seus atributos e prerrogativas - entre as mais significativas independência hierárquica, decisória e financeira - os distinguir dos demais órgãos da administração pública. Seriam os órgãos reguladores, órgãos de Estado porque não subordinados hierarquicamente ao poder Executivo; e órgãos de governo seriam aqueles ordinários, que ostentam tal subordinação.

A atribuição de independência hierárquica, decisória e financeira a órgãos reguladores é uma exigência ditada pela experiência e relacionada exclusivamente à efetividade da ação desses órgãos, e, como visto, defendida no Brasil desde a criação delas, há sete décadas.

¹⁸ DUTRA, Pedro. “Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações”; Revista do Ibrac, São Paulo: IBRAC; março de 1997. v. 4; nº 3; p. 40.

Mostrou a experiência que a intervenção do Estado na economia só traz segurança jurídica suficiente a atrair investimentos privados e estatais (estes quando submetida sua aplicação ao controle de finalidade), se as decisões dos órgãos reguladores, que promovam esta intervenção, basearem-se exclusivamente na Lei, isentas de injunções políticas de toda sorte.

1b. Essa “teoria” seria pretensamente sofisticada, e apresentada no envoltório de noções consagradas pela doutrina da “teoria da captura” das agências, da “teoria dos jogos”.

Como visto, a independência hierárquica e decisória dos órgãos reguladores é fruto da experiência democrática de intervenção do Estado nos mercados econômicos; há outros órgãos que também servem à intervenção do Estado no domínio econômico, em menor grau e em situação diversa, que não se revestem desse atributo de independência.

Não há uma “teoria”, senão a experiência democrática, a recomendar a estipulação legal de tais atributos a órgãos reguladores, para que possam cumprir sua função legal de defesa do interesse público nos mercados sob sua jurisdição, com isenção e proficiência.

A teoria da captura, corrente na década de 1970, sustenta que os órgãos reguladores não cumpririam a sua função legal devido a influência externa contrária que sofreriam. Em resumo, após a sua instalação, quando atrairiam maior apoio, agiriam com maior independência; com o passar do tempo, reduzido o apoio público, a influência externa acabaria por capturá-los, voltando-os à defesa de interesses específicos, e não mais à defesa do interesse público. Essa influência dissipadora proviria de agentes econômicos regulados, de agentes políticos e de agentes administrativos. No primeiro caso, haveria interesse de empresas reguladas em usar a regulação em seu benefício, para auferir maior renda, por diversas formas; no segundo caso, atenderia a finalidades político-partidárias; no terceiro caso, a interesses individuais ou corporativos no interior da administração pública.

A doutrina, contudo, trabalhando com dados empíricos, viu pouco fundamento factual na teoria da captura, dizendo-a uma simplificação de uma relação naturalmente complexa, como é a existente entre órgãos reguladores e seus regulados.

Note-se que, além de os órgãos reguladores buscarem antes conformar a ação de seus regulados à Lei e não liminarmente sancioná-los, pois a sua primeira finalidade é assegurar a continuidade da adequada prestação dos serviços,

são eles amplamente fiscalizados e de forma crescente pela sociedade¹⁹. Hoje, o controle mais visível e influente é o social, exercido pela imprensa e por órgãos não governamentais, e a experiência brasileira recente isso prova. Assim, a prevenção à captura de órgãos reguladores não mais depende, exclusivamente, da ação dos controles formais que são todavia indispensáveis serem exercidos e aperfeiçoados, sobretudo o que compete ao Congresso promover, por meio da audiência ordinária dos titulares desses órgãos, para os inquirir sobre o cumprimento da Lei a que estão obrigados aplicar.²⁰

A inefetividade dos órgãos reguladores, que a teoria da captura serviu como uma tentativa de explicação, na verdade decorre do grau de independência hierárquica, decisória e financeira que a eles seja assegurado, e do controle judicial, parlamentar, e social sobre eles exercidos. Assegurada aquelas garantias e ordinários esses controles, maior a eficiência dos órgãos reguladores, como mostra a experiência.

A teoria dos jogos é o estudo matemático dos elementos de decisão que dois ou mais disputantes possam tomar em determinada situação, e cujos interesses conflitem. Embora a sua elaboração inicial date do começo do século passado, a teoria vem sendo constantemente refinada e assim ampliado o seu campo de aplicação, inclusive na análise fatos e hipóteses relacionados a questões de natureza concorrencial²¹.

Nem a teoria da captura e nem a teoria dos jogos relacionam-se à separação entre “política de Estado” e “política de governo”, ou à independência

¹⁹ “Nevertheless, recent studies have found very little evidence to support the capture theory. Empirical researches report that agency officials do pursue a public interest goal, but the goal in question is to be characterized as one of ‘compliance’ rather than ‘deterrence’. ‘Compliance’ implies conforming to the law as a result of persuasion and negotiation before the event; ‘deterrence’, on the other hand, depends on penalizing offenders for offences already committed and thus deterring further violations.” OGUS, Anthony I. – “Regulation - Legal Form and Economic Theory”. Oxford: Clarendon Press; 1994. p. 94/5.

²⁰ Nesse sentido, projeto de emenda constitucional do deputado Luciano Zica, (PT – São Paulo) autorizando a câmara dos Deputados convocar dirigentes de entes personalizados da Administração Indireta. cf. Proposta de Emenda à Constituição nº 245-A, de 1995. Luciano Zica e outros. 24.10.1995.

²¹ Uma ampla exposição sobre a teoria dos jogos é feita por R.J. AUMANN. “Game Theory” in *The New Palgrave a Dictionary of Economics*; New York: Stockton Press; 1998. vol. 2; p. 479.

hierárquica e decisória atribuída a órgão regulador. A teoria da captura, que propõe, entre outras tantas teorias, uma linha de análise da ação dos órgãos reguladores, e dela se deduz, como melhor prevenção à sua afirmação, precisamente a outorga de independência dos órgãos reguladores. A teoria dos jogos é um instrumento de análise empregado na determinação de fatos que se constituam em objeto da defesa da concorrência e da ação regulatória.

Existiria uma “confusão terminológica e doutrinária” capaz de levar o observador menos atento a supor que, hoje, qualquer ente que integre a Administração Pública federal, nos termos do Decreto-lei 200/67, haveria de ser chamado de “agente”.

A leitura das normas legais que criaram as agências reguladoras e a leitura do Decreto-lei 200/67 não sugerem tal confusão indevida. Os órgãos reguladores são autarquias as quais algumas das normas que as criaram qualificam de especial; esta qualificação acha-se no direito brasileiro desde a década de 1960. As autarquias são uma das formas a revestir órgão da administração pública, estipulada no Decreto-lei 200/67, repetindo normas anteriores. A qualificação especial não consta deste Decreto, mas de lei posterior²² e a doutrina a reconhece como tal, precisamente em função das atribuições adicionais que ostentam em relação às demais autarquias, especificamente, independência hierárquica e decisória, mandato fixo e estabilidade de seus titulares, cuja fixação em lei decorre da natureza das funções cometidas a essas autarquias ditas especiais²³.

²² A expressão autarquia em regime especial surgiu com a Lei n.º 5.540, de 28.11.1968, referindo-se a uma das formas institucionais das universidades públicas. Diz o art. 4º: “As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações” (grifamos). Medauar, Odete – “Direito Administrativo Moderno”. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002, 6a. ed, p. 84.

²³ HELY LOPES MEIRELLES assim define a autarquia em regime especial: “Algumas leis referem-se a autarquias de regime especial, sem definir seu conteúdo. Diante dessa imprecisão conceitual, é de se dizer que autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

(...) Mais recentemente, o Estado tem criado agências reguladoras, sob a forma de autarquias de regime especial.

Em algumas das normas que criaram os atuais órgãos reguladores com o qualificativo especial, quis o legislador enfatizar a independência com que entendeu dotá-los. A estipulação desses atributos, feita em Lei ordinária, não confronta o Decreto-Lei 200/67. Ao contrário, reafirma-lhe o sentido; a característica distintiva à base da criação da autarquia, como órgão da administração pública descentralizada, é a sua autonomia em relação ao poder Executivo²⁴, no cumprimento da Lei. Significa, desde a sua origem, órgão dotado de autonomia, de independência de ação administrativa nos limites da Lei, atributos mantidos pelo legislador ao editar o Decreto-lei 200/67²⁵, os

(...) todas essas agências foram criadas como autarquias sob regime especial, considerando-se o regime especial como o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins. No caso das agências reguladoras até agora criadas no âmbito da Administração Federal esses privilégios caracterizam-se basicamente pela independência administrativa, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência). Entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes a essas autarquias, tendo em vista a enorme relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, como também o envolvimento de poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) nessas atividades.” MEIRELLES, Hely Lopes – “Direito Administrativo Brasileiro”; São Paulo: Malheiros; 1990. 27ª ed.; p. 338/340. (grifo nosso)

²⁴J. GUIMARÃES MENEGALE, seguindo o entendimento de CINO VITTA, escreveu à altura da edição do Decreto-Lei 200/67:

“A autarquia pode fazer valer contra a autoridade governamental, que nela intervenha ilegitimamente, o poder de império que a lei lhe deferiu. Por isso, os autores reconhecem um direito subjetivo público, que lhes outorga o poder de administrar por si seus próprios interesses.” (grifamos). COTRIM, A. B. – “Direito Administrativo da Autarquia”. São Paulo: Livraria Freita Bastos S.A., 1966, p. 214.

²⁵ NAZARÉ DIAS, também à altura da edição do Decreto-Lei 200/67, escrevia:

“A enumeração dos objetivos da supervisão ministerial, constante da Lei de Reforma Administrativa, filia-se a esse pensamento, em coerência, aliás, com os princípios fundamentais que a Lei consagra. Nota-se, claramente, que aquela enumeração pretende retirar da cogitação da cúpula ministerial os atos de rotina administrativa, cujo exercício a diretriz de descentralização devolve às chefias operacionais. Observa-se, outrossim, o propósito de proteger a Administração Indireta da indevida interferência da cúpula ministerial, certamente por bem se conhecer a viciosa colocação da matéria no passado, pois o que se deseja é ‘assegurar a autonomia administrativa, operacional e financeira’ da entidade, e nunca perturbar a realização dos seus programas de trabalho. A supervisão ministerial tem sentido de orientação, de coordenação e de controle, entendido este prin-

quais só não se afirmaram na administração pública nacional devido à tradição autoritária do poder político que se estende sobre esta, continuamente²⁶, distorcendo-lhe a finalidade, que é servir ao povo e não ao governo.

Bem observado, verifica-se que a independência atribuída a órgãos reguladores, que são autarquias, conforma-se à noção mesma de autarquia como a admite o direito brasileiro há seis décadas, ainda que a elas se adite a qualificação de especial. Pode-se dizer excessiva a ênfase no qualificativo especial; mas não perturbadora.

1. Passando a ser concebidas como autarquias em regime especial e exibindo a peculiaridade de os seus dirigentes serem titulares de mandatos com prazo certo de duração e de estabilidade, a introdução desse “modismo - agência reguladora” - instalaria uma “guerra de poder no seio da Administração”, que, por conta da pretendida independência das agências em relação ao poder Executivo, “tudo turbaria e conturbaria”.

Já os primeiros órgãos reguladores criados previam mandato e estabilidade a seus dirigentes, atributos complementares e indisassociáveis aos de independência, porque, como estes, mostrou a experiência indispensáveis ao efetivo cumprimento por parte desses órgãos da lei que os vincula, isentos de injunções políticas.

Claro está poder diligenciar o Executivo no sentido de ver alterada, pelo Legislativo, lei que lhe pareça discrepante com sua proposta de governo. Aliás, outra não é a finalidade do projeto de Lei, cuja Justificativa aqui se comenta, que aproximaria os atuais órgãos reguladores à sua versão primeira, formulada entre nós ainda na década de 1930.

cialmente como avaliação de resultados e apreciação dos balanços.” Poder Executivo e administração federal. Princípios fundamentais. Instrumentação básica. DIAS; J. de Nazaré T. – “A reforma administrativa de 1967”; Cadernos de Administração Pública – 73; Rio de Janeiro: FGV; 1969. 2ª ed.; p.92.

²⁶ No dizer de OSCAR SARAIVA, “as autarquias envelheceram precocemente entre nós; surgidas em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, traziam em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumento flexível e eficiente de ação; logo a seguir as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando, em muitos casos, a sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição”. SARAIVA, Oscar – “Novas Formas de Delegação Administrativa de Estado”. Rio de Janeiro: Revista Forense; nº 100, out.1944. p. 235.

A estipulação de mandato, estabilidade e independência hierárquica e decisória não “turbam” e “conturbam” as relações da administração pública, pois seus agentes, todos eles, devem obediência à Lei, e esta lhes define a competência. A competência dos órgãos reguladores está igualmente definida em Lei, em especial em relação àquela de órgãos da estrutura central do poder Executivo, e os casos onde houver disputa são dirimidos pelo Judiciário. Exemplo neste sentido é a controvérsia dirimida pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN 1-949-0), em que entendeu o titular do poder executivo do Rio Grande do Sul destituir titular da agência reguladora estadual, de serviços públicos, e o Tribunal, interpretando a norma que criou esse órgão regulador, negou eficácia ao ato demissivo do governador do Estado, por entender faltar-lhe amparo legal.

1.As agências estariam inseridas em uma unidade estrutural e sistemática - a “Administração” - e por essa razão não poderiam caminhar fora da trilha dessa mesma unidade.

A trilha da administração pública é a que a Lei traça. A ação do titular do poder Executivo e de seus auxiliares, mesmo quando esta ação exhibe maior discricionariedade, tem seus limites previamente fixados em Lei. O mesmo se dá com o órgão regulador, criado para aplicar a lei que disciplina o mercado que esta pôs sobre sua jurisdição e lhe define a forma de agir.

Note-se que as leis que criaram os órgãos reguladores recentes atribuem competência ao titular do poder Executivo - presidente da república - para editar norma infra-legal - decreto - disciplinando questões do mercado regulado posto sob jurisdição de órgão regulador, estando este obrigado a aplicar os dispositivos de tais normas infra-legais editadas pelo titular do poder Executivo. Assim, cumprem os órgãos reguladores norma votada pelo Congresso e norma editada pelo Presidente da República²⁷.

²⁷ Entre outros, o Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n.º 2.534, de 02/04/1998; o Decreto n.º 3.653, de 07/11/2000, que “Altera dispositivos do Decreto no 62.724, de 17 de maio de 1968, que estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, e do Decreto no 2.655, de 2 de julho de 1998, que regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei no 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.”; e o próprio Decreto n.º 2655, de 02/06/1998, que “Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.”

A unidade da administração pública é a que se deduz da Lei, cabendo ao agente administrativo, qualquer o nível dele, observá-la estritamente.

1. A autonomia ou independência de que gozariam os órgãos e as autarquias, entre as quais as agências reguladoras, só poderia ser, no Brasil, na “vigência da atual Constituição Federal”, entendida como “independência perante os agentes sujeitos à regulação”, a fim de que elas não sejam “capturados por esses agentes” o que, sabe-se, não é incomum ocorrer.

Não existe independência exercida a meio, pois ela só se materializa em forma íntegra: em face do poder político exercido pelo Executivo, em especial presidente da república ou ministro de estado, e pelo Legislativo, em grau bem menor do que o Executivo, em razão da sua natureza plural e aberta; e em face do poder econômico, privado ou estatal. Não dispendo o órgão regulador de independência hierárquica, decisória e financeira, o exercício da função regulatória desloca-se do órgão regulador, especializado e plural, para órgão monocrático, presidente da república ou ministro de estado, ou rende-se ao poder econômico, qualquer a sua titularidade.²⁸

Por conseguinte, a fim de evitar a captura, a independência a meio de órgão regulador - aquela a existir somente em face dos agentes econômicos - não é a solução; ao contrário, é um fator indutivo da captura do órgão regulador. E, note-se: a captura não se restringe a órgão regulador; ela terá por alvo, inexoravelmente, o órgão da administração centralizada do poder Executivo que detiver o poder de decidir em lugar de órgão regulador, ou o poder de rever decisão dele, sobre questão de natureza regulatória.

A independência dos órgãos reguladores, assim como o mandato e a estabilidade de seus titulares, visam precisamente evitar que eles sejam capturados, seja por agentes do poder político no âmbito do Executivo ou do Legislativo, seja por agentes econômicos, privados ou estatais postos sob sua jurisdição.

²⁸ Escrevendo em 1998, o deputado José Genoíno advertia para o risco de as agências reguladoras não agirem de forma independente, sendo assim capturadas tanto por agentes privados, quanto por agentes políticos: “Resta saber se estas agências exercerão uma função de poder público, que é a de garantir o bem do público, ou se serão nichos de manipulação dos interesses privados. Os interesses econômicos e político-eleitorais em jogo tendem a transformá-las em balcões de negócios privados.” GENOÍNO, José – “Privatizações e Descaso” in O Estado de São Paulo, São Paulo; jan.1998. À procedente observação do ilustre parlamentar, deve-se acrescentar a possibilidade de igual manipulação por parte de defensores de interesses corporativos.

1. Seria de “gritante evidência” que a independência, isto é, a ausência de subordinação hierárquica, das autarquias - agências reguladoras - não as colocaria à margem do aparato estatal - da “Administração” - de modo a legitimar o exercício, por elas, de “atuação adversa às políticas públicas governamentais”.

O poder Executivo é um dos poderes da União²⁹. A administração pública nele exercida não se confunde com, nem a assimila, a ação estatal. A ação estatal é a ação harmônica dos poderes Executivo, Judiciário, Legislativo. O presidente da república é o chefe do poder Executivo, e a direção superior da administração pública que exerce não resume a administração de todos os poderes da União ao seu comando. Não há, no regime constitucional brasileiro, uma “Administração” a unificar os órgãos e quadros dos três poderes sob a direção exclusiva do presidente da república.

Como visto acima, a independência hierárquica e decisória de órgão regulador dá-se especialmente em face de órgão do poder Executivo - presidente da república e ministro de estado, etc - a dizer dos atos de teor regulatório que livremente esse órgão expeça só cabe revisão pelo Judiciário, e que está ele adstrito à aplicação da Lei. E, por ser o órgão regulador dotado por Lei desses atributos, não se acha ele à margem da administração pública, pois nela está inscrito no âmbito do poder Executivo.

A regra de independência contida em algumas das normas que criaram órgãos reguladores apenas preceitua a relação entre tais órgãos e demais órgãos da administração pública, em especial à vista do poder político que o Executivo é tentado exercer sobre aqueles órgãos quando estes exercem sua função legal regulatória; a saber, dirimir controvérsias surgidas no âmbito de sua competência; fiscalizar e sancionar condutas de agentes econômicos sob sua jurisdição; e expedir normas infra-legais que particularizem norma legal que lhes cabe aplicar.

Recentemente, foram alguns órgãos reguladores acusados de formularem políticas públicas e assim exorbitarem sua função, uma vez que a formulação destas caberia exclusivamente ao poder Executivo – ao governo.

“Política pública” é uma expressão vinda da experiência norte-americana - public policy - e significa um conjunto de regras legais e infra-legais especialmente editadas para a consecução de um fim determinado, de eminente interesse público. Distingue-se, portanto, da ação política de natureza partidária - politics, no idioma inglês. Tanto no sistema jurídico norte-americano

²⁹ Artigo 26, da Constituição Federal.

como no brasileiro e assim em regime democrático, só pode a administração pública agir na forma da Lei. Logo, toda “política pública” há de estar formulada em normas legais ou infra-legais, e há de contar, em sua elaboração, com a participação do Legislativo, direta naquele caso e indireta neste. Não há, pois, “política pública” na qual não se tenha, em sua formulação, a presença do poder Legislativo. Ao poder Executivo cabe executar “políticas públicas”, e, na medida e pela forma em que a Lei lhe reserve, formulá-las, inclusive pela proposição ao Congresso de novas normas.

Afasta-se, no regime democrático, a prevalência na norma da vontade monocrática do agente da administração pública, eleito ou não, para nela afirmar-se a vontade plural expressa pelo Legislativo, ressalvada a delegação legislativa àquele estendida, na forma da Lei. Não é outra a função precípua do poder Executivo, que o nome está a dizer, a começar pelo seu órgão máximo, o presidente da república: executar leis e fazê-las cumprir³⁰.

1.As agências não estariam legitimadas a constituir uma outra “Administração” - a administração das políticas de Estado intocáveis pelo Governo - paralela “à autêntica Administração, aquela conduzida pelo poder Executivo”. E ainda não poderiam atuar as agências à margem das regras e dos princípios do direito administrativo brasileiro, e da Constituição Federal.

Não constituem os órgãos reguladores, e nem é finalidade das normas legais que os criaram, uma administração paralela à administração pública³¹. Como visto acima, inexistente administração pública “autêntica”,

³⁰ Norberto BOBBIO assim define o regime democrático: “Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo não tenho nenhuma hesitação em dizer que prefiro o governo das leis e não o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência.” BOBBIO, Norberto – “O futuro da democracia”; São Paulo: Paz e Terra; 2000. 7ª ed.; p. 185. (grifamos)

³¹ Sobre a natureza jurídica da regulação, escrevemos: “Regular é disciplinar por meio de regra, e o adjetivo econômica que ordinariamente segue o substantivo regulação, refere atividade econômica, identificando a finalidade da regra especialmente editada: disciplinar determinada atividade econômica, mais precisamente, determinado mercado, ou seja, área geográfica onde bens e serviços são ofertados e procurados, e os agentes nele atuantes.

aquela conduzida pelo poder Executivo; a Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência não a referem. O fato de caber ao poder Executivo, por meio de órgãos de sua estrutura, a execução de leis disciplinadoras dos serviços públicos e de defesa da concorrência, ação que o comete atuar para atender especialmente ao interesse público fixado na Lei, não lhe confere, no regime democrático, autenticidade superior a dos demais poderes. Note-se, a propósito, que o poder Legislativo tem, entre as suas funções, a de fiscalizar a ação do poder Executivo³² e o poder Judiciário a de rever os seus atos, sem exceção, precisamente para o fim de manter o equilíbrio entre os poderes da União, fator essencial à sobrevivência do regime democrático, no qual o abuso do poder político é prevenido liminarmente³³.

Não atuam os órgãos reguladores à margem das regras e dos princípios do direito administrativo brasileiro, nem da Constituição Federal. Há oito décadas o direito administrativo brasileiro trata da natureza e das atribuições de órgãos reguladores como instrumentos de intervenção do

A regulação econômica – regulação de ora por diante – pressupõe a edição de regra – lei – especial, a identificar o mercado objeto da regulação; bens ou serviços (por vezes ambos) que o integram; agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, estas sob controle privado ou estatal, nele atuantes; e o órgão administrativo ao qual a lei especial outorga competência para executá-la - para regular o mercado em causa.” DUTRA, Pedro – “Concorrência em mercado regulado: o caso ANP” in Revista de Direito Administrativo; v.229, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set.2002. p.335-359.

³² Nesse sentido, a proposta de emenda constitucional do deputado federal Luciano Zica, que tem por finalidade aperfeiçoar este controle (PEC-245/1995. Ementa: Dá nova redação ao artigo 50 da Constituição Federal, possibilitando à Câmara dos Deputados convocar dirigentes de entes personalizados da Administração Indireta.

³³ Como mostra BONAVIDES: “A questão suprema de uma sociedade confessadamente constitucional continua sendo a mesma da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que os franceses incorporaram como Preâmbulo à sua Constituição de 3 de setembro de 1791: a de garantia dos direitos acrescida da separação de poderes.” BONAVIDES, Paulo – “Curso de Direito Constitucional”; São Paulo: Malheiros; 1997. 7ª ed. p.7.

E na mesma linha, BOVERO: “Dall’altro lato, sul piano specifico del potere politico, la divisione e/o separazione dei poteri dello stato è struttura portante di quella forma evoluta di stato moderno che è lo stato costituzionale nel senso più corretto che si possa attribuire al termine, fin dalla Dichiarazione dei diritti del 1789: l’istituzione di organi di potere distinti, tra i quali occorre, dosandone le competenze, distribuire la diverse funzioni pubbliche, è il perno del sistema che è stato creato dalle costituzioni moderne come rimedio preventivo all’abuso del potere politico da parte dei suoi stessi detentori.” BOVERO, Michelangelo. “Contro il governo dei peggiori”; Roma: Laterza; 2000. p.143.

Estado na ordem econômica. A Constituição Federal, em seu artigo 174, comete ao Estado a função de regular e fiscalizar a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços³⁴; assim, os órgãos criados para esse fim por lei ordinária, como requer a Constituição³⁵, não poderiam ser, e não são, estranhos à ordem jurídica.

As leis ordinárias que criaram os órgãos reguladores desdobram, objetivando-os, os dispositivos constitucionais referidos: de o Estado intervir no domínio econômico, na forma da Lei, para regular e fiscalizar a atividade econômica, que tem lugar em todos os mercados de prestação de serviços e de produção e de comercialização de bens, sem exceção ou privilégio a distinguir qualquer dos agentes, sob controle privado ou estatal, neles atuantes.

1. Mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes das agências seriam “inovações franca e irremediavelmente inconstitucionais”. O artigo 84, da Constituição Federal, diz ser da competência privativa do presidente da República o exercício da direção superior da Administração. Daí, seria “absurda a idéia” de que os dirigentes de órgãos reguladores - de autarquias - seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental.

Na ADIN nº 1.949-0, na qual decidiu o STF não serem os dirigentes da Agência Reguladora do Rio Grande do Sul demissíveis sem justo motivo expresso em Lei pelo governador do Estado, não teria sido “discutido o texto do artigo 84, II da Constituição Federal”, e, “por essa razão, não teria (aquela Corte) enfrentado a questão da estabilidade dos mandatos”.

A regra do artigo 84, inciso II, da Constituição Federal, que atribui ao “presidente da república, com auxílio dos ministros de estado, a direção superior da administração pública federal”, por óbvio não afasta a regra de princípio do artigo 37, da mesma Lei, que diz que a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, obedecerá, entre outros, ao princípio da legalidade.

Ou seja, o presidente da república exercerá a direção superior da administração pública, na forma da Lei.

³⁴ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”

³⁵ Artigo 37, XIX, da Constituição Federal.

Outro não é o sentido da regra, estipulada também na Constituição, no mesmo artigo 84, inciso IV, que confere ao presidente da república a atribuição de velar pela fiel execução das leis. Assim, a ação do presidente da república dá-se nos estritos limites da Lei, que, inclusive, delimita o poder discricionário que a ele confere, quando o faz.

Se lei ordinária fixa mandato e assegura estabilidade a dirigente de órgão regulador que cria, e, mais, foi ela declarada conforme o Direito pelo Supremo Tribunal Federal, não pode o agente administrativo - inclusive o presidente da república - deixá-la de obedecer. O fato de o Supremo Tribunal Federal, no exame da questão aqui citada, não a haver analisado sob o ângulo do artigo 84, inciso II, por óbvio não invalida a decisão a que chegou aquela Corte, cuja latitude no exame das questões a ela submetidas é a mais ampla possível. Ela não entendeu pertinente trazer ao caso o exame da regra deste artigo, e com razão, pois esta regra não pode ser tomada à margem do princípio da legalidade, que se ergue como regra de natureza preambular a vincular a ação de todo agente da administração pública, indistintamente, ao cumprimento da Lei.

As normas que criaram os órgãos reguladores são conforme o Direito, inclusive a estipulação de mandato e de estabilidade a seus dirigentes, como decidiu o Supremo Tribunal Federal. Portanto, a sua obediência é obrigatória ao agente administrativo, situado em qualquer nível hierárquico.

1.A suposição de que “auxiliares menores” do chefe do poder Executivo, dirigentes de autarquias, (e, pois, de agências reguladoras) não possam ser por eles nomeados e exonerados seria incompatível com o regime presidencialista. Essa hipótese consubstanciaria uma “fraude contra o próprio povo”.

Há auxiliares mais ou menos graduados, na escala hierárquica fixada em Lei. O presidente da república exerce o poder Executivo³⁶, e para este fim é eleito por um mandato de quatro anos³⁷. Como visto acima, cabe ao presidente da república cumprir e fazer cumprir as leis votadas pelo Congresso, cujos membros são também eleitos pelo voto popular.

É sabido que o princípio básico do regime democrático é a ação harmônica dos três poderes da União, e que cada qual deve agir no estrito limite fixado na Constituição Federal. Fraudar o povo, no regime democrático,

³⁶ Artigo 76, da Constituição Federal.

³⁷ Artigo 82, da Constituição Federal.

é o agente administrativo ou o parlamentar, eleito pelo povo, desatender à Lei,³⁸ votada por representantes do povo, por ele também eleitos.

³⁸ Alexandre Santos ARAGÃO resume exemplarmente a questão enfrentada no Supremo Tribunal Federal, anotando-lhe a doutrina:

“Em passagem lapidar o pensamento do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, que seguimos, poderia ser sintetizado: “A investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições”. Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/71.

A estes argumentos do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, o MINISTRO NELSON JOBIM, agregou (a) as lições de Gaspar Ariño Ortiz, tantas vezes já analisadas ao longo deste trabalho, concernentes à nova posição ocupada pelo Estado regulador na economia após o processo de desestatização; (b) o fato de a CF de 1988 sequer prever, a exemplo da Constituição de 1946, ressalvas apenas constitucionais ao poder do Presidente nomear e exonerar; NOTA1 (c) a criação de agências reguladoras encontra fundamento também nos arts. 21, XI, 174, parágrafo único, I, e 177, § 2º, III, CF; (d) as delegações de serviços públicos não se regem por políticas de Governo, mas sim por políticas legislativas; e (e) a necessidade de segurança jurídica dos agentes regulados.

Na doutrina, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em monografia específica sobre as autarquias, em que encampou expressamente os ensinamentos constantes do Voto acima analisado do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, que, segundo ele, teria esgotado o assunto, afirmou que “a livre demissão de administrador de autarquia é cabível desde que não se trate de investidura a prazo certo e a nomeação para o cargo se realize por livre escolha do Chefe do Executivo. É comum, nas autarquias de direção colegial, que o preenchimento destes lugares implique em atribuição de mandato a ser exercido por prazo certo. No caso, entendemos que se trata de uma defesa, estabelecida pela lei, contra a livre demissibilidade do administrador. Visa à continuidade administrativa e pretende resguardar o administrador da autarquia contra ingerências políticas”NOTA2. (Grifamos).

NOTA 1 BRASIL. Constituição (1946). Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República: V – prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais. BRASIL. Constituição (1988). Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

NOTA 2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – “Natureza e Regime Jurídico das Autarquias” São Paulo: Revista dos Tribunais; 1968. p.454/5.

E prossegue Alexandre Santos ARAGÃO: “Todavia, não se deve desconhecer a mudança da opinião do autor, que atualmente, seguindo crítica que já havia sido colocada no

Conclusão

Nada impede ser revogada por lei posterior, também votada pelo Congresso, lei que dotou os órgãos voltados à regulação de mercados econômicos das garantias de independência hierárquica, decisória e financeira e que a eles atribuiu mandato fixo e estabilidade a seus titulares. E, assim, uma vez mais as decisões desses órgãos virem a ser tomadas monocraticamente, por ministro ou pelo presidente da república, e o Executivo, ao seu critério único e por meio de normas infra-legais (decretos, portarias, etc), passar a definir “políticas”, sobre, por exemplo, o valor de tarifas, a forma de compartilhamento de redes de telefonia ou de dutos, a licença de postos de gasolina, a finalidade, o nível e a origem de investimentos em determinado mercado, podendo, também a seu critério singular, demitir titulares das agências.

A Lei pode vir a recriar tal regime. Ou a ação do governo buscar a sua imposição por meio da edição de normas infra-legais que confrontem aquelas legais em vigor, ou por meio de pressão política administrativa por parte de agentes da administração direta sobre os titulares da agência, esta última forma historicamente ao gosto de expressiva parcela da classe política. Assim foi ao longo da história republicana: na república Velha, na ditadura Vargas, no acanhado interregno democrático seguinte, na ditadura militar, até o governo anterior.

Contudo, esta situação já se provou extremamente negativa ao interesse público. Mesmo em um ambiente menos complexo como o do passado, os seus efeitos foram extremamente onerosos, e decorreram, principalmente, como ilustra fartamente a literatura, da manipulação política

Voto do Ministro Ribeiro da Costa [em julgamento havido sob o regime da Constituição de 1946], sustenta que “a extensão da duração do prazo de duração do mandato além de um mesmo período governamental, em última análise configura uma fraude contra o próprio povo. Ao impedir que o novo Presidente imprima, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa sufragada nas urnas”. Com base nisto sustenta que a exoneração ad nutum dos dirigentes das agências só é vedada durante o período governamental em que foram nomeados”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. – “Curso de Direito Administrativo”; São Paulo: Malheiros; 2001. 13ª ed.; p. 136/7.

E conclui Alexandre Santos ARAGÃO: “Preferimos, contudo, a posição originária do autor (cf. supra).” ARAGÃO, Alexandre Santos de. – “Agências Reguladoras”; Rio de Janeiro: Forense; 2002. p. 345/6.

das tarifas dos serviços públicos e de uma ineficiência fiscalizatória, que comprometeram, pela conseqüente falta de investimentos e pela inexistência da repressão a abusos contra o consumidor, a devida prestação de serviços regulados e acabou por impor ao contribuinte a conta de pesados prejuízos acumulados e a estatização absoluta, desses serviços.

De outro lado, nada impede – e a experiência recomenda – o governo atual reforçar e aperfeiçoar o quadro regulatório e nele a ação dos órgãos reguladores, para, em defesa do consumidor, passar a reprimir e prevenir, efetiva e prontamente, o eventual abuso do poder econômico presente na ação nociva de monopólios, na restrição à concorrência e na cobrança de preços abusivos, sobretudo nos mercados onde são prestados serviços públicos. E também para o fim de defender não apenas a ação dos órgãos reguladores, mas a própria administração pública superior – presidente da república e ministros de estado – resguardando-os da tentativa de captura ou de instrumentação político-partidária e corporativa, que sempre ocorrem quando aqueles concentram, singularmente, o poder de decidir questões regulatórias a afetar grandes contingentes da população do país.

Não há política pública mais eficaz na realização da justiça social do que a pronta prevenção e a severa punição ao abuso do poder econômico, promovidas na forma da Lei e executadas com critérios técnicos por órgão independente a pressões políticas. Pois é por meio do abuso do poder econômico que a renda do consumidor é transferida indevidamente para o infrator, e assim negada a justiça social.

Curiosamente, porém, este dado da realidade, inafastável onde há atividade econômica, viu-se entre nós desacreditado em favor de uma estrita coordenação da atividade econômica, a ser executada singularmente pelo Executivo.

Não é de se estranhar, portanto, que, no Brasil, a defesa do consumidor em mercados regulados muitas vezes prefira, ou por ela se oriente, a crítica à atividade econômica em si, sobretudo a de natureza privada, ao combate frontal ao abuso do poder econômico que é uma das formas mais insidiosas de injustiça social.

A regulação que defende efetivamente o consumidor exige órgãos reguladores dotados de independência hierárquica, decisória e financeira, essencialmente obedientes à Lei, agindo em estrita colaboração com o órgão de defesa da concorrência, estruturado pela mesma forma, e a fiscalização permanente do Congresso.

Esta atuação em nada contraria ou marginaliza a ação do Executivo, que segue sendo ampla e indispensável. Por exemplo, pode o Executivo requerer a revisão dos contratos de concessão de serviços públicos, pela forma já prevista na Lei, para discutir o valor, reajuste e revisão de tarifas; pode requerer aos conselhos das agências a formulação de novas estratégias e diretrizes para os respectivos mercados, que na forma da Lei em vigor são aprovadas e editadas pelo chefe do Executivo; pode, por meio de sua bancada no Congresso, verificar o desempenho de dirigentes e técnicos das agências; pode requerer a apuração de práticas monopolistas e de preços abusivos e de outras infrações às normas aplicáveis; e, claro, pode propor ao Congresso a alteração das normas legais vigentes.

A ação institucional não tem a fúria midiática do gesto político rápido do Executivo, mas reafirma a segurança jurídica decorrente do cumprimento da Lei e do controle dos órgãos reguladores exercido pelo Congresso e pelo Judiciário, e assim estabiliza e atrai investimentos privados, sem os quais caberá ao Tesouro - ao contribuinte - por eles responder, a fim de que os serviços públicos tenham a sua oferta assegurada e ampliada, com a qualidade prevista.

A atuação dos órgãos reguladores deve seguir sob o controle integrado da sociedade, exercido, na forma da Lei, pelo Executivo, pelo Congresso, pelo Judiciário, pelos órgãos não governamentais, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas da União e pela imprensa, para ser permanentemente aperfeiçoada.

E o Executivo, em seu legítimo ímpeto de justiça social e de promoção do desenvolvimento econômico, tem um largo espaço para formular sua política nesse sentido, no quadro institucional em vigor, pela melhor aplicação de suas normas, ou alterando-as pela proposição ao Congresso de novas leis, ou editando, no limite de sua competência legal, normas infra-legais. A intervenção partidária e monocrática na ordem econômica e o aberto confronto com as agências reguladoras só estimulará disputas políticas e judiciais, cujos elevados custos são sempre pagos pela sociedade.

