Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 1 – março/abril/maio de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

BALANÇO E PERSPECTIVAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto
Professor de Direito Administrativo da USP e da Fundação Getúlio Vargas (FGV), e PUC-SP Doutor em Direito pela USP. Advogado.

1. O presente texto pretende verificar como anda o processo ainda em curso entre nós de introdução de um novo padrão de regulação sobre bens e serviços considerados essenciais. Menos que fazer um arrolamento comparativo entre sucessos e insucessos colhidos em um ou outro setor que passa por esta transformação, pretendo aqui verificar como se revelam e justificam os pressupostos das transformações em apreço, ponderando os riscos e perspectivas destes processos. Deste modo o balanço a que me proponho fazer é menos setorial e mais voltado a verificar como avança cada um dos vetores que, ao meu ver, justificam e movem a introdução no Brasil de um modelo de regulação setorial baseado nas autoridades administrativas independentes ou, se desejarmos, nas Agências Reguladoras.

2. Neste sentido, a exposição que passo a fazer contém, além da necessária introdução, um breve repassar acerca dos pressupostos do surgimento das Agências, a apresentação dos quatro vetores de transformação que ao meu ver marcam este processo para, na seqüência, fazer um balanço sobre cada um deles. Pretendo concluir com a indicação de alguns riscos e perspectivas que se põem no horizonte para a atuação das Agências. A ver.

I. INTRODUÇÃO

3. Raras vezes se viu, na história do Brasil, uma transformação tão rápida e profunda como a que se assistiu no desenho institucional do Estado nos últimos dez anos, se tanto. Não apenas a introdução de novos órgãos e a alienação do controle de empresas estatais marcam os contornos dessa transformação. Assistimos todos ao surgimento de novos órgãos, conceitos, métodos e procedimentos do poder público que, independente do juízo de valor que quanto a isso tenhamos, temos que reconhecer modificaram profundamente o perfil da estrutura jurídico-administrativa brasileira.

4. Paralelamente, vivemos um processo não menos profundo no cenário jurídico. A quantidade e a abrangência das mudanças no direito positivo, desde a Constituição de 88 mas mais marcadamente a partir do final da primeira metade da década de 90, é notável. Para ficarmos apenas no campo do direito público, podemos afirmar que não houve instituto do juspublicismo que tenha passado incólume a essas mudanças. Houve modificação no regime jurídico das licitações, surgiu uma lei geral de concessões, uma lei de procedimento administrativo, outra que criou organizações não estatais incumbidas de proteger e consagrar o interesse público, e outras tantas.

Afora isso, assistimos ao surgimento de novas áreas do direito como o direito das telecomunicações, do petróleo, da energia, da água, para ficarmos em alguns. Tantas mudanças não podem ser explicadas apenas por uma episódica fúria legislativa ou da patologia da utilização desabrida das medidas provisórias. Há causas mais profundas a explicar tais transformações.

5. O país do início desta década é muito diferente de há 10 anos. Ao contrário do que muitos por vezes sustentam, tantas mudanças não decorrem de meras opções ideológicas ou modismos intelectuais. Ao meu ver, defluem de profundas mudanças que se processam no cenário econômico e também na sociedade. Por um lado, estão as demandas ditadas por uma nova fase do desenvolvimento do capitalismo, com suas feições mais transnacionalizadas e financeiras. Porém, de outro, estão as pressões de uma sociedade crescentemente complexa, fragmentada, heterogênea e cada vez mais titular de postulações por mais e melhor atendimento de suas necessidades de cidadania e de consumidora de serviços e políticas públicas.

6. Os processos vividos no Brasil são também vivenciados na América Latina e na Europa Continental. Implicam, mais do que uma mudança política ou econômica, numa alteração na forma como o Estado se relaciona com a sociedade e com a economia. Pouca gente tem se dado conta, mas os processos de transferência para a iniciativa privada da exploração de um bem ou serviço têm introduzido uma nova forma de relação entre o cidadão usuário desta utilidade e o ente que a explora.

Verifica-se gradualmente a introdução de uma importante mudança conceitual pela qual de um lado o indivíduo deixa de ver a oferta da utilidade como uma deferência, um favor do Estado, passando a enxerga-la como uma prestação à qual tem direito não só por pagá-la, mas porque a isso o Estado se obrigou; de outro, porque, dessa nova mentalidade surge a necessidade de

dimensionar a prestação ou a exploração destas atividades levando em conta, também, o interesse dos seus consumidores e não apenas os interesses secundários do Estado ou das corporações que lhe faziam as vezes.

7. Recentemente, participei de um evento promovido por entidades de defesa dos consumidores em que estas duas dimensões restaram bem claras. A primeira, quando vemos que o tema do seminário era a regulação de serviços públicos. o que demonstra que as entidades de defesa dos consumidores atentaram para a necessidade de tutela destes, mesmo quando considerados meros usuários de um serviço. A segunda, quando um dos palestrantes, líder sindical, elegeu a redução dos salários dos empregados no setor como mote para a crítica do processo de delegação da exploração de serviços públicos para a iniciativa privada, revelando a oposição de interesses existente entre o consumidor (desejoso de menores tarifas) e os empregados no setor (legitimamente pelejando por melhores salários). O fato é que não se reserva a exploração de uma atividade para o Estado com vistas a melhorar as condições de vida apenas dos empregados nesta atividade.

8. Nos quadrantes destas transformações jurídicas, políticas e econômicas, as agências reguladoras -- tema deste trabalho – inserem-se como uma pequena parte de um processo muito mais amplo. E tenha-se desde logo em mente que as "agências" de que tratamos aqui são especificamente as autoridades administrativas independentes, é dizer, as agências criadas com algumas características próprias e com a finalidade específicas de exercer a regulação sobre setores da economia onde isto se faça especialmente necessário.

Digo isso porque a idéia de "agências" como meros órgãos executivos, como está no Plano Diretor de Reforma do Estado - PDRE, não corresponde à figura da agência reguladora. Para esta são essenciais características como a independência, a autonomia a especialidade e a permeabilidade, incompatíveis com o modelo de "agências executivas" pensado no PDRE. Afinal, não me parece possível conciliar a autonomia e independência, por exemplo, com o instrumento do contrato de gestão.

9. Pois as "agências reguladoras" são a parte mais visível de um processo de mudança da forma do estado regular a atividade econômica e de se relacionar com a sociedade. E essa mudança acarreta modificações nos métodos e nos instrumentos. Numa fase inicial, marcada por uma concepção de pequeno envolvimento do Estado no domínio econômico, o instrumento essencial da atividade estatal era o poder de polícia. Posteriormente, numa fase organizacional, o estado passa a assumir obrigações de prover necessidades coletivas e organizar-se a partir da alocação de competências em órgãos adrede criados.

Tais finalidades demandam o recurso ao instituto da autarquia. Com o crescimento da atuação do estado no domínio econômico, numa perspectiva fortemente intervencionista, e o surgimento do estado – empresário, desenvolvem-se instrumentos aptos a concretizar esse novo papel. É o que se dá pelos institutos da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

10. A redução da intervenção direta do estado no domínio econômico enseja a necessidade de instrumentos de intervenção indireta naqueles campos em que se entende desnecessário ou inconveniente deixa-lo ao livre e exclusivo interesse dos atores privados. Constrói-se um novo patamar de intervencionismo que se pode chamar de residual ou subsidiário, mas que não é nem de longe pequeno ou perfunctório. Ocorre porém em novas bases, como se verá. Para este novo perfil de estado, por vezes denominado estado regulador, é que se introduzem as agências reguladoras como instrumentos por excelência dessa nova etapa da ação estatal.

11. Porém a mudança não decorre apenas da substituição da intervenção direta para a intervenção indireta. Há mudanças também na forma com que o Estado regulador irá se relacionar com a sociedade e com os atores econômicos. Portanto o surgimento das agências como reguladores independentes corresponde também a uma nova matriz regulatória que compreende mudanças a um só tempo no foco, eixo, método e instrumentos de regulação.

II. QUATRO VETORES DA TRANSFORMAÇÃO NA REGULAÇÃO ESTATAL

12. São estes os quatro campos nos quais se processa a transformação na regulação estatal vivida pelo país nos últimos anos. Um balanço da atuação das agências reguladoras no Brasil envolve necessariamente analisar como se desenvolveram as transformações em cada um destes vetores.

13. De fato, a alteração no paradigma regulatório e no modo do exercício da autoridade estatal vivida por nós implica em mudanças de várias ordens. Há uma primeira ordem de mudanças que se revela na mudança do foco principal da regulação, é dizer, nos objetivos pelos quais se justifica a atuação regulatória estatal. Um segundo plano se refere ao eixo da regulação, que perde um tanto de seu caráter autoritário, deslocando-se de eixo impositivo, vertical (típico das relações de autoridade) para um eixo mais negocial, pautado por relações horizontais (adequado a uma regulação mais mediadora, reflexiva). Um terceiro plano se refere ao modo de se exercer a atividade regulatória, operando-se no campo do método de atuação estatal. Cuidam-se do que chamo de transformações metodológicas e que se mostram na crescente procedimentalização, transparência e especialidade no exercício da regulação. Por fim, está o plano das transformações mais visíveis, aquelas que se dão nos instrumentos jurídicos e administrativos, como a introdução de mecanismos de regulação contratual, o crescimento de normas quadro, instrumentos de política tarifária inovadores. É neste plano específico em que se coloca a criação das agências independentes, entendidas como instrumentos aptos a concretizar as mudanças narradas nos três ouros planos.

14. A atuação estatal no domínio econômico, até há bem pouco tempo atrás, foi fundamentalmente marcada pela intervenção direta levada a cabo por empresas estatais monopolistas ou exploradoras exclusivas de atividades econômicas consideradas essenciais e tinha como foco principal o interesse nacional.

Bem é verdade que os economistas, no seu contumaz esforço de criar categorias amplas para a elas reduzir toda a realidade, consideram que a regulação estatal sempre é motivada por vários fatores concomitantes (soberania nacional, falhas de mercado, política industrial, proteção de setores sensíveis ou frágeis, etc.). Porém, parece-me indiscutível que o foco principal a ensejar a atividade estatal na e sobre a economia até a década de 90 eram os interesses gerais do Estado, resumidos à pauta da soberania nacional. Embora o Código de Defesa do Consumidor previsse, desde 1991 portanto, que a oferta e fruição de atividades exploradas pelo Estado (mormente aquelas consideradas serviços públicos) caracteriza relação de consumo, o interesse e a defesa do usuário não eram, até há pouco, premissa e foco principal da regulação estatal.

14.1. A mudança do paradigma relatório traz, portanto, desde seus pressupostos, uma mudança no foco da ação regulatória, deslocando-o do interesse do Estado e da proteção da soberania nacional para a defesa do usuário efetivo (protegido como consumidor) ou potencial (tutelado como cidadão que tem direito a se utilizar da comodidade mas por questões econômicas, sociais). A mudança aqui é profunda e dita um sem número de diferenças entre os métodos e instrumentos de regulação.

Não era raro anteriormente nas atividades sujeitas à forte regulação estatal que a atividade regulatória se desse internamente à própria empresa estatal incumbida de explorar (em regime de monopólio ou exclusividade) a atividade regulada. Evidentemente, ao assim proceder, há sempre a tendência dos padrões de regulação pautarem-se menos pelo interesse da sociedade (usuários ou consumidores) e mais pelos interesses do regulado (o poder público, a empresa estatal, ou, o que é pior, sua corporação interna). Nestas situações não era raro, por exemplo, a política tarifária ser influenciada por um dissídio da categoria profissional específica ou por um interesse sazonal do governo em conter reajustes em ano eleitoral.

14.2. A partir do momento em que se alvitra cambiar o foco da regulação estatal, colocando o cidadão ou o consumidor como beneficiário direto e principal da regulação, surge a necessidade de se alterar pautas e mecanismos de exercício da atividade regulatória . Talvez o principal indicador dessa mudança seja a separação entre as figuras do regulador e do operador (explorador da atividade regulada). O regulador, é bom dizer, há de ser, necessariamente, um ente estatal (a menos que se esteja cuidando de desregulação ou auto-regulação, o que foge do escopo deste trabalho). Já o operador pode ser um ente -- empresa -- público ou privado. Nesta segunda hipótese, após processos de privatização ou delegação da exploração da atividade ao particular por meio de concessão, permissão ou autorização.

14.3. Pois bem. A separação entre operador e regulador, para os fins do que interesse nesse tópico, permite uma maior neutralidade do regulador em relação aos interesses do Estado ou da operadora da atividade. Se quisermos recorrer novamente à intrumentalha conceitual dos economistas, permite uma maior proteção contra o risco de captura do regulador pelos interesses do regulado. A mudança do foco da regulação envolve um deslocamento da regulação levada a cabo internamente à empresa estatal, agente econômico para

uma regulação externa ao operador, marcada por um maior compromisso com os interesses dos usuários e, por conseqüência, mais permeável aos interesses e controles da sociedade.

14.4. Esse primeiro vetor de transformações é sobremaneira relevante pois se constitui a um só tempo no principal móvel dessa nova fase da regulação estatal e num fator primordial para aferição do seu êxito ou insucesso. É dizer: quando se propõe um balanço sobre a atuação dos novos entes reguladores, há que se verificar, antes de mais nada, se tal atividade está logrando consagrar ou proteger os interesses dos indivíduos que consomem ou deveriam consumir o produto (bens, serviços ou utilidades) das atividades econômicas sujeitas à nova regulação.

14.5. Da mesma forma que, ao meu ver, constitui bisonhice utilizar como parâmetro de aferição de eficiência regulatória o salário pago pelo regulado ou os interesses do país como Estado soberano (tais dimensões devem ser perseguidas, no âmbito estatal, pelas instâncias de formulação das políticas públicas de emprego, industrial, setoriais e de desenvolvimento), tampouco se pode descurar que o objetivo principal da nova regulação deve ser o oferecimento de utilidades públicas a uma maior parcela da população, em níveis de qualidade crescente, de forma ininterrupta, com liberdade de escolha e mediante preços paulatinamente mais vantajosos para o usuário que, ademais, deve ser plenamente respeitado como consumidor que é.

14.6. Temos, então, que o primeiro vetor de mudanças trazidas com o novo paradigma de regulação introduzido entre nós há não mais de um lustro, corresponde à introdução do interesse do usuário como razão prioritária (objetivo principal) da regulação estatal sobre uma dada atividade, deixando num segundo plano o interesse estatal ou aspectos como a soberania nacional ou o desenvolvimento econômico da e na atividade regulada.

15. O segundo vetor de mudanças, como enunciado acima, se refere à forma pela qual o Estado se relaciona, no exercício da atividade de regulador da economia, com a sociedade, ou seja, com os atores econômicos, políticos e sociais. Tal mudança não decorre de uma singela opção estatal, mas é muito mais um imperativo da configuração contemporânea das relações econômicas e sociais. Tenho firme convicção que o tempo da administração como repositória do poder extroverso e da capacidade de impor unilateralmente pautas e padrões de conduta para os atores privados, está encerrado. Embora esteja certo que a centralidade da autoridade estatal não desapareceu, estou convicto que à legitimidade da ação estatal, particularmente no âmbito da atividade regulatória, se impõe uma postura muito mais reflexiva, negocial, mediadora.

15.1. Segue daí que as transformações do eixo regulatório traduzem-se na substituição da imposição de metas e padrões regulatórios para uma regulação reflexiva, na qual o agente regulador estatal pondera os interesses envolvidos, arbitra interesses, tutela hiposuficiências e, pautado pelas circunstâncias, atua para implementar objetivos contidos nas políticas públicas estabelecidas para o setor. Importante notar que essa atividade, que anteriormente designei de mediação-

ativa, não representa uma concessão aos interesses do mercado ou dos atores privados.

15.2. Se bem é verdade que o fortalecimento destes atores contribui para esvaziar a capacidade do estado de impor autoritária e unilateralmente os padrões pelos quais quer ver explorada uma atividade, também é certo que esta mediação envolve sopesar e cotejar os interesses e necessidades dos cidadãos (usuários efetivos e potenciais). Ou seja, ao meu ver, esta mudança de eixo de ação estatal, em favor de uma menor verticalidade e de uma maior horizontalidade (reflexividade) na relação regulador-regulado e principalmente na relação regulador-beneficiário da regulação representa sem dúvida, uma democratização da atividade regulatória. Algo que em outra passagem designei de "republicização da atividade estatal".

15.3. Em resumo, a nova etapa da regulação estatal importa também numa mudança na forma pela qual o Estado se relaciona com a sociedade, nela compreendidos todos os interesses sociais relacionados com a produção e a fruição da utilidade pública regulada.

16. O terceiro vetor de alterações ensejado pela nova regulação (processo do qual as agências independentes são parte relevante, mas a elas não se resume) diz respeito ao modo pelo qual se exerce a atividade regulatória estatal. Não é mera coincidência que ao surgimento desse novo paradigma regulatório corresponda também um forte avanço na tendência de procedimentalização da atividade administrativa, do qual a edição recente de leis e códigos de processo administrativo é exemplo ilustrativo. Na verdade a mudança nos métodos de se exercer a atividade regulatória é conseqüência direta dos outros dois vetores anteriormente vistos. Quando, de um lado, se coloca o interesse do indivíduo como razão e finalidade justificadoras da intervenção estatal e, de outro, se introduz uma nova forma de relacionamento Estado-sociedade, coloca-se a necessidade de que a atividade regulatória ofereça maiores oportunidades de efetiva participação e acompanhamento, pelo indivíduo, da atividade regulatória estatal. Afinal, estes dois outros vetores impõem novos parâmetros de legitimidade e legitimação da autoridade, para o que os mecanismos de limitação, transparência e permeabilidade do exercício do poder são imprescindíveis. No tocante à mudança metodológica (meios pelos quais se exerce a regulação) identifico quatro vertentes bastante claras, a saber: i) procedimentalização; ii) participação da sociedade no processo de regulação; iii) transparência na atividade regulatória; iv) especialização técnica e jurídica.

16.1. Na primeira vertente, está o desenvolvimento de mecanismos aptos a efetivar o princípio do devido processo legal na atividade regulatória. É fato que a Administração, no Estado de Direito, está adstrita ao princípio da legalidade e ao devido processo legal. Porém, entre nós houve sempre uma certa resistência ao estabelecimento de regras de um processo administrativo que precisasse com clareza e objetividade ritos, prazos e procedimentos que devem ser observados no exercício das funções administrativas.

Não me parece possível, entretanto, que o exercício da atividade regulatória nos quadrantes acima apontados e ainda mais por autoridades

administrativas independentes se dê sem uma razoável adstrição do regulador a normas de processo administrativo. Nada pode ser pior para o exercício dessa nova regulação, por exemplo, que a postergação indefinida de uma decisão a cargo do regulador.

De outro lado, é necessário que o administrado (regulado) saiba exatamente como, quando e para quem deve postular e quais as condições para o exercício do que imagina ser seu direito. Não é sem motivo que no modelo americano – no qual o sistema regulatório é bastante parecido com o que agora aqui se esboça – o direito administrativo se revela na seara do processo administrativo. Tenho, pois, como certo que o surgimento de normas e códigos de processo administrativo em vários países europeus, latinos e mesmo entre nós guarda uma íntima relação com as transformações no modo de atuação do Estado, tal qual acima exposto.

16.2. A participação da sociedade no processo de regulação é também conseqüência das necessidades do regulador em bem mediar os interesses existentes na sociedade. Só com a participação do administrado é que será possível i) saber quais são as pautas, demandas e necessidades coletivas e individuais a demandar medidas regulatórias e ii) legitimar a ação do regulador a partir da identificação de sua atuação com os anseios dos usuários e possibilidades dos operadores.

Neste sentido é que surgem, no bojo da construção dos espaços institucionais de exercício dessa nova regulação, mecanismos como as consultas públicas, o fomento à criação de comitês ou comissões de usuários, a audiências, os conselhos consultivos e de representantes, o diálogo permanente e obrigatório com operadores, associações e entidades de defesa do consumidor entre outros mecanismos. O fato é que tanto as mudanças de foco como as mudanças de método obrigam que a interlocução do regulador com a sociedade seja efetiva, ampla, transparente e institucionalizada.

16.3. Fruto da necessidade de maior legitimação pela sociedade e da introdução de regras e procedimentos para pautar a atividade regulatória, coloca-se a necessidade de que esta atividade seja exercida com absoluta transparência. Trata-se aqui do aprofundamento do princípio constitucional da publicidade. Aprofundamento porque enquanto a publicidade exige que se divulguem atos e informações, a transparência envolve a abertura de todo o processo decisório, não apenas do seu resultado. Cuida-se, pois, da radicalização e generalização dos instrumentos de publicidade. A idéia de sigilo ou reserva da informação ao administrado, mesmo após a consagração do dever de publicidade do ato administrativo, é, para mim, legado da origem absolutista do Estado moderno.

Hodiernamente, dada a complexidade e a fragmentação da sociedade, não me parece possível que se tenha como legítima uma intervenção regulatória advinda de um processo não transparente, aberto ao acompanhamento e controle da própria sociedade. Neste contexto particularmente o advento da internet facilita sobremaneira a concretização dessa maior transparência. Entrevistas coletivas periódicas com a imprensa, a previsão de ouvidorias independentes junto aos órgãos reguladores, a convocação freqüente dos dirigentes dos órgãos

reguladores por comissões parlamentares, as próprias consultas públicas como parte do processo normativo (desde que as contribuições sejam efetivamente analisadas e discutidas, mesmo para sua rejeição que deve ser necessariamente fundamentada) são mecanismos que devem ser instituídos, incrementados e perenizados.

O que não se admite é que os mecanismos de transparência convertam-se em pantomimas com Consultas Públicas que se perdem no tempo ou que sequer são analisadas, ouvidorias que não se instalam ou são tolhidas no exercício de suas funções ou audiências e entrevistas nas quais o regulador só responde o que é de seu interesse. Nisso reside um dos grades riscos de desmoralização do regulador e da nova regulação estatal.

16.4. Por fim, há em todo este processo um forte viés de especialização. A moderna regulação depende em grande medida do conhecimento específico sobre setores cada vez mais complexos e singulares. Disso decorre a necessidade de desenvolvimento de conceitos, premissas, princípios, classificações e mesmo regras jurídicas próprias a cada setor regulado. A inadequação dos instrumentos de que dispõe o regulador podem empecer ou até mesmo inviabilizar a regulação. Ao se criar toda uma gama de instrumentos regulatórios voltados a um setor da economia, ao se reconstruir (e, em alguns casos, se construir dada a ausência de parâmetros anteriores) os marcos normativos aplicáveis a uma atividade, acaba-se por criar subsistemas jurídicos dotados de especificidade própria, cuja interpretação e aplicação deverá levar em conta a peculiaridade do setor regulado. Daí a surgir um direito do petróleo, das telecomunicações, do saneamento ou da energia elétrica é um passo.

17. O último vetor das transformações aqui enfocadas se refere às transformações nos instrumentos pelos quais se executa a atividade regulatória. Marcada por todos estes fatores acima apontados, a nova perspectiva regulatória demanda o desenvolvimento de novos instrumentos, órgãos e institutos. Abordar todos eles importaria em repassar toda a teoria da regulação. Por isso indico apenas alguns. A regulação contratual, mediante a introdução de metas, parâmetros, compromissos, direitos, obrigações e sanções nos instrumentos de outorga do direito de explorar uma atividade, emerge como um importante instrumento para impor pautas regulatórias à atividade dos regulados.

Do ponto de vista dos instrumentos legais, cresce o recurso a normas gerais, normas objetivas, nas quais estão contemplados princípios e objetivos gerais para cada setor regulado, delegando-se ao órgão regulador competências para implementar tais premissas. Outro viés instrumental bastante relevante se refere à separação entre políticas públicas e atividade regulatória, pois a elaboração das primeiras compete ao poder central (ai compreendido o executivo e o legislativo) e a consecução da segunda deverá caber aos agentes de regulação que, preferencialmente, devem ser neutros também em relação ao poder político.

17.1. Porém, o instrumento mais relevante neste campo – ao menos para a pretensão do presente trabalho – são as autoridades administrativas independentes ou, se quisermos, as agências reguladoras independentes. Elas

representam, ao meu ver, a forma organizacional mais adequada e amoldada ao exercício dessa nova regulação. Isso porque permitem a efetivação da neutralidade, permeabilidade, independência e especialidade que, como vimos acima, são inerentes ao exercício desse novo contexto da atividade regulatória estatal. Longe de serem fruto do mimetismo aos exemplos estrangeiros ou de serem reflexo de modismos desabridos -- em que pese sua criação para objetivos, finalidades e funções que não obstante sua relevância, nada tem a ver com regulação -- essas agências são fruto, conseqüência, de todos estes vetores que pretendi apresentar acima.

18. Vistos, de maneira resumida, os vetores pelos quais se processa a profunda transformação vivida por nós nos últimos, poucos, anos, creio ser possível entabular alguns comentários à guiza de balanço. Reitero, porém, que nem farei um balanço propriamente (o que não creio que seria possível ante a experiência tão nova e incerta), nem farei comentários pontuais ou comparativos entre as agências já existentes. Se a uma ou outra me referirei, será apenas a título exemplificativo.

III. BALAÇO DAS MUDANÇAS

19. No tocante ao foco da regulação, a experiência entre as agências é desigual, embora seja perceptível, em praticamente todas elas, a eleição da defesa do interesse do usuário como mote central de suas ações. Tal questão se mostra mais visível nas agências que regulam a prestação de serviço público, onde questões como metas de universalização, parâmetros de qualidade, exigências de atendimento correto ao consumidor e política tarifária indicam uma tendência de se focar mais fortemente o objetivo da regulação no interesse do usuário. Mesmo no setor de petróleo (onde a regulação não tem por objeto a prestação de um serviço público e sim a exploração de um bem escasso – petróleo e seus derivados – e a sua cadeia de produção) há exemplos bastante significativos de avanço neste processo. A ANP assumiu esta posição na questão do controle de qualidade dos combustíveis e na questão do uso do gasoduto Brasil - Bolívia pela BP. Nesta segunda situação deixou claro a eleição do foco do consumidor (beneficiário, em tese, dos benefícios trazidos pela competição no transporte de gás) em detrimento, por exemplo, do viés soberania nacional (supostamente representado pela Petrobrás).

19.1. De todo modo, na questão do foco, remanesce uma questão relacionada com a oposição entre o consumidor efetivo do bem ou serviço regulado (é dizer, aquele que dele já usufrui, pois tem acesso à prestação) e o consumidor potencial (aquele que não é consumidor propriamente – vez que não tem acesso à fruição), mas que se pretende venha a efetivamente usufruir dessa comodidade ou utilidade.

Tal oposição se revela em complexas questões regulatórias como o financiamento do serviço universal, a introdução de regimes de liberdade tarifária, o nível de abertura à competição, o período de transição nas atividades ainda objeto de monopólio, e outras tantas. Neste particular, há ainda muito a se refletir no âmbito das agências. Particularmente, tenho como certo que num país

carente, desigual e heterogêneo como o Brasil, por muito tempo as agências reguladoras terão que agir mais como tutoras da população não servida pelas utilidades públicas do que como uma instância de defesa do consumidor efetivo delas.

20. Já no vetor da regulação, tem havido avanços, mas o processo de mudanças é lento e difícil. A mudança aqui é muito mais de cultura do que de instrumentos, o que demanda períodos mais longos de maturação. O esvaziamento do autoritarismo estatal e a introdução de uma maior horizontalidade na relação administrador– administrado não se dará de inopino. As agências tem resvalado para a adoção de medidas autoritárias o que, se no varejo pode surtir efeitos, no médio prazo pode esgarçar sua autoridade regulatória. Exemplo disso é o que poderá ocorrer se todas as decisões do regulador passarem a ser questionadas junto ao Judiciário, tornando esse poder um órgão revisor da atividade regulatória.

20.1. Outra vertente do problema da desverticalização da atividade regulatória diz respeito ao aspecto da regulação sobre operadores ainda Estatais. Aqui o balanço é muito desigual de agência para agência. No caso da ANP é notável e elogiável seu esforço -- bem sucedido, ainda que a largo custo – em submeter a Petrobrás à sua autoridade de regulador. No outro pólo está a ANEEL e a sua dificuldade de se impor perante as operadoras estatais, quer estaduais (onde a Cemig é o maior exemplo), quer mesmo federais (haja vista a complicada relação de convivência com a Eletrobrás e suas subsidiárias). É, portanto, patente a dificuldade de se desverticalizar a atividade e a autoridade regulatória.

20.2. De resto, este problema se reforça nos setores em que a regulação não está concentrada em apenas um ente da federação – como ocorre com o setor de gás, onde a cadeia envolve regulação na esfera federal e nos estados – ou quando a regulação compete a uma esfera da federação e o operador é controlado por outro ente (como ocorreu no exemplo da atuação do Bacen – enquanto órgão regulador do setor financeiro – e os bancos estaduais).

21. No vetor metodológico houve um avanço no sentido de uma maior transparência e procedimentalização à atividade regulatória. Isso é inegável. Porém, ainda há insuficiências, como demonstram os exemplos de não observância, pelo próprio regulador, de regras, prazos e ritos por ele estabelecidos para o exercício regulatório. De outro lado, como acima destaquei, há necessidade de ampliar e efetivar a transparência e a participação popular pelas Agências, até como mecanismo de reforço à atividade regulatória. Neste sentido, o regulamento de aferição do cumprimento de metas de universalização pela Anatel – no qual a população é instada a participar do processo de aferição e checagem – é um destacado exemplo.

22. Por fim, no vetor instrumental é onde colhemos as experiências mais heterogêneas. Há demonstrações de grande sofisticação e adequação dos instrumentos desenvolvidos em alguns setores, e outros com parco nível institucional de outros. Em alguns setores, por exemplo, a regulação contratual é sobremaneira frágil (como ocorre no setor de Energia Elétrica, onde os contratos são lacunosos, confusos e pouco precisos) e outros cujos instrumentos

contratuais merecem destaque (como ocorre no setor de telecomunicações). Outra questão relevante diz com a sistematicidade do aparato regulatório. Seguramente é muito difícil bem exercer a atividade regulatória num quadro normativo fragmentado, de má técnica e conflitivo como ocorre o setor elétrico.

22.1. Enfim, creio que no que toca ao vetor dos instrumentos que se vem criando para dar concretude ao novo contexto regulatório o balanço deixa um pouco a desejar. Mesmo no tocante ao principal instrumento – as agências independentes – temos assistido a processos que as põem em grave risco. De um lado o amesquinhamento de algumas Agências frente ao poder político, ávido por recuperar o espaço perdido na construção destes órgãos independentes. De outro, o processo de profusão da criação destes órgãos movido não pela necessidade efetiva de instâncias regulatórias independentes, mas como um recurso para se ter maior autonomia orçamentária, menor vinculação hierárquica ou a possibilidade de oferecer uma política salarial mais vantajosa para seus funcionários. Um ou outro destes processos pode esvaziar a relevância instrumental das agências, transformando-as nas empresas estatais do novo século.

IV. ALGUNS DESAFIOS E RISCOS PARA O FUTURO

23. Qualquer balanço que se preze tem que se projetar um pouco para o futuro. Não o vejo com pessimismo. Também não enxergo um horizonte totalmente desanuviado. Riscos sempre vai haver em processos de transformação dessa ordem. Aqui não é diferente. Procurarei me ater a quatro questões: a relação entre políticas públicas e regulação; a questão do controle das agências reguladoras; o problema da fragmentação regulatória; e, por fim, a necessária articulação entre agências reguladoras.

24. O primeiro campo de problemas que antevejo se refere à necessária separação entre políticas públicas e regulação. Tal separação é importante pois, se pretendemos dotar os órgãos reguladores de independência, não se pode pretender atribuir-lhes também a competência para estabelecer as políticas públicas para o setor regulado. Se assim fosse, estar-se-ia pondo em risco o princípio democrático, porquanto interditada aos representantes eleitos a possibilidade de definir os objetivos e prioridades a serem concretizados pela atividade regulatória. Órgão regulador não é instância de definição de políticas. É sim espaço para efetivação destas, previamente definidas pelo executivo e pelo legislativo (eventualmente até com a participação e o suporte técnico do órgão regulador, mas fora do campo decisório deste). A regulação coloca-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas.

25. A segunda questão, que ganhou força no debate jurídico e institucional recente, por força das dificuldades vividas no setor elétrico, refere-se ao controle das agências. Sobre o assunto, tem se visto um rosário de obviedades que nada acrescentam. Indagar “quem controla as agências?” trai uma irrefreável tentação de, diante da constatação de que elas não recebem devido controle, impedir-lhes de controlar o mercado. Em outras palavras, tais críticas ou colocações revelam-

se como indicadores de um discurso ultra-liberal travestido por algum acanhamento. A existência de mecanismos de controle é necessária e demanda toda atenção. Só não concordo que as agências sejam tidas como risco à democracia somente porque não fazem a corte ou pedem benção ao chefe do Executivo.

25.1. Quatro são as espécies de controle a que devem estar submetidas as agências: i) o controle de gestão (exercido, por exemplo,pelos Tribunais de Contas) e referente exclusivamente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo; ii) controle quanto ao cumprimento das políticas públicas, que no meu modo de ver deve ser exercido predominantemente pelo Poder Legislativo mediante exigência de relatórios semestrais e argüições em Comissões específicas do Parlamento; iii) controle contra abusos e ilegalidades, que deve ficar predominantemente a cargo do Poder Judiciário, podendo ainda, no caso de exorbitância do poder normativo delegado, ser exercido pelo Legislativo que tem competência constitucional para sustar tais atos quando exorbitantes; e por derradeiro iv) o controle quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação que deve ser exercido pelo Legislativo e principalmente pela sociedade.

25.2. Para tanto, parece-me boa a iniciativa de algumas agências de divulgar relatórios anuais de atividades e não me parece indigitado que o regulador fizesse realizar, anualmente, audiência pública de prestação de contas à sociedade. Importante também é o incentivo, pelo regulador, da criação e desenvolvimento de organizações da sociedade (usuários, operadores, etc.) para acompanhar o exercício das suas atividades.

26. O terceiro plano de questões se refere à tendência de excessiva fragmentação regulatória. É certo que, como visto acima, a especialidade é uma característica da nova regulação. Porém a especialidade não pode implicar numa "pulverização" da atividade regulatória. É necessário que as estruturas regulatórias se concentrem e articulem por setores econômicos e por cadeias, evitando que uma mesma indústria esteja sujeita a duplicidade ou triplicidade de instâncias regulatórias. Dito de outro modo, creio ser necessário um processo de concentração da atividade regulatória e não o contrário como se tem visto cogitado, por exemplo, na criação de uma agência específica para radiodifusão ou com a fragmentação de agências havida no setor de transportes. Vejo portanto um grave risco de comprometimento da centralidade e da uniformidade de tratamento regulatório na eventual profusão de agências sem respeitar as peculiaridades e proximidades de um setor e de sua integração na cadeia de produção.

27. Por fim, vem o tema da articulação entre agências reguladoras, mormente entre as agências setoriais (ANEEL, ANP. Anatel, ANA, ANVS, Bacen, entre outros) e as agências de regulação macro econômica (CADE e SDE).

Há de fato uma grande necessidade de articulação entre regulação econômica geral e regulação setorial sem o que perde-se muito da eficácia regulatória. Prova disso está na questão do compartilhamento de infra-estruturas (que envolve articulação entre agências setoriais) e na questão dos atos de concentração (envolvendo as agências de regulação setorial e a autoridade

antitrust). Aqui também há uma grande diversidade de tratamentos nos marcos jurídicos de cada agência, o que traz algumas dificuldades particularmente no relacionamento de órgãos reguladores que atuam numa mesma cadeia (e então surgem críticas quanto à inviabilidade jurídica de resoluções conjuntas) e no controle da concentração econômica (gerando diversidade de critérios e inexplicável mora no julgamento de tais atos).

28. Acho cedo para fazermos um balanço da atuação das agências. A experiência é nova e a implementação ao meu ver não se completou. Porém, no estado da arte em que se encontra o processo, creio que o saldo é positivo.

êReferência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível