

O Quarto Poder

Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle das Agências Regulatórias

Edson Nunes

Paper submetido ao II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Instituto Hélio Beltrão, Brasília, 25 de Setembro de 2001

Versão em elaboração, para comentários e discussão.

Outubro 2001

SUMÁRIO

1– Mudança versus Continuidade: Independência Regulatória ou Insulamento Burocrático?..	2
2 – Gênese e Vicissitudes de um Poder Emergente	8
1 – Regimes de Verdades	8
2 – Agências Regulatórias, Novas Portadoras de Verdades.....	10
3 – Caveat: Trabalho, a Fronteira Inconquistada	13
3 –Regime e Governança Regulatória no Contexto da Reforma do Estado	16
1 – Regimes Regulatórios	16
2 – Reforma do Estado	17
3 – A Reforma e o Regime Regulatório Brasileiro	19
4 – Governança do Regime Regulatório	21
4 – Regimes Regulatórios: As Raízes Americanas e seu Contexto	23
1– Regime de Mercado	23
2– Regime Associativo/Corporativo	26
3– Regime Societal.....	30
4– Regime de Eficiência e Reforma Regulatória	31
5 – Agências e Conselhos nos Anos 90: Nova Face da Relação Estado-Sociedade	34
1 – Níveis de Governo e Entidades Intermediárias	34
2 – Órgãos Colegiados na Administração Federal	38
3- Agências Regulatórias	40
6 – Controle via Desenho Institucional do Regime e da Governança Regulatória: Quais os Próximos Passos?	46
1 – Regulando a regulação governamental antes mesmo de controlar as agências	46
2 – Controlando o Controlador.....	50
Anexo	54
Sobre o Autor	58

SUMÁRIO DE TABELAS E GRÁFICOS

Tabela 1 N° de conselhos por faixas de população do município, segundo o tipo de conselhos municipais - 1999 *	37
Tabela 2 N° de conselhos por região, segundo o tipo de conselhos municipais - 1999 *	37
Tabela 3 N° de órgãos colegiados, segundo a data de criação - 2001	38
Tabela 4 N° de órgãos colegiados, segundo o órgão superior - 2000	39
Tabela 5 N° de agências, segundo parâmetros consultados no SIORG - 2001	40
Tabela 6 N° de autarquias federais, segundo o ano de criação - 2001	40
Tabela 7 N° de autarquias federais, segundo o órgão superior - 2001	41
Tabela 8 N° de órgãos reguladores - 1998	46
Tabela 9 Número de órgãos reguladores para o público ("para fora") - 1998	48
Tabela 10 N° de órgãos reguladores, por ano da informação, segundo o ano de criação	49
Quadro 1 Comparação dos regimes regulatórios americanos	33
Quadro 2 Dados gerais das agências reguladoras nacionais - 2001	42
Quadro 3 Dados gerais das agências reguladoras estaduais e municipais- 2001	43
Figura 1 Órgão regulador, por data de criação e dependência administrativa	47

1– Mudança versus Continuidade: Independência Regulatória ou Insulamento Burocrático?¹

Agências atuam sobre setores vitais para a economia e para a sociedade, apresentando diferentes graus de dinamismo e avanços tecnológicos. Caracterizam-se por atrair, complementar ou contrariar interesses privados e públicos, produzindo regras e normas que imputam custos às unidades reguladas. Toda regulação tem impacto sobre os custos das unidades produtivas reguladas. Regular é, também, imputar custos. Não seja surpresa, portanto, a permanente e inevitável atração fatal que os regulados têm pelos reguladores. Se não se pode evitá-los, resta convencê-los. Se não se pode convencê-los, resta domesticá-los. Se não se pode domesticá-los, resta capturá-los.

Regulados e reguladores são xifópagos gerados pela economia de mercado. O aparato regulatório, criado para sanar imperfeições do mercado, torna-se, ele mesmo, um mercado, onde regulação é “comprada” e “vendida”. Provedores de serviços, quaisquer serviços licenciados pelo Estado – educacionais, advocatícios, de manicure, limpeza de chaminés etc. –, entenderão perfeitamente que a regulação é uma mercadoria monopolista de Estado. Tanto pode ser boa como não ser. Tanto pode estar voltada para o público quanto pode ser preservadora de privilégios. Tudo depende de quem a demanda, e de quem tiver poder para fazê-la existir. Daí a pertinência da discussão sobre controles e responsabilidades.

Não existe regulação neutra. Nem regulação inocente. Nem toda regulação é contra o regulado. Muitos regulados abençoarão e, neste sentido, buscarão normas regulatórias que os protejam da competição, que lhes diminuam custos, que criem

¹ - Este texto reflete a pauta de estudos do Núcleo de Análise Interdisciplinar da Política Educacional e Regulatória (NAIPER), do instituto Databrasil - Ensino e Pesquisa, órgão associado à Universidade Candido Mendes, e contou com a participação e apoio de Leandro Molhano Ribeiro, doutorando em Ciência Política/IUPERJ, Márcia Marques de Carvalho, Estatística e mestre em Pesquisa Operacional/UFRJ, Enrico Moreira Martignoni, Economista e mestrando em Estatística/ENCE. Melissa Mello e Souza, mestranda em História da Cultura/PUC-RJ, ofereceu preciosa colaboração no capítulo sobre as raízes americanas. Publicações recentes do NAIPER incluem, **Futuros Possíveis, Passados Indesejáveis: Selo da OAB, Provão e Avaliação do Ensino Superior**, Ed. Garamond, Rio de Janeiro, 2001, de Edson Nunes, André Nogueira e Leandro Molhano Ribeiro e **Teias de Relações Ambíguas: Regulação e Ensino Superior**, de Edson Nunes e equipe, INEP/MEC, 2001, no prelo.

barreira de entradas à competição, que os mantenham no mercado, que os protejam de demandas do público. Nem toda regulação, portanto, é a favor do público. Nem toda regulação é a favor do regulado. O mercado regulatório é um selvagem campo de lutas de interesses. Regula quem pode, não quem quer.²

As agências podem assumir distintos estatutos jurídicos, desde sua participação na administração direta, até sua existência autárquica e independente³. A elas competem funções do Executivo, tais como a concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos, e lhes são atribuídas funções do Legislativo, como criação de normas, regras, procedimentos, com força legal sob a área de sua jurisdição. Ademais, ao julgar, impor penalidades, interpretar contratos e obrigações, as agências desempenham funções judiciárias.⁴

No Brasil, o regime regulatório, que se inaugura com as privatizações, constitui verdadeira reforma do Estado. Esse regime caracteriza-se pela redefinição do papel do Estado na economia. Através de delegação legislativa, sob o modelo de “autarquias especiais” cria-se um novo poder entre os poderes, exercido por novas agências regulatórias, que apontam para a existência de um “Estado dentro do Estado”.⁵

² Apesar do tom um tanto radical do texto, ele é reflexo de vasto debate sobre regulação e liberdade. Sua versão mais concisa, bem escrita, respeitada e controversa está em George Stigler, **The Citizen and The State: Essays on Regulation**, University of Chicago Press, 1975

³ Esta múltipla personalidade não é específica do Brasil. “Regulatory agencies come in many sizes and forms. Some are headed by commissions – a group of coequal heads who make decisions by voting on formal proposals, much like a legislature—while others have a single administrative head. Some are independent agencies technically outside the President’s administrative control, while other are lodged in executive branch departments. Some are what amounts to the first court in the judicial system, with the power to fine regulated firms or even to ban them from markets, while others must achieve their ends by fighting regulated firms in the federal courts. Some have very narrow responsibilities.... Others, like the Occupational Health and Safety Administration, regulate every business in the nation.” Cf. Richard Noll (Ed.), **Regulatory Policy and the Social Sciences**, U.C. Press, Berkeley, 1984, p. 10.

⁴ “Considerando-se o grau de independência que deve ter a agência, é admissível conceber que possa, eventualmente, ter uma competência quase judicial”. “Considerando a importância estratégica das decisões dessa agências reguladoras, talvez se justificasse que as ações contra as suas decisões –e eventualmente contra outras autarquias de caráter especial com características análogas, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários –fossem de competência originária dos Tribunais Regionais Federais. É uma sugestão que se faz desde logo ao legislador, considerando os problemas que já surgiram no passado”. Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, “Agências Reguladoras”, Revista de Informação Legislativa, a.36, n.141, jan./mar., 1999, pag. 159 e 165.

⁵ - Desde a década de 30, nos EUA, chamou-se de **quarto poder** às atividades atribuídas às agências. O Comitê Brownlow (Committee on Administrative Management), no Governo Franklyn Roosevelt, dizia que eram, em verdade, miniaturas de governos independentes, que constituíam um “fourth branch of the government”, in Giandomenico Majone, **Regulating Europe**, Routledge, Londres, 1996, p.288. Confira, em adição, David M. Welborn, **Regulation in the White House: The Johnson Presidency**, University of Texas Press, 1993,

A relação deste (*mini, sub, supra*) Estado com o outro Estado que lhe dá origem, ainda demandará enorme trabalho de ajuste. Reparem, ao delegar-lhes funções assim complexas, o legislativo deu-lhes um mandato com contornos imprecisos. Não poderia ser diferente, tendo em vista a complexidade das atividades que regulam. Caberá, no modelo atual, às próprias agências fundar mais completamente os poderes decorrentes do mandato genérico, buscar formas práticas de *reinforcement* de seus comandos, gerar e manter a legitimidade de sua atuação, determinar e garantir suas fronteiras jurisdicionais.⁶

Essa inevitável imprecisão do mandato gera precedente inquietude cívica. O usuário dos serviços e produtos regulados é, antes de ser usuário, eleitor daqueles que conferiram mandatos às agências. Estes, legisladores, não reservaram para si supervisão legislativa das atividades mandatárias. Não se reservou, portanto, ao mandante último, o eleitor, poder sobre aqueles que regularão áreas cruciais de sua vida.

Transformado apenas em consumidor, o cidadão eleitor carece de meios para inquirir e interpelar o (*mini, sub, supra*) Estado que governará a água que bebe, a eletricidade que consome, o telefone que usa, o rádio que ouve e a televisão que vê, o ensino que obtém, o transporte que utiliza, o remédio que dá a seu filho.

Não é a primeira vez, na história recente do país, que se retira do concerto das instituições tradicionais um naco institucional considerado estrategicamente fundamental, como as agências regulatórias. O deslanchar do processo de industrialização, em JK, utilizou-se, ainda que como escapismo transitório ao sistema

especialmente o capítulo 2, “The Fourth Branch”; a referência ao **quarto poder** é também corrente em J. Luis Guasch e Pablo Spiller, **Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story**, World Bank Latin American and Caribbean Studies, 1999

⁶ “Daí os americanos dizerem: ‘as agências reguladoras exercem atividade legislativas, jurisdicional e executiva’. “Os americanos...discutem os limites da possibilidade de delegação do poder legislativo às agências. “Nós, quando tratamos dessa questão, jamais admitimos que há delegação de poder legislativo. Usamos uma forma mais ‘francesa’: a administração pública tem também função normativa, que não se confunde com a função normativa legislativa’. “Os americanos são mais crus ao enfrentar essa realidade. Dizem: ‘é função legislativa sim, que poder legislativo delega, mas há um limite para a delegação’. “No fundo estão todos dizendo a mesma coisa; uns com honestidade chocante, outros, revestindo o fenômeno dentro de categorias que o tornam mais palatáveis, tendo em vista a idéia de separação de poderes que nos é tão cara”. Carlos Ari Sunfeld, “Agências Reguladoras do Serviço Público”, in **10 Anos de Constituição: Uma Análise**, XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, São Paulo, 1988, p. 134. Registre-se que Carlos Ari Sunfeld é o autor da minuta do projeto de lei que criou a ANATEL e assessorou sua tramitação.

político, dos Grupos de Trabalho, por delegação legislativa, para reproduzir, em seu interior o macrocosmo decisório do Estado, sem as barreiras e delongas típicas do processo político. Talvez seja este o mais drástico exemplo de insulamento burocrático na história recente. Mas não foi o único, nem o último. Elites modernizantes, burocráticas, militares e empresariais, freqüentemente procuraram se valer da mesma estratégia para alavancar processos inovadores, procurando protegê-los do jogo político tradicional.

As prévias encarnações de escapismo institucional, ou insulamento burocrático, como o chamamos originalmente⁷, ainda que bem sucedidas, tiveram vida limitada, sendo, após ciclo de vida, incorporados pela velha ordem, velho regime.

Vale, portanto, a indagação sobre a durabilidade do atual experimento regulatório através de agências independentes, criadas meio a processo de privatização intenso. As agências, criaturas recentes, florescem nos três níveis de governo, existindo, hoje, como se verá em detalhe, capítulo à frente, mais de uma dezena de agências federais, 13 agências estaduais e uma municipal. Florescem as agências simultaneamente à presença, igualmente criaturas novas, de milhares de conselhos municipais ligados às políticas públicas e ao intenso incremento do número de órgão colegiados na burocracia federal, como se estivéssemos observando um período da história das políticas públicas no qual se valoriza a decisão coletiva e incentiva-se a aproximação do agente da política com seu público alvo.

A criação das agências prescindiu, até o momento, de um verdadeiro regime regulatório amplo, que desse sentido global à nova instância regulatória. As unidades regulatórias agem independentemente de um marco de referência, exceto os contratos das áreas em que atuam, quando os há, visto que em setores onde não houve privatização agora também se alojam agências, vistas, no imaginário administrativo recente, como solução para velhos problemas que demandem ação considerada moderna e eficiente. Agências, ou pelo menos a menção de sua instalação, parecem que carregam consigo as soluções nunca antes encontradas pela

⁷ Cf. Edson Nunes e Barbara Geddes, "Dilemmas of State-Led Modernization in Brazil", in Wirth, J., Nunes, E. e Bogenschield, **State and Society in Brazil: Continuity and Change**, Westview Press, Boulder, 1987

burocracia tradicional. As últimas notícias indicavam a criação – efetivamente materializada – de uma agência para resolver os problemas da indústria cinematográfica brasileira, território onde teve vida modesta a defunta Embrafilme.

Vivemos, pois, um período fértil à reprodução das agências. Sua existência, como entidades independentes, traz consigo um punhado de problemas relevantes, tais como o da delegação legislativa, e o da invasão de territorialidades institucionais, além de várias questões ligadas à legitimidade política, no que se refere à sua competência delegada, e de legitimidade substantiva, no que se refere a seus procedimentos internos, principalmente aqueles de natureza quase-judiciária.

No momento em que se fala no controle das agências, na regulação do regulador, dificilmente encontraremos soluções, se desejarmos que o modelo seja permanente, que prescindam da emergência de um novo direito administrativo, especificamente voltado para o território da regulação, no bojo do qual se garanta a supervisão política – e portanto a devida legitimidade frente ao soberano delegante, o eleitor – por parte de comissão especial do Congresso e que possa prever, explícita e cristalinamente, a obediência de princípios frente à agenda política vencedora, além de materializar certo grau de judicialização dos processos internos às agências, garantindo sua transparência, publicidade e processo devido. Claro, a multiplicação de agências e seu espraiamento para novas áreas distantes das originais, as privatizadas, pode dilapidar a elegância e a parcimônia do modelo.

Grande parte da atividade estatal é atividade regulatória, existindo centenas de órgãos que a ela se dedicam.⁸ Não parece natural que toda a atividade regulatória comece a transitar em direção ao modelo de agências independentes. Esta modalidade de regulação pode ser adequada a algumas instâncias intensivas em conhecimento técnico, mas nem sempre indicada para todo e qualquer aspecto da

⁸ Por economia de argumento, estarei usando, ao longo do texto, o termo regular em conformidade com o seguinte enunciado de Carlos Ari Sunfeld, “Agências Reguladoras de Serviço Público” in **10 Anos de Constituição : Uma Análise**, IBDC, S.P., 1998, p. 134.: “O que estamos entendendo por regular, produzir normas jurídicas gerais e abstratas sobre o desenvolvimento dessas atividades [desempenhadas por particulares], atribuir ou suprimir aos particulares o direito de desempenhar essas atividades, é dizer, dar-lhes autorizações, concessões, permissões, licenças, ou outras formas de atos pelos quais os particulares são habilitados a desempenhar atividades, serviços públicos ou não, e estas agências reguladoras têm o poder de fiscalizar a prestação do serviço, aplicar sanções, e também – o que é um fenômeno interessante e que será fruto de muito debate entre nós – de dirimir conflitos entre particulares.

política regulatória. O modismo administrativo tende a ser atraente, com enorme capacidade de conversão de novos adeptos. Se vier a prevalecer sobre a criteriosa definição de áreas de atividade, de novo, pode ser dilapidada a unicidade do experimento recente, levando-o até a banalização. Claro, esta é hipótese radical, mas com bons antecedentes na memória institucional brasileira.

2 – Gênese e Vicissitudes de um Poder Emergente

1 – Regimes de Verdades

Estados imprimem legibilidade à vida social, econômica e política. São entidades uniformizadoras, seres da ordem⁹. Nutrem-se de recenseamentos gerais, sobrenomes permanentes, listas nacionais de endereçamentos postais, regras e códigos destinados à uniformização, à legibilidade ordenada da desordem cotidiana¹⁰.

Legibilidade é requisito crucial para a compreensão da realidade social. O Estado a concretiza através de regulamentos, recenseamentos e variadas provisões. Já o mercado, agora sob a rubrica do “mundo global”, a exige através dos mecanismos universais de divulgação dos objetos de desejo do consumo. Imagens, produtos, moda, valores, símbolos de modernidade, trejeitos, adquirem instantânea tradução televisiva de massa, legível, compreensível¹¹.

Estado e mercado, por razões distintas e cronologicamente descasadas, reforçam a similitude, portanto a legibilidade, de tudo e todos. Sem legibilidade, a vida assemelha-se a um caos. Em verdade, pode até ser caótica, mas precisa ser legível.

A legibilidade de eventos novos, de mudanças trazidas por grupo político vencedor, exige a celebração, senão a aceitação silenciosa, de acordos temporários sobre aquilo que parece conhecimento constituído, provado. Ou seja, sobre as conseqüências positivas ou negativas do conhecimento temporariamente sacralizado. Esse sagrado temporário de hoje inclui coisas e termos tais como: “este mundo

⁹ Imperdível a leitura de James Scott, **Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed**, Yale, 1998, do qual toma-se emprestada a idéia de legibilidade como atributo essencial do Estado e do mercado.

¹⁰ O papel de recenseamentos e registros públicos individuais na ação uniformizadora dos Estados pode ser lido em Nelson de Castro Senra, “**A Coordenação da Estatística Nacional: O Equilíbrio entre o Desejável e o Possível**”, Tese de Doutorado em Ciência da Informação, Escola de Comunicação da UFRJ, Rio, 1998.

¹¹ Citando James Scott: “The state...is the vexed institution that is the ground of both our freedoms and our unfreedoms...Large capitalism is just as much an agency of homogenization, uniformity, grids, and heroic simplification as the state is, with the difference being that, for capitalists, simplification must pay. A market necessarily reduces quality to quantity via price mechanism and promotes standardization: in markets, money talks, not people. Today, global capitalism is perhaps the most powerful force for homogenization, whereas the state may in some instances be the defender of local difference and variety”. Op. cit., pp. 7/8

globalizado”, o “Estado gerencial”, o “neo-liberalismo”, a “qualidade total”, o “desenvolvimento sustentável”, “o novo Estado regulador”, “agências regulatórias”, termos cuja simples menção consagra um conteúdo indefinido, mas de compreensão pronta e compartilhada por todos.

Para os governantes, para os Estados, freqüentemente, pouco importa saber que se ignoram as conseqüências futuras de medidas hoje tomadas. Mais relevante é o acordo sobre a conseqüência que se deseja, mesmo na ausência de qualquer evidência sobre os prováveis resultados futuros. Na política, acordos sobre futuros desejados podem perfeitamente prescindir de exercícios referidos a contingências ou probabilidades decorrentes de interações futuras que serão causadas por decisões presentes.

Propostas legíveis e amplamente aceitas substituem a avaliação de suas insabidas conseqüências. São tomadas como soluções, quando em verdade não passam de consolidação presente de expectativas de futuros desejáveis. Leiam-se na imprensa do últimos anos as vezes em que a criação de uma “agência regulatória” foi tomada como definitiva solução para problemas tão distintos como a falsificação de remédios e as mazelas competitivas do cinema nacional. Pouco se sabe sobre as conseqüências futuras das alternativas institucionais hoje criadas. Constituem, entretanto, um “regime de verdade” impresso pelo Estado e absorvido, muitas vezes demandado, pela sociedade.

Nesse sentido, são acordos sobre “conhecimento temporariamente aceito”, através dos quais se empresta significado coletivo, sob a rubrica de “verdade aceita”, a enunciados sobre o futuro que não passam de expectativa bem intencionada. Prefiro tratar situações tais como a compulsiva criação de agências regulatórias, em todos os níveis de governo, como um “regime de verdades”, o que seguindo Foucault, é prática inerente à constituição dos significados dos processos sociais.¹²

A verdade, assim entendida, é um “sistema de procedimentos ordenados para a produção, regulação, distribuição, circulação e operação de enunciados. A verdade

¹² Michael Foucault, “Entretien avec Michael Foucault”, *Dits et Écrits*, V, III, Paris, Éditions Gallimard, 1994 Ver, também, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Puc-Rio, 1996.

se liga, de maneira circular, com sistemas de poder que a produzem e sustentam e com efeitos de poder que a induzem e a sustentam. Estes regimes não são meramente ideológicos nem superestruturais: são condição de formação e desenvolvimento do capitalismo”¹³.

O Estado organiza “regimes de verdades”. Apresenta-se de maneira harmônica e ordenada, pauta-se por regras uniformizadoras, tem funcionários que se encarregam por zelar pela ordem. O Estado, além de materializar a legibilidade, é a única entidade viva capaz de cobrar impostos, prender pessoas, oferecer presentes e mimos desagregados, pessoais e coletivos, à custa de terceiros, arbitrar o certo e o errado. Por isso, é sempre desejado, temido, capturado, ou uma coisa e outra.

2 – Agências Regulatórias, Novas Portadoras de Verdades

O Estado brasileiro agora está na fase do “agenciamento”. Seja por moto próprio, seja por resistência e pressão de segmentos de interesses econômicos, a legibilidade das relações entre o Estado e a economia no Brasil está delegada a agências, conselhos e comitês. Estas são entidades pré-destinadas a monitorar, arbitrar, solucionar problemas de complexidade vasta. Processos regulatórios, tais como os previstos pela existência das novas agências, constituem tanto um pacto de legibilidade que repousa num regime de verdade negociada, quanto, no caso brasileiro, uma tentativa inovação administrativa.

Agências são entidades híbridas. Meio Estado, meio Sociedade. São híbridos de funções legislativas, executivas e judiciárias, como se fossem um “quarto poder” emergente, que anuncia uma maneira nova de olhar a coexistência entre os poderes tradicionais, o legislativo, o executivo, o judiciário. As funções das agências, de fato, usurpam parte das funções típicas de cada um dos poderes tradicionais¹⁴.

¹³ Paul Rabinow, “Representations are Social Facts: Modernity and Post-Modernity in Anthropology”, in **Essays on the Anthropology of Reason**, Princeton University Press, 1996, p. 35. Neste ensaio, Rabinow discute a epistemologia como um evento social datado, referenciado ao século dezessete na Europa. Em decorrência, com Foucault, vê a ideologia não como uma falsa verdade, ou escamoteamento da verdade que esconderia algo infraestrutural, da qual a ideologia seria um aspecto parasitário. Assim, acordos temporários tais como o que observo são de fato “regimes de verdades”, representações produzidas dentro de discursos que não são em si falsos ou verdadeiros, mas elementos vitais da constituição de práticas sociais legitimadas.

¹⁴ “Just how to think of these agencies (whether as legislative, administrative or judicial, for they partook of all three), how to rationalize their anomalous place in the constitutional system, and how to order their relation with

Por outro lado, são apenas parcialmente Sociedade visto que nelas estão mais presentes os grupos de interesse do que a representação da sociedade como um todo. São seres não convencionais, de mista identidade.

No presente, agências, por sua legibilidade, mais do que pelo conhecimento das conseqüências materiais de sua existência, são apresentadas e aceitas como solução para qualquer problema de desgoverno nas áreas privatizadas, para crises e problemas emergentes, para a solução de qualquer matéria até então não sanada¹⁵. Serão responsáveis, certamente, pela emergência de um novo Direito Administrativo no Brasil, bem como serão partícipes de inúmeros embates judiciais, com a inevitável criação de um novo contencioso.

As agências americanas, genitoras de proveta das agência brasileiras, foram envelopadas em cuidadoso sistema de procedimentos destinados a garantir sua transparência e a possibilidade de apelo e protesto das partes atingidas. Ainda assim, abundaram discussões sobre sua legitimidade e *accountability*.

No que toca à sua legitimidade, muito se debateu, inclusive em foros judiciários, a (in)constitucionalidade da delegação de poderes legislativos indeterminados às agências¹⁶. A solução americana é engenhosa: obriga as agências a rigoroso “procedimentalismo”, através dos ritos formais do *due process*. Isto significa uma certa “judicialização” dos procedimentos regulatórios de modo a garantir o contraditório e a intervenção de todas as partes interessadas. Desta forma, o poder administrativo das agências difere do poder típico da burocracia hierárquica do executivo, visto que precisa ser feito às claras, com notícia pública e prazos para a intervenção das partes. Antes de exarar uma regra, a agência federal por ela

congress, the president, and the courts, have troubled constitutional and administrative law for decades”, cf. Martha Derthick and Paul J. Quirk, **The Politics of Regulation**, The Brookings Institution, 1985, p. 62.

¹⁵ Tentativa de equacionar o tema da cooperação entre Estado e Sociedade no processo regulatório deve ser buscado em Edward Weber, **Pluralism by the Rules: Conflict and Cooperation in Environmental Regulation**, Georgetown University Press, 1998.

¹⁶ Competente sumário do chamado “*nondelagation debate*”, com clara opção em favor da desiderabilidade de se prover competência aos administradores para tomar decisões políticas-delegadas, está em Jerry Mashaw, **Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice do Improve Public Law**, Yale University Press, 1997

responsável, deve fazer um anúncio público de sua intenção, inclusive com detalhes do procedimento a ser seguido¹⁷.

A ausência de um direito administrativo próprio às agências regulatórias brasileiras, capaz de comportar a judicialização de seus ritos tende a ampliar os recursos ao judiciário, enfraquecendo, portanto, a nova política implantada

A Inglaterra, outro exemplo a se observar, procurou evitar o “procedimentalismo” americano – até mesmo pela escassa prática inglesa com lei escrita. As discussões não têm sido menos intensas, embora o caso inglês tenha mostrado preocupação mais clara com o lado do consumidor e com questões de equidade e justiça na constituição, nas responsabilidades dos reguladores e nas responsabilidades dos entes privatizados. De todo modo, a própria Inglaterra, na área de telecomunicações, começou a tender para o “procedimentalismo” como forma mesmo de atribuir maior legitimidade ao poder regulatório¹⁸.

A privatização era tema inexistente na constituição das agências americanas. Já na Inglaterra, como no Brasil, os novos entes reguladores, em geral indivíduos subordinados à supervisão ministerial, são produto do massivo processo de privatização. As questões de *accountability* e a preocupação com a função social e a obrigação pública das unidades privatizadas foi assunto relevante¹⁹. Não é claro que

¹⁷ Sem exceção, todos os presidentes americanos, desde Nixon até Clinton, publicaram decretos (*Executive Orders*) detalhando os procedimentos necessários ao estabelecimento de novas regulações. Estes envolvem estudos de impacto ambiental (EIS, “*environmental impact statement*”), impacto sobre a inflação (IIS, *inflation impact statement*). Em verdade, a precaução em torno das consequências das regulações americanas é uma “sopa de acronímicos”: COWPS (*council of wage and price stability*, responsável pelo IIS), RARG (*regulatory analysis group*), RIA (*regulatory impact analysis*), PRIA (*preliminary regulatory impact analysis*) e a FRIA (*final regulatory impact analysis*). Em geral, a supervisão e final revisão do processo está a cargo do OMB (Ministério da Administração e Orçamento). Ver detalhes do “roteiro regulatório” em Thomas McGarity, **Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy**, Cambridge University Press, 1991 e em Viscusi, Vernon e Harrington Jr., **Economics of Regulation and Antitrust**, MIT Press, 1997.

¹⁸ Cf. “Regulatory Reform in Higher Education in the U.K: incentives for efficiency and product quality”, por Martin Cave, Ruth Dodsworth, David Thompson, in Mathew Bishop, John Kay, Colin Mayer, **The Regulatory Challenge**, Oxford University Press, 1996. “Registre-se que, no Reino Unido, existe uma clara separação de funções e de instrumentos regulatórios. Enquanto a Monopolies and Mergers Commission foi criada para exercer o papel de agência reguladora exclusiva para a arbitragem de conflitos em geral, outra entidade—National Audit Office—exerce a atividade de auditoria das agências setoriais, que são especializadas e específicas para cada setor (água, eletricidade, gás, saneamento básico, telecomunicações)”. Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, opus cit., p. 159

¹⁹ Sumária descrição do processo de privatização na Inglaterra e de sua relação como o mundo político e parlamentar está em Daniel Yergin **The Commanding Heights: The Battle Between Government and the Market Place that is Remaking the World**, Simon & Schuster, New York, 1998 e em Carles Boix, **Political**

no Brasil tenha havido esta preocupação. De toda forma, em ambos os casos, nem sempre o objetivo de deixar as cortes fora do tema regulatório foi completamente bem sucedido.

Comparado com os EUA ou Inglaterra, o Brasil, em virtude mesmo de nossa raiz jurídica, é terra do direito positivo, muito mais do que de procedimentos “alegais”²⁰. Esta matriz jurídica, com certeza, fará da atividade das agências assunto de freqüentes disputas judiciais. O entreviro entre Aneel e Light, por conta dos apagões no Rio de Janeiro, bem contemporâneos à inauguração do novo regime regulatório, já deixava vislumbrar o eventual apetite da concessionária para discutir na justiça a interpretação que a Aneel tinha do contrato de concessão²¹.

Visto que inexistente no direito administrativo brasileiro jurisprudência, ou normas, para lidar com esta nova face da relação entre setor público e sociedade, deve-se esperar turbulenta vida para a ação normativa e punitiva das agências, na sua interação com as empresas privatizadas. Por outro lado, a proteção dos direitos dos indivíduos possivelmente demandará ação das cortes, visto que as agências, no presente arcabouço, não são órgãos protetores dos consumidores. De fato, pode residir aqui, no papel do judiciário, um dos mais potentes e importantes desafios ao “agenciamento” contemporâneo, que caracteriza o governo FHC²².

3 – Caveat: Trabalho, a Fronteira Inconquistada

A relação entre Estado e Economia, no Brasil, foi exaustivamente estudada e codificada, conhecendo-se a relevância do Estado na constituição do capitalismo brasileiro, através, inicialmente, de pesada regulação trabalhista, encravada na mais

Parties, Growth and Equality: Conservative and Social Democratic Economic Strategies in the World Economy, Cambridge University Press, 1998.

²⁰ Sobre a relevância da “raiz jurídica” dos países, especialmente frente à enorme pressão americana para o estabelecimento de políticas formais “pró-competição” no imediato pós-guerra, ver, especialmente o sumário para o caso alemão, Michelle Cini e Lee McGowan, **Competition Policy in the European Union**, St. Martin’s Press, New York, 1998. Para o Brasil, é obrigatória a leitura do conciso estudo de Lucia Helena Salgado, **A Economia Política da Ação Antitruste**, Editora Singular, S.P., 1997

²¹ Neste primeiro “round”, embora tenha insinuado o recurso à justiça, a Light preferiu aceitar a penalidade imposta pela Aneel, mas deixou para pagar a multa, penalidade imposta pelos apagões fluminenses, no último dia permitido.

²² Comparação entre a versão inglesa e a versão americana de ente regulador, bem como referência ao zelo com as consequências públicas da privatização, deve ser buscada em Tony Prosses, **Law and the Regulators**, Oxford University Press, 1997. Prosses vê as agências como “governos em miniatura”, decorrendo daí a necessidade da cautela “procedural”, mesmo na Inglaterra.

alta iconografia do imaginário das relações Capital-Trabalho²³. O que ocorre no presente, em termos da retirada de barreiras intervencionistas é novidade, não tendo, contudo conseguido alcançar, como chegou a prever o governo, a raiz codificada das relações de trabalho. No cume do simbolismo, Edward Amadeo, então Ministro do Trabalho, no dia 7 de agosto de 1998, declarou o fim, ou o princípio do fim, da era do trabalhismo de Vargas no Brasil. Naquele dia o Estado brasileiro, pela boca do ministro, declarou que iria flexibilizar as relações de trabalho no Brasil. Por detrás da palavra do jovem e brilhante ministro ouvia-se a cacofonia de seus assessores petistas, coligados à social democracia de FHC, coligados, todos, por sua vez, com máquina conservadora e modernizante do PFL, então sob a batuta onipresente de ACM.

Não é surpresa, portanto, dado o espectro da coligação informal inscrita no parágrafo anterior, que no momento em que se antecipa o fim de governo, venham à tona intensas discussões sobre pautas e preferências macropolíticas e econômicas, à base da certeza, talvez sucessor regime de verdade, de que “o dogmatismo neoliberal dos últimos 10 anos está se esgotando”²⁴.

²³ Analisei anteriormente, em **A Gramática Política Brasileira**, Jorge Zahar Editor, 1997, a complexa interação entre Estado e Sociedade no Brasil, apontando os padrões constitutivos de poderoso sincretismo institucional, responsável tanto pela consolidação do Estado moderno no Brasil, quanto pela sua maléfica capacidade de exclusão e controle, sob a capa da cordialidade. Adoto a mesma ótica neste trabalho, focalizando mais detidamente as relações entre Estado e Economia, em conformidade com as proposições desenvolvidas por Peter Evans em “State Structures, Government-Business Relations and Economic Transformation, in Silvia Maxfield e Ben Ross Schneider, **Business and the State in Developing Countries**, Cornell University Press, 1997. A noção de regime regulatório, conforme aqui se aplica, está detalhada em Marc Allen Eisner, **Regulatory Politics in Transition**, The Johns Hopkins University Press, 1993.

²⁴ Cf. João Sayad, “Bons Momentos”, in *Jornal do Brasil*, p. 9, 5 de Setembro, 1997: “O novo consenso já aparece no discurso de todos os candidatos. A nova verdade surgiu lentamente,. Não é vitória do debate ou da razão. O ideário neoliberal foi simplesmente se esgotando, e envelhecendo – passou a fazer parte da natureza. Acabou porque venceu”. Já a flexibilização proposta pelo ministro do Trabalho sofreu imediato ataque do sindicalismo, indicando que legados assim longevos não se quebram com facilidade. Mesmo nos casos em que a quebra tem apoio legal, o conflito persiste. No dia 20/8/98, estivadores invadiram e depredaram armazéns no cais do porto do Rio de Janeiro, protestando contra a lei 8.630, de 1993, que flexibiliza o regime de trabalho nos portos. Note-se que a lei é de 1993 e ainda não “pegou”. Os trabalhos nos portos são agora geridos pelo OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra) constituído por representantes dos operadores portuários, do governo e dos trabalhadores. Cf. *O GLOBO*, Economia, p.25, 21/8/98. A flexibilização das leis trabalhistas em outros países, no contexto do processo de desregulação apresenta resultados diversos em diferentes setores. Ver James Peoples (Ed.) **Regulatory Reform and Labor Markets**, Kluwer Academic Publishers, London, 1998. Comparando o impacto da desregulação sobre motoristas de caminhão, ferroviários, aviários e empregados na telecomunicação, este volume mostra resultados positivos do modelo competitivo, desregulado, apenas para os motoristas de caminhão. Já Geoffrey Garret, in **Partisan Politics in the Global Economy**, Cambridge University Press, 1998, conclui que, ao contrário da prescrição neoclássica, o “corporativismo social democrata” seria uma alternativa viável para a perspectiva neoclássica na era dos mercados globais. Este corporativismo, onde os movimentos trabalhistas foram fortes o suficiente para “adapt labor market developments to the broader national economic context, big government is compatible with strong macro economic performance”, p.157.

Surpreende que ainda não se tenha sugerido uma agência para regular as relações entre capital e trabalho, em substituição à CLT. De toda forma, a nova relação do Estado com a economia e a sociedade, cada vez, mais se inscreve nos contornos de novas e diversas agências regulatórias, ao mesmo tempo em que se reabre a discussão sobre o papel do Estado no emergente contexto “pós-neoliberal”.

Com as reformas então aventadas para o trabalho, para a CLT, baseadas na extinção da memória de Vargas, atingir-se-ia o ápice do conjunto de reformas destinadas a flexibilizar o mercado brasileiro. Este mercado, desde o início dos tempos modernos, tem sido um mercado regulado, distorcido, parametrizado sob a mão estatal. O mercado brasileiro é filho do Estado. Nada é mais significativo disto do que o Estado getulista que fincou bases para o desenvolvimentismo de JK e a construção triunfante do período militar recente.

3 – Regime e Governança Regulatória no Contexto da Reforma do Estado

1 – Regimes Regulatórios

Regimes regulatórios são arranjos político-institucionais, uma configuração historicamente específica de políticas e instituições que estruturam o relacionamento entre interesses sociais, Estado, e atores econômicos, tais como empresas, sindicatos e associações rurais, em múltiplos setores da economia²⁵. São, portanto, padrões de intervenção político-institucional, que estruturam as relações entre Estado e mercado.

Entendidos, sob uma perspectiva nacional, regimes regulatórios constituem uma específica constelação de idéias e instituições que definem a relação entre o Estado, as empresas ou as organizações reguladas. As idéias, ou a orientação impressa ao regime, dão direção e forma, são a essência do regime, mesmo que não plenamente realizadas nas instituições e nas políticas postas em prática. Essa dimensão refere-se à aderência, ou subordinação, dos atores de Estado a doutrinas, ou sua crença em métodos de intervenção governamental na economia.

Uma segunda dimensão refere-se às instituições, ou à organização e à articulação do regime, na sua relação com os agentes privados. As instituições se constituem pelas idéias somadas a contextos – incentivos e restrições – institucionais preexistentes, e acabam modificando, na prática, as idéias que as inspiraram²⁶.

A mudança formal do regime regulatório brasileiro ocorreu em paralelo ao processo global de reforma administrativa, tanto nas idéias que preconizava, quanto nas instituições que pretendia constituir. Houve estrita correlação, embora nem sempre aparente, entre uma e outra.²⁷

²⁵ Marc Allen Eisner, **Regulatory Politics in Transition**, Johns Hopkins U. Press, 1993, p.2

²⁶ Steven Vogel, **Free Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries**, Cornell U. Press, 1996, p.20.

²⁷ “O governo pode não ser eficiente quanto a certos tópicos, mas tem sido extremamente eficiente em implantar, independentemente de reformas constitucionais, por meios de medidas provisórias e de medidas práticas, a execução daquilo que reputa como essencial, necessário e constitui sua meta...”, Marçal Justen Filho, in 10 Anos de Constituição: Uma Análise, opus cit. p. 130

2 – Reforma do Estado

Pelo lado institucional, o processo de reforma administrativa no primeiro governo FHC esteve subordinado a três órgãos, que tinham como atribuições específicas debater e propor políticas e diretrizes para a Reforma do Estado: a Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República, o Conselho de Reforma do Estado (CRE) ²⁸ e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE).

A Câmara de Reforma do Estado da Presidência da República foi responsável pela dimensão político-estratégica da reforma. Deveria aprovar, acompanhar e avaliar os projetos de Reforma, como um dos órgãos colegiados do Conselho de Governo²⁹. O Conselho de Reforma do Estado (CRE) desempenhou função consultiva, analítica e de articulação, perante a sociedade civil, dos programas propostos³⁰, não estando seus conselheiros vinculados à administração pública. Diferente dos outros dois órgãos, o Conselho não fazia parte do governo, constituído idealmente como órgão do Estado³¹. O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) teve como um dos assuntos de sua competência – segundo a Medida Provisória nº 1.450 de 10 de maio de 1996 que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios – a recomendação de “políticas e diretrizes para a reforma do Estado”³².

A produção, as análises e as propostas desses três órgãos constituem material indispensável ao estudo das idéias que permearam as propostas de mudança do regime regulatório, no âmbito da Reforma Administrativa e da Reforma do Estado no governo FHC. Não obstante, a ideologia – ou doutrina – da reforma deve ser buscada em fonte única: na pletera de textos de Luiz Carlos Bresser Pereira³³,

²⁸ Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República, criada em 20 de junho de 1995 pelo Decreto nº 1526; Conselho de Reforma do Estado (CRE) criado em 8 de dezembro de 1996 pelo Decreto nº 1.738.

²⁹A competência do Conselho de Governo é assessorar o Presidente da República na formulação de diretrizes governamentais.

³⁰ *idem*

³¹ Para referência ao caso japonês, do qual, declaradamente, se tomou emprestada a idéia, ver: Watanabe, Yasuo. “Reforma Administrativa no Japão: tendências recentes”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v.18, nº 1, 1984.

³² Art.14, inciso I alínea “a”.

³³ Bresser Pereira, Luiz Carlos, “O Caráter Cíclico da Intervenção Estatal”. *Revista de Economia Política* 9(3), julho 1989; **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Cadernos MARE, nº 1 Brasília – DF, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997; **A Crise do Estado**. São Paulo,

ministro da pasta do início do governo até sua desincompatibilização do cargo. Em verdade, Bresser Pereira foi o mais prolífico estrategista-doutrinário – ideólogo, prefeririam alguns – do movimento de reforma, insistindo didaticamente na divulgação de sua concepção de administração gerencial, daí decorrendo um pensamento doutrinário organizado para o movimento de reforma administrativa do governo.

A Reforma do Estado do governo FHC pode ser condensada em quatro aspectos principais:

- delimitação do tamanho do Estado;
- redefinição do papel regulador do Estado;
- recuperação da governança;
- aumento da governabilidade.

Quanto à delimitação do tamanho do Estado, a intenção era reduzir seu porte, sobretudo no que condizia ao quadro de pessoal, através de processos de privatização, “publicização” – transferir para o setor público não-estatal serviços sociais e científicos que são potencialmente competitivos – e terceirização.

No tocante à redefinição do papel regulador do Estado, o objetivo era reduzir o grau de interferência estatal, aumentando o controle via mercado. O Estado seria responsável pela promoção da capacidade do país em competir no mercado globalizado, propósito inalcançando mas repetidamente enunciado, como na recente substituição do ministro da área.

O aumento da governança referiu-se à capacidade do Estado de tornar efetivas as decisões do governo. Envolveva, além do ajuste fiscal, mudança no padrão de administração pública. A administração, então burocrática, deveria tornar-se

Nobel, 1991; “Privatization Through Institutionalization, when it is Necessary to Create the Market and the State”. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, Departamento de Economia, Texto para Discussão no. 23, dezembro de 1992; “A Reforma do Aparelho de Estado e a Constituição de 1988”. Texto para Discussão ENAP no. 1, Brasília, 1995; **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo, Editora 34, 1996; “Da Administração Pública Burocrática à Gerencial”. **Revista do Serviço Público**, 47(1), janeiro de 1996; “Managerial Public Administration: Strategy and Structure for a New State”. Washington: Wilson Center, The Latin American Program, Working Paper Series no. 221, julho de 1996.

gerencial, ou seja, haveria controle dos resultados e não dos processos de execução de políticas públicas. Para isso, seria necessário separar o *núcleo estratégico*³⁴ do Estado, responsável pela formulação das políticas e que deveria manter o padrão burocrático, dos *serviços monopolistas*³⁵, isto é, serviços que só o Estado poderia realizar, mas que podiam e deviam adotar o modelo gerencial de administração.

O aumento da governabilidade envolveria dois processos: o aperfeiçoamento da democracia representativa e maior abertura do Poder público ao controle social. Pretendia-se, ao mesmo tempo, garantir melhor intermediação de interesses, e aumentar o poder e a legitimidade do governo.

3 – A Reforma e o Regime Regulatório Brasileiro

A despeito do longo esforço de reforma, não existiu, até 31 de maio de 1996, nenhuma definição clara de como deveriam ser pensados e estruturados os órgãos responsáveis pelos serviços monopolistas, pela fiscalização e pela regulação dos serviços públicos. Naquele dia, o Conselho de Reforma do Estado recomendou uma série de princípios a serem seguidos na construção do Marco Legal dos Entes Reguladores³⁶. Com a recomendação, buscava-se “a formulação de uma política regulatória que (desse) consistência e coerência às propostas de governo”. Neste documento, o Conselho de Reforma do Estado diagnosticou o aparato regulatório brasileiro como “enorme, obsoleto, burocratizante e, em essência, intervencionista, sendo necessário primeiro desregular para, a seguir, regular por novos critérios e formatos mais democráticos, menos intervencionistas e burocratizados”³⁷.

Para tanto foram sugeridos cinco princípios básicos, que seriam os norteadores da constituição dos entes reguladores:

- autonomia e independência decisória;

³⁴ **Plano Diretor da Reforma do Estado**, Câmara da Reforma do Estado, Presidência da República, versão 9.8.95, Brasília, 1995, p. 22

³⁵ *ibidem*.

³⁶ Na ocasião, compunham o Conselho de Reforma do Estado: Maílson Ferreira da Nóbrega (Presidente), Antônio Ermírio de Moraes, Antônio dos Santos Maciel Neto, Bolivar Lamounier, Celina Vargas do Amaral Peixoto, Gerald Dinu Reiss, Hélio Mattar, João Geraldo Piquet Carneiro, Joaquim Falcão, Jorge Wilhelm, Luiz Carlos Mandelli, Sérgio Henrique Hudson de Abranches, e o Ministro do MARE, Luiz Carlos Bresser Pereira.

³⁷ Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores, Recomendação de 31 de maio de 1996, Conselho de Reforma do Estado.

- ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
- celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
- participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas; e
- limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução³⁸.

A fim de assegurar a autonomia financeira do ente regulador, recomendava-se que este fosse organizado sob a forma de autarquia. Quanto à sua autonomia decisória, alguns procedimentos deveriam ser observados: nomeação dos dirigentes após aprovação pelo Senado Federal; processo decisório colegiado; dedicação exclusiva dos dirigentes; uso do critério de mérito e de competência profissional, vedada a representação corporativa para recrutamento dos dirigentes; perda de mandato somente em virtude de decisão do Senado, por provocação do Presidente da República; perda automática de mandato de membro do colegiado, por insuficiência de comparecimento às reuniões.

Outros pontos deveriam ser observados, quando da formulação de anteprojeto de um ente regulador. O CRE aconselhava que o texto dispusesse sobre o número de membros do colegiado, preferivelmente não superior a cinco. O texto deveria, também, definir os termos para a participação de usuários, consumidores e investidores, na elaboração de normas ou solução de controvérsias relativas à prestação de serviços, mediante audiência pública. Caberia a ele também dispor sobre a competência do órgão para acolher compromissos de cessação de prática econômica específica, e compromisso de desempenho, como forma de solucionar conflitos entre consumidores e prestadores de serviço. Seria vedada a decisão tomada com base exclusiva em informações trazidas pelos interessados, devendo o ente regulador buscar fontes independentes, tais como consultorias técnicas do Brasil e do exterior.

³⁸ ibidem

Os entes reguladores deveriam: promover e assegurar a competitividade do respectivo mercado; garantir o direito de consumidores e usuários dos serviços públicos; estimular o investimento privado; buscar qualidade e segurança dos serviços aos menores custos possíveis para os usuários; garantir remuneração adequada dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço; dirimir conflitos entre consumidores e empresas prestadoras de serviço; e, finalmente, prevenir abusos de poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos.

4 – Governança do Regime Regulatório

O CRE não elaborou proposta de desenho da rede de instituições regulatórias, e de sua relação com as demais instâncias e esferas de decisão de governo. Assim, não se produziu recomendação sobre a governança do sistema regulatório, sobre eventual comunicação e interpenetração de suas áreas constitutivas, nem sobre a formulação do aparato doutrinário que deveria presidir o regime regulatório brasileiro. Não obstante, muitas das recomendações acima inscritas indicam que o CRE pretendeu desenhar um sistema onde existissem freios e contrapesos adequados à defesa dos usuários individuais, e contrários à captura corporativa.

Hoje, fica evidente que algumas dessas recomendações foram ignoradas pelo modelo que vem se constituindo. O “desenho” futuro do regime regulatório deverá ainda, na prática, ou na luta judicial e política, inevitavelmente determinar a relação das agências com o legislativo, com o judiciário, com o aparato administrativo do governo, e com os usuários e cidadãos, de modo a clarificar as características e a doutrina da “governança regulatória”³⁹.

Mais importante, desde o ponto de vista político e estratégico, contudo, é a inescapável ausência e, portanto, premente, necessidade de que se definam “os princípios, diretrizes e regras gerais aos quais deve obedecer o ordenamento das agências reguladoras”, a falta de tais princípios “dificulta o atingimento de uma certa uniformidade quanto a certos pontos essenciais, quais sejam, os concernentes às suas

³⁹ O desenho do regime regulatório, sua governança e incentivos como um desafio prático de governo, em perspectiva comparada, pode ser visto em Brian Levy e Pablo Spiller (Eds.) , **Regulations, Institutions and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications**, Cambridge University Press, 1996.

funções, objetivos e principais atribuições, à sua estrutura organizacional e de custeio, à formatação jurídica do órgão e do seu grau de independência em relação ao Poder Público”.⁴⁰ Em resumo, faltando desenhar o regime regulatório, sua governança, seus princípios, fica imprática ou incompleta a discussão sobre o controle das agências, que tenderá, neste caso, a focar temas de natureza tópica.

⁴⁰ - Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, “Agências Reguladoras”, Revista de Informação Legislativa” a.36, n. 141, jan/mar. 1999., pag. 153.

4 – Regimes Regulatórios: As Raízes Americanas e seu Contexto

Anteriormente afirmou-se, na seção 2, que as agências americanas foram genitoras de proveta das brasileiras. A importação de inovações institucionais não traz consigo o contexto cultural e jurídico originário⁴¹. Requer, portanto, profundas adaptações na sua transposição. Antes de voltarmos ao contexto brasileiro e à nossa dinâmica e raízes institucionais, torna-se necessário a observação da matriz, seu contexto e história, para adequadamente relativizar e colocar em perspectiva o experimento brasileiro. Ressalte-se, desde logo, que a matriz americana vem se aperfeiçoando, sendo reformada e posta à prova por mais de um século, tendo sido a primeira agência regulatória criada em 1887.

Ao analisar a história americana, distinguem-se várias configurações de políticas, valores e instituições caracterizando, ao longo do tempo, distintos regimes regulatórios. A despeito de pequenas diferenças taxinômicas, enumerem-se pelo menos quatro distintos regimes e épocas: 1) regime de mercado; 2) regime corporativista; 3) regime societal e 4) regime de reforma regulatória.⁴²

1– Regime de Mercado

A Revolução Industrial trouxe consigo grandes monopólios, companhias concentradas e integradas verticalmente, além de intensa urbanização, favelização e relações trabalhistas conturbadas. Neste contexto, grupos fragilizados tais como, atacadistas, pequenos comerciantes, pequenas manufaturas, sindicatos, intelectuais progressistas, dentre outros sentiam-se ameaçados pelo poder dos monopólios.

⁴¹ “É irresponsável o argumento de que se trata de figura desenvolvida em outros países, em virtude de peculiaridades próprias e cuja implantação no Brasil representa um rompimento com a tradição de nosso Direito. No entanto, esta ponderação não autoriza pura e simplesmente recusa na adoção do instituto. Basta uma passada de olhos no nosso sistema jurídico para identificarmos um sem número de figuras importadas do estrangeiro, algumas delas razoavelmente incompatíveis com nosso sistema. O problema não é a origem do instituto, mas sua adequação ao Direito brasileiro”, Marçal Justen Filho, no Prefácio ao livro de Leila Cuéllar, **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**, Ed. Dialética, São Paulo, 2001

⁴² Nesta seção, fazemos uso da sequência de regimes proposta por Marc Allen Eisner, **Regulatory Politics in Transition**, Johns Hopkins University Press, 1993. Classificação compatível, mas com nomenclatura ligeiramente distinta pode ser observada em Richard Harris e Sidney M. Milkis, **The Politics of Regulatory Change**, Oxford University Press, 1966.

Neste quadro surge o movimento progressista, no final do séc XIX, liderado por intelectuais das novas disciplinas das ciências sociais, como sociologia, economia, ciência política e antropologia. Submeteram as instituições americanas à análise crítica. Viram nelas instrumento do poder e da vontade dos grandes monopolistas capitalistas, principalmente os barões ferroviários da época.

Para os Progressistas (antecessores, à sinistra, dos intervencionistas, ou “liberais” de hoje) o capitalismo monopolista deveria ser controlado de forma a impedir a excessiva concentração de firmas e a manipulação de preços. Para tanto, iniciaram movimento pela regulamentação das atividades econômicas nos Estados Unidos.

Observemos, resumidamente, a cosmovisão progressista, com base na sua preferência por:

a) dados científicos e quantitativos que justificassem a elaboração de políticas públicas e equacionassem os problemas sociais;

b) estruturas burocráticas especializadas, conduzidas por *experts*, para a administração de políticas públicas, separando funções administrativas e políticas;

c) livre empresa e liberdades individuais, com base em estruturas políticas econômicas descentralizadas;

d) capacidade do estado, através de burocracias administrativas eficientes, de conduzir e direcionar forças concentradoras e potencialmente ameaçadoras do capitalismo, sem interferir com sua evolução histórica;

e) ligação entre a universidade e a administração pública, encorajando a participação de intelectuais acadêmicos no governo, utilizando seus conhecimentos especializados na elaboração de políticas públicas e na execução de funções administrativas;

f) o conhecimento científico e instituições públicas corretas, servindo para aperfeiçoar o ser humano e melhorar sua condição de vida.

O termo “progressista” advém desta visão otimista do conhecimento e das instituições como ferramentas de resolução de problemas e aprimoramento da sociedade, conduzindo ao progresso. A visão de mundo dos progressistas impulsionou políticas de regulamentação de atividades econômicas pelo estado, a estruturação de burocracias estatais especializadas baseadas em *expertise* científico e a procura de um elo permanente entre a universidade e o governo, características enraizadas na sociedade americana até hoje, especialmente visíveis na sua política regulatória.

Neste contexto, em 1887, nasceu a primeira agência regulatória americana, a Interstate Commerce Commission (ICC), conforme modelo federativo-progressista, com o objetivo de regulamentar preços e evitar a concentração excessiva do setor ferroviário. A agência seguiu o modelo Progressista de uma burocracia especializada, administrativamente independente dos processos políticos. Mantinha-se, entretanto, dependente do Legislativo quanto à nomeação dos seus integrantes, determinação de suas diretrizes e estipulação de seu orçamento e legalmente dependente do Judiciário na determinação da constitucionalidade de suas ações.

O ICC, produto de interesses tão diversos, recebeu diretrizes vagas do Congresso americano. Em decorrência, praticamente toda intervenção da agência resultava num processo legal e no bloqueio de suas ações pelo poder judiciário, mais orientado por uma filosofia de livre mercado e não-interferência, conforme interesses industriais. Como conseqüência, nos primeiros anos da regulamentação ferroviária nos Estados Unidos não se conseguiu de fato controlar os preços⁴³ e a concentração no setor ferroviário. Embora tenha sido a primeira agência nacional no gênero, foi de fato moldada em exemplos de agências estaduais já existentes há mais de 20 anos.

⁴³ Outras manifestações regulatórias na época foram o Sherman Anti-Trust Act, de 1890, cuja forma ampla e vaga visava impedir a concentração excessiva na indústria como um todo. A lei era tão imprecisa que envolveu várias indústrias em processos legais, ocasionando tamanha inquietação entre o empresariado, a ponto de se mobilizar pela criação de outra agência regulatória capaz de concretizar e implementar de forma clara as diretrizes da lei. Esta agência foi a Federal Trade Commission de 1914 para a regulamentação da indústria e comércio. Previsivelmente, sofreu o mesmo destino da ICC, obtendo do Congresso um mandato amplo demais e diretrizes imprecisas, enfraquecendo a agência e impedindo-a de controlar as forças concentradoras de toda a indústria americana.

2- Regime Associativo/Corporativo

A Grande Depressão da década de 30 resultou na mobilização de grupos empresariais com problemas de excesso de capacidade e queda de preços; grupos sindicais com problemas de desemprego ou ameaça ao emprego; grupos da sociedade civil e da imprensa acudados pela crise social e pela desestruturação do *American Way of Life*. A concentração de variada gama de interesses impulsionou o sistema regulatório para bases mais corporativas, repousando nas políticas do New Deal.

Este sistema colaborativo estado-indústria era conhecido desde a Primeira Guerra Mundial, com a criação do War Industries Board (WIB). O WIB tinha como objetivo mobilizar e organizar setores economicamente produtivos da sociedade americana, atendendo às exigências da Grande Guerra. Através de seus 57 setores de produção, articulava grupos empresariais em busca da estabilidade de preços, priorizando a produção e agilizando o processo de compras das forças armadas.

Na escala em que foi implementado, o sistema WIB foi uma experiência inédita nos Estados Unidos. Ensejou uma nova articulação das relações estado-indústria, através do planejamento e da cooperação, mediada por uma burocracia especializada, conforme o ideário do então ministro da indústria e do comércio, Herbert Hoover. Posteriormente, como presidente da república, Hoover daria continuidade a este modelo, na década de 20. As associações setoriais formadas durante o período WIB perduraram, tornando-se importante base para o regime corporativista que resultaria de uma outra emergência – no caso a Grande Depressão.

O fundamento desse novo regime foi o *National Recovery Act* (NRA), lei estabelecida em Junho de 1933 pelo governo de Franklin Roosevelt, como parte do New Deal, objetivando recuperar a economia americana e combater o desemprego. Para sua administração, foi criada uma agência, o *National Recovery Administration*, segmentada, assim como o WIB, de modo a atender vários setores produtivos.

Uma das funções do NRA era implementar o *National Industrial Recovery Act* (NIRA) de modo a combater a deflação e o excesso de capacidade da indústria,

através de um plano de quotas de produção e fixação de limites de preços distorcendo, assim, a “intocável” idéia de “livre mercado” ao permitir a cartelização. Para isso, determinou a formação de outras estruturas burocráticas como o Business Advisory and Planning Council que contou com a participação de executivos das maiores empresas americanas (General Electric, AT&T, General Motors, Dupont, Sears Roebuck, US Steel) cujas presenças no recém-criado Industry Advisory Board, foram cruciais para a garantia do projeto de reformas do New Deal. Forjou-se, assim, uma aliança estado-indústria que legitimou a cartelização industrial, coordenando a produção, aumentando preços, contrariando princípios das leis anti-trust e das agências regulatórias como o ICC e o Federal Trade Commission (FTC).

Essas agências e outras estruturas burocráticas criadas no período como parte do NIRA, passaram a ser mediadoras no projeto de reforma, organização e recuperação dos setores produtivos americanos. Entre as novas iniciativas regulatórias criadas com este propósito destacam-se:

1) O Agriculture Adjustment Act – AAA, de Maio de 1933, criou uma agência, a Agriculture Adjustment Administration, no Ministério da Agricultura dos Estados Unidos (USDA) para replicar, no setor agrícola, o que o NIRA fazia pela indústria, ou seja, cartelização voluntária, supervisionada pelo governo.

O USDA trabalhou com as já existentes associações de agricultores visando expandi-las de modo a incluir os médios e pequenos agricultores. O programa do AAA obteve participação de 70% a 98% dos diversos setores agrícolas e incluía: a estipulação de número de hectares utilizados, tipo, quantidade, e preço de produtos, políticas de subsídios de exportação, pagamentos extra para desencorajar excesso de produção, empréstimos especiais e a compra de produção extra pelo governo. Os resultados do programa indicaram que, até 1935, os preços dos produtos agrícolas aumentaram em 66%, enquanto a renda dos agricultores duplicou com relação à renda nacional.

As políticas regulatórias implementadas pela USDA acabaram por favorecer os grandes agricultores devido a sua maior escala e vantagem tecnológica. Essas são

políticas que persistem até hoje, embora sejam alvo da crítica dos opositores da regulamentação, como George Stigler, entre outros.

2) O National Labor Relations Board (NLRB), uma agência independente do Ministério do Trabalho (Department of Labor), criada como parte do National Labor Relations Act de 1935. O NLRB, dirigida por três especialistas nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado, se constituiu numa agência altamente profissionalizada, dominada por advogados, que colaborou com várias organizações informais de trabalhadores no cumprimento de várias metas: A) estabelecer um processo de reconhecimento oficial dessas organizações através de um sistema de certificação de sindicatos; B) legitimar o processo de barganha coletiva (collective bargaining); C) proteger trabalhadores membros de sindicatos de discriminação ou intimidação por parte de seus empregadores; D) assegurar o cumprimento das leis de salário mínimo e carga horária máxima de trabalho estabelecidos pelo National Labor Relations Act; E) servir como um fórum legal para disputas e conflitos entre trabalhadores e empregadores. O NLRB foi um marco na história trabalhista americana porque introduziu o estado como coadjuvante do trabalhador e ajudou a criar os sindicatos poderosos (como o American Federation of Labor - AFL - até hoje um dos mais poderosos sindicatos americanos), até então inexistentes.

3) O Securities and Exchange Commission (SEC), agência independente criada em 1933 para regular um mercado financeiro inteiramente caótico e quebrado desde o crash de 1929. O SEC foi considerada um modelo de eficiência e competência, e seu diretor, James Landis, foi um dos grandes visionários da história da regulamentação nos Estados Unidos. Em seu livro de 1938, *The Administrative Process*, descreveu o ideal regulatório conforme conceitos de cooperação estado-indústria, separação entre política pública e administração, e transparência (Sunshine). Estruturou sua agência conforme esses conceitos, e ele mesmo, junto com um grupo de outros advogados, escreveu as leis que reformaram o mercado.

Entre as reformas regulatórias de Landis estão: 1) a separação entre bancos de investimento e bancos comerciais (Glass-Steagall Banking Act de 1933); 2) a divulgação de informação detalhada (transparência) sobre novos títulos/ações

emitidas e de títulos/ações já existentes no mercado (Securities Act de 1933 e Securities Exchange Act de 1934, respectivamente). Essa informação teria de ser verificada e comprovada por um contador independente; 3) o controle oficial sobre a compra/venda informal de ações (Maloney Act de 1938); 4) o registro de todas *holdings* de serviços públicos (Public Utility Holding Act de 1935).

Ao implementar as reformas, Landis, procurou manter vivo o espírito Progressista do novo regime regulatório do New Deal, procurando colaborar com todos os setores afetados (banqueiros, corretores e donos de corretoras, contadores, empresários) através das associações representativas desses setores (ex. as Associações dos Contadores e dos Corretores de Bolsa, a última formada especialmente para lidar com o SEC). Através de discursos, reuniões, e conferências com as Associações, defendeu a idéia de auto-regulamentação (self-government), garantindo que o novo sistema regulatório do SEC seria de cooperação e incentivos, e não de coerção. Landis também contou com a colaboração de Joseph Kennedy como membro do SEC, conhecido especulador e símbolo da impetuosidade gananciosa dos integrantes do mercado financeiro. A presença de Kennedy, no entanto, serviu para acalmar importantes investidores e provou ser um elo importante entre o governo e o empresariado.⁴⁴

Outras agências criadas na época contribuíram para cartelização do sistema de transportes. Entre elas, o Federal Maritime Commission (1936—transporte marítimo) e o Civil Aeronautics Board (1938—indústria de aviação). Em adição, o ICC implementou o National Motor Vehicles Act de 1935, cartelizando o transporte rodoviário. Também foi criado o Federal Communications Commission (1934), garantindo o monopólio da AT & T.

Além das agências que propiciaram, pela cartelização, estabilidade num período de crise, outras novas agências foram criadas para regulamentar setores previamente livres, como o Food and Drug Administration (1932—alimentos e

⁴⁴ É grande o papel de lideranças individuais na constituição e eficácia do aparato regulatório americano. Homens como Charles Francis Adams, Louis Brandeis, James Landis, Alfred Kahan, Stephen Bryer, hoje ministro da Suprema Corte, tiveram papel crucial na concepção, materialização e aperfeiçoamento do sistema regulatório americano. Imperdível, neste sentido, a leitura de Thomas K. McCraw, **Prophets of Regulation**, Belknap Press, Cambridge, 1984.

remédios), o Federal Deposit Insurance Corporation, regulamentando o setor de seguros, em 1933.

3- Regime Societal

A característica mais marcante deste regime, iniciado no final da década de 60, foi a da correção de externalidades do sistema capitalista, e se caracterizou pela regulamentação de proteção ao meio-ambiente, à saúde pública, ao consumidor e ao trabalhador. Em decorrência, também é chamado de “regime da regulação social”.

Este novo momento regulatório se diferencia dos anteriores por quatro características principais: 1) utilizando conhecimento técnico-científico, procurou-se, em muitas instâncias, estimar o futuro impacto sobre a saúde e o meio ambiente de determinadas políticas públicas e atividades empresariais; 2) intensiva utilização de tecnologias sofisticadas como base para determinação da necessidade de regulação nas novas áreas; e 3) democratização do processo regulatório, abrindo as audiências sobre políticas regulatórias para a participação de grupos de interesse da sociedade civil envolvidos nos movimentos pela regulamentação; 4) zelo pelo apuro procedimental, “judicialização” dos procedimentos administrativos/regulatórios de modo a, através da garantia do “due process”, dar chance de voz aos variados interesses envolvidos.

É deste período a formação de vários grupos de interesse públicos (public interest groups) largamente de orientação ambiental, constituindo um conjunto de ONGs de profunda importância para a agenda regulatória contemporânea. Entre esses grupos estavam Environmental Defense Fund (1967), o Consumer Federation of America (1968), Friends of the Earth (1969), Common Cause, Center for Auto Safety, e Environmental Action (1970), e Public Citizen (1971).

As agências criadas nesta época foram a Environmental Protection Agency, (EPA--agência independente, 1970, para a regulamentação do meio-ambiente), a Occupational Health and Safety Commission (OHSO—agência embutida no Ministério de Trabalho, 1971, para a regulamentação do ambiente de trabalho) e o

Consumer Product Safety Commission (CPSC—agência independente, 1972, para regulamentação de segurança e qualidade de bens de consumo) .

Todas essas agências contavam com cientistas e advogados no seu quadro profissional, dependiam de pesquisas quantitativas e científicas detalhadas, e tinham diretrizes claras com relação a objetivos e prazos a serem cumpridos, sendo as audiências abertas às organizações interessadas e afetadas pela regulamentação. As agências passam a constituir-se também como instância de recurso na disputa de questões legais, como ações contra empresas não-cumpridoras das exigências regulatórias.⁴⁵

4- Regime de Eficiência e Reforma Regulatória

Estudos críticos sobre a regulamentação, feitos ao longo das décadas de 60 e 70 por economistas importantes como George Stigler e Alfred Kahn apontaram o excesso regulatório como importante causa da ineficiência de empresas americanas. A exagerada proteção a setores de indústria, contribuiria para manter preços artificialmente altos, além dificultar o desenvolvimento tecnológico.⁴⁶

Através do endosso de políticos como Ted Kennedy, Jimmy Carter e Gerald Ford, ganha corpo um movimento pela desregulamentação de diversos setores industriais (começando pelo da aviação comercial) como fórmula para combater a inflação, aumentar a eficiência econômica, minimizar a intrusão do Estado na economia e proteger o interesse do consumidor. Nesta época são desregulamentados,

⁴⁵ O EPA é um exemplo claro desta nova ordem regulatória. A agência foi estabelecida com o mandato de implementar as novas leis ambientais estabelecidas pelo Congresso—a Clean Air Act (Lei do Ar Limpo, 1970) e a Clean Water Act (Lei da Água Limpa, 1972). Cada lei incluía estipulação rígida e detalhada com relação a metas e prazos. O Clean Air Act, por exemplo, orientava o EPA a estabelecer padrões nacionais de qualidade de ar em espaço de tempo pré-fixado. Com relação à indústria automobilística, a Lei estipulava que a agência deveria impor uma redução na emissão de gases carbônicos de 90% até o ano de 1975. A agência teria o direito de penalizar indústrias não-cumpridoras da lei em 10,000 dólares por carro. A tecnologia para implementação dessas metas era não-existente e precisaria de ser desenvolvida pela indústria.

⁴⁶ Destaca-se o trabalho pioneiro do economista da Universidade de Yale, Michael Levine, com seu estudo da década de 60 “Is Airline Regulation Necessary?”. Levine foi um dos primeiros a comparar setores não-regulamentados da indústria de aviação comercial (vãos *charter* no Texas e na Califórnia) com os submetidos à regulamentação. Levine constatou que os setores não-regulamentados ofereciam vôos até 60% mais baratos. Seu estudo chamou atenção de Stephen Breyer, assistente do Senador Ted Kennedy em 1975, que iniciou uma campanha pela desregulamentação da indústria de aviação comercial no Senado americano. Mais tarde, Alfred Kahn, o “pai” do *airline deregulation*, o chamou para ser seu assistente especial no Civil Aeronautics Board.

além da aviação comercial, os setores de transportes, abrindo-os para competição liberalizando preços e flexibilizando regras de entrada.

A desregulamentação continua na década de 80 com Ronald Reagan que, além de quebrar os monopólios de telecomunicações e energia, lança um ataque à regulamentação do meio-ambiente e de proteção ao consumidor (chamada regulamentação social). Apesar dos esforços de Reagan, nomeando diretores de agências como o EPA e o FTC fortemente contra a regulamentação e restringindo o orçamento das agências, o mandato destas permaneceu essencialmente intacto devido ao sucesso do *lobby* de grupos de interesse que mobilizaram com eficiência a oposição da sociedade ao programa do Presidente.

Quadro 1
Comparação dos regimes regulatórios americanos

	REGIME DE MERCADO (final do século 19/virada do século 20)	REGIME ASSOCIATIVO-COOPERATIVISTA (New Deal/década de 30)	REGIME DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL (Final da década de 60/Princípio da década de 70)	REGIME DE REFORMA REGULATÓRIA (final da década de 70/década de 80)
FORÇAS SÓCIO-ECONÔMICAS <i>Mobilizam</i> ↓	Revolução Industrial; surgimento de grandes monopólios industriais; manipulação de preços ameaça sistema político econômico descentralizado	Grande Depressão	Prosperidade do Pós-Segunda Guerra, expansão da infra-estrutura urbana, das telecomunicações (satélite, televisão) e da educação superior em massa; o estabelecimento da vida nos subúrbios e o advento da Guerra do Vietnã	Inflação, Recessão (Stagflation), Guerra do Vietnã, Escândalo do Watergate, Crise do Petróleo ocasionam uma crise da sociedade e do estado americano conhecida como <i>Malaise</i>
GRUPOS DE INTERESSE Influenciados por ↓	Intelectuais Progressistas; a Imprensa, agricultores; atacadistas; pequenos comerciantes e fabricantes ameaçados pelos poderes concentradores dos Monopolistas	Grandes Industriais e Financistas; Sindicatos; Agricultores; Grupos de Cidadania se mobilizam para combater excesso de capacidade e produção, desemprego, e deflação	Intelectuais da New Left (décadas de 50 a 70); Beatniks, minorias de negros e mulheres lutando pelos Direitos Cívicos e de igualdade social, e estudantes protestando contra a Guerra do Vietnã ampliam o seu ativismo político ao organizar grupos de cidadania pela proteção do consumidor, do trabalhador, e do meio-ambiente	Economistas da academia e do governo procurando soluções para combater a inflação e melhorar a eficiência econômica; Empresários buscando a diminuição de encargos sociais e de regulamentação; Políticos procurando temas para mobilizar o público.
IDÉIAS <i>ocasionam</i> ↓	Movimento Progressista afirma necessidade de controlar monopólios através de burocracias neutras e especializadas administradas por <i>experts</i> e independentes do sistema político	Idéias Progressistas de regulamentação através de agências; individualismo, liberdade, e colaboração estado-indústria formam a base associativo-cooperativista de setores produtivos sob orientação do estado (herdado do sistema do WIB da Primeira Guerra Mundial)	Idéias da New Left, movimento crítico a perda da cidadania diante das instituições políticas dominadas pelas elites do poder; críticas influenciam ativistas políticos como Ralph Nader que clamam por retomada da cidadania através da militância política, do questionamento das instituições, e do controle pelo cidadão de políticas sociais e industriais.	Críticas profundas à regulamentação feitas ao longo das décadas de 60 e 70 por economistas como Alfred Kahn e George Stigler, entre outros revelam que a regulamentação protege excessivamente indústrias, gerando preços artificialmente altos e ineficiência econômica, ou imputa custos exageradamente altos à empresas, inibindo o poder de competir e o desenvolvimento tecnológico (no caso da regulamentação social).
RESULTADO REGULATÓRIO	A agência independente com mandato amplo e diretrizes vagas: Interstate Commerce Commission (1887) Federal Trade Commission (1914)	Ampliação do sistema regulatório; Organização de Cooperativas Setoriais sob um sistema de auto-regulamentação orientado pelo estado, através da criação de novas agências para cada setor: Federal Home Loan Bank Board (1932) Commodity Credit Corporation (1933) Federal Deposit Insurance Corporation (1933) Securities and Exchange Commission (1934) Federal Communications Commission (1934) National Labor Relations Board (1934) Federal Maritime Commission (1936) Agricultural Marketing Service (1937) Civil Aeronautics Board (1940)	A criação de novo sistema regulatório social para proteção do consumidor, do trabalhador e do meio-ambiente cujo processo é aberto para participação de grupos organizados de cidadania: Agências criadas neste sistema tem diretrizes claras na implementação de novas leis sociais e ambientais, baseando-se em especificações técnicas: Environmental Protection Agency (1970) Federal Railroad Administration (1970) National Highway Traffic Safety Administration (1970) National Oceanic and Aeronautic Administration (1970) Postal Rate Commission (1970) Consumer Product Safety Commission (1973) Occupational Health and Safety Administration (1973) Economic Regulatory Administration (1974) Nuclear Regulatory Commission (1975) Securities and Federal Grain Inspection Service (1976) Office of Surface Mining (1977)	A desregulamentação de vários setores econômicos, começando pelos de aviação e de transporte (1978), abrindo estes para a competição liberalizando políticas de preços e de entrada. Outros setores a serem desregulamentados foram os de energia e de telecomunicações, com o quebra do monopólio da AT & T em 1984 Na década de 80, Ronald Reagan, a exemplo de Thatcher, prometeu desregulamentar os setores sociais de proteção ao consumidor e ao meio-ambiente. Devido à forte e eficaz rede de <i>lobby</i> público, que mobilizou a população contra as reformas de Reagan, seu projeto não teve muito êxito e muitas regulações permaneceram intactas.

5 – Agências e Conselhos nos Anos 90: Nova Face da Relação Estado-Sociedade

1 – Níveis de Governo e Entidades Intermediárias

Estados que se caracterizam por múltiplos níveis de governo podem acolher outros corpos intermediários sem que se firam os princípios formais e culturais que conformam a estrutura governamental. Seria este o caso do Brasil. Ao escolher as “agências independentes” como novo nicho institucional, de fato gerou-se mais um nível de ação governamental que veio juntar-se a outro, de existência igualmente recente, representado pelos milhares de conselhos espalhados pelo Brasil, na década de 90.⁴⁷

Ainda que agências e conselhos executem funções distintas, compartilham, contudo a mesma natureza essencial: a da decisão colegiada e a aproximação institucional entre o agente público e a sociedade, em nichos especializados, a nível municipal, estadual e federal. Esta, a decisão colegiada, estabelecida e formalizada por lei, tanto para aspectos regulatórios, quanto para aspectos redistributivos, bem como para o controle, orientação, acompanhamento e alocação de políticas e recursos públicos, constitui uma das grandes novidades institucionais da década de 90. Espalha-se, horizontal e verticalmente por todo o país, arregimenta, no processo, a participação de milhares de indivíduos, paraleliza, tangencia e/ou duplica as esferas de competências do legislativo, em alguns casos, do executivo, em outros, ou mesmo do judiciário, no caso das agências.

Ensinam os constitucionalistas e administrativistas brasileiros que a clássica noção de divisão dos poderes republicanos deve ser mais bem entendida como uma tripartição, institucionalmente especializada, de funções precípua e não propriamente de poderes, uma vez que resíduos da função de um poder, com frequência, se espraiam por outros, inevitavelmente, fazendo com que cada um dos

⁴⁷ Justificativa analítica para existência de “entidades intermediárias” no elenco de níveis de exercício de poder, está discutida em Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Mutações do Direito Administrativo**, Ed. Renovar, 2ª. Ed., Rio, 2001, p. 157. Diogo Figueiredo argumenta que a camisa de força constitucional, “arremedo tupiniquim de ‘Constituição dirigente”, logo “revelou sua inadequação para organizar eficientemente os Poderes do Estado e sua relação com a Sociedade brasileira, tanto para enfrentar os antigos problemas pendentes, quanto para fazer face aos novos problemas emergentes”, p.151.

ramos seja obrigado a realizar atividades que seriam tipicamente de outro. “O Legislativo, o Executivo e Judiciário são meras funções desempenhadas pelo Estado, que exerce o poder em nome do povo”⁴⁸.

O braço que faz as leis também partilha tarefas do executor das leis, em sua própria gestão, bem como assim o faz o judiciário. Já o executivo bordeja atividades tanto judiciais quanto legislativas em sua faina administrativa e regulamentadora. Entenda-se, portanto, admitida a interpenetração de atividades e funções, “divisão de poderes” de fato significa uma situação caracterizada pela independência orgânica dos poderes, fazendo com que a investidura e a permanência de pessoas em um dos braços de governo não dependa da confiança nem da vontade dos outros, e que não dependa de autorizações e consulta a outros poderes, o exercício das atribuições designadas a cada braço, bem como que seja autônoma a organização de cada ramo, obedecidos os preceitos constitucionais.⁴⁹

A interpenetração das funções típicas dos três poderes do Estado, senão a substituição delas, é fato a ser observado a partir desta rede conselhos. Entendidos como parte de um processo de descentralização sugerido pela Carta de 88, os conselhos são efetivos canais de representação política e penetração no Estado, desde sua base local, principalmente para grupos de interesse organizados, seja em associações, sindicatos ou ONGs. Tanto assim que a busca de legitimidade dos conselhos freqüentemente se baseia em sua representação de interesses discerníveis.

As novas entidades intermediárias já ocupam espaço apreciável no mapa institucional brasileiro e acabarão por requerer ponderada discussão sobre seu papel, suas fronteiras institucionais com respeito às funções dos poderes clássicos, sua regulação, sua aderência ou repelência aos princípios constitutivos da democracia representativa e seu sistema de freios e contrapesos.

⁴⁸ - Celso Ribeiro Bastos, **Curso de Direito Constitucional**, 22ª. Edição, São Paulo, 2001, p. 166.

⁴⁹ Ver José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 19ª. Edição, São Paulo, 2001, p. 112/114.

Observe-se a magnitude da penetração destas entidades intermediárias, começando pelos conselhos⁵⁰. Existem 26.870 conselhos municipais no Brasil, com um número médio de 5 conselhos por município, subindo a média para 7 conselhos, nos municípios de mais de 100 mil habitantes. Tais conselhos se dedicam, preponderantemente, de maneira especializada por tema, às políticas públicas nas áreas da Saúde, Assistência ou Ação Social, Educação, Direito das Crianças e dos Adolescentes, Emprego ou Trabalho, havendo também, ademais, conselhos para as áreas do Meio Ambiente, Turismo, Habitação, Transporte, Política Urbana.

A composição dos Conselhos tende a ser de característica paritária, reunindo representantes dos governos municipais, da sociedade e das populações alvo. O número de participantes varia conforme a densidade do “capital social” dos municípios e à complexidade da teia institucional pública e privada na área sob escrutínio do conselho. Já que a constituição e composição dos conselhos fica à cargo dos municípios, é difícil estipular, de antemão, o número de brasileiros envolvidos em tal atividade, podendo este número oscilar em torno de 200 mil ou até um quarto de milhão de pessoas.⁵¹

As “bancadas” que constituem os conselhos estaduais e municipais de saúde, por exemplo, estudadas em 1993, são compostas, corporativamente, por centrais sindicais, empresários, portadores de agravos, movimentos comunitários e sociais, organizações religiosas, poder executivo, profissionais da saúde e prestadores de serviços, sendo que, no conjunto estudado, a maior “bancada” era a dos movimentos sociais.⁵²

⁵⁰ - Os dados sobre conselhos estão no **Perfil dos Municípios Brasileiros**, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 1999, IBGE, Rio, 2001. Tratamento sistemático dos dados sobre os conselhos deve ser buscado em François E. J. de Bremaeker, “Os Conselhos Municipais Existentes no Brasil”, Série Estudos Especiais, n. 32, IBAM, Rio, 2001. Discussão um tanto mais radical do tema encontra-se no artigo de Ricardo Lessa, *Gazeta Mercantil*, Abril 2001, “Perfil revela que Brasil foi tomado pelos conselhos”, indicando, segundo o articulista, uma sovietação do Brasil, com possibilidade de que os “soviets” rivalizem os poderes eleitos locais ou mesmo os substituam em alguns aspectos.

⁵¹ - Somente a título de ilustração, no caso dos Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF, a composição mínima é de quatro membros, não existindo número máximo, obrigatória a presença da Secretaria Municipal de Educação, representação de professores e diretores de escolas de ensino fundamental, pais de alunos e servidores das escolas. O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá ter uma composição paritária, metade dos conselheiros pertencerá a entidades governamentais e metade pertencerá a entidades não governamentais.

⁵² O termo “bancada” é do relatório “Avaliação do Funcionamento dos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde”, Relatório Executivo, IBAM, 1993. O IBAM constitui fundamental fonte de informação sobre a vida dos

As tabelas seguintes, organizadas por François Breemaeker, dão conta do número e distribuição dos conselhos municipais por área de atuação, tamanho de município e região do Brasil.

Tabela 1
Nº de conselhos por faixas de população do município, segundo o tipo de conselhos municipais - 1999 *

Tipo de Conselhos Municipais	Até 10.000	De 10.001 a 20.000	De 20.001 a 50.000	De 50.001 a 100.000	De 100.001 a 500.000	Mais de 500.000	Total
Saúde	2678	1375	897	276	173	27	5426
Assistência/Ação Social	2428	1288	858	267	169	27	5037
Educação	2466	1275	830	253	162	25	5011
Direitos das Crianças/Adolescentes	1629	1063	787	271	172	27	3949
Emprego/Trabalho	649	449	343	131	87	11	1670
Meio Ambiente	379	287	250	129	111	21	1177
Turismo	267	217	196	91	74	14	859
Habitação	168	94	64	54	48	12	440
Transportes	26	40	34	49	66	14	229
Política Urbana	24	28	41	32	47	17	189
Outros	1321	723	504	192	121	22	2883
Número Total de Conselhos	12.035	6.839	4.804	1.745	1.230	217	26.870

Fonte: IBGE. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

O Distrito Federal foi incluído nos resultados

Tabela 2
Nº de conselhos por região, segundo o tipo de conselhos municipais - 1999 *

Tipo de Comissão	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro Oeste	Total
Saúde	434	1771	1631	1150	440	5426
Assistência/Ação Social	396	1601	1516	1091	433	5037
Educação	399	1650	1503	1068	391	5011
Direitos das Crianças/Adolescentes	261	1087	1210	1005	386	3949
Emprego/Trabalho	50	288	449	774	109	1670
Meio Ambiente	51	161	542	337	86	1177
Turismo	47	127	319	298	68	859
Habitação	7	38	152	215	28	440
Transportes	14	36	70	97	12	229
Política Urbana	5	24	61	85	14	189
Outros	187	891	776	763	266	2883
Número Total de Conselhos	1.851	7.674	8.229	6.883	2.233	26.870

Fonte: IBGE. Pesquisa de Informações Básicas Municipais.

* O Distrito Federal foi incluído nos resultados

conselhos. Ver, entre outros, "Passando a Limpo o Orçamento do Município", IBAM, 1995. realizado em conjunto com o UNICEF, sob a coordenação de Paulo Timm, que trata da participação civil nas deliberações sobre políticas públicas. A documentação dos órgãos subordinados às áreas federais relativas ao tema dos conselhos é farta. Estes, assim como o IBAM, produzem roteiros para a constituição, funcionamento e operacionalização dos conselhos municipais.

2 – Órgãos Colegiados na Administração Federal

No contexto da observação dos mecanismos de decisão colegiada, representados essencialmente por Conselhos e Agências, poderia passar incontestada a presença de órgãos colegiados da administração pública federal, não chamasse a atenção o abrupto incremento de seu número a partir da década de 90, simultâneo, portanto, no tempo, à multiplicação dos Conselhos Municipais e Estaduais e à criação das Agências Regulatórias. Existem, segundo o Sistema de Informações Organizacionais do Governo Federal (SIORG)⁵³, atualmente, 1.348 órgãos colegiados vinculados à administração federal, 81% dos quais foram criados a partir de 1990, conforme se verifica nas tabelas e gráfico que se seguem, onde se verifica o número de colegiados, a data de fundação e a subordinação funcional

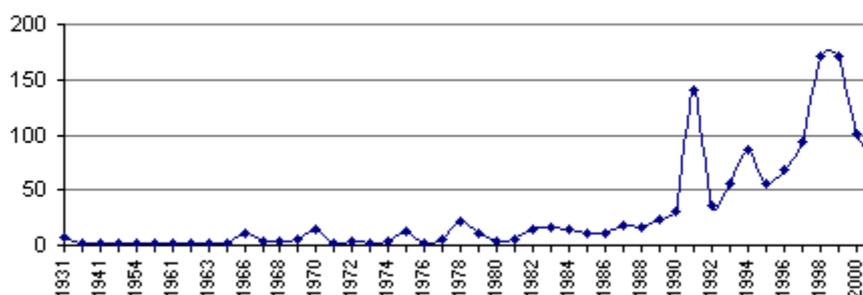
Tabela 3
Nº de órgãos colegiados, segundo a data de criação - 2001

Período	Total	%	% acumulado
Até 1950	11	1%	1%
1951 a 1960	3	0%	1%
1961 a 1969	27	2%	3%
1970 a 1974	22	2%	5%
1975 a 1979	53	4%	9%
1980 a 1984	57	4%	13%
1985 a 1989	81	6%	19%
1990 a 1993	263	20%	38%
1994 a 1998	477	35%	74%
1999 a 2001	354	26%	100%
Total	1348	100%	

Fonte: SIORG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

Gráfico 1

Data da Publicação da Lei de criação dos colegiados



⁵³ O SIORG "é a fonte oficial de informações sobre a estrutura organizacional dos órgãos do Poder Executivo - Administração Direta, Autarquias, Fundações e outros da Administração Indireta." <http://www.siorg.redegoverno.gov.br/index.htm>.

Tabela 4
Nº de órgãos colegiados, segundo o órgão superior - 2000

Órgão superior	Total	%
Ministério da Educação	298	22,1%
Ministério da Agricultura e do Abastecimento	165	12,2%
Ministério da Previdência e Assistência Social	157	11,6%
Ministério da Defesa	107	7,9%
Ministério da Justiça	95	7,0%
Ministério da Fazenda	76	5,6%
Ministério da Saúde	71	5,3%
Ministério do Desenvolvimento Agrário	65	4,8%
Conselho de Governo	56	4,2%
Ministério do Meio Ambiente	43	3,2%
Ministério dos Transportes	34	2,5%
Ministério da Ciência e Tecnologia	33	2,4%
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	23	1,7%
Ministério das Relações Exteriores	19	1,4%
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	18	1,3%
Ministério da Cultura	12	0,9%
Casa Civil da Presidência da República	10	0,7%
Ministério do Trabalho e Emprego	10	0,7%
Ministério da Integração Nacional	9	0,7%
Ministério do Esporte e Turismo	6	0,4%
Ministério das Comunicações	4	0,3%
Ministério de Minas e Energia	4	0,3%
Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano	4	0,3%
Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República	3	0,2%
Advocacia-Geral da União	2	0,1%
Conselho da República	2	0,1%
Conselho de Defesa Nacional	2	0,1%
Secretaria de Comunicação de Governo da Presidência da República	2	0,1%
Comissão de Estudos de Promoção de Oficiais da Reserva de Segunda Classe	1	0,1%
Comissão de Ética Pública	1	0,1%
Comissão de Meio Ambiente	1	0,1%
Comissão de Promoção de Graduados	1	0,1%
Comissão de Reforma Patrimonial	1	0,1%
Comissão Memória dos Presidentes da República	1	0,1%
Comissão Paritária	1	0,1%
Conselho Coordenador das Ações Federais no Estado do Rio de Janeiro	1	0,1%
Conselho de Programação	1	0,1%
Conselho Diretor	1	0,1%
Conselho Nacional de Desestatização	1	0,1%
Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte	1	0,1%
Conselho Nacional de Política Energética	1	0,1%
Coordenadoria de Assuntos Internacionais	1	0,1%
Coordenadoria de Diversidade Biológica	1	0,1%
Grupo Executivo de Desenvolvimento Urbano	1	0,1%
Serviço da Política de Assistência Social	1	0,1%
Serviço de Informática	1	0,1%
Total Global	1348	100%

Fonte: SIORG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

3- Agências Regulatórias

Pergunte-se ao SIORG, que é o sistema de informações sobre os órgãos do governo, antes ligado ao MARE, agora administrado Planejamento, quantas são as “agências” existentes no governo federal: 2.286, será a resposta. No imaginário ancestral, portanto, no sistema classificatório do governo, agências são postos de atendimento e/ou contato direto com o público. Por isso, quem tem grande número de agências, pela ordem, é o Ministério da Previdência, o IBGE e o Ministério do Trabalho, e conforme se lê na Tabela 5. Estivessem listada as empresas públicas, apareceriam também as agências do Banco do Brasil e da Caixa Econômica.

Tabela 5
Nº de agências, segundo parâmetros consultados no SIORG - 2001

Palavras consultadas no SIORG*	Nº	%
Agência.....	2.286	100%
Agência da Previdência Social (Min. Da Prev. Social).....	831	36,35%
Agência do IBGE (Min. Do Plan. Orç. E Gestão).....	545	23,84%
Agência de Atendimento (Min. Do Trabalho e Emprego)	492	21,52%
Agência Nacional.....	9	0,39%
Agência Brasileira.....	2	0,08%
Agência Executiva.....	1	0,04%
Agência de Desenvolvimento	2	0,08%
Agência Especial.....	1	0,04%
Agência (outras).....	403	17,63%

Fonte: SIORG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

*Nota: Consulta ao sítio do SIORG, em 03 de outubro de 2001, utilizando a opção "consulta de órgãos por nome/sigla e escolhendo, como critério de consulta, a opção "frase exata".

Solicitadas as autarquias, pois as agências regulatórias são autarquias, o SIORG forneceu listagem com a seguinte distribuição, por data de criação:

Tabela 6
Nº de autarquias federais, segundo o ano de criação - 2001

Período	Total	%	% acumulado.
Até 1950	23	17%	17%
1951 a 1960	27	20%	37%
1961 a 1969	4	3%	40%
1970 a 1974	12	9%	49%
1975 a 1979	4	3%	51%
1980 a 1984	31	23%	74%
1985 a 1989	1	1%	75%
1990 a 1993	19	14%	89%
1994 a 1998	6	4%	93%
1999 a 2001	9	7%	100%
Total*	136	100%	

Fonte: SIORG

* Nota: O número total refere-se apenas aos órgão superiores. Considerando-se suas subdivisões (secretarias, departamentos, etc.) o número obtido é de 20.068 autarquias.

Tabela 7**Nº de autarquias federais, segundo o órgão superior - 2001**

Órgão Superior	Nº
Ministério da Educação	105
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	4
Ministério dos Transportes	4
Ministério da Fazenda	3
Ministério da Integração Nacional	3
Ministério de Minas e Energia	3
Ministério da Ciência e Tecnologia	2
Ministério da Defesa	2
Ministério da Saúde	2
Ministério do Meio Ambiente	2
Ministério da Cultura	1
Ministério da Justiça	1
Ministério da Previdência e Assistência Social	1
Ministério das Comunicações	1
Ministério do Desenvolvimento Agrário	1
Ministério do Esporte e Turismo	1
Total Global	136

Fonte: SIORG - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

Quando a consulta ao sítio do SIORG é feita através dos parâmetros "órgão regulador" e/ou "agência regulatória" nenhum órgão é encontrado. As agências regulatórias só aparecem na listagem produzida pela consulta dos termos "agência nacional" e "agência brasileira".

Quadro 2
Dados gerais das agências reguladoras nacionais - 2001

Nº	Nome da Agência	Órgão Superior	Ano de Criação	Tipo do Órgão	Natureza Jurídica	Legislação
1	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Agência Executiva – INMETRO	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	1973	Vinculado	Autarquia	Lei nº 5.966 de 11/12/73
2	Agência Espacial Brasileira – AEB	Ministério da Ciência e Tecnologia	1994	Vinculado	Autarquia	Lei nº 8.854 de 10/02/94
3	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	Ministério de Minas e Energia	1996	Vinculado	Autarquia	Lei nº 9.427 de 26/12/96
4	Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	Ministério das Comunicações	1997	Vinculado	Autarquia	Lei nº 9.472 de 16/07/97
5	Agência Nacional do Petróleo – ANP	Ministério de Minas e Energia	1998	Vinculado	Autarquia	Decreto 2.455 de 14/01/98
6	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA	Ministério da Saúde	1999	Vinculado	Autarquia	Lei nº 9.782 de 26/01/99
7	Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Ministério da Saúde	2000	Vinculado	Autarquia	Lei nº 9.961 de 28/01/00
8	Agência Nacional de Águas – ANA	Ministério do Meio Ambiente	2000	Vinculado	Autarquia	Lei nº 9.984 de 17/07/00
9	Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Ministério dos Transportes	2001	Vinculado	Autarquia	Lei 10.233 de 05/06/01
10	Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ	Ministério dos Transportes	2001	Vinculado	Autarquia	Lei 10.233 de 05/06/01
11	Agência Nacional de Cinema	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	2001	Vinculado	Autarquia Especial	Medida Provisória nº 2.228-1, de 6/09/01
12	Comissão de Valores Mobiliários	Ministério da Fazenda	2001	Vinculado	Autarquia Especial	Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Fonte: SIORG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

Não seria de surpreender que a tendência observada, de exponencial aumento dos órgãos de decisão colegiada, especificamente, agora, tratando das agências regulatórias, se multiplicasse por estados e, eventualmente, municípios. Consultada a Associação Brasileira de Agências Regulatórias (ABAR)⁵⁴, podem-se encontrar as

⁵⁴ A ABAR foi criada em 8 de abril de 1999 e atualmente possui 16 entidades associadas. Segundo definição do estatuto da ABAR, a regulação é "atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço público prestado por concessionários, permissionários ou autorizatários". Agência, segundo o mesmo documento, é definida como "entidade que desempenha a atividade de regulação da prestação do serviço público (energia, saneamento, transporte, telefonia, correios e telégrafos, combustíveis, irrigação e quaisquer outras atividades que caracterizem a prestação de serviço público em regime de delegação à terceiros), criada e a ser criada no País; constituem outras designações: Comissão, Conselho ou ainda outras que venham a ser criadas para as funções públicas de regulação, no âmbito de suas competências legais." O endereço da ABAR na internet é www.abar.org.br.

manifestações estaduais e municipais deste tipo de órgão. Observe-se o seguinte mapa das agências regulatórias estaduais e municipais.

Quadro 3
Dados gerais das agências reguladoras estaduais e municipais- 2001

Nº	Nome da Agência	Órgão Superior	Ano de Criação	Natureza Jurídica	Legislação
1	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE	Secretaria de Ouvidoria-Geral e do Meio Ambiente	1997	Autarquia Especial	Lei nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997
2	Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro ASEP-RJ	Governo do Estado	1997	Autarquia	Lei nº 2686 de 13 de fevereiro de 1997
3	Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos - ARCON	Conselho Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos – CONERC.	1997	Autarquia	Lei nº 6.099 de 30 de dezembro de 1997
4	Agência Estadual de Regulação do Serviço Público Delegado do Rio Grande do Sul - AGERGS	Conselho Superior	1997	Autarquia	LEI nº 10.931 - de 09 de janeiro de 1997
5	Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE	Secretaria de Estado de Energia	1997	Autarquia	Lei Complementar nº 833, de 17 de outubro de 1997.
6	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA	Secretaria de Energia, Transportes e Comunicações	1998	Autarquia Especial	Lei nº 7.314 de 19 de maio de 1998
7	Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe - ASES	Secretaria de Estado do Planejamento e da Ciência e Tecnologia - SEPLANTEC	1998	Autarquia	Lei nº 3.973 de 10 de junho de 1998
8	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais - ARSEMG	Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral	1998	Autarquia	Lei nº 12.999, de 31 de julho de 1998
9	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP).	Secretaria de Estado de Infra-Estrutura	1999	Autarquia	Lei nº 7.758, de 09 de dezembro de 1999
10	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER/MT	Governador do Estado	1999	Autarquia	Lei Complementar Nº 66, de 22 de dezembro de 1999.
11	Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim - AGERSA	Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável	1999	Autarquia Especial	Lei nº 4798 14 de julho de 1999
12	Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR	Secretaria do Planejamento e Desenvolvimento:	1999	Autarquia Especial	Lei nº 13.569, de 27 de dezembro de 1999
13	Agência Catarinense de Regulação e Controle SC/ARCO	Gabinete do Governador	2000	Autarquia	Lei nº 11.355, de 18 de janeiro de 2000

Nº	Nome da Agência	Órgão Superior	Ano de Criação	Natureza Jurídica	Legislação
14	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado Pernambuco - ARPE	Gabinete do Governador	2000	Autarquia Especial	Lei nº 11.742, de 14 de janeiro de 2000
15	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal - AGDF	Gabinete do Governador	2000	Autarquia Especial	Decreto nº 21.170, de 5 de maio de 2000
16	Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande – AGCG	Gabinete do Prefeito	2000	Autarquia	Lei nº 3.837, de 29 de dezembro de 2000
17	Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo - AGESP	Secretaria de Estado da Fazenda	2001	Autarquia Especial	Lei nº 5721 de 20 julho de 2001

Fonte: ABAR e agências reguladoras

Encerremos esta seção de referência empírica ao fenômeno da decisão colegiada e seu roteiro institucional nos três níveis de governo brasileiro, não sem antes dizer que voltaremos ao tema das agências regulatórias e da regulação governamental no capítulo final, a seguir.

Resta claro que algo de novo ocorreu a partir da década de 90, possivelmente como reflexo da constituição de 88 e das leis pertinentes que se seguiram, no rastro de constituir, estimular e consolidar, pelo comando da lei, a participação social colegiada, com tinturas de representação de grupos de interesses organizados.

Grupos de interesse são parte constitutiva do processo de competição democrática, tanto em temas pertinentes ao mercado, quanto em temas pertinente à acumulação de recursos e poder político. A premissa que lastreia as leis que emergem da constituição de 88 é, a da democratização do acesso, controle das políticas públicas por parte da sociedade, aumento da taxa de “accountability” na alocação de recursos a nível local, por via da participação popular na base municipal.

O objetivo explícito é de mérito indiscutível. Resta verificar, passado maior tempo de funcionamento do sistema, se não estará eventualmente incorreta a premissa, desde o ponto de vista substantivo. Grupos de interesse e pressão fazem parte da vida rotineira de qualquer “polity” democrática. Alguns se organizam formalmente em associações, outros em sindicatos, outros em grupos de produtores

ou consumidores. A filtragem, os freios e contrapesos a estas forças competitivas, deveria se conciliar através de sistema representativo, eleitoral.

A rede nacional de conselhos tanto pode ampliar a taxa popular de participação quanto aumentar o poder dos grupos de interesse e não da sociedade como um todo. As taxas de participação individual em organizações, sociedades civis e partidos é baixa, no Brasil. Assim sendo, é perfeitamente possível que a presença ostensiva de grupos de interesse organizados não acarrete a maior participação da população como um todo, antes o contrário, aumente o poder de influência das pontas organizadas. Outro tema, igualmente relevante, é o da captura dos conselhos por interesses clientelistas tradicionais, mais associados aos partidos políticos que o presente sistema parece querer evitar: Ficaria, então, a pergunta, estamos criando mais exclusão ou mais inclusão? Mais participação organizada, certamente, mas isto pode andar parelho com maior exclusão popular. O que faria com que a Constituição e as leis que ordenaram a existência dos Conselhos produzisse, ao longo do tempo, efeito exatamente contrário à premissa que lhes deu origem.

6 – Controle via Desenho Institucional do Regime e da Governança Regulatória: Quais os Próximos Passos?

1 – Regulando a regulação governamental antes mesmo de controlar as agências

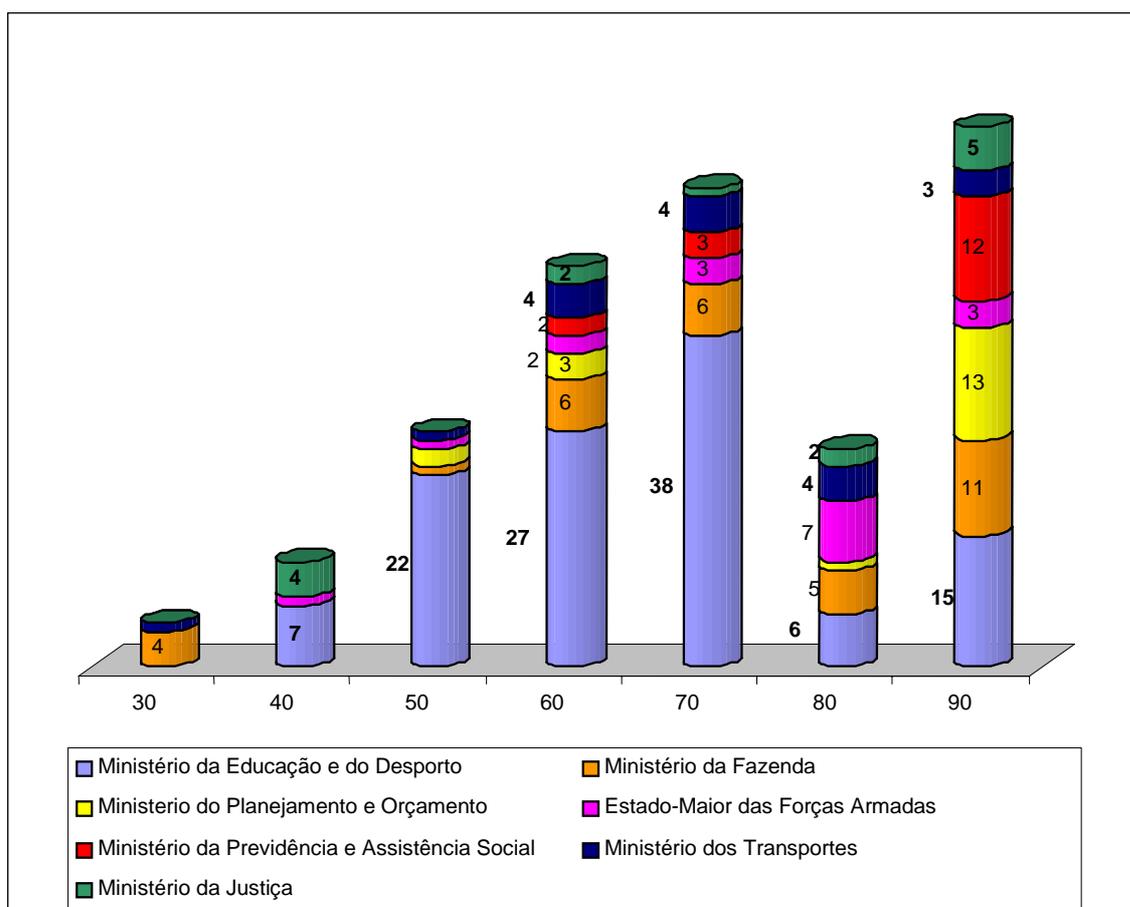
Ainda não existe no sistema classificatório que registra o tamanho, a cara e as funções do governo, a rubrica “agência regulatória”. Inexiste, igualmente, a rubrica “regulação”. Desta forma, se algum dirigente governamental quisesse saber qual o perfil, a amplitude e a listagem de áreas ou atividades reguladas pelo governo, teria que recorrer a estratagemas taxionômicos para obter a resposta a partir da própria base de dados do governo. Em 1998, perguntamos ao SIORG quantos e quais eram os órgãos que tinham a missão de normatizar, regular, autorizar, fiscalizar, planejar, supervisionar, controlar, avaliar, coordenar, propor políticas, estudos e resoluções, aprovar propostas, administrar, estabelecer critérios e diretrizes, prestar apoio técnico, promover articulações, sugerir medidas, elaborar propostas e aplicar penalidades. Recebemos a seguinte resposta:

Tabela 8
Nº de órgãos reguladores - 1998

Orgao superior	Total	%
Ministério da Educação	115	36,1%
Ministério da Fazenda	27	8,5%
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	19	6,0%
Estado-Maior das Forças Armadas	17	5,3%
Ministério dos Transportes	17	5,3%
Ministério da Justiça	14	4,4%
Ministério da Previdência e Assistência Social	10	3,1%
Ministério da Cultura	9	2,8%
Ministério de Minas e Energia	9	2,8%
Ministério do Meio Ambiente	9	2,8%
Ministério da Ciência e Tecnologia	8	2,5%
Ministério da Indústria, Comércio e do Turismo	8	2,5%
Conselho de Governo	7	2,2%
Ministério da Aeronáutica	7	2,2%
Ministério do Trabalho e Emprego	7	2,2%
Ministério da Agricultura e do Abastecimento	6	1,9%
Ministério da Saúde	6	1,9%
Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado	4	1,3%
Ministério da Marinha	4	1,3%
Secretaria de Assuntos Estratégicos	4	1,3%
Ministério das Comunicações	3	0,9%
Ministério do Exército	3	0,9%
Ministério das Relações Exteriores	2	0,6%
Ministro Extraordinário de Política Fundiária	2	0,6%
Agência Espacial Brasileira	1	0,3%
Secretaria de Comunicação Social da Presidência da Rep.	1	0,3%
Total Global	319	100,0%

Fonte: SIORG/MARE

Figura 1
Órgão regulador, por data de criação e dependência administrativa



Fonte: SIORG/MARE

Para efeito deste texto, estamos interessados apenas naqueles organismos que exerçam a “regulação para fora”, aquela que gera efeitos sobre o público e não apenas sobre o próprio estado. Interessam, aqueles órgãos que criam e administram normas, fiscalizam seu cumprimento e têm competência para impor penalidades aos infratores, bem como aqueles que fiscalizam relações de mercado, relações entre consumidor e produtor e/ou prestador de serviços. Por isso, tentamos, por exegese da bula de cada órgão, separar aqueles que regulam para fora, chegando ao resultado apresentado na tabela abaixo:

Tabela 9
Número de órgãos reguladores para o público ("para fora") - 1998

Orgão superior	Total	Regulam para fora
Agência Espacial Brasileira	1	0
Conselho de Governo	7	7
Estado-Maior das Forças Armadas	17	3
Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado	4	2
Ministério da Aeronáutica	7	4
Ministério da Agricultura e do Abastecimento	6	6
Ministério da Ciência e Tecnologia	8	6
Ministério da Cultura	9	6
Ministério da Educação	115	115
Ministério da Fazenda	27	19
Ministério da Indústria, Comércio e do Turismo	8	7
Ministério da Justiça	14	12
Ministério da Marinha	4	0
Ministério da Previdência e Assistência Social	10	8
Ministério da Saúde	6	6
Ministério das Comunicações	3	3
Ministério das Relações Exteriores	2	2
Ministério de Minas e Energia	9	9
Ministério do Exército	3	2
Ministério do Meio Ambiente	9	8
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	19	13
Ministério do Trabalho e Emprego	7	6
Ministério dos Transportes	17	5
Ministro Extraordinário de Política Fundiária	2	2
Secretaria de Assuntos Estratégicos	4	2
Secretaria de Comunicação Social da Presidência da Rep.	1	1
Total	319	254

Fonte: SIORG/MARE

Claro, a leitura da tabela suscitará dúvidas e discussões. Decidimos manter os 115 órgãos do MEC, por exemplo, na rubrica “para fora”. No grosso, são conselhos universitários, reguladores da vida das universidades. Suas decisões, contudo, acerca do número de vagas a serem oferecidas, existência ou não de cursos noturnos, relações com a comunidade, funcionamento de hospitais universitários, serviços sociais, atendimento odontológico, política de admissão de estudantes ao ensino superior, se em base competitiva, se em base de critérios de quotas, tem a capacidade de regular aspectos da ação de indivíduos ou famílias e suas chances e expectativas de vida.

A questão é controversa, os limites e fronteiras são discutíveis, tanto é assim que, agora, em 2001, endereçamos a mesma pergunta ao SIORG e obtivemos resposta radicalmente distinta, conforme se vê na tabela abaixo⁵⁵:

Tabela 10
Nº de órgãos reguladores, por ano da informação, segundo o ano de criação

Ano de Criação	Ano da Informação	
	1998	2001
Até 1950	18	17
1951 a 1960	7	7
1961 a 1969	31	48
1970 a 1974	19	49
1975 a 1979	13	66
1980 a 1984	14	22
1985 a 1989	14	46
1990 a 1993	38	525
1994 a 1998	45	844
1999	0	193
2000 a 2001	0	330
Sem informação do ano de criação	120	13
Total até 1998	319	1624
Total Global	319	2160

Fonte: SIORG - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

Registre-se que a própria base de dados do governo é imprecisa no que tange aos contornos, fronteiras e áreas administradas pelo aparato regulatório federal. Infortunadamente, mais para nós cidadãos do que para nós, punhado de pesquisadores, o governo não consegue compilar, computar, adequadamente a extensão e a intensidade do seu aparato regulatório, bem como a pauta de temas regulados.⁵⁶

Não pareça menor esta descoberta. O governo deveria ter a obrigação de saber, no minudente detalhe, as áreas nas quais está envolvido. Os cidadãos deveriam estar cientes de que podem fazer tudo aquilo que não é proibido. Quando, contudo, o primeiro não sabe o que regula e o segundo não conhece seu grau de

⁵⁵ - Estamos ainda em meio ao processo de separar os que “regulam para fora” e os que “regulam para dentro”, também comparando as informações de 98 com as de 2001, na tentativa de entender as discrepâncias

⁵⁶ - “There are many types of regulation. While some overlap is inescapable, a common classification scheme consists of three parts: economic, social and process regulation. Economic regulation refers to restrictions on prices, and entrance and exit conditions for specific industries. Social regulation refers to a regulations that affect a wide array of industries. Typically, environmental and public health and safety regulation are placed in this category. Finally, process regulation refers to government management of the operation of the public and private sectors, such as paperwork requirements and administrative costs incurred by both producers and consumers”, Guasch & Spiller, **Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story**, Banco Mundial, Latin American and Caribbean Studies, 1999, p. 3.

liberdade, configura-se situação perversa, em que todos perdem, principalmente em iniciativa e liberdade.

Primeiro passo, portanto, primeira conclusão deste *paper*, refere-se à necessidade de fotografar com precisão toda a extensão do aparato regulatório, submetendo-o à crítica do radical bom senso. Toda e qualquer restrição regulatória, toda e qualquer instância regulatória, toda e qualquer regra restritiva deveria ser submetida à inquirição sob a razão, as conseqüências, os benefícios coletivos de sua existência, de modo a extinguir, extirpar do aparato público, toda a regulação desnecessária e redundante. Valha, aqui, a premissa de que não se precisa regular aquilo cujo desregulação não acarrete conseqüências deletérias para o público. Estaremos assim economizando recursos materiais, salários de servidores desnecessários, custos de transação e a paciência dos cidadãos. Para tanto, faça o governo, ou fica a sugestão para o Instituto Hélio Beltrão, a minudente compilação de tudo que se regula e avaliação de tudo que não se precisa regular.

2 – Controlando o Controlador

A simplificação intelectual da concepção que o governo tem de si mesmo demanda a exegese e o refazimento de sua taxionomia de órgãos. Pareça simplista a afirmação, mas a partir da radical crítica da cultura, da gramática regulatória do governo, em função da qual se articula sua aspiração ao comando e organização das atividades e perspectivas da sociedade, se poderá realizar a robusta engenharia reversa dos excessos regulatórios.

Não se definirá, a não ser topicamente⁵⁷, a pauta de regulação do regulador, isto é a pauta de controle das agências regulatórias, se não se realizar a crítica dramática do excesso e da sobrecarga regulatória que caracteriza o Estado brasileiro. Exercida esta crítica, restará mais clara a tarefa de colocar limites, freios, contrapesos, incentivos e parâmetros à ação das agências.⁵⁸

⁵⁷ - “Não há norma geral que defina e discipline genericamente as agências reguladoras brasileiras. Logo, as características específicas de cada ente regulador devem ser encontradas no diploma normativo que o cria”, Leila Cuéllar, **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**, opus cit., 143.

⁵⁸ “...substantive restraints on regulatory discretion must be embedded in the regulatory framework; second, formal or informal constraints must limit the ability of the executive branch to change the regulatory framework

Uma segunda recomendação, seria a de que se viesse a olhar as agências e suas funções apenas como o resultado desagregado, especialmente por setor, de um sistema regulatório, propositadamente desenhado, contando com regras e governança discerníveis através de uma nova legislação - há quem prefira dizer um novo direito administrativo - voltado para as instâncias regulatórias independentes.⁵⁹

Terceiro, que se discuta em profundidade o papel destas agências na proteção ao consumidor. Ao lado da ausência, no sistema regulatório, de um braço dedicado à agenda competitiva que viesse a substituir o CADE e as secretarias da administração direta que lhes são complementares ou redundantes, uma das maiores carências do sistema encontra-se na proteção ao consumidor, principalmente nos setores privatizados.

Quarto, que se discuta a questão da legitimidade política do sistema, bem como a questão de sua legitimidade substantiva. No território político, a governança regulatória precisa passar pelo escrutínio legislativo. No entanto, suas prioridades precisam refletir as orientações e metas, a partir de alguma diretriz geral, da plataforma eleita majoritariamente, de modo a que exista um sistema harmônico e não fragmentado⁶⁰. Não se deseja, com isso, subtrair independência nem politizar o

itself; and third, institutions must enforce those substantive or procedural constraints” Guasch and Spiller, op.cit., p. 41.

⁵⁹ A assim chamada “regulação à americana” enseja debates intensos na Europa, muitos dos quais poderão servir de inspiração para debates que deverão ser feitos no Brasil, “because the EC can be conceptualized as a regulatory apparatus”, Joerges & Vos, **EU Committees**, opus cit. p. 230. “As agências reguladoras, com este perfil, nasceram nos EUA, sendo transferidas para o mundo todo. Foram aceitas na Europa, inclusive, essas agências reguladoras americanas foram implantadas na França, talvez com grande dor para os administrativistas franceses, muito orgulhosos do fato de que o Direito Administrativo fora por eles inventado e que, agora, eram obrigados a aceitar esta nova realidade administrativa. E foram, justamente, os americanos que diziam com desprezo: ‘direito administrativo é coisa de francês, nós sequer o temos’. Mas os franceses têm uma maneira muito interessante de reagir a essas novidades institucionais, dando-lhe um nome próprio: autoridades administrativas independentes...de modo que os franceses podem de maneira absolutamente tranqüila dizer: ‘isto é coisa de americano e nós não nos preocupamos com ela, pois, temos aqui autoridades administrativas independentes.’” Carlos Ari Sunfeld, opus cit. p 133. Já a demonstração de que lei administrativa é também coisa de americano, está em Kenneth F. Warren, **Administrative Law in the Political System**, de Kenneth F. Warren, Prentice Hall, New Jersey, 1997, no qual se encontram capítulos específicos sobre as agências como corpos legislativos e como corpos judiciários. Ainda no tema Europeu, já agora voltado para a reforma regulatória e a competitividade e o crescimento econômico, deve ser lida nos dois volumes, um sobre temas horizontais, outro sobre temas verticais, editados por Giampaolo Galli, diretor do Centro Studi Confindustria, Roma e Jacques Pelkmans, pesquisador sênior do Centre for European Policy Studies, Bruxelas, **Regulatory Reform and Competitiveness in Europe**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2000

⁶⁰ O contraponto entre a plataforma majoritária vitoriosa e as regras legislativas permanentes, desta maneira, constituiria mais um freio em contrapeso à concentração de poderes. Consultado por amigo do Leste Europeu, recém impactado pela queda do muro de Berlim, sobre como se construir uma verdadeira democracia naquela parte do mundo, até então sob comando soviético, Raulf Dahrendorf, começou a escrever uma carta em resposta à pergunta. Virou um livro sobre a constituição das democracias, mantido, não obstante, o tom da carta original.

processo decisório das agências. A agenda política vencedora precisa vir a público e esclarecer seus objetivos e metas para o aparato regulatório.⁶¹ Pauta de preferências obediente ao Presidente da República e escrutínio legislativo, dariam mais cristalina legitimidade política ao sistema, enquanto sua legitimidade substantiva viria, através de novo direito administrativo, ou legislação específica para o aparato regulatório que não teria como descuidar da necessidade de certa judicialização de seus processos.

Quinto, como decorrência, que se incentivem os estudos e análises institucionais sobre o “regime regulatório brasileiro”, tanto no território jurídico quanto no ciência política, com o objetivo de examinar os processos decisórios das agências, sua relação com regulados e consumidores, as relações entre agências, relação com outros braços do governo, procurando entender fazer recomendações sobre o ainda incipiente e fragmentado regime regulatório brasileiro. O assunto atualmente pertence aos microeconomistas e uns poucos juristas. Tal agenda de estudos exigirá a mais completa abertura das agências aos pesquisadores, bem como,

Várias premissas e recomendações estão sistematicamente analisados. Para a discussão presente vale listar: "a primeira preocupação deve ser como dividir e dissipar o poder. Que haja tanta democracia quanto possível"...a liberdade não acontece simplesmente; ela tem que ser criada...sua criação está cheia de armadilhas e surpresas. No fim, ela provavelmente surgirá de forma muito menos sistemática do que sugere qualquer mapa de sua rota"...o caos criativo de organizações associações e instituições não é facilmente construído e talvez não deva absolutamente ser tarefa de construção deliberada. É provável demais que tal intencionalidade produza uma Brasília, e não um Rio de Janeiro, uma construção artificial da qual as pessoas anseiam por escapar para os cantinhos e aconchegos da coisa real. A variedade tem que ser estimulada, a tarefa da ação deliberada é antes de habilitar do que planejar ou mesmo construir." Ralf Dahrendorf **Reflexões sobre a Revolução** na Europa, Jorge Zahar Editor, 1991.pp. 117, 112 e 136.

⁶¹ - Ajudaria, inclusive, a prevenir a “captura” das agências pelos regulados. Vem de George Stigler, prêmio Nobel de Economia da U. De Chicago, a noção de captura. Argumenta que as empresas buscam “comprar” regulação para aquisição de melhores “shares”de mercado, para controlar a competição, limitando o número de empresas rivais num setor, estabelecimento de preços que lhes garantam lucros. Stigler é ferrenho liberal, se observado da Inglaterra, ou conservador, se observado dos EU, duro opositor dos aparatos regulatórios. Interessantemente, sua teoria da “captura”foi endossada por ilustres críticos marxistas, como Kolko e Domhoff. Num certo sentido, tanto a argumentação de Stigler, quanto a dos marxistas, partilham uma certa perspectiva conspiratória sobre as razões pelas quais as empresas “compram” regulação ou se protegem através dela. Uma variante interessante da captura, é a teoria da “cooptação”, segundo a qual a agência não é necessariamente dominada pelos regulados no seu início, mas que estes acabam por “cooptá-la” no decorrer do tempo. Assim, haveria um “ciclo de vida de uma agência”. Na juventude, a agência surge de situações de conflito, embates ou reformas. Embora com direções vagas, a atenção pública faz dela uma agência diligente. Na maturidade, a atenção pública se esvai. A burocracia e o comodismo se estabelecem, a desatenção do olho público permite que os regulados passem a influenciar de maneira significativa os trabalhos da agência. Na velhice, pouco criativa, lenta e indiferente, a agência se vê totalmente cooptada, sofrendo ataques do público e do congresso, tendo sua legitimidade questionada, acarretando uma possível reforma. Cf. Robert Chatov “Government Regulation: Process and Substantive Impacts”in L.R. Preston (org) **Government Regulation and Business Response:Research Issues and Empirical Studies**, Jai Press Inc. , Greenwich, 1990.

possivelmente requererá algum apoio dos fundos setoriais⁶². Obviamente, isto tem também um conteúdo de controle, já que submete agências ao escrutínio analítico. Obviamente, além desta modalidade, a publicidade de todos os atos, a abertura ao público do processo decisório e demais procedimentos, cargos, salários, benefícios de reguladores, também se faz indispensável, como parte de uma decidida “sunshine policy”.⁶³

Sexto, e finalmente, que se faça discussão da delegação legislativa e das funções quase judiciais das agências. Ainda que o direito brasileiro seja restritivo às delegações para o exercício autônomo de funções típicas dos três poderes, parte da doutrina recente já reconhece que, apesar da negativa formal, tais delegações já se dão empiricamente, seja sob a forma implícita de delegação, seja através da existência efetiva de regulamentos autônomos, formalmente incabíveis no aparato jurídico brasileiro.⁶⁴

⁶² A relevância de estudos sobre instituições e organizações para os debates sobre consolidação democrática devem ser buscados em James G. March e Johan P. Olsen, **Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics**, The Free Press, N.Y., 1989 e March and Olsen, **Democratic Governance**, The Free Press, 1995. A respeito da consolidação democrática, é imperdível a leitura, ainda atualíssima, de Ralf Dahrendorf, op.cit. Sobre democracia, condensadamente, ver Robert Dahl, **On Democracy**, Yale University Press, New Haven, 1998

⁶³ -Consulte-se, para exemplo importante, a publicação chamada **Federal Regulatory Directory**, Congressional Quaterly Inc., que já por mais de vinte anos publica um detalhado volume sobre as agências regulatórias, legislação, composição, telefones dos dirigentes e principais executivos e departamentos, além de apresentar uma densa introdução sobre o regime regulatório americano, sua história, evolução e controles. A publicação, que agora atinge sua décima primeira edição, beira as mil páginas de densa informação.

⁶⁴ -Cf. Luís Roberto Barroso, **Temas de Direito Constitucional**, Ed. Renovar, Rio/SP, 2001, “Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)”, “ocorreram no regime constitucional anterior inúmeras delegações legislativas copiosamente exemplificáveis. Algumas já vinham de longe e não foram questionadas. Confirme-se, pela lei 1.779, de 22.12.52, criou-se a autarquia Instituto Brasileiro do Café, à qual se cometeram diversas atribuições de cunho normativo...Semelhantemente se passara como o açúcar desde o Decreto 22.779, de 1.6.33. Mais recentemente, foi também por via de delegação que se submeteu a disciplina de todo o setor monetário e financeiro às resoluções do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional, com fulcro na lei 4.595, de 31.12.64...Também no setor de comércio exterior, sucessivos diplomas legais, desde a lei 3.244, fr 1957, repassaram a órgãos do Executivo vastíssimas competências de cunho normativo. O mesmo se dava no campo das telecomunicações, onde o Conselho Nacional das Telecomunicações, subordinado ao Presidente da República, desempenhava funções de igual natureza. Carlos Ari Sunfeld argumenta que poderá ter havido delegação de poder legislativo à ANATEL. Leila Cuéllar, por outro lado, argumenta pela impossibilidade formal de se entender como delegação legislativa as atividades normativas das agências, por razões inerentes mesmo aos preceitos constitucionais brasileiro,entretanto advoga fortemente a necessidade de se admitir a existência de regulamentos autônomos, argumentando que “já se ultrapassou o momento histórico de uma ‘aceitação’ ou ‘negativa’ absolutas ao poder regulamentar autônomo, sem um espaço entre as duas conclusões. “Em verdade, a principal preocupação que deve ser desenvolvida pela doutrina não está na simples resposta positiva ou negativa a algo que faz parte do cotidiano jurídico brasileiro (grifo meu), mas a tentativa de construção de um conjunto hermenêutico que busque, antes do que “legitimar” a existência de regulamentos autônomos, desenvolver um leque de controle de tais atos administrativos. “Antes do que admitir (ou negar) os regulamentos, tal qual existem no direito administrativo estrangeiro, pretender a elaboração de regras hermenêuticas que permitam o seu uso e vedem o seu abuso”, opus cit., p. 123.

Anexo

Quadro 1 Finalidade das Agências Nacionais

Nº	Nome da Agência	Finalidade
1	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Agência Executiva – INMETRO	Tem “a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.” (Art. 1º da Lei nº 5.966)
2	Agência Espacial Brasileira – AEB	“...a finalidade de promover o desenvolvimento das atividades espaciais de interesse nacional... À AEB compete:... XIII. estabelecer normas e expedir licenças e autorizações relativas às atividades espaciais; XIV. aplicar as normas de qualidade e produtividade nas atividades espaciais.” (Art. 1º e art. 3º da Lei nº 8.854)
3	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	“Tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.” (Art. 2º da Lei nº 9.427)
4	Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	“Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.” (Art. 1º da Lei nº 9.472)
5	Agência Nacional do Petróleo – ANP	“A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”. (Art. 1º da Lei nº 9.478)
6	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA	“A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras”. (Art. 6º da Lei nº 9.782)
7	Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	“A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.” (Art.3º da Lei nº 9.961)

Nº	Nome da Agência	Finalidade
8	Agência Nacional de Águas – ANA	Tem “a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.” (Art. 3º da Lei nº 9.984)
9	Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	“Implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros” (Art. 20º da Lei nº 10.233)
10	Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ	“Implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros” (Art. 20º da Lei nº 10.233)
11	Agência Nacional de Cinema	“A ANCINE terá as seguintes competências: executar a política nacional de fomento ao cinema, definida na forma do art. 3º; fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento; promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; aplicar multas e sanções, na forma da lei; regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; coordenar as ações e atividades governamentais referentes à indústria cinematográfica e videofonográfica, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações...” (Art. 7º Medida Provisória nº 2.228-1)
12	Comissão de Valores Mobiliários	A CVM irá: “ I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; II - administrar os registros instituídos por esta Lei; III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; IV - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.” (Art 8º Lei nº 6.385)

Fonte: Leis das agências

Quadro 2 Finalidade das Agências Estaduais

Nº	Nome da Agência	Finalidade
1	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE	A agência “ exercerá o poder de direção, regulação e fiscalização sobre serviços públicos delegados com a finalidade última de atender o interesse público, mediante normatização, planejamento, acompanhamento, controle e fiscalização das concessões e permissões submetidas à competência da ARCE.” (Art. 3º da Lei nº 12.786)
2	Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro ASEP-RJ	“A Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos nos quais o Estado figure, por disposição legal ou pactual, com o Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes ficando excluídos da competência da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ e dos efeitos desta Lei os serviços públicos previstos no Decreto-Lei nº 276, de 22 de julho de 1975, cuja disciplina foi outorgada à autarquia, criada pela Lei nº 1.221, de 06 de novembro de 1987.” (Art. 2º da Lei nº 2.686)
3	Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos - ARCON	Agência “ revestida de poder de polícia, com a finalidade de regular e controlar a prestação dos serviços públicos, de competência do Governo do Estado do Pará, cuja exploração tenha sido delegada a terceiros, entidade pública ou privada, através de concessão, permissão ou autorização.... poderá exercer as funções de regulação e controle dos serviços de competência de outras esferas de Governo, que lhe sejam delegados”. (Art. 1º da Lei nº 6.099)
4	Agência Estadual de Regulação do Serviço Público Delegado do Rio Grande do Sul - AGERGS	“Compete a agência, observada a competência própria dos outros entes federados, controlar e fiscalizar, bem como, se for o caso, normatizar, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convencional ou contratual, ou por ato administrativo, ao Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias, fundações públicas, ou entidades paraestatais...” (Art. 2º da Lei nº 10.931)
5	Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE	“A Comissão terá por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade do fornecimento dos serviços públicos de energia, os preços, tarifas e demais condições de atendimento aos usuários de tais serviços. A Comissão reger-se-á pelas seguintes diretrizes: coibir a ocorrência de discriminação no uso e acesso à energia; proteger o consumidor no que respeita a preços, continuidade e qualidade do fornecimento de energia; aplicar metodologias que proporcionem a modicidade das tarifas; assegurar à sociedade amplo acesso a informações sobre a prestação dos serviços públicos de energia e as atividades da Comissão, assim como a publicidade das informações quanto à situação do serviço e aos critérios de determinação das tarifas. Para a consecução de suas finalidades, a Comissão poderá celebrar convênios com órgãos ou entidades da União, Estados e Municípios, referentes aos serviços públicos de energia no Estado de São Paulo.” (Art. 2º da Lei Complementar nº 833)
6	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA	“..tem por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade dos serviços públicos concedidos, permissionados e autorizados, nos segmentos de energia, transportes e comunicações...” (Art. 1º da Lei nº 7.314)
7	Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe - ASES	A agência “tem por finalidade exercer o poder de regular e de fiscalizar as concessões e permissões de serviços públicos nas quais o Estado de Sergipe, por disposição legal ou delegação, figure como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e contratuais pertinentes, e, em especial, das disposições emanadas da Lei nº 3.800, de 26 de dezembro de 1996.” (Art. 4º da Lei nº 3.973)
8	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais - ARSEMG	A agência “tem por finalidade regular e fiscalizar o uso ou a exploração por terceiros, com finalidade lucrativa, de bens pertencentes ao Estado, assim como a prestação, em regime de concessão ou permissão, precedidos ou não da execução de obra pública...” (Art. 2º da Lei nº 12.999)

Nº	Nome da Agência	Finalidade
9	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP).	"A ARSEP tem por finalidade regular, controlar e fiscalizar os serviços públicos delegados, nos termos desta Lei e demais normas legais e regulamentares pertinentes. As atribuições conferidas à ARSEP serão exercidas com o objetivo de preservação do interesse público e abrangerão as concessões, permissões e autorizações submetidas à sua competência originária ou delegada." (Art. 2º da Lei nº 7.758)
10	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER/MT	"Compete a AGER/MT, observada a competência própria dos outros entes federados, controlar e fiscalizar, bem como se for o caso, normatizar, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual, ou por ato administrativo do Estado de Mato Grosso, suas autarquias e fundações públicas ou entidades paraestatais..." (Art. 3º da Lei nº 66)
11	Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim - AGERSA	"A AGERSA tem como finalidade promover a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços de saneamento concedidos, permitidos, autorizados ou operados diretamente pelo poder público municipal. À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento da prestação de serviço de saneamento atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade, publicidade..." (Art. 2º e Art. 7º da Lei nº 4.798)
12	Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos - AGR	A agência tem "a finalidade de regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de competência do Estado de Goiás, cuja exploração tenha sido delegada a terceiros, entidade pública ou privada, através de lei, concessão, permissão ou autorização, reger-se-á por esta lei. A AGR poderá exercer as funções de regulação, controle e fiscalização dos serviços de competência da União e dos municípios, que lhe sejam delegadas através de lei ou convênio." (Art. 1º da Lei 5.721)
13	Agência Catarinense de Regulação e Controle SC/ARCO	A agência "exercerá o poder de controle, regulação e fiscalização dos serviços públicos delegados, nos termos desta Lei e demais normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes. O poder regulatório da SC/ARCO será exercido com a finalidade última de atender ao interesse público, mediante normatização, planejamento, acompanhamento, controle e fiscalização dos serviços públicos delegados, obedecendo aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência." (Art. 3º da Lei nº 11.355)
14	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado Pernambuco – ARPE	"Compete à ARPE a regulação de todos os serviços públicos delegados pelo Estado de Pernambuco, ou por ele diretamente prestados, embora sujeitos à delegação, quer de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual." (Art. 3º da Lei nº 11.742)
15	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal - AGDF	"Compete à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal; regular a exploração dos serviços públicos outorgados ao setor privado; assegurar a prestação adequada dos serviços prestados pelos outorgados, assim entendidos aqueles que satisfaçam as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade nas suas tarifas; garantir a harmonia entre os interesses dos usuários e dos concessionários, permissionários, autorizatários, arrendatários e delegatários dos serviços públicos." (Art 6º do Decreto nº 21.170)
16	Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande – Agência de Regulação	"...regulará serviços públicos delegados prestados no município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, de sua competência ou a ele atribuídos por outros entes federados, em decorrência de norma legal, regulamentar ou pactual." (Art. 3º da Lei 3.837)
17	Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo - AGESP	"Compete ao Estado, por intermédio da agência e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo Legislativo, organizar e regular a exploração de serviços públicos estaduais. A organização e a regulação compreendem, especialmente, o disciplinamento e a fiscalização das concessões, permissões e autorizações de prestação de serviços públicos e exploração de obras públicas." (Art. 1º da Lei 5.721)

Fonte: Lei de criação das agências

Sobre o Autor

Edson Nunes

enunes@candidomendes.br

Ph. D. em Ciência Política, pela U.C. Berkeley, mestre em Ciência Política pelo IUPERJ. Graduou-se em Direito e Ciências Sociais na UFF. Foi pesquisador e Vice-Presidente executivo do IPEA, Secretário Geral-Adjunto do Ministério do Planejamento, Presidente do IBGE, Representante do Ministro do Planejamento no Rio de Janeiro e membro do Conselho de Administração do BNDES, FINEP e Dataprev. É professor do mestrado em Economia Empresarial e da Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas do Rio de Janeiro, da Universidade Candido Mendes e Diretor Geral do Databrasil – Ensino e Pesquisa. Atualmente, exerce a função de Pró-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento da Universidade Candido Mendes, onde Coordena o Núcleo de Análise Interdisciplinar da Política Educacional e Regulatória (NAIPER). Seus trabalhos recentes incluem artigos de natureza acadêmica e jornalística, bem como relatórios de consultoria para agências brasileiras e internacionais. É conferencista de vários programas de pós-graduação e de desenvolvimento gerencial, onde discute temas relativos à conjuntura política, políticas públicas e o Estado brasileiro. Autor de **A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático**, Jorge Zahar Editor, 1997; **A Revolta das Barcas: Populismo, Violência e Conflito Político**, Editora Garamond, 2000; **Teias de Relações Ambíguas: Regulação e Ensino Superior**, MEC/INEP, 2001, no prelo -. Organizador dos livros, **A Aventura Sociológica: Objetividade, Paixão, Improviso e Método na Pesquisa Social**, Zahar, 1978; **State and Society in Brazil: Continuity and Change**, Westview, 1987, em conjunto com John Wirth e Tom Bogenschield; e **“Reforma Administrativa, Reforma Regulatória: a Nova Face da Relação Estado-Economia no Brasil”**, GT de Política e Economia, XXII Encontro Anual da ANPOCS - MG, 1998 e GT de Política, Economia e Relações Internacionais, Primeiro Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política - Rio, 1998. Co-autor, com André Nogueira e Leandro Molhano Ribeiro, de **Futuros Possíveis, Passados Indesejáveis: selo de qualidade da OAB, Provão e ensino superior no Brasil**, Garamond, 2001; **Política Social e Reforma Fiscal: as áreas de educação e saúde**, com José Brakarz, Estudos Econômicos, v.23, nº especial, 1993, USP – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE; **Evolução; Institucionalização do Ensino superior Privado no Brasil: 1968-1990**, UCAM/Banco Mundial, 1994, com Laura Dantas; **Política Social e Reforma Fiscal: as áreas de saúde e educação no Brasil**, com André Nogueira; **"Instituições, Poder e Política na Saúde: Um Marco de Referência"**, com André Nogueira, in Série Desenvolvimento de Políticas de Saúde Nº 2. Brasília, Organização Pan-americana da Saúde, 1993; e **Dilemmas of State-led Modernization in Brazil**, com Barbara Geddes, em Cadernos Iuperj, Série Estudos, 39, também publicado em Wirth, Nunes & Bogenschield.