

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 41 • nº 164  
outubro/dezembro – 2004

# Mudanças no arranjo institucional regulatório

Comentários sobre as propostas em tramitação no Congresso Nacional

Márcio de Oliveira Júnior  
Rafael Silveira e Silva

## Sumário

1. Introdução. 2. Considerações teóricas sobre a regulação econômica. 3. PEC nº 81, de 2003. 4. Projeto de Lei nº 3.337, de 2004. 4.1. Transferência de atribuições. 4.1.1. Uso de critérios subjetivos políticos de outorga. 4.1.2. Perda de estabilidade regulatória. 4.2. Mandatos. 4.3. Consulta pública. 4.4. Contratação de especialistas. 4.5. Contrato de gestão e desempenho. 4.6. Ouvidorias. 4.7. Defesa da concorrência. 4.8. Colaboração federativa. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Entre todos os assuntos que chamaram a atenção no início do governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, um foi particularmente polêmico, pois demarcou uma divisão de posturas em relação ao governo anterior: o papel e a autonomia das agências reguladoras.

Essas entidades públicas e independentes foram idealizadas partindo-se da concepção de que não seriam suscetíveis a pressões políticas. Criadas na administração Fernando Henrique Cardoso, por meio de leis aprovadas pelo Congresso Nacional, não são considerados órgãos pertencentes a um determinado governo, mas ao Estado, e ganharam notoriedade e relevância a partir do processo de desestatização, ao regular as relações entre poder público e privado.

Logo no início do mandato presidencial, em 2003, a postura dos partidos da base

Márcio de Oliveira Júnior é Consultor Legislativo do Senado Federal, doutorando em economia pela UFRJ, ex-Pesquisador do IPEA-RJ.

Rafael Silveira e Silva é Consultor Legislativo do Senado Federal, mestrando em ciência política pela UnB, ex-Analista do Banco Central, ex-Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

aliada revelou divergências em relação ao modelo vigente. Essa atitude causou grande discussão e principalmente desconforto nas administrações das agências reguladoras e nos diversos segmentos de mercados afetados, uma vez que esses órgãos foram idealizados dentro de uma estrutura que inviabilizasse influências políticas.

De qualquer modo, há certo consenso de que existem problemas relativos às agências reguladoras, mas boa parte deles pode ser sanada. Pode-se destacar, entre eles, o fato de que as agências muitas vezes podem extrapolar suas funções, atuando em áreas de exclusiva competência dos ministérios, como o planejamento de políticas públicas.

Esse aspecto, contudo, não pode ser atribuído tão-somente às agências, tendo em vista que, eventualmente, houve falhas de planejamento, o que provocou um vácuo institucional. Nesse caso, as agências preencheram esse vazio, realizando o trabalho que deveria ter sido desenvolvido pelos ministérios.

As agências fazem parte de um modelo novo de Estado já implantado em diversos países do mundo. Logo, em razão de ser um modelo recente, ainda em implementação no Brasil, tais dificuldades são decorrentes do período natural de maturação de uma nova estrutura, que necessita de algum tempo até oferecer resultados positivos<sup>1</sup>. Desmontar por completo a estrutura vigente hoje será um movimento extremamente maléfico à maturidade institucional de que o Brasil necessita.

Assim, ainda que ocorram vozes divergentes, o novo governo tem demonstrado ser favorável às agências, entretanto, dentro de moldes diferenciados, por meio dos quais a agência regula e fiscaliza e o ministério traça as políticas. Portanto, parece estar sendo estabelecida uma tendência na qual os ministérios procuram fortalecer suas missões institucionais e reforçar seus quadros com vistas a evitar um novo vácuo no planejamento, como já ocorrido no passado.

Nesse contexto, duas propostas legislativas que tramitam no Congresso refletem

tendências políticas diferenciadas. A Proposta de Emenda Constitucional nº 81, de 2003, que objetiva assegurar a independência das agências reguladoras, e o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, que tem por finalidade precípua disciplinar essa mesma independência, readequando o papel dos ministérios setoriais e das agências.

No presente texto, pretende-se realizar comentários analíticos acerca das citadas proposições legislativas, com base nos fundamentos teóricos que tratam a questão da independência das agências regulatórias.

## *2. Considerações teóricas sobre a regulação econômica*

Antes de entrar especificamente nas considerações teóricas, é necessário definir o que se entende por regulação. Segundo Villela e Maciel (1999, p. 8), é o estabelecimento de meios para exercer o controle social de mercados. Para isso são necessárias regras explicitadas em leis, decretos, concessões, contratos, decisões de órgãos reguladores, entre outros.

Para Peci e Bianor (2000, p. 2), o conceito de regulação não se encontra claro na doutrina jurídica brasileira. Na área jurídica, a regulação se fundamenta na idéia de uma “razão” que visa garantir a permanência, a estabilidade e a manutenção de uma determinada ordem social e política. Os autores também fazem remissão a uma dimensão “esquecida” da regulação, a política, sendo que a regulação busca o equilíbrio de diferentes atores, com poderes e ideologias desiguais.

Observa-se, então, um predomínio dos estudos na área de regulação enfocados especialmente no lado econômico. Tal aspecto também pode ser explicado pela necessidade imposta pelas circunstâncias de adoção da regulação para os setores de infraestrutura econômica e serviços de utilidade pública, tendo em vista o processo de privatização. Esses setores, por sua vez, apresentam características peculiares, a saber:

(i) seus investimentos não são facilmente recuperáveis. Há nesses setores aquilo que os economistas chamam de *sunk costs* (custos não recuperáveis ou custos afundados). Isso ocorre porque as tecnologias usadas por esses setores são bastante específicas;

(ii) há, em grande parte dos casos, aquilo que os economistas chamam de monopólio natural, ou seja, o mercado comporta poucas firmas. Se houver uma grande quantidade de firmas no mercado, seus custos unitários e, conseqüentemente, seus preços serão muito altos porque elas não serão capazes de explorar as economias de escala;

(iii) os produtos fornecidos pelas empresas são essenciais para grande parte dos consumidores, sendo que eles não encontram com facilidade, no mercado, produtos ou empresas prestadoras de serviços substitutos.

As três características expostas acima são úteis para compreender por que há a necessidade de regular os setores de infraestrutura e de serviços de utilidade pública. Como há monopólios naturais em grande parte desses setores, as empresas têm poder de mercado. Mesmo tendo custos unitários mais baixos, as empresas podem não repassá-los aos consumidores. Pelo contrário, elas podem usar seu poder de mercado para cobrar altos preços e/ou reduzir a produção. Em ambos os casos, os consumidores seriam prejudicados (basta lembrar que os produtos geralmente são essenciais e que não existem substitutos próximos). Para evitar que isso ocorra, os governos podem regular os preços cobrados pelas empresas, de modo a proteger os consumidores.

A tendência é que o órgão regulador fixe os preços em patamares próximos aos custos. Mas as empresas são vulneráveis à ação do governo. Este pode determinar preços abaixo do custo, causando-lhes prejuízos. Dado que, como discutido acima, os investimentos não são facilmente recuperáveis, as firmas não podem sair do mercado sem incorrer em altos custos. Elas também não poderiam fazer os investimentos necessá-

rios à manutenção da qualidade do serviço. Portanto, a regulação é útil para proteger também as empresas, que estão sujeitas à ação discricionária do governo. Segundo Salgado (2003, p. 2), o grande desafio da regulação econômica é encontrar o ponto ótimo que viabilize a lucratividade das firmas e o bem-estar dos consumidores, na forma de disponibilidade de bens e serviços de qualidade a preços razoáveis.

As atuais agências reguladoras existentes no Brasil começaram a ser criadas em meados da década passada, sendo parte da revisão do papel do Estado na economia brasileira. As Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995, introduziram a permissão para que serviços públicos pudessem ser ofertados por empresas privadas (Salgado, 2003, p. 1). Até então os serviços de infra-estrutura eram fornecidos por empresas estatais. É difícil imaginar um órgão do Estado – uma agência – regulando um outro órgão de Estado – uma empresa estatal. Com a privatização, a situação mudou. Tornou-se necessário regular empresas privatizadas para lhes garantir uma rentabilidade adequada e para proteger os consumidores.

Não obstante, a atuação do poder público na área regulatória passou a ser também objeto de atividades cujo exercício é muitas vezes atribuído aos setores público e privado, bem como a múltiplos atores, exigindo uma forma de articulação institucional mais ágil e eficaz. Dessa maneira, desponta o interesse em regular atividades de relevância social, ampliando-se o escopo da atividade regulatória para além do setor de infra-estrutura, principalmente quando os agentes não são ainda capazes de disciplinar suas condutas pautando-se no equilíbrio entre interesses público e privado<sup>2</sup>.

Muito embora a esfera econômica seja um espaço importante, ela somente pode ser colocada com êxito na prática caso outras dimensões como o embasamento legal do modelo, a estrutura institucional das agências, a ampla participação da sociedade civil organizada, entre outras, sejam levados

em consideração (Peci e Bianor, 2000, p. 2). Assim, a noção da intervenção estatal também no âmbito das relações sociais não foi colocada no seu devido destaque, mormente em se tratando do patamar de relevância dado na própria Constituição aos chamados “direitos sociais”, entre os quais a educação, saúde e previdência (Constituição, art. 6º, *caput*).

Todos esses aspectos revelam que a independência decisória e financeira é fundamental para as agências regulatórias. No caso do Brasil, elas foram legalmente estabelecidas na forma de autarquias especiais e com a previsão de que receitas compostas, basicamente, por recursos próprios. Nesse desenho institucional, as agências ficam dispensadas de subordinação hierárquica, embora sejam vinculadas aos ministérios setoriais, e ganham agilidade operacional. A independência ficou mais assegurada pelo fato de que o regime regulatório foi estabelecido sob forma de leis, tornando difícil a sua alteração sem que um debate ocorra no Congresso (Pires e Goldstein, 2001).

Além de contar com fontes de recursos próprios para reduzir sua dependência de verbas orçamentárias politicamente dirigidas, Villela e Maciel (1999, p. 17) listam mais algumas condições para que as agências tenham de fato independência. São elas:

(a) que os reguladores tenham mandatos, para que sejam extintas ou limitadas as pressões políticas;

(b) que os reguladores sirvam por prazos fixos;

(c) que os reguladores tenham competência profissional ou outras qualificações e que sua nomeação envolva os poderes Executivo e Legislativo;

(d) que os mandatos dos reguladores não sejam coincidentes, para que se reduza a relação com um governo em particular;

(e) que as agências sejam isentas das escalas salariais dos servidores públicos, atraindo profissionais mais qualificados;

(f) que se estipulem padrões elevados de transparência nos atos regulatórios.

Mesmo com independência em relação a pressões políticas, não há garantias de que os reguladores atuarão com isenção em processos envolvendo empresas reguladas e consumidores. Há os que defendem que isso ocorre porque as empresas reguladas podem capturar o regulador e levá-lo a agir em seu interesse (Teoria da Captura)<sup>3</sup>. A resultante do desenvolvimento e integração destes dois conceitos – grupos de interesse e *rent-seeking* – foi que o Estado deixou de ser visto, no papel de agente regulador, como uma entidade cuja atuação econômica estava fundamentalmente voltada para o bem público.

Segundo Salgado (2003, p. 6), grupos compactos e bem organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos. Os grupos de produtores geralmente são mais bem organizados que o conjunto dos consumidores e por isso se beneficiam mais da regulação. Ainda segundo a mesma autora, a Teoria da Captura dá ênfase aos resultados do processo e não aos procedimentos. A maneira pela qual as firmas capturam os reguladores não é levada em consideração.

Salgado (2003, p. 7) também discute a Teoria da Escolha Pública, segundo a qual é um erro supor que as políticas públicas são conduzidas por motivações alheias ao interesse pessoal dos envolvidos – políticos e burocratas – e em nome de alguma entidade abstrata chamada de “interesse público”. Para o caso em discussão, isso significa que os reguladores podem agir em interesse próprio.

Por outro lado, os agentes reguladores não são eleitos, o que torna a discussão da independência particularmente relevante relativamente ao debate democrático. Nesse sentido, os formatos de regulação praticados no Brasil e em outros países europeus têm apresentado falhas, especialmente no que tange à insuficiente responsabilização política das agências regulatórias independentes (Melo, 2001, p. 55). Assim, a questão do controle democrático dessas agências

passou a ocupar papel relevante na agenda de debates no âmbito do governo e do Congresso Nacional, uma vez que as relações entre representação e responsabilização são essenciais para o desenlace da temática da independência de agências.

Para manter o equilíbrio entre a autonomia dos reguladores e sua responsabilização, Villela e Maciel (1999, p. 17) propõem as seguintes medidas:

(a) demitir o regulador em caso de irregularidade comprovada;

(b) estipular claramente os deveres na lei;

(c) estipular elevados padrões de transparência nos procedimentos regulatórios;

(d) estipular exigências rigorosas na feitura de relatórios, inclusive um relatório anual;

(e) estipular escrutínio legislativo das propostas orçamentárias da agência.

Embora não eliminem o risco de que os reguladores ajam em interesse próprio ou sejam capturados pelas empresas reguladoras, os itens apontados por Villela e Maciel (1999) são importantes para reduzi-lo. Por isso seria interesse observá-los em uma legislação.

### 3. PEC nº 81, de 2003

Cada agência foi criada por uma lei específica, não havendo, até o momento, uma Lei Geral das agências reguladoras. O modelo de agências se ressentia de um arcabouço jurídico-institucional, dispondo somente de normas infraconstitucionais avulsas e tópicas. A regulação da atividade econômica é mencionada em apenas três dispositivos constitucionais: (i) no inciso XI do art. 21, relativo às telecomunicações; (ii) no inciso III, § 2º, do art. 177, que trata do monopólio do petróleo; e (iii) no art. 174, que atribui ao Estado o papel de regulador da atividade econômica.

A PEC nº 81, de 2003, de autoria do Senador Tasso Jereissati, não contraria quaisquer dos citados dispositivos. Ao contrário, tende a ocupar uma lacuna no ordenamen-

to jurídico-constitucional referente à regulação da atividade econômica, amoldando-se perfeitamente ao atual sistema constitucional. A proposta pretende, em síntese, constitucionalizar os princípios da atividade reguladora, muitos dos quais já presentes nas diversas leis que criaram as agências reguladoras. O espírito que norteia a PEC nº 81, de 2003, é o da “blindagem” da independência das agências reguladoras, tornando inconstitucionais quaisquer tentativas de reduzi-la.

A necessidade de uma Lei Geral das Agências Reguladoras continua a existir e, aliás, é prevista na própria PEC nº 81, de 2003. Esta terá por finalidade estabelecer suas regras de composição e funcionamento, respeitando e concretizando os princípios constitucionais.

Entre os princípios que estão propostos na atividade regulatória (incisos I a XIV do art. 1º da PEC nº 81, de 2003), há a garantia de autonomia para as agências. O inciso VIII garante a independência funcional, decisória, administrativa e financeira das agências. O inciso XI garante a investidura a termo dos dirigentes das agências e a sua estabilidade durante os mandatos. Há também a exigência de capacidade técnica e reputação ilibada para os dirigentes das agências reguladoras (inciso XII).

Entretanto, com base nos argumentos defendidos no arcabouço das teorias da captura e da escolha pública, expostas na seção anterior, uma excessiva independência das agências, garantida até mesmo no texto constitucional, poderia ser considerada negativa. Caso as agências atuem em interesse próprio ou sejam capturadas pelas empresas reguladas, o Poder Executivo pode ficar sem instrumentos para corrigir essas distorções. O mesmo raciocínio vale para o caso em que as agências reguladoras não se alinharem aos objetivos de políticas públicas definidos pelos ministérios setoriais. Esses dois casos podem ser agravados caso a estabilidade dos dirigentes das agências seja incontestável.

Nesse sentido, alguns dos princípios apresentados para a atividade regulatória (incisos I a XIV do art. 1º da PEC nº 81, de 2003) reduzem o risco de que uma excessiva independência ocorra. O inciso I, por exemplo, estabelece que a proteção do interesse público deve ser observada. O inciso IV, por sua vez, determina que deva haver a prestação de contas. Há ainda a determinação de que a regulação garanta a universalização, a continuidade e a qualidade dos serviços (inciso VI). De acordo com o inciso VII, a regulação deve respeitar os preceitos de imparcialidade, transparência e publicidade. A forma de decisão nas agências também é tratada nos incisos IX e X, devendo ser colegiada em agências reguladoras e monocrática, mas recorrível a colegiado, em agências executivas, o que lhe dá maior transparência e publicidade. Assim sendo, legislação infraconstitucional que tratar do tema poderia “limitar” a independência das agências para que eventuais problemas de influência excessiva de grupos de interesse sejam evitados<sup>4</sup>.

Também se nota no texto da PEC nº 81, de 2003, a preocupação em inserir dispositivos que preservem a estabilidade do ambiente regulatório. Entre eles, pode-se citar o inciso V do art. 1º, que prevê a mínima intervenção das agências na atividade empresarial, e os incisos XIII e XIV, que estabelecem, respectivamente, a estabilidade e a previsibilidade das regras e a vinculação da atividade reguladora aos regulamentos, contratos e pactos.

Entre os princípios que regerão a atividade regulatória, caso a PEC nº 81, de 2003, seja aprovada, estão alguns de caráter mais geral, como a defesa do consumidor e da concorrência (inciso II) e a promoção da livre iniciativa (inciso III). No entanto, é necessário chamar a atenção para o fato de que, no caso da defesa da concorrência, há um tratamento diferenciado para parte dos setores regulados.

As agências reguladoras instauram os processos e instruem atos de concentração

e processos relativos a condutas potencialmente anticompetitivas e os encaminham para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) julgar. Para os demais setores da economia, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes a análise dos atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, sendo o CADE a instância julgadora.

No tocante à inclusão de matéria diversa ao tema da regulação econômica no texto da PEC nº 81, de 2003, há, como foi discutido anteriormente, alguns dispositivos de ordem geral (incisos II e III do art. 1º), que já constam nos incisos II, IV e V do art. 170 da Constituição Federal, que estabelece os princípios da ordem econômica. Eles dizem respeito à defesa do consumidor e da concorrência e à promoção da livre iniciativa.

Mesmo levando-se em conta as vantagens proporcionadas pelos dispositivos, bem como seu conteúdo de caráter genérico, o art. 174-A proposto pela PEC acaba fazendo parte dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (Capítulo I, Título VII da Constituição), o que nos remete novamente à questão da generalização da temática das agências regulatórias em torno dos aspectos econômicos, ou melhor dizendo, em relação à clareza do desenho institucional adotado.

Isso, se verificado de maneira rigorosa, poderia implicar incoerência com as demais atividades exercidas por agências cujas funções fossem, além da fiscalização e normatização, a aplicação e a coordenação de políticas públicas referentes à Ordem Social da Constituição, contrariando a intenção do legislador. Dessa forma, os princípios não seriam estendidos a todas as agências.

É o caso, por exemplo, da ANA, da ANS e da Anvisa, que exercem, na visão de

Salgado (2003, p. 34), funções típicas de uma agência executiva, que, “ao mesmo tempo que fiscaliza, em perspectiva regulatória, o funcionamento dos mercados que compõem sua área de atuação, executa diretrizes de governo”. Essa diferenciação é interessante, pois demarca o que seria uma típica agência reguladora, que cuida de áreas tipicamente do universo econômico e que deve aplicar a lei na forma estabelecida pelo Poder Legislativo, como é o caso da Aneel, ANP e Anatel.

Portanto, dois raciocínios podem ser evidenciados:

a) o efeito da constitucionalização dos princípios busca justamente descaracterizar essa classificação técnica entre as agências, tipificando-as todas como regulatórias, com mais ou menos viés de atuação em mercados (mesmo a ANA e a Anvisa também cuidam da regulação de preços de serviços e de produtos);

b) os princípios da regulação elencados na PEC não se aplicariam à atuação das agências executivas, ou de governo, no campo social.

#### 4. Projeto de Lei nº 3.337, de 2004

Em março de 2003, foi criado, por determinação do Presidente da República, um Grupo Interministerial de Trabalho para (i) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliar o papel das agências reguladoras; e (iii) propor medidas corretivas ao modelo adotado.

A partir das propostas do referido Grupo de Trabalho, o Poder Executivo iniciou, em setembro de 2003, consulta pública acerca de dois anteprojetos de lei referentes ao tema. O primeiro deles dispunha sobre a gestão, organização, controle social e competências das agências reguladoras federais, abrangendo todas as “autarquias especiais”, caracterizadas como tal em suas leis instituidoras – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência

Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional do Cinema (Ancine). O segundo anteprojeto tratava de alterações de dispositivos das leis de regência de cada uma das agências de infra-estrutura: Aneel, Anatel, ANP, ANTT e ANTAQ.

Os dois anteprojetos de lei foram consolidados no Projeto de Lei (PL) nº 3.337, de 2004, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em abril do mesmo ano. Essa proposição legislativa traz várias alterações de vulto em relação à legislação vigente. Destacam-se as seguintes mudanças:

I – a transferência do poder de concessão das agências reguladoras para o Poder Executivo, ou seja, para os Ministérios setoriais;

II – a alteração e a uniformização dos mandatos dos diretores das agências (tanto os mandatos como as formas de escolha dos dirigentes passam a ser os mesmos para todas as agências);

III – a ampliação das hipóteses de atos das agências reguladoras nos quais caberia submissão à consulta pública antes de sua adoção;

IV – assegura às associações de proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar até três especialistas no objeto da consulta pública para acompanhar o processo e lhe assessorar, sendo esta a quarta mudança;

V – a introdução do Contrato de Gestão entre as agências e os ministérios setoriais;

VI – introdução da obrigatoriedade da figura do Ouvidor, que passa a existir em todas as agências, com a ampliação e o fortalecimento do seu poder, sendo enfatizado o seu papel de “representante dos usuários”;

VII – a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econô-

mico (SDE) do Ministério da Justiça passam a instruir atos de concentração e processos relativos a condutas anticompetitivas;

VIII – são estabelecidas regras para a interação entre as agências reguladoras federais e os órgãos de regulação estaduais e municipais.

Constituída uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, onde a proposição ainda tramita, com o objetivo de apreciar o Projeto do Poder Executivo, foi designado Relator da matéria o Deputado Leonardo Picciani (PMDB/RJ), cujo parecer propôs a apresentação de Substitutivo, o qual não apresenta grandes diferenças com o Projeto de Lei do Executivo.

Como metodologia de análise adotar-se-á como base o texto do Substitutivo, mediante o qual serão destacados os pontos em que houver diferenças importantes em relação ao projeto apresentado pelo governo. Será examinado o mérito das nove alterações mais importantes ali contidas<sup>5</sup>.

Antes, porém, de iniciar os comentários sobre as modificações acima descritas, é interessante notar um detalhe em ambas as minutas. A técnica de redação utilizada no art. 1º fixa quais são as agências reguladoras, não por meio de um conceito, o qual poderia ser aplicado a qualquer outra agência que viesse a ser criada. Ao contrário, o texto é enunciativo, pontuando uma a uma as agências hoje constituídas, sem fazer qualquer ressalva a futuras agências.

Tal aspecto pode ser revelador, na medida em que pode denotar ou intenção do governo em impedir o prosseguimento do modelo institucional adotado ou uma falha de percepção. Desse modo, entende-se mais conveniente e razoável que a própria lei, por uma exigência de clareza e segurança, deve, muitas vezes, formular definições explícitas e estipulativas para sua correta interpretação e aplicação.

#### *4.1. Transferência de atribuições*

De acordo com a nova regra proposta no Substitutivo, a concessão e a expedição de

normas para outorgas de exploração de serviços serão atribuições dos Ministérios setoriais. Estes também editarão os atos de outorga e de extinção de direito de exploração e celebração de contratos de concessão de serviços. Os Ministérios setoriais poderão delegar essa tarefa para as agências reguladoras. Pela regra atual, essa é uma atribuição das agências.

Segundo a exposição de motivos, uma das principais distorções do papel das agências detectadas foi o seu exercício de competências de governo, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. Nesse sentido fica claro que, com a nova regra, há o objetivo de explicitar a divisão de trabalho entre as agências reguladoras e os Ministérios setoriais. Aquelas apenas implementariam as políticas públicas definidas pela lei e pelo Poder Executivo.

A nova regra não representa uma ruptura com o modelo de Estado adotado no Brasil nos anos 90, mas estabelece importantes modificações. Volta a ser o Poder Executivo o ente que formula políticas públicas e outorga concessões para que os serviços de utilidade pública sejam prestados por empresas privadas, tarefas que ficavam a cargo das agências reguladoras. Isso vai ao encontro de críticas feitas à independência das agências reguladoras: (i) a coerência de políticas no conjunto do governo pode ser reduzida, dado que elas são “desenhadas” pelo Poder Executivo e implementadas por um órgão independente deste; (ii) a agência pode se tornar tão forte que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado; (iii) as agências replicariam um “Estado dentro do Estado”, com funções legislativas, executivas e judiciárias.

Devem-se questionar, então, quais são os riscos de uma nova regra que reduz a independência e o escopo de atuação das agências reguladoras. Relembrando Salgado (2003), essa iniciativa inspira-se no conceito de agências de atuação executiva, na me-

dida em que coloca a autarquia na condição de executora de políticas traçadas mediante diretrizes ministeriais. Mais adiante, a introdução da figura do contrato de gestão fortalecerá essa noção.

#### 4.1.1. *Uso de critérios subjetivos políticos de outorga*

O critério de escolha do concessionário deve ser técnico, reduzindo-se ao máximo a chance de outorga a empresas menos eficientes. A justificativa para essa proposição reside no fato de que o consumidor pode ser prejudicado pela escolha do prestador de serviço. Se isso ocorrer, o objetivo mor da regulação econômica – encontrar o ponto ótimo em que consumidores são protegidos e em que as firmas têm um lucro razoável – será contrariado. É necessário manter mecanismos impessoais como o instrumento essencial de políticas públicas quando se trata da concessão de serviços públicos.

O Substitutivo apresentado ao Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, não altera o princípio de conceder a prestação de serviços às firmas que ofereçam menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda. Isso mitiga o risco apontado acima, mas não o elimina. Isso ocorre porque o texto determina que o Poder Executivo (o Poder Concedente) estabelecerá as diretrizes sob as quais o processo de licitação será levado a cabo. É necessário ressaltar ainda que as agências reguladoras somente disciplinarão e operacionalizarão as licitações quando essa prerrogativa lhes for concedida pelo Poder Executivo.

Nada garante que as agências serão isentas ao fazer as outorgas. Pode ser que elas, uma vez capturadas pelos interesses das firmas reguladas, usem critérios subjetivos e políticos. A “solução” para o problema poderia ser a mudança do texto, introduzindo um mecanismo que garanta que as agências assessorarão os Ministérios setoriais nos processos de licitação. Isso seria útil também porque elas acumularam conhecimen-

to acerca desses processos e do funcionamento dos mercados objeto de regulação desde a sua criação.

#### 4.1.2. *Perda de estabilidade regulatória*

Poderá ocorrer um *trade-off*: pode-se perder coerência das políticas públicas com a manutenção da atual independência das agências, mas ganha-se compromisso (*commitment*) com a manutenção de uma estabilidade mínima para a política regulatória. Esta é fundamental para que as empresas reguladas possam fazer seus investimentos. O distanciamento das agências em relação ao Executivo, que, segundo os críticos de sua independência, pode levar à negligência com o Executivo ou o Legislativo, é uma garantia de estabilidade do aparato regulatório, evitando uma percepção de que pode haver expropriação regulatória (mudança súbita das regras) por parte do Poder Executivo. O objetivo da independência, peça fundamental do modelo de agências introduzido na década de 90, era garantir às empresas que não haveria expropriação regulatória, o que estimularia o investimento.

Note-se que, nos argumentos favoráveis à independência das agências e à manutenção de suas prerrogativas, existem hipóteses implícitas de que a estabilidade das regras é fundamental para o investimento e de que as agências reguladoras são as suas únicas guardiãs. A estabilidade é importante, mas também deve ser considerado que a situação macroeconômica do País é de suma importância para que investimentos sejam levados a cabo. É difícil imaginar que empresas façam investimentos em cenários recessivos, mesmo com todas as garantias de que haverá estabilidade regulatória. Deve-se também considerar que não há certeza de que o Poder Executivo desrespeitará as regras estabelecidas e praticará a expropriação regulatória.

#### 4.2. *Mandatos*

Outra mudança contida no Substitutivo diz respeito aos mandatos dos diretores das

agências reguladoras. Atualmente não há uma regra única para todas elas. Para a Anatel, os mandatos são de cinco anos, sem recondução. Nos casos da Anvisa e da ANS, os mandatos são de três anos, permitida uma única recondução por igual período. Para a ANP, a ANA, a ANTT e a ANTAQ, os mandatos são de quatro anos, admitida uma recondução por igual período. Os mandatos na Aneel e na Ancine são de quatro anos, vedada a recondução.

De acordo com o texto do Substitutivo, os mandatos dos diretores de todas as agências passarão a ser de quatro anos, vedada a recondução. O texto do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, admitia uma única recondução por igual período. O dispositivo ainda determina que os mandatos se encerrem entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República.

A regra proposta tem o mérito de padronizar os mandatos dos diretores das agências. No entanto, ela pode ser considerada parcialmente nociva à sua independência, principalmente se for permitida a recondução dos diretores ao cargo para um segundo mandato. Isso se deve ao fato de que os diretores tenderão a não contrariar o Poder Executivo, que terá a prerrogativa de reconduzi-los ao cargo. Em tese, apenas no segundo mandato os diretores agiriam com independência em relação ao Executivo. Note-se que o Substitutivo veda a possibilidade de recondução dos dirigentes das agências. Se seu texto prevalecer, as críticas de perda de independência em um primeiro mandato estarão afastadas. No entanto, como não se sabe qual será a redação definitiva, seria recomendável evidenciar as críticas ao texto do Projeto de Lei.

É necessário observar que a nova regra torna mais difícil a demissão dos dirigentes das agências, garantindo-lhes estabilidade por quatro anos e limitando a perda dos mandatos somente aos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. Esse

dispositivo não anula a redução da independência dos dirigentes se supusermos que eles desejarão a recondução a um segundo mandato.

A análise acima trata da independência somente em relação ao Poder Executivo. No entanto, é desejável que as agências também tenham independência em relação às empresas reguladas. Nesse sentido, cabe observar que a redução da independência em relação ao governo pode ser um contrapeso à possibilidade de captura das agências por parte das firmas reguladas. Haveria, pois, maior equilíbrio, já que os dirigentes das agências teriam que prestar contas ao Executivo, as firmas reguladas teriam que influenciar não somente a agência, mas também os Ministérios setoriais.

A nova regra também estabelece a sincronização dos mandatos dos dirigentes das agências ao determinar que eles se encerrem entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República. Esse dispositivo se mostra inoportuno ao levar à perda de parte da memória da hierarquia superior do órgão, o que comprometeria uma mínima estabilidade das políticas regulatórias e a sua qualidade. Seria desejável manter na diretoria pessoas que conhecem bem os problemas que tiveram origem no período anterior, e que ainda são objeto de análise pelas agências.

#### 4.3. Consulta pública

Uma terceira mudança diz respeito à consulta pública, à qual são submetidos, de acordo com a regra atual, apenas os atos normativos. De acordo com o texto do Substitutivo, serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores das agências, os pedidos de revisão de tarifas e as minutas e propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados<sup>6</sup>. O período de consulta pública iniciará sete dias após a publicação de despa-

cho motivado no Diário Oficial e terá a duração mínima de trinta dias.

O texto amplia os casos em que atos das agências reguladoras devem ser submetidos à consulta pública, o que aumenta a sua transparência. Nesse sentido, a medida contribui para que a regulação seja efetiva e encontre o equilíbrio entre a proteção aos consumidores e a garantia de uma taxa de retorno adequada às empresas reguladas.

O ganho de transparência, no entanto, não ocorre sem custos. O dispositivo poderia trazer morosidade às decisões gerenciais das agências. Firmas, consumidores e/ou outras instituições que se sentirem prejudicados por alguma ação das agências podem requerer a sua submissão à consulta para adiar decisões.

A mudança sugerida pelo Relator no Substitutivo parece resolver o problema na medida em que, por um lado, restringe as matérias que serão objeto de consulta pública e, por outro, a estende para os pedidos de revisão tarifária. Este último ponto é extremamente importante para garantir a transparência das agências a respeito de um assunto que interessa diretamente aos consumidores: os valores das tarifas. Ao tornar público o processo de alteração dos preços cobrados pelos serviços, diminui-se o risco de que o regulador seja benevolente com o regulado.

O prazo mínimo de trinta dias pode ser considerado muito longo para a duração da consulta pública, podendo comprometer a agilidade das agências no processo de tomada de decisões. Essa observação é válida para o caso da aprovação do texto original do Projeto de Lei. Caso seja considerado o texto do Substitutivo, que prevê a consulta pública apenas para revisões tarifárias e para alterações de atos normativos, o prazo não é demasiado longo. Trata-se de questões que devem ser analisadas minuciosamente pela sociedade, dado que seus interesses serão afetados. De todo modo, o preço a pagar pela maior transparência é a maior morosidade das decisões.

#### 4.4. Contratação de especialistas

O PL nº 3.337, de 2004, determina ainda a indicação de especialistas no objeto da consulta pública, sendo esta a quarta alteração importante, já que não há, na legislação em vigor, regra sobre esse tema. Segundo o texto do Substitutivo, é assegurado a Associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, que incluam em suas finalidades a proteção ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à defesa do meio ambiente ou à defesa dos recursos hídricos, cadastradas previamente na agência reguladora, o direito de receber o apoio técnico de até três especialistas com notórios conhecimentos da matéria objeto da consulta pública, que acompanharão o processo e darão assessoramento qualificado às entidades e seus associados.

De acordo com o Projeto de Lei, é assegurado às associações indicar os três especialistas às agências para acompanhar o processo de consulta pública, sendo que as agências devem arcar com as despesas correntes, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto no art. 25, inciso II, e no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

Há autores que afirmam que a assessoria de especialistas não deveria ser custeada pelas agências, dado o difícil quadro fiscal do Estado brasileiro. No entanto, é preciso levar em consideração que, caso o financiamento fique a cargo das próprias associações, somente aquelas com mais recursos poderão acompanhar os processos. Haverá uma desigualdade no tratamento das associações e uma menor transparência.

O Substitutivo corrige parcialmente esse problema. Ele não exime as agências da responsabilidade financeira. Segundo o seu texto, cabe às agências contratar o apoio técnico depois de ouvir as associações. No entanto, o Substitutivo determina ainda que a contratação deva ser feita preferencialmente junto a universidades, o que poderia re-

duzir o seu custo. Segundo o Voto do Relator, a sugestão de que a contratação seja feita junto a universidades tem ainda o mérito de evitar questionamentos éticos e legais que poderiam ser gerados pela contratação de especialistas por indicação de terceiros – as associações. Assim, uma alteração possível poderia ser a de que a contratação de especialistas ligados a empresas ou outras instituições somente deveria ser permitida quando as universidades ou qualquer instituição pública de ciência e tecnologia não possuísem pessoal para lidar com o objeto da consulta pública.

A participação das universidades e das instituições públicas de ciência e tecnologia contribuiria ainda para evitar que entidades privadas patrocinadas direta ou indiretamente por empresas reguladas passassem a ter representantes permanentes com acesso pleno aos processos conduzidos pelas agências, o que poderia gerar transtorno à manipulação dos autos, podendo, inclusive, levar ao vazamento de informações confidenciais das empresas e dos processos.

#### 4.5. Contrato de gestão e desempenho

Segundo a proposição, a Agência Reguladora deverá firmá-lo com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular do respectivo Ministério.

O próprio Projeto de Lei é claro quanto ao objetivo da adoção do contrato de gestão: aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o poder público, em particular no cumprimento de políticas públicas definidas em lei. Ao determinar que haja a compatibilização entre as ações das agências e as políticas públicas definidas em lei, determina-se um padrão mais objetivo para a avaliação do desempenho das agências a ser definido em audiências no Congresso. As agências não terão de adaptar suas ações a políticas públicas e a pro-

gramas governamentais que não dependam de alterações da Lei e dos contratos de concessão.

O Substitutivo também reforça a necessidade de aderência do contrato de gestão à lei ao determinar que ele seja firmado anualmente, no prazo de noventa dias após a publicação da lei orçamentária anual (LOA). Ao associar o contrato à LOA, fica garantida a implementação do conjunto de políticas setoriais aprovadas pelo Congresso Nacional. O desempenho da agência será avaliado tendo como base um plano de trabalho compatível com o disposto na lei orçamentária.

Essas garantias são necessárias devido à natureza de longo prazo e de “custos afundados” (*sunk costs*) dos investimentos em serviços de infra-estrutura, bem como a uma adaptação lenta às novas políticas, de tal modo que se evitem expropriações regulatórias dos investidores. Nesse sentido, é desejável que a agência, mesmo com a entrada de um governo com novas diretrizes, continue usando, por algum tempo, pelo menos parte das diretrizes estabelecidas no programa de governo anterior.

Assim, para prevenir que as mudanças de governo impliquem mudanças bruscas nas ações das agências, os contratos de gestão deveriam ter como base a aderência das atividades das agências a uma diretriz estável. Em vez de avaliar se as agências estão agindo de acordo com políticas públicas definidas em lei, dever-se-ia avaliar se elas agem de acordo com as próprias leis que as criaram.

Contudo, mesmo a aderência à lei não suprimiria os problemas que poderiam colocar em risco a qualidade da regulação. Em primeiro lugar, é difícil traduzir comandos legais em metas objetivas, uma vez que nelas reside a base para empreender avaliações.

Há também o problema de assimetria de informações entre o Ministério setorial e o regulador. Aquele pode não saber quais as informações que este possuía quando tomou as suas decisões. Quando o Ministério tiver

acesso às informações, pode ser que estas já tenham mudado em função da própria ação do regulador.

Além do mais, podem ocorrer choques exógenos entre a decisão do regulador, baseada em informações *ex ante*, e a avaliação do Ministério, feita *ex post*. Esses choques devem ser levados em conta quando as agências forem avaliadas, o que torna difícil apreciar suas decisões. Por conseguinte, a avaliação envolve elementos de subjetividade, o que pode transformar esse processo em um instrumento indesejável de influência política do Executivo.

Ainda assim, fica evidente que o Poder Executivo julga que as diretrizes das políticas setoriais devam ser definidas pelo governo eleito. A legislação atual não esclarece se a definição das políticas setoriais foi mesmo transferida para as agências reguladoras. Os textos legais que tratam do assunto (a Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo) se referem às obrigações do “poder público”, sem especificar se este é a agência ou o Ministério. Nesse sentido, o objetivo do Projeto de Lei é muito claro. A Exposição de Motivos que o acompanha afirma que seu propósito é estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica, sendo que aquela prerrogativa ficará com os Ministérios. O contrato seria uma forma de garantir que as agências implementem as políticas formuladas pelo Poder Executivo.

Ademais, não há garantias de que os dirigentes das agências não agirão de acordo com seus próprios interesses, contrariando não somente as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, mas também os objetivos da regulação econômica (preços e margens de lucro razoáveis). Por isso é útil ter algum mecanismo que os faça prestar contas de suas ações. O texto do PL nº 3.337, de 2004, é bastante claro quanto a esse objetivo quando dispõe que o contrato de gestão deverá aperfeiçoar o acompanhamento da gestão das agências reguladoras, promovendo maior transparência e controle social.

O Substitutivo garante maior controle social sobre as agências e sua maior transparência, mas também traz algumas alterações que reduzem o risco de ingerência do Poder Executivo. Em primeiro lugar, o Substitutivo delimita melhor o escopo do contrato de gestão (§§ 1º e 2º do art. 13), destacando que as metas de desempenho administrativo e operacional dizem respeito apenas aos aspectos organizacionais da agência e às ações relacionadas à promoção: (i) da qualidade dos serviços prestados pela agência; (ii) do fomento à pesquisa no setor regulado; e (iii) da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência. Ademais, as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas no contrato de gestão não interferirão na autonomia das agências, em seus aspectos regulatórios e nem terão caráter disciplinar.

Foi também adotada no Substitutivo uma importante modificação na Seção I – Da Obrigação de Apresentar Relatório Anual de Atividades – do Projeto de Lei. O Relator atribuiu ao Poder Legislativo um controle mais efetivo sobre as atividades das agências, incluindo um dispositivo (art. 10) segundo o qual o controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU). Esse controle será especialmente usado para verificar a compatibilidade das ações adotadas pelas agências com as políticas definidas para os setores regulados.

A necessidade de um maior controle social sobre as agências é defendida por alguns autores, mesmo que implique uma possibilidade de perda de autonomia regulatória. Pode-se dizer que o Substitutivo tem o mérito de preservar o controle social das agências e aumentar a transparência de suas ações – ao determinar que elas prestem contas também ao Congresso Nacional – e reduzir o risco de que o Poder Executivo faça ingerências no que concerne às atividades de regulação das agências.

Finalmente, como já se verificou, os contratos de gestão firmados entre as agências e o governo são é uma maneira de aproximá-las do modelo de agência executora de políticas públicas. Em última instância, pode-se afirmar que o estabelecimento do contrato de gestão qualifica as agências reguladoras em agências executivas, ou seja, ao instituto criado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Agências executivas não mais são que autarquias ou fundações pré-existentes, diplomadas por intermédio de um Decreto do Poder Executivo, que celebrem contrato de gestão com a Administração Direta. No entanto, diferentemente da concepção dada originalmente ao contrato de gestão, a proposta do PL nº 3.337, de 2004, e Substitutivo, concebe esse instrumento menos como metas de desempenho e, como se observou, mais como instrumento de controle (social e político). A ANS e a Anvisa já possuem contratos de gestão firmados do com o Ministério da Saúde, demonstrando estarem inseridas no modelo que se pretende estender às demais agências<sup>7</sup>.

#### 4.6. Ouvidorias

Uma sexta mudança importante é o fortalecimento institucional das Ouvidorias nas agências reguladoras. A regra atual determina apenas que o Ouvidor seja nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução, com acesso a todos os assuntos da agência. De acordo com o Substitutivo, haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor que atuará junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições, sem acumulação com outras funções, com mandato de quatro anos, vedada a recondução. O Ouvidor terá acesso a todos os processos da agência e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da agência. São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência e acompanhar o processo

interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

O texto fortalece a posição do Ouvidor dentro das agências e o seu papel de representante dos usuários. Em adição à regra atual, o Ouvidor contará com uma estrutura administrativa, não terá subordinação hierárquica em relação às diretorias, terá acesso pleno aos processos das agências e atribuições específicas. A transparência das agências e o controle social sobre elas serão beneficiados com a medida.

Contra o fortalecimento do papel do Ouvidor, pode-se argumentar que, sendo ele indicado pelo Poder Executivo, este poderia usá-lo para cercear as agências reguladoras. É duvidoso que isso ocorra, dado que o mesmo critério de escolha dos diretores será usado para escolher o Ouvidor. A influência poderia ocorrer diretamente por meio dos diretores nomeados pelo Executivo. Diante disso, pode-se dizer que a independência das agências não é afetada.

#### 4.7. Defesa da concorrência

O PL nº 3.337, de 2004, padroniza as regras para todas as agências quanto ao quesito concorrência<sup>8</sup>. Os órgãos de defesa da concorrência serão responsáveis pela aplicação da legislação pertinente, incumbindo-lhes a análise dos atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica. Para executar essa tarefa, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos para subsidiar a instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos. O CADE será a instância julgadora desses processos.

Pode-se criticar a proposta do Projeto de Lei com base no fato de que o processo de defesa da concorrência no Brasil precisa percorrer um longo caminho (SDE e SEAE) até ser julgado pelo CADE, sendo, portanto, moroso. Argumenta-se também que a lenti-

dão pode ser explicada pela estrutura deficiente dos órgãos que atuam na defesa da concorrência. Por isso seria um erro transferir os processos para esses órgãos. Seria melhor deixá-los com as agências, cabendo o julgamento ao CADE. Caso contrário haveria um custo burocrático desnecessário.

É necessário observar ainda que a SEAE e a SDE são órgãos de governo e não independentes como as agências reguladoras. Isso implica que a transferência da instrução dos processos pode torná-los menos independentes de eventuais ingerências do Poder Executivo.

Algumas observações a respeito são ainda pertinentes. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que a SDE e a SEAE têm mais experiência que as agências reguladoras no que tange ao instrumental de análise da defesa da concorrência, o que poderia contrabalançar o maior custo burocrático e a menor independência mencionados acima.

É preciso lembrar também que as agências não têm total independência e isenção no tocante à instrução de processos de concorrência, dado que estão sujeitas à possibilidade de captura por parte das empresas reguladas. Nesse sentido, envolver os órgãos do Poder Executivo no processo é uma medida positiva. É necessário também observar que a instrução dos processos pelas agências traz o problema de dar aos setores regulados tratamento diferenciado daquele dado aos setores que não são objeto de regulação.

Um aspecto positivo do Projeto de Lei é a introdução da consulta pelas agências à SEAE acerca do eventual impacto negativo de suas normas e regulamentos sobre a concorrência. Apesar de constranger a ação da agência, a medida pode ser interessante porque há uma série de normas e regulamentos com forte interface com a área de defesa da concorrência.

#### *4.8. Colaboração federativa*

Preenchendo uma lacuna da legislação atual, o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, prevê a interação das agências com os órgãos

de regulação estaduais e municipais. O texto determina que as agências reguladoras promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, promovendo, sempre que possível e a seu critério, a descentralização de suas atividades. Na execução das atividades de regulação, controle e fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal que receber a delegação observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais. Os atos de caráter normativo editados pelo órgão regulador estadual ou municipal que receber a delegação deverão harmonizar-se com as normas expedidas pela agência reguladora.

A medida é positiva porque as agências reguladoras estaduais e municipais – que já são cerca de vinte em todo o Brasil – têm capacidade técnica suficiente para executar e fiscalizar o cumprimento de normas definidas pelas agências reguladoras federais. No caso de um país com dimensões continentais e carente de recursos humanos, técnicos e financeiros como o Brasil, é desejável que haja a descentralização e a transferência de responsabilidades para outros entes da Federação. Com a regra atual, tentativas de descentralização poderiam ser contestadas judicialmente pelas empresas ou outras instituições interessadas.

O texto do Substitutivo deixa claro que somente as atividades de fiscalização podem ser delegadas. Essa medida é salutar porque, se Estados e Municípios adquirissem a capacidade de estabelecer seus próprios marcos regulatórios, poderiam surgir conflitos entre estes e o marco federal.

## *5. Conclusão*

A figura mitológica de Ulisses é bastante utilizada como metáfora da escolha racional de atores políticos em favor de arranjos institucionais que lhes tragam benefícios

futuros. Tal como Ulisses, que se amarrou ao mastro do navio para não ser seduzido pelo canto das sereias, governos racionais podem escolher limitações ao exercício de sua vontade, recorrendo à delegação por meio de legislação que exige folgada maioria para ser alterada. Segundo Melo (2001, p. 63), “essas estratégias podem tomar a forma de transferência do poder decisório a um agente externo”. Nesse sentido, pode-se encaixar o modelo de regulação por intermédio de agências reguladoras como arranjo institucional mais eficiente e a moldura legal como limitação auto-imposta pelo governo.

A adoção do modelo de regulação realizado por agências independentes é instrumento de delegação recente no Brasil. Sendo assim, é natural que ele apresente falhas, como a ausência de uma lei orgânica, por exemplo. Não há um tratamento homogêneo para agências que regulam e fiscalizam serviços cuja importância para a sociedade é difícil de diferenciar. Além disso, existem muitos problemas acerca da responsabilidade perante o consumidor/eleitor e os mecanismos decisórios que envolvem complexo aparato técnico.

Assim, a busca por um certo grau de delegação torna-se um imperativo nas sociedades modernas complexas e o problema da responsabilização passa a ser duplo: de responsabilização dos políticos e governantes pelos cidadãos e de responsabilização dos burocratas em relação aos políticos eleitos. Existe, no entanto, uma relação dicotômica entre esses elementos, na medida em que delegação produz um déficit de responsabilização, um *trade-off* (Melo, 2001, p. 59). Daí a questão da independência se transformar em elemento crucial na arena política.

Esse contexto torna fértil o terreno das iniciativas legislativas, tanto do Poder Executivo, quanto do Legislativo, suscitando debates importantes.

Observou-se que a PEC nº 81, de 2003, é positiva ao introduzir princípios para a atuação das agências reguladoras. A análise desses princípios, contidos nos incisos I a

XIV e no parágrafo único do art. 174-A, mostra que eles poderão fortalecer as garantias de independência das agências e a transparência das decisões por elas tomadas, inclusive com a determinação da instituição de um mecanismo de controle externo. Há também a adoção de limites e parâmetros para a atividade reguladora, o que tende a tornar o ambiente regulatório mais estável. Não obstante, impõe uma característica não evidenciada em todas as agências: a atuação em aspectos econômicos da sociedade, seja na produção de bens, na oferta de serviços ou na viabilização da infra-estrutura. Três agências possuem características diferenciadas, pois também cuidam da articulação de políticas públicas de saúde (ANS e Anvisa) e do equilíbrio de recursos não renováveis (ANA). Dessa maneira, a proposição pode estar atingindo apenas parcialmente a realidade regulatória brasileira.

Relativamente ao PL nº 3.337, de 2003, e seu respectivo Substitutivo, ambos são positivos ao homogeneizar, entre outros, itens como a nomeação e o mandato dos dirigentes, o processo decisório, o escopo de atuação das agências, a necessidade de consultas públicas e o papel da ouvidoria. Ao enquadrar todos esses pontos em uma mesma lei, crescem o controle social e o grau de transparência dos órgãos reguladores, objetivos desejáveis. Evidencia-se que o referido Projeto de Lei pretende ser uma Lei Orgânica, ou Geral, das agências reguladoras.

Alguns autores afirmam que o PL nº 3.337, de 2004, e o Substitutivo apresentado trazem riscos à qualidade da regulação porque contêm dispositivos que reduzem a independência das agências em relação ao Poder Executivo, havendo então riscos de não serem observados critérios técnicos nos leilões de concessão de serviços e de ocorrer expropriação regulatória. Nesse caso, tanto os consumidores quanto as firmas poderiam ser prejudicados. Já outros autores afirmam que esses riscos são um preço a pagar para se ter um maior controle social sobre as agências reguladoras.

Inegável também é ressaltar que o PL nº 3.337, de 2004, pelo nível de detalhamento, apresentou elementos mais evidentes em relação à preocupação com o excesso de independência das agências reguladoras, inspirado em vários princípios das escolas da Teoria da Escolha Pública e da Teoria da Captura, bem como na Reforma Administrativa, que introduziu para a matriz institucional do Estado a figura das agências executivas e dos contratos de gestão. Finalmente, esse projeto não apresenta, em princípio, conflitos insanáveis em relação à PEC nº 81, de 2003, mas deve-se ressaltar que a PEC prevê que o art. 174-A seja regulamentado por Lei Complementar. Assim, o PL nº 3.337, de 2004, poderá ser considerado injurídico, caso a PEC seja promulgada antes dele, por estar tramitando como lei ordinária.

### Notas

<sup>1</sup> Mesmo em países com forte experiência em regulação, como os Estados Unidos, problemas e deficiências ainda existem, merecendo constantes revisões e ajustes.

<sup>2</sup> Exemplo dessa atuação é a criação da Anvisa e da ANA, a qual foi delegada a tarefa de regular as atividades concernentes à saúde.

<sup>3</sup> As primeiras versões da Teoria da Captura apresentavam, contudo, uma grave deficiência: a simetria em relação às teorias do regulador benevolente. Se antes o agente regulador era visto como essencialmente voltado para o bem-estar social, agora ele passava a ser visto como órgão que apenas sancionava passivamente os interesses privados das empresas reguladas. Obviamente, como o processo regulatório é bastante complexo, envolvendo vários grupos de interesse, não foi difícil encontrar evidências empíricas que contrariassem essa interpretação mais superficial do processo de captura.

<sup>4</sup> Duas observações devem ser feitas sobre a perda do mandato dos dirigentes das agências: (i) a própria Constituição Federal prevê, no art. 37, § 4º, a perda de função pública, por decisão judicial, quando forem cometidos atos de improbidade (cor-

rupção); (ii) há a possibilidade de prevê-la expressamente na Constituição, dando a seguinte redação ao parágrafo único do art. 174-A: “Lei Complementar regulamentará o disposto neste artigo, inclusive quanto ao controle externo das agências reguladoras e às hipóteses de perda de mandato”.

<sup>5</sup> Há outras alterações que não são tratadas neste trabalho porque, via de regra, visam à adequação da legislação vigente ao texto do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004.

<sup>6</sup> O texto do Projeto de Lei prevê a consulta pública em todas as decisões das agências. O Relator o considerou inapropriado, uma vez que a agilidade gerencial das agências poderia ser comprometida. Por outro lado, o Relator acrescentou um tipo de decisão específica que deverá ser objeto de consulta pública: os pedidos de revisão de tarifas.

<sup>7</sup> Cabe uma ressalva: a lei que criou a Aneel (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996), em seu art. 7º, prevê que a administração da agência seria objeto de contrato de gestão com o Poder Executivo. Entretanto, até o momento, tal contrato ainda não foi implementado.

<sup>8</sup> Secretaria de Direito Econômico (SDE), Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

### Bibliografia

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. vol.16, nº.46, p.56-68, jun.(2001).

PECI, Alketa e BIANOR, Scelza Cavalcanti. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. *Revista de Administração Pública* 34(5):99-118 – set/out (2000).

PIRES, J. C. L. e GOLDSTEIN, A. Agências Reguladoras Brasileiras: avaliação e desafios. *Revista do BNDES*, V. 8, N. 16, Rio de Janeiro (2001).

SALGADO, L. H. Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional. IPEA, *Texto para Discussão* nº 941, Rio de Janeiro (2003).

VILLELA, A. V. e MACIEL, C. S. A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional. IPEA, *Texto para Discussão* nº 684, Brasília (1999).