

Agências reguladoras – muito mais do que modismo

Daniel Ganem Misse

Sociólogo, advogado e mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais – UFF.

Rio de Janeiro – RJ

danielmisse@yahoo.com

Este estudo tem por escopo pincelar, de forma introdutória, a concepção do que seriam as “agências reguladoras” desde sua proposição, ainda na forma das comissões de Bilac Pinto, até o modelo das agências executivas de Luiz Carlos Bresser-Pereira. A partir deste estudo, objetiva-se demonstrar que a utilização do vocábulo “agência” envolve algo mais do que “um modismo que acompanha o movimento de globalização”, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro. As agências surgem como forma de garantia de manutenção dos contratos de concessão com as empresas privadas, detentoras do direito de exploração dos serviços concedidos pelo Estado, pois, para que a privatização ocorra, é necessário que, ao realizar a compra, o comprador tenha garantias de que não haverá quebra de contrato por parte dos governos futuros. O vocábulo “agência”, portanto, simbolizam as mudanças necessárias que tenham sido realizadas para garantir a segurança do investimento.

Palavras-chave: Agências. Comissões. Contratos de concessão. Investimento. Segurança.

1 Introdução

As Agências Reguladoras (*agencies*) surgiram nos Estados Unidos na década de 1930, durante a grande depressão, como instrumento do *new deal* de Roosevelt para defesa da sociedade contra o modelo liberal clássico, então em crise.

Essas agências independentes surgem como instituições da sociedade civil que visam defender os cidadãos da exacerbação de certos “direitos” (como o direito à propriedade e à liberdade contratual). Buscava-se, assim, compensar as “falhas do mercado” no contexto norte-americano, que geraram a grande depressão, ou seja, elas aparecem como negação ao *pacta sunt servanda*¹.

O direito norte-americano serviu de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de “agencificação”, que corresponde à proliferação de agências. Não é um fenômeno que ocorre somente no direito brasileiro, ele se vem difundindo pelo mundo como mais uma decorrência da globalização. No entanto, nos Estados Unidos, o vocábulo “agência” tem sentido amplo, ou seja, excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas assumem a forma institucional de agência.

Enquanto na Europa, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração direta e entidades que compõem a Administração indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (sinônimo de entes administrativos em nosso direito). (DI PIETRO, 2000, p. 133).

Nos Estados Unidos, é extremamente complexo o relacionamento entre os reguladores setoriais, em âmbito federal e estadual, e os princi-

pais órgãos de defesa da concorrência, a saber: o Ministério de Justiça, por meio de sua Divisão Antitruste, e a Comissão Federal de Comércio.

Ao longo do tempo, as cortes americanas desenvolveram a doutrina do *pervasive power*, segundo a qual a competência das autoridades concorrenciais estaria afastada sempre que a lei conferisse ao órgão regulador setorial poderes tão extensos em relação às atividades regulamentadas que levariam ao reconhecimento de que as normas, em matéria de defesa da concorrência, deveriam ser aplicadas pela agência reguladora.

Para evitar o abuso de poder e a interferência indiscriminada no mercado econômico por parte das agências, o governo americano edita, em 1946, a Lei de Procedimento Administrativo, como um mecanismo de formalização procedimental e homogeneização do funcionamento dos órgãos administrativos, que possibilitou o controle judicial das decisões finais das agências pelo judiciário. (SHECARIA, 2003, p. 461).

Dessa forma, no limiar da década de 1980, com base na *common law*, as agências americanas possuíam poderes para expedir regulamentos com força de lei. Essas competências decorriam da função normativa delegada às agências pelo Poder Legislativo americano, ratificada pela Suprema Corte.

No entanto, no governo Reagan, o sentido dessas agências é modificado. Mantêm-se os dispositivos de defesa da concorrência, porém afastam-se as agências da sociedade civil e as aproximam do “mercado” e do Estado com o fito de utilizá-las também para garantir a ampliação dos investimentos privados. Essas entidades começam a perder seus poderes de intervenção em relação aos agentes privados, iniciando-se, então, um período de desregulação, conforme preconizado pelo Consenso de Washington². O modelo é também utilizado na Inglaterra por Thatcher, obtendo êxito em sua implementação e recuperando o investimento nos setores da economia que foram privatizados.

2 Breves comentários sobre a Reforma do Estado no Brasil

A idéia de Estado regulador, difundida pelo mundo a partir da década de 1980, ganha força no Brasil nos anos 1990. O Estado brasileiro, até esse período, atuava diretamente na produção de bens e prestação de serviços (Estado empresário).

Desde a Constituição de 1988, o Estado brasileiro introduz em seu bojo, como agente normativo e regulador, três características desse novo tipo de atuação na economia: a indução, em que se incentivam determinadas atividades e, ao mesmo tempo, desestimulam-se outras; a fiscalização, que se utiliza do “poder de polícia” para regular a prática de atividades privadas; o planejamento, por meio do qual se permite a “[...] previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos” (GRAU, 1999, p. 82), além da manipulação, sempre existente, de políticas monetárias, cambial e fiscal e que produzem efeitos sobre a economia.

A difusão do ideal de Estado que atua na economia, de forma indireta, esboçado na Constituição Federal de 1988, principalmente em seus artigos 173 e 174, que, respectivamente, consagram o princípio da subsidiariedade e dispõem acerca da intervenção indireta do Estado na economia, começa a ser implementada por Collor, logo que assume o governo. O modelo de “Reforma do Estado” adotado pelo Brasil começa a tomar forma com a Lei nº 8.031/1990, que institui o Programa Nacional de Desestatização, depois substituída pela Lei nº 9.941/1997 já no governo de Fernando Henrique Cardoso, período em que ocorreram as mudanças mais significativas, especificamente a partir de 1995, com as “Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9”³.

Ao se avaliar o desenvolvimento da “Reforma do Estado” brasileiro, pode-se, genericamente, classificar as principais transformações estruturais

em pauta, tais como extinção de restrições ao capital estrangeiro, fim dos monopólios estatais e desestatização da economia. Todos os avanços que convergissem para esses referidos pontos seriam considerados parte de um processo, de um todo.

As principais formas de realização do programa brasileiro de privatização foram a alienação do controle acionário das entidades estatais, por meio de leilão nas bolsas de valores, e a concessão da exploração de serviços públicos a empresas privadas. Em se tratando da destinação de coisa pública, tal processo teve de ser acompanhado de previsão legal, que acabou por gerar as Agências Reguladoras, dedicadas a setores de monopólios naturais⁴.

3 As agências reguladoras (ou comissões) no Brasil

No Brasil, a regulamentação dos serviços públicos (ou, nas palavras de Bilac Pinto [1941], serviços de utilidade pública) surge de modo inteiramente diverso da maneira pela qual os Estados Unidos a viram despontar nos horizontes do seu *administrative law*.

Entende-se por regulamentação efetiva, na visão de Bilac Pinto, a regulação efetuada por entidades da administração pública, que atuem de forma independente das concessões dos serviços públicos. Enquanto nos Estados Unidos a regulamentação efetiva se originou da decisão política de alguns governos, que tiveram de vencer uma série de dificuldades constitucionais para fazê-la vingar, “[...] no Brasil, embora exista, não apenas permissão, mas determinação formal e peremptória (A lei federal regulará...) da Constituição, para que a regulamentação efetiva se faça, o que tem faltado é, precisamente, decisão política para realizá-la.”(BILAC PINTO, 1941, p. 21).

Dessa forma, enumera, a partir do ponto de vista econômico, três regimes de exploração dos serviços de utilidade pública:

- a) concessão (e permissão, hodiernamente);
- b) economia mista (e empresa pública), e
- c) propriedade pública (autarquia ou administração direta).

A Bilac Pinto interessa a primeira categoria, não apenas por ser a predominante no País, mas também porque são os serviços concedidos que mais, freqüentemente, reclamam a ação fiscalizadora do Estado.

Ainda relativamente ao controle e à fiscalização dos serviços de utilidade pública, os processos conhecidos são de três ordens, a saber:

- a) regulamentação puramente contratual;
- b) regulamentação efetiva por comissões, e
- c) regulamentação direta pelo Poder Público.

Desses processos de regulamentação, somente o último pode ter aplicação satisfatória em sociedades de economia mista e em empresas públicas, sendo os demais aplicáveis no regime de concessão.

Para Bilac, a

Regulamentação puramente contratual, porém, está com a sua eleição prejudicada de antemão, pois não passa de uma pseudo-regulamentação, impotente, ilusória e versátil. É tal o seu descrédito que, na literatura especializada, empregam-se as expressões – *regulamentação efetiva*, ou, simplesmente, *regulamentação* – para significar a regulamentação por comissões. (BILAC PINTO, 1941, p. 26, grifos do autor).

Com o propósito de pôr termo à regulamentação puramente contratual, que se perpetuava no Brasil desde o Império, é que a Constituição de 1937 inscreveu no seu art. 147 o preceito que determina a efetiva fiscalização das empresas e a revisão das suas tarifas, com efeito retroativo sobre

todas as concessões em curso de exploração. Portanto, para cumprimento do referido dispositivo constitucional, o legislador somente poderá adotar a “regulamentação efetiva por comissões”.

A falta de regulamentação do art. 147 da Constituição de 1937 leva o professor Francisco Campos, contemporâneo de Bilac Pinto (1941, p. 38) e citado por ele, a constatar que

Os serviços públicos concedidos não podem ficar isentos de controle por parte do Estado. Ora, o nosso sistema de controle era o contratual. Este acaba de ser abolido em um dos seus elementos essenciais, que era a fixação das tarifas no próprio instrumento contratual. Impõe-se, por conseguinte, providências de ordem legislativa. O projeto que o sr. Chefe do Governo remeteu à minha consulta não satisfaz às exigências menos rigorosas, nem, na simplicidade de suas linhas, reúne os elementos essenciais a uma consideração adequada do problema, das dificuldades que lhe são inerentes e dos múltiplos e complexos aspectos que oferece à cogitação dos entendidos.⁴

4 As agências executivas segundo Bresser-Pereira

A idéia de Estado regulador, difundida pelo mundo a partir da década de 1980 com o Consenso de Washington e os governos Thatcher e Reagan, ganha força, no Brasil, nos anos 1990, em conjunto com a idéia de privatização (desestatização da economia). O Estado brasileiro, até então, atuava diretamente na produção de bens e na prestação de serviços (Estado empresário).

A difusão do ideal de Estado que atue na economia de forma indireta, esboçado na Constituição Federal de 1988, principalmente em seus artigos 173 e 174, que, respectivamente, consagram o princípio da subsidiariedade

e que dispõem acerca da intervenção indireta do Estado na economia, começa a ser implementada por Collor, logo que assume o governo.

O modelo de “Reforma do Estado” adotado pelo Brasil começa a tomar forma com a Lei nº 8.031/90 que institui o Programa Nacional de Desestatização, depois substituída pela Lei nº 9.941/97 já no governo de Fernando Henrique Cardoso.

As mudanças mais significativas ocorrem na era FHC, iniciando-se por meio da criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE).

A idéia de administração pública gerencial em substituição à burocrática havia se tornado vitoriosa, e as principais instituições necessárias para a sua implementação haviam sido aprovadas ou estavam em processo final de aprovação pelo Congresso. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 229).

Com o intuito de fortalecer o processo de implementação das reformas, o MARE foi fundido com o Ministério do Planejamento em 1999, passando o novo ministério a ser chamado Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Para Bresser-Pereira (2001, p. 257),

[...] esse ministério, ao qual foi atribuída a missão de implementar a reforma gerencial, não deu, porém, a devida atenção à nova missão [...]. A transformação de órgãos do Estado em agências executivas, ou, dependendo do caso, em organizações sociais [o público não-Estatual], não ganhou força [embora as idéias gerenciais tenham continuado vivas].

O Estado patrimonial era concebido por Bresser Pereira como um Estado, por definição, capturado pelos interesses de classe. “O Estado bu-

rocrático-industrial e o Estado gerencial são Estados de transição de uma política de elites para uma democracia moderna” (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 259).

O que se depreende dessas passagens do texto de Bresser-Pereira⁵ é que, para vencer as práticas corporativistas e patrimonialistas existentes no Brasil, fez-se necessária a implementação do modelo de Estado gerencial, por meio do qual se delegaria funções regulatórias a entes da administração indireta e às ONGs.

Observa-se, assim como em Bilac Pinto, falta de vontade política (ou “interesse”, em suas palavras) na implementação do novo modelo gerencial, seja por parte da Casa Civil, seja pelo ministério que absorveu o antigo Mare, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. No entanto, ao estudarmos os volumes 1, 3 e 8 dos Cadernos MARE, percebemos que a idéia elaborada, no âmbito do novo modelo gerencial, foi implementada nos principais pontos concernentes às agências executivas, chegando até mesmo a garantir relativa autonomia em relação ao Poder Executivo.

Trata-se de uma falácia creditar, como bem faz Bresser-Pereira (2001, p. 259), a ineficiência do novo modelo gerencial proposto à falta de vontade política em sua implementação, uma vez que a principal motivação dessa reforma ocorrida no Estado é ideológica.

Como o próprio Bresser-Pereira (1997, p 7) afirma, “[...] quando, nos anos 90, se verificou a inviabilidade da proposta conservadora de Estado mínimo, estas reformas revelaram sua verdadeira natureza: uma condição necessária da reconstrução do Estado.” No entanto, para esse autor, reconstruir o Estado significa diminuir seu tamanho, desregular a economia e aumentar a governança e a governabilidade.

Segundo o Caderno MARE, da Reforma do Estado, v. 9, por exemplo,

O Projeto Agências Executivas aprimora os mecanismos de acompanhamento e avaliação dos resultados apresentados pelas instituições, além de resgatar os principais objetivos que ense-

jaram a edição do Decreto-Lei n.º 200/67, quais sejam: (1) descentralizar as atividades de implementação de políticas públicas e, (2) oferecer às instituições descentralizadas maior grau de autonomia. [...] [Esse projeto] tem seu escopo definido pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento de governo, apresentado à nação pelo Presidente da República, em novembro de 1995, no qual é delineada uma concepção do Estado e de seu funcionamento. Essa concepção tem por base a distinção entre duas funções primordiais do Estado: a primeira, em nível estratégico, que é a de formular e avaliar diretrizes e políticas públicas, garantindo que sua implementação se dê em benefício de todos os cidadãos; a segunda, em nível executivo, que é a de implementar as políticas formuladas, com observância das diretrizes definidas. Ambas são funções de competência exclusiva do Estado, não podendo, portanto, ser delegadas a entidades que estejam fora do âmbito estatal, sendo na função de caráter executivo que, como o nome indica, se situam as Agências Executivas.

5 Muito mais do que modismo

As Agências Reguladoras são, então, contemporaneamente, como afirmam Alexandrino e Paulo, resultado do “[...] fenômeno de retirada do Estado da exploração direta de atividades econômicas [Reforma do Estado], com a conseqüente ampliação de sua atuação reguladora (intervenção indireta)” (ALEXANDRINO; PAULO, 2003, p. 9). Vale lembrar que, apesar de a criação dessas agências estar intimamente vinculada ao fenômeno de privatização, não necessariamente representa esse processo.

No entanto, deve-se ressaltar que não existe uma definição legal de “agência reguladora” – os dispositivos constitucionais utilizam a expressão “órgão regulador”. As leis que vêm instituindo esses entes lhes conferem a

forma de autarquias em regime especial, o que significa, na verdade, tratar-se de entidade, há tempos, disciplinada em nosso ordenamento jurídico, integrando a administração indireta, de acordo com o Decreto-Lei nº 200/1967 e a Constituição Federal de 1988. O regime especial em que se encontram essas autarquias, que deveriam estar vinculadas a um Ministério e subordinadas ao Planalto, foi criado para dar maior autonomia à administração direta.

O vocábulo “agência” é utilizado em várias acepções para designar inúmeras figuras jurídicas no Brasil, não delimitando nenhum instituto, em particular, em nosso direito nem acrescentando nada de útil ou vantajoso.

A importação do termo americano “agência” é tida como uma falácia, pois o direito brasileiro – ramificação do tronco europeu continental – já possui denominação para esse ente, sendo chamado de “ente administrativo” ou autarquia em regime especial, existente de longa data.

A utilização do vocábulo “agência” envolve algo mais do que “um modismo que acompanha o movimento de globalização”, ao contrário do que afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Há nesse termo um pensamento oculto da lógica pró-globalizante, em que se utiliza o direito comparado para que o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio (OMC) – em diversos acordos especiais – e o Fundo Monetário Internacional (FMI) possam “abrir” linhas de crédito para os países que adotarem suas políticas.

A utilização do termo “agência” pelo governo que adotar as reformas necessárias para receber, em contrapartida, financiamento do mercado financeiro internacional serve de símbolo de “segurança” para os investidores, acostumados a ver a política econômica dos países, especialmente os “emergentes”, associada aos governos e necessitando de garantias para que possam investir em tais mercados “inseguros”.

O Estado incorporaria o termo “agência” como um sinal, um símbolo de garantia contra os governos, pois a alienação da regulação econômica de sua administração direta o tornaria mais estável, ou seja, mais propenso

a receber investimentos e a ter crédito e menos tendente a riscos, por não deixar ocorrer mudanças na política que pudessem gerar insegurança para esse capital.

Isso significa que a lei, ao criar as Agências Reguladoras, tirou do Poder Executivo todas as atribuições que o poder concedente exercia em contratos ou atos de delegação, para colocá-las nas mãos das agências, gerando a aparência de estabilidade econômica do Estado, em face dos governos.

6 Considerações finais

As Agências Reguladoras, no Brasil, são a expressão final desse processo de Reformas que teve início na década de 1970, ganhou força com o Consenso de Washington e começou a ser implementado nos anos 80 pelo governo Reagan e Thatcher: o neoliberalismo.

O neoliberalismo inspira as políticas do FMI e do Banco Mundial, assim como os “acordos” na OMC, impondo coerção econômica disfarçada, muitas vezes, de razões jurídicas e compreendendo conceitos como flexibilidade, desregulamentação, maleabilidade, eficiência e transparência.

Destarte, as agências surgem como forma de garantia de manutenção dos contratos de concessão com as empresas privadas detentoras do direito de exploração dos serviços concedidos pelo Estado, pois, para que a privatização ocorresse, era necessário que, ao realizar a compra, o comprador tivesse garantias de que não haveria quebra de contrato por parte dos governos futuros.

A delegação da função reguladora do Estado a esses entes serve de garantia ao manutenção dos contratos de concessão firmados à época da privatização, e o termo “agência” é expressão simbólica da segurança requerida pelo sistema financeiro, como indicador de que esse Estado teria feito as “Reformas necessárias” para ter acesso às linhas de crédito e ao Capital internacional.

Regulator agencies – much more than a tendency

This study has as purpose to delineate, in an introductory way, the concept of “regulator agencies”, since its proposal, still in the form of Bilac Pinto’s committees, up to the models of Luiz Carlos Bresser-Pereira’s executive agencies. From this study, it is intended to demonstrate that the utilization of the word “agency” involves much more than “a tendency which follows the globalization movement”, as affirms Maria Sylvia Zanella Di Pietro. The agencies appears as a form of maintenance guarantee of concession contracts established with the private companies detained of the exploration right of services granted by the State, because, for privatization, it is necessary that, in the act of purchase, the buyer obtains guarantees that the contract will not be broken by future governments. Therefore, the word “agency” serves to indicate that the necessary changes have been realized to guarantee the security of the investment.

Key words: Agencies. Committees. Concession contract. Investment. Security.

Notas

- 1 Os pactos devem ser cumpridos, ou seja, os contratos estão acima de qualquer regra, devendo, portanto, ser cumpridos. Princípio rígido da imutabilidade dos contratos. Essa é a principal acepção do princípio da “liberdade” contratual norte-americana.
- 2 O economista Milton Friedman, ideólogo do novo liberalismo, foi inspirador de todas as políticas de privatização e desestatização deflagradas no mundo na década de 1980 e que chegaram no Brasil nos anos 1990. Essas idéias preconizavam o Estado mínimo, pois pressupunham que os governos não teriam necessidade de investir para corrigir os desequilíbrios sociais, pois o crescimento da economia resultaria em justiça social. Daí, surge o chamado Consenso de Washington, cujas práticas foram implementadas inicialmente por Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (Inglaterra), servindo de modelo para as Reformas dos Estados no mundo.
- 3 Essas Emendas Constitucionais (ECs) tratam da reforma gerencial e do modelo administrativo de concessão, autorização e permissão dos serviços públicos, criando os entes reguladores (no setor de telecomunicações e petrolífero) e deixando em aberto a possível exploração dos serviços públicos pela iniciativa privada.
- 4 Monopólio com economia de escala, de modo que seu detentor possa produzir a custo marginal menor do que seria possível a qualquer outra empresa.

Referências

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Agências reguladoras*. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Agências executivas. Cadernos MARE*, Brasília, DF, v. 9, 1998.

BRESSER-PEREIRA, L. C. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos Mare da Reforma do Estado*, Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, n. 1, 1997.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Do estado patrimonial ao gerencial. In: SACHS, I.; WILHEIM, J.; PINHEIRO, P. S. (Org.). *Brasil um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 222-259.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Exposição no Senado sobre a reforma da administração pública. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, v. 3, 1997.

BRESSER-PEREIRA, L. C.; GRAU, N. (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. São Paulo: Zahar, 1993.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SHECARIA, C. C. B. M. A competência das agências reguladoras nos USA. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 455-489.

PINTO, B. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

PINTO, B. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

▼ recebido em 31 ago. 2006 / aprovado em 28 out. 2006

Para referenciar este texto:

MISSE, D. G. Agências Reguladoras – muito mais do que modismo. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 277-290, 2006.