



DESAFIOS DEMOCRÁTICOS NO MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO

O CASO MAL RESOLVIDO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa¹
Pedro Pontes de Azevedo²
Humberto Madruga Bezerra Cavalcanti³

RESUMO

A recente crise no setor da aviação civil brasileira reativou o debate público acerca do modelo regulatório adotado pelo país desde os anos noventa, a partir das privatizações e dos movimentos de reforma do Estado. O artigo analisa as falhas do processo e alerta para a cautela que se deve adotar nas discussões atuais em torno da aprovação do PL 3.337/2004, que unifica o marco regulatório brasileiro. A idéia é destacar que o momento atual não é apenas do Estado e do mercado. Abrange, principalmente, os interesses da sociedade. Por este motivo, requer abertura democrática nos procedimentos de discussão e controle da gestão reguladora.

Palavras-chave

Agências reguladoras. Desafios democráticos. Privatização. Crise do Estado Social. Estado regulador.

ABSTRACT

The recent crisis within Brazilian private aviation area has activated again the public discussion concerning the regulatory model which was adopted by Brazilian political authorities

¹ Mestra em Direito Econômico (UFPB). Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas (Universidade de Coimbra). Professora Adjunta IV do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas/CCJ/UFPB. Coordenadora do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das Agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB.

² Advogado e jornalista. Especialista em Direito Municipal (UNIPÊ). Mestrando em Direito Econômico (PPGCJ/UFPB). Professor Instituto Superior de Educação da Paraíba – IESP e das Faculdades de Ensino Superior da Paraíba – FESP, João Pessoa. Integrante do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das Agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB.

³ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (UNISUL). Mestrando em Direito Econômico (PPGCJ/UFPB). Integrante do projeto de pesquisa “O perfil regulador do Estado brasileiro, sob a ótica de atuação das Agências: uma proposta inacabada”, vinculado ao PPGCJ/UFPB.

starting from the last decade of the twentieth century, when the first privatization policy and the reform of the State took place. The present essay analyzes the mistakes which were made along this process and suggests a prudent approach in discussing the approval of PL 3.337/2004, which unifies the Brazilian regulatory framework. The intention is to stress that the question does not involve only the relationship between the state and the market, but it concerns the general social interests. For this reason, it is necessary that the procedures of the discussion are open and democratic, and the regulatory process is accurately controlled.

Key-words

Regulatory Agencies. Democracy challenges. Privatization. Welfare State crisis. Regulatory State.

1. INTRODUÇÃO

A mudança de perfil do Estado nacional, a partir do avanço globalizador dos mercados e dos processos de privatização e de desregulamentação do setor empresarial público, aponta no sentido de uma nova configuração do Estado nas suas relações com a economia e com a sociedade civil. O Estado, enquanto ainda mantém reservas pontuais de sua presença empresarial (como produtor ou distribuidor de bens e serviços) em alguns segmentos, passou a se apresentar preponderantemente como um *agente normativo e regulador* da atividade econômica⁴.

A crise do Estado social de tipo intervencionista, cujo início pode ser identificado no começo dos anos setenta, refere-se, em geral: (i) à crescente complexidade (e disfuncionalidade) do Estado; (ii) ao fenômeno do poder difuso (pluralismo das fontes de poder); (iii) à conseqüente “ingovernabilidade sistêmica”⁵ das sociedades complexas da atualidade. Nesse contexto, intensificaram-se os argumentos contra a sustentabilidade do modelo de Estado gestor e das políticas sociais que dele emanavam. A crítica sistemática dos agentes organizados em torno das propostas neoliberais, inclusive no âmbito da academia, davam conta de que demandas em quantidade superior à capacidade de resposta do Estado geravam déficits crescentes, minando as probabilidades de uma governação eficaz. O resultado negativo abrangia, além da sobrecarga fiscal, um volume progressivo de pleitos não satisfeitos, em processo degenerativo que acabava por atingir a legitimidade dos poderes públicos (eixo racionalização-legitimação da problemática⁶).

Teorizou-se sobre a crise financeira do Estado, sobre as mudanças

⁴ Cf. BRASIL. Constituição Federal (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988, art. 174.

⁵ Expressão atribuída a Samuel Huntington, em *Political Order in Changing Societies*. (HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.).

⁶ Em Habermas, as crises do sistema político se dividem em crises de racionalidade (na esfera administrativa, gerando pretensões não satisfeitas) e crises de legitimação (conectadas à crise de identidade, em âmbito legitimatório, quando o sistema político se torna incapaz de criar estruturas eficazes aos fins da legitimação). Vide HABERMAS, J. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Tradução de Giorgio Backhaus. Roma/Bari: Laterza, 1975.

demográficas de que supostamente decorre a inevitável privatização da segurança social e também sobre a necessidade de se promover a autonomia dos cidadãos, tornando-os responsáveis por seu bem-estar presente (emprego, saúde, reinserção social) e futuro (reforma do Estado). Para os adeptos desse discurso, o Estado se havia transformado em um organismo ineficiente, predador e parasita. O estrago que já havia provocado somente poderia ser controlado pela diminuição de seu tamanho, idealmente ao de um Estado mínimo.

A ferocidade dos argumentos denegatórios do Estado, no entanto, arrefeceu diante da impossibilidade do simples cancelamento de todo o aparato estatal e da constatação de que setores e segmentos econômicos importantes continuavam ameaçados por crises sistêmicas, revelando a incapacidade do mercado em lidar, de modo fiável e equilibrado, com a sua total auto-regulação. Na verdade, a radicalização das teses de redução do Estado poderia gerar o efeito perverso de incapacitá-lo para executar as tarefas da própria agenda neoconservadora, como a garantia da segurança jurídica dos contratos, a manutenção da ordem pública e a defesa da propriedade privada, causando sérios e gravíssimos riscos de descontrole social, pela desmoralização de sua autoridade constituída.

Diante dessa perigosa e factível possibilidade, fazia-se necessário moderar a linguagem e reclamar a permanência de um tipo diferente de Estado, com feições modernas, eficiente e tecnocrático. No plano administrativo, o modelo burocrático weberiano, que aparecia como padrão organizacional básico, precisava ser substituído por um modelo ágil e descentralizador. Esse processo, que Evans denominou de *desilusão com o Estado* - ou pelo menos com um certo tipo de Estado⁷, levou os governos dos países centrais, principalmente da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, a buscarem novas alternativas para estancar a crise. A construção de uma agenda alternativa para um modelo novo de Estado passou, evolutivamente, pelo *managerialism*⁸, *consumerism*⁹ e *public service oriented (PSO)*¹⁰. Esses enquadramentos tinham em comum a busca de

⁷ Cf. EVANS, Peter. *Autonomia e parceria: Estados e Transformação Industrial*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004, p. 51.

⁸ *Managerialism* – traduzido como “gerencialismo puro”, tinha como eixo principal o conceito de produtividade. Sua utilização visava à diminuição e otimização dos gastos públicos, em tempos de escassez, num contexto que tinha como ponto central a busca da eficiência, com clara definição das responsabilidades dos funcionários, dos objetivos organizacionais e uma maior consciência acerca do valor dos recursos públicos.

⁹ *Consumerism* – o objetivo da “satisfação dos consumidores” introduzia a perspectiva da qualidade como uma estratégia voltada para a boa realização do consumo, através de medidas que visavam tornar o poder público mais leve, ágil e competitivo: descentralização administrativa, criação de opções de atendimento (como o incentivo à competição entre organizações públicas) e adoção de um novo modelo contratual.

¹⁰ *Public Service Orientation* – PSO – numa perspectiva de “serviço orientado para o público”, esse conceito apresenta novos questionamentos e põe em xeque antigos valores, não estando, ainda, com seu arcabouço teórico concluído. A conjugação entre *accountability* e o binômio justiça/equidade é uma de suas idéias principais. O grande problema dessa corrente é ter sido pensada segundo os parâmetros do poder local, sem oferecer uma visão de conjunto, em âmbito nacional.

aumento de capacidade gerencial do Estado e, no caso do PSO, o aprimoramento do *accountability*. Tais reformas constituíram a base do movimento que ficou conhecido como *New Public Management* (NPM).

Havia aqui uma alteração que atingia, em decorrência, o Estado constitucional e a cultura jurídico-administrativa clássica, cujo funcionamento somente poderia ser satisfatoriamente alcançado em ambiente efetivamente pluralista e democrático. Pela primeira vez, o Estado, que sempre fora o sujeito das reformas, passava a ser entendido como o objeto das mudanças, sem que se soubesse, entretanto, quem, na verdade, poderia ser o titular dessas transformações: o mercado ou a sociedade civil¹¹.

Do ponto de vista jurídico, conceitos-chave das novas dogmáticas juspublicísticas perturbavam o sentido normativo tradicional e pugnavam por uma compreensão de conjunto que extrapolasse o simples pensar (ou fazer) imediato. O mesmo ocorria com a substituição do paradigma burocrático de Administração Pública pelo paradigma administrativo-empresarial, que importava modelos gerenciais da iniciativa privada e se desenvolvia no rastro do declínio do Estado de Bem-Estar, consolidando-se no marco teórico do chamado *Estado regulador*¹².

A função que permitia ao Estado, no contexto da economia de mercado e da livre concorrência, diante e ao cabo dos processos de privatização substancial, definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos atores econômicos passou a ser conhecida como *regulação*. Seria, segundo Chevallier¹³, a ação capaz de restituir ao Estado parte da legitimidade perdida, fazendo dele “o princípio da ordem e da coesão”. A regulação comportava a idéia do funcionamento equilibrado da atividade econômica¹⁴ e de um universo social pacificado, pela institucionalização de um terceiro regulador isento e independente.

Em sua vertente administrativa, a reestruturação do Estado acabou passando por procedimentos práticos e teóricos que resultaram, em síntese, no seguinte quadro: (i) reservas de propriedade estatal, mantidas em setores

¹¹ Boaventura Santos analisa o que chama de “crise do reformismo”, enfatizando, na atualidade, a idéia de um Estado sujeito passivo de reforma, em contraposição às situações anteriores, nas quais o Estado conduzia a reforma, papel especialmente preponderante no Estado de Bem-Estar Social. Cf. SANTOS, B. S. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, nº. 134, 1999.

¹² Dentre as várias adjetivações atribuídas à figura atual do Estado, destacamos a expressão “Estado regulador” como uma designação consolidada e compatível com o objeto de estudo, na seqüência de algumas teorias constitucionais representadas por doutrinadores como Giandomenico Majone (Itália), Gomes Canotilho e Vital Moreira (Portugal), dentre outros. Vide CANOTILHO, J. J. G. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: *Studia Juridica*, Coimbra, n. 61, ad honorem -1, Estudos em Homenagem ao professor doutor Rogério Soares, 2001.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. *Institutions Politiques*. Paris, LGDJ, 1996, p. 87-88.

¹⁴ Cf. MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

residuais exclusivos (o chamado “núcleo estratégico”); (ii) formas intermediárias de propriedade pública não-estatal (constituídas pelas organizações sem fins lucrativos, que, embora não sejam propriedade privada, estão orientadas para a satisfação do interesse público); (iii) a atuação mista e simultânea do Estado com outras organizações privadas e públicas não-estatais (setor dos serviços competitivos); (iv) por fim, uma faixa onde predomina a propriedade privada, área de atuação das empresas e setor exclusivo da produção de bens e serviços para o mercado, ressalvados os casos de inexistência de capital privado disponível ou de monopólio natural.

Há, portanto, na configuração atual, setores exclusivos e não-exclusivos. Não houve a supressão da intervenção estatal direta na atividade econômica. Esse esquema mostra que, no conjunto das mudanças ocorridas, pode-se constatar a convivência de formas múltiplas e plurais de gestão. Os principais modelos são: a Administração pública burocrática (modelo antigo) e a Administração pública gerencial (modelo novo). A primeira, embora sofrendo do excesso de formalismo e da ênfase no controle dos processos, apresenta as vantagens da segurança e da efetividade das decisões. A segunda caracteriza-se fundamentalmente pela eficiência dos serviços prestados em massa a uma grande quantidade de cidadãos. Em alguns setores estratégicos, a solução mais adequada passa pela instauração de formas híbridas, um misto de administração pública burocrática e gerencial.

A meta da eficiência foi transformada em um princípio administrativo básico a ser alcançado e o modelo da administração gerencial foi entendido como o modo mais adequado de gestão dos novos interesses. Nesse contexto, no entanto, todas as formas de gerenciamento privado e semi-público devem ser acompanhadas por um seguro e eficaz *sistema de regulação*. No âmbito das novas funções regulativas do Estado, a concepção que lhe atribuía o monopólio de produção da normatividade jurídica passou a ser substituída por uma compreensão da natureza plural e multiorganizativa dos fenômenos jurídico e político. A atividade regulatória estatal não deixa de ser um modo de intervenção estatal na economia, porém, substancialmente diverso do modelo de intervenção direta.

A globalização e a internacionalização dos mercados, a conformação do Estado nacional com as organizações internacionais e supranacionais e as crescentes transformações dos padrões clássicos de comportamento social engendraram o renascimento de um pluralismo jurídico e extra-jurídico que abrange, em campos autônomos ou interligados, as figuras do Estado, do mercado e da sociedade. Assim, o núcleo central do espaço econômico assumiu uma feição matizada pelos aspectos social e político, significando que os novos processos de racionalização atravessam os cenários políticos, econômicos e jurídicos. Nessa conjuntura, o poder político tende a se dispersar, buscando novas sedes de configuração não explicitamente institucionais.

Enquanto a política revela permanente exposição às razões da

economia e às razões da sociedade, o poder econômico dos mercados reclama medidas políticas de regulação e dinâmicas sociais de acompanhamento. Nos setores competitivos, devem ser estimulados modelos de controle social direto, facilitando-se o acompanhamento democrático da gestão. Os setores intermediários indicados na classificação apresentada (entre o núcleo estratégico estatal e o setor exclusivo do mercado) constituem a “novidade” e o ambiente formador do novo perfil empresarial público que abrange a intermediação entre o Estado e o mercado, sob a forma de “regulação” (caso das Agências Reguladoras, por exemplo), assim como abrange os modos formais e informais de parceria entre o Estado e o mercado (Parcerias Público Privadas, por exemplo) ou entre a sociedade e o Estado. Essa imbricada estrutura de relações reclama a existência de agentes e processos democraticamente maduros, funcionando em esferas autônomas, mas seguramente interdependentes.

Inquieta-nos a consciência de que o marco regulatório do Estado, no formado que assumiu depois dos processos de descentralização e privatização, somente se pode configurar a contento em um ambiente democraticamente ativo e ascendente. O novo paradigma de Estado requer a configuração de distintos contratos, em âmbito interno e internacional, interinstitucional e intersocietário. É essencial à noção de regulação que o ente regulador estatal dialogue com os agentes sujeitos ao seu acompanhamento. Os processos democráticos atuais demandam seriedade, agilidade e transparência no plano institucional; maturidade, qualificação e objetivos coletivos no plano societário; participação ativa e consciente, no plano interpessoal. Em jogo, o equilíbrio entre os interesses privados (competição, lucro e satisfação do consumidor) com os objetivos de interesse público (universalização, redução das desigualdades, maiores investimentos) e de interesse social (tarifas reduzidas, preços baixos e serviço de boa qualidade). A permear todo esse universo, a idéia de que o modelo do Estado regulador, especialmente considerada a realidade brasileira, precisa se cercar de cuidados de democracia para conseguir se efetivar. Sem estruturas democráticas pertinentes e eficazes, o processo regulador pode enveredar pelo caminho da conveniência de governos (e de governantes) ou ser capturada pelos interesses do grande mercado. Qualquer das situações representa um passo atrás e o resultado pode ser desastroso.

No âmbito desta monografia, procuraremos abordar alguns ângulos teóricos e práticos da questão, na perspectiva de um raciocínio crítico e polivalente, que se revele capaz de lançar luz sobre o problema, em meio à sua abundante e complicada base doutrinal e teórica. A idéia é engrossar as fileiras da cautela, destacando a necessidade de uma participação social real e esclarecida no interior dos quadros reguladores que se perfilham ao longo da renovação dos procedimentos e das funções administrativas, especialmente considerado o processo de reforma do Estado brasileiro.

2. AS EXPERIÊNCIAS DE REGULAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NA EUROPA E O DEBATE DEMOCRÁTICO EM TORNO DESSA QUESTÃO

Nos Estados Unidos da América, de acordo com a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), de 1946, à exceção do Governo, do Congresso e dos Tribunais, todas as demais autoridades públicas constituem “agências”. As agências, criadas sempre por lei, têm o seu funcionamento e os seus procedimentos calcados nesse ato criador, que também estabelece as técnicas de controle pelo Congresso. De início, foram criadas *regulatory agencies* e *non regulatory agencies*, conforme a existência ou não de delegação de poderes normativos por parte do Congresso. Essa distinção foi depois superada, passando todas as agências a se submeterem às limitações da Lei de Procedimento Administrativo. Uma segunda classificação dividia o ramo regulativo do governo federal em *executive agency* e *independent regulatory agency* (ou *independent commission*). Os dirigentes destas últimas eram protegidos por uma maior estabilidade em função do caráter de independência desse setor.

A experiência norte-americana de monitoramento do desenvolvimento econômico por meio de “agências de regulação” teve dois momentos cruciais: (i) o *New Deal* (1933-1940) e (ii) a *New Social Regulation* (1965-1980). No primeiro momento, a preocupação central era o controle do poder monopolista e da concorrência nociva. Em sua dimensão substitutiva, o constitucionalismo do *New Deal* rejeitou a *common law*, que fixava os termos básicos da regulação vinculados ao sistema de *checks and balances*, e projetou o aumento dos poderes do Presidente da República, instituindo agências administrativas modernas, dotadas de técnicos qualificados para promover o interesse público, e revitalizar o Poder Executivo¹⁵. No segundo momento, procurou priorizar a correção dos problemas surgidos com a informação imperfeita e assimétrica, especialmente gerado no âmbito da contratação em massa, visando a proteção do consumidor e do meio ambiente. A regulação americana passa, portanto, pelos canais do direito concorrencial e da regulação social setorial, com ênfase nesta ou naquele, a depender do tipo de política econômica adotada.

A história da regulação nos Estados Unidos da América abrange, por último, uma onda de expansão econômica privada, ocorrida entre os anos oitenta e noventa (por toda a década de noventa), que demandou a intensificação de processos desreguladores. O excesso de desregulação teria contribuído para a crise que se abateu sobre a economia norte-americana no início deste milênio: formas graves de abuso do poder empresarial representadas por tráfico de influências, fraudes contábeis e fiscais, escândalos bancários etc.¹⁶. Desregulação e desregulamentação se conjugaram nesse cenário¹⁷.

¹⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, vol. 101, number 2, dec./1987, p. 421-510.

¹⁶ STIGLITZ, Joseph. *Os Loucos Anos Noventa*: a década mais próspera do mundo. Tradução de Freitas e Silva. Lisboa: Terramar, 2005.

¹⁷ O caso da falência da Enron Corp, empresa do setor energético no Estado da Califórnia, revelou-se emblemático da conhecida crise.

Na atualidade, podem-se perceber duas situações aparentemente contraditórias. Por um lado, os poderes e a função reguladora das Agências sofreram significativas restrições, duplamente limitados por motivos de disputa política (controle entre o Congresso e a Presidência da República) ou por razões econômicas (os processos desreguladores dos anos noventa). Por outro lado, o fervor desregulatório parece ter arrefecido. Hoje, parte importante de teóricos e agentes econômicos nos Estados Unidos da América recomenda o retorno a um tipo de regulação em bases mais voláteis e factíveis, ponderando inclusive pelo aperfeiçoamento democrático das formas sociais de acompanhamento¹⁸. Ponderam que, em um sistema administrativo baseado na unidade da jurisdição, como o dos EUA, a outorga de funções quase-legislativas e quase-judiciais às autoridades reguladoras sempre foi considerada um tanto esdrúxula. A verdade é que o Estado, na realidade norte-americana, nunca foi excessivamente interventor. A atuação estatal direta no desenvolvimento de atividades econômicas empresariais sempre foi excepcional.

Em linhas gerais, é esse o percurso histórico da regulação econômica nos Estados Unidos da América. Interessa-nos, neste momento da análise, feita breve alusão aos processos desregulatórios em curso, buscar o problema da *legitimidade do poder regulativo*, no âmbito dos debates norte-americano e europeu. Duas importantes dimensões podem ser consideradas: (i) uma dimensão procedimental, que perspective a conjugação de alguns elementos - agências criadas por lei, reguladores nomeados por quem detém mandato popular, decisões regulativas motivadas e adstritas a regras formais, participação da sociedade nas decisões, sujeição do ato final a reexame pelo judiciário; (ii) outra dimensão substancial ou material, que confronte coerência e racionalidade da política regulativa, qualificação dos reguladores, capacidade política dos reguladores em proteger os interesses difusos, limites à atuação dos reguladores etc. O desafio é encontrar nas estruturas regulatórias norte-americana e europeia a incorporação desses requisitos.

Certamente a realidade dos Estados Unidos da América não é a mesma da Europa. Nos últimos tempos, houve desregulação (*deregulation*) nos EUA e reprivatizações na Europa. O fato é que, passado o auge europeu das políticas de nacionalização (anos oitenta do século XX), a Europa se viu em meio a uma onda de privatizações. As diferenças entre a regulação americana e a europeia comportam a referência a alguns fundamentos históricos e metodológicos importantes. O próprio termo “desregulação” apresenta significados diferentes nas duas realidades. Na Europa, “desregulação” pode indicar somente “privatização”. Diz-se que há desregulação quando as autoridades públicas deixam de regular ou abrandam a regulação em determinado setor, permitindo o livre funcionamento das regras de mercado¹⁹.

¹⁸ STIGLITZ, J. op. cit. p. 4-15.

¹⁹ SANTOS, Antonio; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel L. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.157.

Do ponto de vista do sistema político adotado nas duas realidades, percebe-se que o modelo não-majoritário e a filosofia institucional americana explicam, de *per se*, a maior independência concedida aos órgãos reguladores. O receio de “ingovernabilidade” teria levado os Estados Unidos da América e sua organização federativa a soluções relativamente autoritárias que se organizaram em duas direções: (i) reforço do Poder Executivo, pela preferência a um sistema de governo de tipo presidencialista; (ii) a imposição de novos limites à esfera das decisões que podiam ser tomadas com base na regra da maioria. Registre-se também a unidade entre as jurisdições administrativa e judicial.

Esse é um cenário que difere profundamente do panorama europeu. No contexto europeu continental, os governos são parlamentaristas e o sistema administrativo nacional é dual. Diverso de uma estrutura formada por agências, a Administração pública nos países da União Européia apresenta uma organização complexa: compõe-se por uma série de órgãos que integram a administração direta e indireta dos Estados membros. No âmbito das Comunidades, as autoridades supranacionais não trabalham com a racionalidade interventiva e não detêm poderes para exercer uma intervenção econômica imediata e direta nos países membros.

Revela-se impertinente e absolutamente inadequada à estrutura comunitária a exploração direta da atividade econômica por parte do órgão supranacional. Nesse sentido, o intenso processo de privatizações deu-se, como é óbvio, no interior de cada soberania, uma vez que a Europa não é uma federação. A via da regulação econômica (e não a da intervenção direta, *stricto sensu*) revela-se a mais adequada às peculiaridades do modelo supranacional. Esclareça-se que aqui nos referimos a um tipo genérico de regulação do comportamento econômico dos agentes privados, mais ampliado do que aquele que se opera no rastro das privatizações, nos setores liberalizados.

No interior dos Estados membros, a Administração econômica direta e indireta é formada por serviços centrais e serviços descentralizados. Há um setor público administrativo e um setor público empresarial. Foram criadas, nos diversos países, as autoridades independentes de regulação, com funções administrativas especializadas, dotadas de autonomia orgânica e funcional, não sujeitas a ordens ou instruções governamentais. Ocorre que, na Europa, a chamada “união econômica” – último estágio do processo de integração, depois da união monetária – ainda não se consolidou propriamente e não possui uma estrutura hierarquizada aguda, com instrumentos precisos de intervenção. As formas de funcionamento da união econômica estão fundadas, basicamente, em mecanismos de supervisão multilateral e no controle das políticas financeiras e orçamentárias. As normas imediatamente aplicáveis nos ordenamentos jurídicos nacionais somente podem ser encontradas naqueles domínios em que a Comunidade recebe competências transferidas pelos Estados membros (política de concorrência e política agrícola comum, por exemplo).

A Administração econômica geral funciona por intermédio da Comissão

Européia (composta de Direções-Gerais setoriais²⁰), dos Comitês e Grupos de Trabalho e por algumas estruturas autônomas, dentre estas, os chamados Fundos Estruturais. Não existem entidades européias de regulação, no sentido de Agências independentes, como resultado da liberalização de um setor público à dimensão da Europa. No entanto, existem áreas comuns, como o disciplinamento do ambiente, da água, da segurança e das novas tecnologias, nas quais os princípios e as regras procedimentais da Comunidade influenciam os organismos independentes de regulação de âmbito nacional. É o caso da adoção do princípio do desenvolvimento sustentável, do princípio da precaução, dos direitos dos usuários de serviços públicos, do controle das cláusulas abusivas etc. Serviços considerados atividades de “interesse geral” ou “interesse público” precisam ser garantidos, pela aplicação dos princípios da universalidade de acesso, qualidade do serviço e acessibilidade do preço. As regras gerais da concorrência acabam funcionando como parâmetro para a regulação que se processa através das Direções-Gerais, em cada setor específico.

O novo desafio para a regulação dos serviços em rede na União Européia é hoje a implementação de regras claras e coerentes nas atitudes da Comissão relativamente a algumas políticas. O respeito ao princípio da subsidiariedade, o desenvolvimento do princípio da participação pública, a sistematização das informações e a criação de autoridades competentes em espaço transnacional, em detrimento das autoridades territoriais baseadas em fronteiras administrativas, constituem aspectos desse desafio.

No âmbito da discussão democrática, com a consolidação da União Européia, as diferenças geográficas, ideológicas e mesmo lingüísticas entre os países parecem conduzir as propostas de aumento da legitimação democrática das instituições supranacionais a um paradigma mais alinhado ao princípio da maioria e a procedimentos comuns ao federalismo. O déficit democrático do processo regulador europeu (caso das autoridades independentes de regulação setorial) reside justamente no interior dessa dimensão, ou seja, na necessidade de uma maior transparência e responsabilidade das decisões regulativas e de uma maior uniformização das regras nacionais, em esfera comunitária.

Creemos que num caso ou noutro (EUA ou Europa), o debate democrático estará efetivamente prejudicado todas as vezes que as discussões girarem exclusivamente em torno da legitimidade conferida pelo sistema majoritário da democracia representativa. Os representantes eleitos desdobram a sua legitimidade ao conduzirem a regulação e ao procederem, unilateralmente, à escolha dos reguladores. Hoje, o espaço da cidadania, *locus* clássico da regra da maioria, convive com os demais espaços emergentes da multiplicidade das relações nos setores da vida política, econômica e social. Não se pode

²⁰ A Comissão está organizada em direções-gerais, cada uma responsável por uma área concreta de atividade, como a concorrência, o ambiente ou a pesca, de modo semelhante aos Ministérios de um Estado.

negar a existência de um déficit democrático de origem que impende sobre esses sistemas reguladores, atingindo o princípio clássico da separação de poderes e tornando-o inoperante para fundar constitucionalmente a natureza administrativa das instâncias de regulação. Nesse contexto, as realidades européia e norte-americana se equivalem.

Por outro lado, não se pode perder de vista que os reais poderes dos organismos reguladores independentes, tanto normativos quanto repressivos, em substituição às instâncias tradicionais, conferem à sua atuação um papel inevitavelmente político. Esse papel assume proporções ainda maiores, quando se conclui que o desempenho dessas autoridades tem o condão de marcar a postura política do Estado atual nas suas relações com o domínio econômico e com a autonomia negocial privada. Ao lado das organizações não-governamentais e das empresas privadas, as autoridades reguladoras formariam o chamado “terceiro setor”, embora o perfil não-estatal desses organismos não esteja de todo assente. A refundação democrática do Estado e da Administração Pública passa, segundo boa parte dos cientistas sociais, por uma reforma simultânea do Estado e do terceiro setor, pela via de uma articulação entre democracia representativa e pós-representativa²¹, de natureza mais dinâmica e participativa.

3. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS ORGANISMOS REGULADORES (ALGUMAS TEORIAS)

Ao longo da história, a democracia tem sofrido mudanças e adaptações. De acordo com Robert Dahl²², é possível identificar duas grandes transformações materiais em seu conceito: (i) primeiro, na democracia grega, do governo de poucos ao governo de muitos; e depois (ii), com a mudança entre a democracia do cidade-Estado para a democracia do Estado-nação, mais complexa.

Diríamos que essa cronologia não se encerra por aí. Ao que tudo parece indicar, encontra-se em processo uma terceira transformação do instituto, na passagem das formas democráticas do Estado-nação para o sistema global, com todas as implicações político-jurídicas, internas e internacionais, que decorrem dessa nova alteração. A desterritorialização da economia, a integração regional em poderosas entidades supranacionais (caso da Europa) e a conformação reguladora dos Estados (e do constitucionalismo estatal, perspectivado para o mercado) dão-se no rastro desse percurso. O funcionamento técnico-jurídico do novo Estado regulador passa, necessariamente, por medidas de delegação legislativa, que cancelam a exclusividade normativa do parlamento e alteram as estruturas da democracia tradicional. É o que acontece com o poder normativo concedido às Agências de regulação.

²¹ Cf. SANTOS, S. op. cit. (1999).

²² DAHL, Robert. **Democracy and its critics**. Yale: Yale University Press, 1989, p. 3-15.

Fazendo convergir a análise para os processos de regulação engendrados com a mudança no perfil administrativo do Estado, pode-se constatar que a pretensa autonomia do organismo regulador constitui um grave problema a ser enfrentado. Em primeiro lugar, cabe indagar sobre o contexto em que se exercita essa independência (com relação a quem ou ao quê). A idéia é que os organismos reguladores sejam *formalmente independentes do governo* e *materialmente independentes do mercado*. A correlação entre esses dois níveis de autonomia os aproximaria de um grau ótimo de regulação, pela satisfação dos interesses sociais abrangidos. Na verdade, a atuação dos entes reguladores não deve ser manipulada pelos *interesses regulados*, significando, em suma, que essa independência não deve ser acionada em desfavor da sociedade.

Os organismos reguladores apresentam, a um só tempo, tríplice configuração: (i) entes públicos; (ii) órgãos de monitoramento do mercado; e (iii) reguladores sociais. Precisam pautar-se pelo interesse público, mas não podem se valer de instrumentos de controle desnecessariamente intrusivos, assim como não podem permitir a instrumentalização do setor aos interesses momentâneos dos governos. Monitoram o mercado e devem garantir as regras básicas da livre concorrência sem, entretanto, descuidar dos consumidores, nem se deixar seduzir pelos perigos da captura²³. Por fim, como reguladores sociais, precisam garantir a universalização e a eficiente prestação do serviço, sabendo contemporizar os interesses envolvidos, em uma perspectiva de mercado. Significa que a sua independência não pode ser exercida de modo absoluto e arbitrário.

Um ponto primordial a destacar é o fato de que a autonomia das entidades reguladoras não pode acobertar um isolamento que se equipare à falta de mecanismos de prestação de contas perante o público e perante o poder legislativo, assim como não pode descartar a revisão judicial de seus atos. Daí entendimento geral de que a independência frente ao Poder Executivo deve ser “compensada” por um reforçado escrutínio público da sua atividade, inclusive perante as comissões parlamentares competentes²⁴. Um caminho importante para melhorar a qualidade democrática dos processos reguladores setoriais está seguramente adstrito à participação da sociedade civil, visando o aumento da *accountability* (controle, transparência e demais questões abrangidas por esse termo²⁵). Assim, o equilíbrio entre as forças – governo, iniciativa privada e sociedade – estará assegurado mediante efetiva e ampliada participação social, de modo a igualar o poder, a capacidade de articulação e as formas de pressão que governo, empresas reguladas e usuários seriam capazes de acionar²⁶.

²³ Os perigos da chamada “captura” foram analisados por Olson (1965), Stigler (1971), Becker (1983) e Peltzman (1989), dentre outros. Procuraram avaliar em fórmulas econômicas os motivos da captura.

²⁴ Cf. MOREIRA, V. Regulação Independente?. *Revista Cedipre*. Disponível em: www.fd.uc.pt/cedipre/revista/mao_visivel/regulacao_independente.htm Acesso em: 16 ago. 2006.

²⁵ Vide: CAMPOS, Ana. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista da Administração Pública*. vol. 24, n. 2. Rio de Janeiro. FGV, p. 47–56.

²⁶ Cf. PECCI, A. *Controle social no contexto da reforma regulatória*. In: *Anais CLAD IX*, Madrid, 2004, p.3.

Os obstáculos mais potencialmente perigosos englobam, principalmente, o perfil normativo da responsabilidade pública e a falta de legitimidade democrática dos órgãos de direção das autoridades reguladoras. A despeito do grande poder de que desfrutam, essas pessoas não são eleitas para tal, nem são diretamente responsáveis perante os detentores de cargos eletivos. Em geral, são designados pelo Poder Executivo, mediante aprovação do Poder Legislativo. Os organismos da regulação funcionam com poderes: (i) legislativos, na medida em que editam normas técnicas, portarias, resoluções; (ii) de administração, na proporção em que realizam atos e procedimentos administrativos; e (iii) poderes parajudiciais, quando aplicam os princípios técnico-procedimentais inerentes ao juiz, tais como o contraditório²⁷ e os mecanismos instrumentais de inquirição e inspeção, além da competência sancionatória²⁸.

A despeito de todo esse amplo leque de competências, tais órgãos não apresentam intrínseca legitimidade democrática e podem ser vistos, segundo o modelo majoritário de democracia representativa, como “anomalias constitucionais que não se enquadram na estrutura tradicional de freios e contrapesos” ou como ameaça aos princípios fundamentais do constitucionalismo e da teoria democrática²⁹. Para os defensores desses pontos de vista, o problema seria solucionado através de medidas que pudessem conduzir a uma maior politização do processo regulativo, de modo a ocasionar expressiva concentração de poder nas mãos da maioria.

Para os que defendem a adoção de um modelo não majoritário (ou madisoniano³⁰) de democracia, a delegação de responsabilidades de *policy-making* a organismos independentes, como forma de difusão do poder, pode representar, de *per se*, um modo de controle democrático mais eficaz do que a responsabilização política direta perante os eleitores ou perante os representantes eleitos. Na opinião dos defensores desse modelo, os mecanismos de decisão não-majoritários induzem à relativização da regra da maioria e seriam mais

²⁷ Para Merusi, é como se a garantia do exercício do contraditório pudesse substituir a necessidade de uma legitimação política desses órgãos de regulação. Cf. MERUSI, F. *Democrazia e autorità indipendenti*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 27.

²⁸ Cf. MERUSI, F. *op. cit.*, p. 27.

Podem ser identificados nas Agências: (i) poderes normativos (comandos gerais para o setor regulado); (ii) poderes de outorga (expedição de licenças, autorizações, concessões, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular); (iii) poderes de fiscalização; (iv) poderes sancionatórios (advertências, multas ou cassação de licenças); (v) poderes de conciliação e mediação de interesses e (vi) poderes de recomendação. Cf. MARQUES NETO, F. A. *Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. ABAR, 2003, p. 25-26.

²⁹ Cf. Veljanovski e Teitgen apud LA SPINA, A. MAJONE, G. *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 167.

³⁰ Na linguagem de Madison, o objetivo no modelo não majoritário é proteger a minoria contra a “tirania da maioria” e estimular defesas contra o *factionalism*, ou seja, a usurpação do governo por parte de grupos de interesses e contra as ameaças que isso pode representar aos princípios republicanos numa democracia deliberativa.

adequados à sociedade complexa e pluralista dos dias atuais, tendo-se revelado como os instrumentos preferidos dos governos.

Em âmbito jurídico, algumas novas teorias esboçam posições sobre a relativização da regra da maioria como técnica de legitimação das decisões políticas e denunciam os vícios formais do procedimento majoritário. Para uns, a regra da maioria conduz, em todos os casos, a um resultado de “soma zero” e dissipa o seu potencial legitimador no instante em que a implementação de políticas públicas escapa ao controle da maioria. Para estes, o princípio da maioria deve ser transformado em um instrumento mais dinâmico de regulação social³¹.

Para outros, é possível ir além da responsividade jurídica, a partir do reconhecimento da existência de novas formas de organização social, que incentivam a participação política e controlam as demandas sociais. Referem-se aos chamados “grupos sociais semi-autônomos”, dentre estes, as empresas. A economia globalizada teria ultrapassado a regra da maioria (que concorre, em desvantagem, com outros procedimentos decisórios, como a arbitragem e a negociação³²).

Dessa forma, estar-se-ia diante de um novo tipo de democracia: a organizacional, mais adequada à *societas mercatorum* dos dias atuais e situada no eixo da produção, baseada na “consciência global”, de caráter espontâneo (espécie de auto-reflexão), de que as “organizações complexas” da sociedade atual desenvolvem acerca dos riscos que o mercado desordenado pode comportar para equilíbrio ecológico e social do planeta. Nesse domínio, as autoridades reguladoras que se desenvolvem nas pegadas do processo de privatizações têm pouco a fazer uma vez que o mercado regulado tenderia, naturalmente, ao reequilíbrio³³.

O discurso democrático do mundo globalizado é identificado, portanto, em vários estudiosos da atualidade social. Também em Habermas, jusfilósofo alemão, para quem o novo paradigma de Estado se inscreve no âmago do Estado democrático de direito, existe uma crescente necessidade de legitimação num sistema administrativo desvinculado da vontade legitimante dos cidadãos e uma tendência à crise (de legitimação ou de motivação) na esfera pública despolitizada. Nesse contexto, o discurso liberal e o discurso de bem-estar devem ser considerados, reflexiva e criticamente, como lógicas argumentativas

³¹ Cf. NONET & SELZNICK. *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper & Row, 1978, p. 108-109. São os teóricos do chamado “direito responsivo”.

³² Referência a Gunther Teubner e aos divulgadores da conhecida racionalidade reflexiva.

³³ Trata-se da mesma linha sócio-jurídica (com reflexos sobre a regra da maioria) trabalhada pelos teóricos da autopoiese do direito, desde Luhmann, para quem a função do sistema é sempre a de reduzir a complexidade social e, nesse contexto, a democracia não possuiria valor em si. A regra da maioria interessaria somente enquanto servisse para diminuir a complexidade do ambiente sistêmico. Por outro lado, uma democracia participativa também não seria desejada porque aumentaria a complexidade social. Vide LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de M. C. Côte-Real. Brasília: UNB, 1980.

concorrentes, em face de cada situação concreta. Para esse autor, o conceito de Estado de direito, enquanto organização política, parte de um conceito contemporâneo de cidadania, pela institucionalização de procedimentos capazes de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva. O direito, como reflexo da vontade discursiva dos cidadãos, poderia, em ambiente democrático, estabilizar a constante tensão entre facticidade e validade³⁴.

Não há dúvida de que a ampliação da capacidade jurídico-reguladora do Estado ocasionou acrescida complexidade aos sistemas democráticos e normativos. O elevado número de leis especiais e singulares tem demonstrado que a norma jurídica já não mais se caracteriza pelo alcance geral de seu comando. A elaboração quase contratual das leis produzidas sob pressão de grupos de interesse fragmenta o sistema jurídico estatal, provocando uma redução do caráter vinculativo das regras jurídicas que produz. A diminuição do grau de eficácia dessas disposições normativas, aliada à multiplicidade de possíveis fontes normativas alternativas, colocou em xeque importantes conceitos e dogmas³⁵ que até então norteavam o modelo burocrático do Estado assistencial.

Por esse percurso, ao que parece, é necessário expropriar o mecanismo democrático de suas conotações clássicas e consignar algumas de suas competências a instâncias não legislativas como o Judiciário, os processos de *lobbying*, as autoridades administrativas independentes, a sociedade organizada etc. Significa que a democracia parece (e precisa) atuar nos dias de hoje por intermédio de mecanismos não-majoritários, de sentido diferente do original. Há aí uma inversão histórico-material que se procura efetivar nas novas configurações que apresenta o Estado, especialmente consideradas as suas relações com a economia e a sociedade. Não significa uma exclusão *a priori* da via representativa e majoritária, mas uma ampliação de formas negociadas e próprias de acompanhamento democrático no interior dos novos processos.

4. O PERFIL REGULADOR DO ESTADO BRASILEIRO

O Brasil entrou no calendário das privatizações na segunda metade da década de noventa, em meio ao tumulto e à falta de transparência que marcaram esses procedimentos. A reforma que preparava o desmonte da estrutura intervencionista do Estado social entrou na programação de governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), a partir da criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). O objetivo principal era a implantação de uma reforma gerencial no país com o declarado propósito

³⁴ Vide Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. vol. II. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³⁵ Os dogmas da separação de poderes, da soberania nacional, da separação entre Estado e sociedade, a relevância dada aos chamados “interesses da administração”, a intransparência financeira e a falta de controle da administração etc.

de suplantar, em termos de direitos sociais, a chamada *Era Vargas*.

A redução do aparelho do Estado se deu principalmente por meio de privatizações de empresas estatais, concessões administrativas e programas de demissão voluntária. As privatizações e a quebra de antigos monopólios estatais em setores importantes como o da eletricidade, das telecomunicações e do petróleo, patentearam a necessidade de novos instrumentos de intervenção estatal para regular esses mercados. Assim, em 1996, foi criada a primeira agência nacional de regulação, a Agência Nacional de Energia Elétrica³⁶.

Enquanto se avançava no programa de privatizações, havia um concomitante e pouco esclarecedor deslocamento da relevância atribuída às modalidades diretas de intervenção em direção ao modelo regulador. O esvaziamento das funções do Estado empresário e burocrático significava a necessária construção de um aparato regulatório, que, à moda americana, se organizava em torno das autoridades independentes de regulação setorial, idealizadas como insuscetíveis a pressões, políticas ou econômicas. Era essa a idéia-matriz. Estava em curso uma profunda transformação da administração pública e do próprio Estado. Pelas medidas já efetivadas e pela lógica global que lhe subjaz, o caminho parecia ser o da flexibilidade organizacional e da gestão pública partilhada.

As alterações assinalam uma viragem paradigmática nos aspectos relativos ao Estado e aos direitos do centro regulativo econômico, tais como o direito constitucional, o direito administrativo, o direito econômico, o direito da regulação. A substituição do paradigma burocrático, gestor direto, pelo moderno espírito gerencial (*hi-tech*) do Estado³⁷, implica mudanças importantes. Significa a substituição do constitucionalismo dirigente da Constituição Federal de 1988 por um constitucionalismo negociado, calcado em decisões construídas no cotidiano das questões, que se exercita diante das necessidades concretas. É o que Canotilho, teórico cúmplice (como ele próprio reconhece) da textura teleológica e programática de nossa linhagem constitucional, chamaria hoje de "constitucionalismo moralmente reflexivo"³⁸.

No Brasil, os desafios da regulação têm sua origem enraizada em âmbitos muito diferentes e complexos, que passam por elementos culturais, mudanças organizacionais, embates político-ideológicos e pouca participação da sociedade civil. A remodelação do Estado brasileiro repercute nas esferas políticas e jurídicas, no plano organizacional e nos aspectos culturais. O processo de modernização proposto e a atuação das entidades reguladoras precisam ser conduzidos em meios a procedimentos democráticos sérios e atitudes sociais e culturais maduras e estáveis. Não existe, no Brasil, uma

³⁶ Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº. 9427/96.

³⁷ É essa a idéia de Estado da Ciência, da Tecnologia e do Saber, difundida por Canotilho. Cf. CANOTILHO, J. op. cit. (2001).

³⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. G. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 102 e ss.

cultura regulatória como nos Estados Unidos e em outros países da Europa. As agências brasileiras são recentes e enfrentam dificuldades para concretizarem seu processo de institucionalização³⁹.

O processo está marcado por falhas de interlocução e de participação, desde o início. A própria implantação das Agências em nosso ordenamento administrativo parece ocorrer tardiamente. Na verdade, copiamos um modelo que, no país de origem, já perdeu parte do prestígio institucional e social.

Além dos riscos comuns às entidades reguladoras em geral, como a captura diante dos interesses organizados do mercado, as Agências brasileiras enfrentam ainda uma herança cultural muito perigosa para o seu autônomo funcionamento. O vírus do patrimonialismo, do clientelismo e do nepotismo que sempre circundou escalões importantes das empresas públicas brasileiras não foi eliminado. Essa herança enfraquece tanto a atuação da agência, pela ingerência política e privada, quanto a sua imagem, pela negligência com o interesse público. Caso venham a ser relacionadas à satisfação de interesses particulares dos grupos de pressão, correm o risco de ajudar a consolidar um quadro pouco favorável a uma verdadeira interação entre os atores econômicos e sociais, requisito imprescindível ao seu funcionamento.

Uma releitura dos particularíssimos meandros de nossa cultura democrática induz à constatação de que não há, no Brasil, uma tradição de conquista pela cidadania, da mesma maneira como não há grandes compromissos populares organizados em torno de formas associativistas de poder. As representações sociais com assento nos diversos conselhos (federais, estaduais e municipais) ou nos comitês populares revelam, em geral, uma parca presença (em termos quantitativos e qualitativos) de representações da sociedade civil. Nos Conselhos, a vaga é formalmente preenchida pelo representante social, mas não há interesse genuíno e espontâneo em potencializar positivamente essa participação.

A constatação da importância do papel da cultura cívica como pressuposto essencial para o desenvolvimento das agências reguladoras, e conseqüentemente da democracia, encontra relação com o paradigma interpretativo levantado por Putnam acerca de seu desempenho institucional. A superação dos dilemas da ação coletiva e do oportunismo contraproducente depende do contexto social em que a disputa se efetiva. Para esse autor, a cooperação voluntária é mais eficaz em uma comunidade que tenha herdado um bom estoque de capital social sob a forma de *regras de reciprocidade e sistemas de participação cívica*⁴⁰. A solução não poderá vir por meio de implementações em curto prazo ou de formas verticalizadas de interesses (do Estado para sociedade), como ocorreu em parte com a própria Reforma gerencial, de 1995.

³⁹ À exceção da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), todas as outras agências foram criadas após a privatização, o que gerou inúmeras dificuldades no estabelecimento de contratos, normas e metas.

⁴⁰ Cf. PUTNAM, R. **Comunidade e democracia**. A experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

No Brasil, uma avaliação do processo de criação das Agências reguladoras federais pode identificar, à partida, um grave descompasso: as Agências criadas no primeiro mandato de Cardoso perderam os seus idealizadores⁴¹ e não consolidaram o seu modelo ao longo do segundo mandato (1999-2002). O nosso arranjo regulatório tem revelado fragilidades. O processo de privatizações, atrelado ao processo de criação das agências reguladoras, trouxe problemas de identidade ao modelo inicial desses organismos. Para o governo, a meta de venda dos ativos estatais era prioritária e não poderia ser prejudicada por uma suposta imagem de rigor que as agências recém-criadas pudessem passar. O esforço de persuasão dos investidores para as vantagens do negócio envolveu assimetria de informações e maquiagem de dados, acabando por não permitir a implementação dos pressupostos de funcionamento básico de uma estrutura regulatória eficaz: transparência, prestação de contas, isolamento técnico e estabilidade de regras⁴².

5. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O GOVERNO LULA

Ao assumir o governo federal, em 2003, o governo do Presidente Luís Inácio da Silva reagiu, de início, ao modelo regulatório implantado pelo governo anterior. A formulação de políticas públicas típicas do Estado regulador não fazia parte do discurso programático tradicional do Partido dos Trabalhadores. Entrar nesse debate significava sancionar, de alguma forma, os processos de privatização que antes combatera. No entanto, contradições pontuais foram logo sentidas entre o programa do Partido dos Trabalhadores e o cronograma de medidas implantadas por um governo de centro-esquerda, marcado pela coalizão interpartidária de centro-direita e pelas grandes alianças eleitorais.

O Governo Lula atravessou, no começo de seu primeiro mandato, um vácuo ideológico no que diz respeito ao tipo de intervenção regulatória que desejava para o Estado brasileiro. Grupos de trabalhos foram instituídos com o objetivo (não declarado) de restringir a autonomia das agências. O modelo foi trazido para o controle e acompanhamento da Casa Civil da Presidência da República. Contraditoriamente, ao tempo em que questionava a autonomia das agências, parte importante do governo defendia a autonomia do Banco Central, entidade disciplinadora do sistema monetário e financeiro, similar às Agências na questão das prerrogativas normativas.

Esse quadro reflete, em linhas gerais, uma certa crise de identidade no interior do atual governo. Na verdade, reforma sociais e regulatórias envolvem múltiplos atores, burocracias executivas intermediárias e complexos processos de implementação⁴³. A indefinição que marca o processo brasileiro, somada

⁴¹ São considerados idealizadores da reforma do Estado brasileiro os ministros Luiz Carlos Bresser Pereira, da Administração e da Reforma do Estado, e Sérgio Motta, das Comunicações.

⁴² Cf. SALGADO, L. H. *Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desempenho institucional* (texto para discussão, nº. 941). Brasília: IPEA, 2003, p. 44

⁴³ Para Naim, os principais atores são o Executivo, as autoridades econômicas, as instituições multilaterais de crédito e os investidores estrangeiros, em suma, atores políticos relativamente isolados dos grupos de interesse afetados. Vide: NAIM, M. *Latin America: The Second Stage of Reform*. *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 4, Outubro de 1994.

aos problemas de cunho social, político e cultural apontados, podem falsear o perfil do Estado, fragilizando-o à vontade dos governantes (instrumentalizados ou não pelo mercado) e questionando conquistas administrativas e sociais importantes para a sua consolidação.

Em 2004, a Casa Civil da Presidência da República encaminhou à Câmara dos Deputados um projeto de lei destinado a criar um modelo único de funcionamento para as agências reguladoras brasileiras O PL 3.337/2004 buscava normatizar o funcionamento das agências, os reajustes tarifários e a sucessão de dirigentes. Recebeu 137 emendas. A reação dos agentes do mercado e dos reguladores fez com que o relator da matéria, Deputado Leonardo Picciani (PMDB – RJ), apresentasse um substitutivo. Para ele, a proposta inicial da Casa Civil continha um viés estatizante. Mantidas as bases da proposta original, as alterações mais discutidas referem-se à exclusão dos contratos de gestão e à vinculação das Agências ao Ministério da Fazenda, que deverá ser consultado antes da emissão de qualquer norma ou regulamento. Em termos políticos, essas propostas podem ser vistas como a aceitação, pelo atual governo, do modelo de regulação criado anteriormente, com a diferença da limitação de poderes⁴⁴.

O problema é que, depois disso, a relação entre os ministérios e as agências parece ter entrado, implicitamente, numa espécie de “processo de convergência”⁴⁵, não faltando quem defendesse a desnecessidade da aprovação dessa lei. Para alguns dirigentes, os conflitos entre ministérios e agências estariam em fase de exaurimento. Em caso de controvérsias mais complicadas, a querela deveria ser analisada pela Advocacia-Geral da União⁴⁶. Avaliava-se que o governo anterior transferiu responsabilidades a mais às agências, não só da regulação de suas respectivas áreas como também do planejamento das questões da infraestrutura. De acordo com esse entendimento, a autonomia das agências também seria medida pelo grau de compatibilização que apresentasse com relação às políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e pelos Ministérios, não podendo as suas orientações serem equiparadas às políticas e orientações da administração superior, uma vez que devem funcionar em atenção aos objetivos públicos.

No entanto, depois do acidente em Congonhas com o vôo TAM 3054,

⁴⁴ As Agências Reguladoras gozarão de menor autonomia. É o que se depreende de algumas medidas previstas no projeto e no substitutivo, como a vinculação ministerial e a criação de ouvidorias.

⁴⁵ Opinião de Jerson Kelman, que foi presidente da ANA (Agência Nacional de Águas) durante os governos de FHC e Lula. Cf. IDEC.: **Agências Reguladoras: com PL estacionado, poder de ministérios do governo Lula é alvo de ataques**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=6722> Acesso: 16 ago. 2006.

⁴⁶ Em 12 de junho de 2006, o advogado-geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, encaminhou parecer ao presidente Lula o Parecer nº. AC – 051, pronunciando-se sobre a relação dos ministérios com as agências reguladoras. Sancionado pelo Presidente da República em 13 de junho, o parecer foi motivado por uma divergência entre o Ministério dos Transportes e a Antaq (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), a partir de uma questão relativa à cobrança de taxa no transporte de contêineres no Porto de Salvador. O parecer aponta para a independência das agências na regulação de suas respectivas áreas, indicando que, em assuntos que extrapolem essas competências, as decisões devem ser encaminhadas à supervisão do respectivo ministério.

o Projeto de Lei 3.337/04 voltou à ordem do dia, na seqüência de uma crise que se arrasta há um ano sobre o setor aéreo brasileiro. Esse desastre acendeu definitivamente o estopim da crise do sistema regulatório brasileiro. Até o momento, problemas pontuais, como o apagão energético de 2001, não tinham sido suficientes para patentear a necessidade de discussão do modelo representado pelas agências reguladoras.

Cabe esclarecer, de antemão, que as diferenças entre *políticas públicas*, *políticas de Estado*, *políticas de governo* e *políticas regulatórias* precisam ficar melhor evidenciadas no debate atual brasileiro. Assim como não cabe ao governo o monopólio de todas essas dimensões, como não compete aos reguladores a inversão dessa ordem. Ainda que o Estado, em um país periférico como o Brasil, não possa fazer transferências excessivas de poderes que lhe são inerentes e dos quais não pode abrir mão (em nome do interesse público e social), também não pode o governo controlar todas as políticas de Estado, sem a definição de regras claras, na seqüência do que vem estabelecido no texto constitucional.

No terreno das políticas regulatórias, a indefinição (ou mesmo a inexistência) de normas estáveis induzirá à redução da capacidade de resposta dos organismos reguladores e à falência não deliberada do modelo, não significando, como é óbvio, a reposição automática da estrutura estatal anterior. É certo que as agências precisam de independência para fiscalizar inclusive as estatais que atuam no seu setor de abrangência, mas é igualmente correto supor que não podem planejar investimentos, nem usurpar as funções do governo.

A questão é que este tem sido um debate de cúpula. Percebe-se uma clara ausência de discussão verdadeiramente democrática em torno de todo o processo brasileiro de regulação. Estado (governos) e mercado (associações e federações organizadas em torno da indústria e do comércio⁴⁷) disputam, em nome de seus interesses, a consciência do que é melhor para o país, deixando de lado o terceiro elemento, representado pela sociedade.

A reação do mercado é entendida por setores importantes da doutrina, como uma tentativa dos agentes liberais em avançar no seu projeto de “construir uma política econômica que não possa ser modificada pelo voto, em que o voto não possa atuar”⁴⁸, reduzindo-se gradativamente o raio de atuação e de manobra do Estado. Segundo o nosso entendimento, a questão principal não é esta. Não é a democracia representativa que em está em xeque, mas as possibilidades reais

⁴⁷ A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e a Associação Brasileira das Agências Reguladoras (ABAR) anunciaram recentemente uma mobilização no sentido de aprofundar o debate acerca da aprovação da Lei Geral das Agências, alegando que a eficiência das Agências será determinante para atrair investimentos ao país e que precisam ser regulamentadas. A ABAR também apresentou um substitutivo ao PL 3.337/2004, disponível em www.abar.org.br/biblioteca/documentos.

⁴⁸ Carlos Lessa, professor da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e presidente do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) do início do governo Lula até novembro de 2004. Disponível em: “Agências Reguladoras: com PL estacionado, poder de ministérios do governo Lula é alvo de ataques”, cit.

de controle democrático de uma estrutura regulatória até aqui indefinida e instável. A consolidação de um marco regulatório pertinente e adequado à nossa realidade se impõe com urgência. Em regime de economia de mercado, é preciso proteger e assegurar um processo de gestão mais transparente e democrático, institucionalmente equilibrado. Nesse cenário, não pode haver assimetrias de informação, controle governamental unilateral ou captura privada.

A efetiva participação social será capaz de oxigenar essas organizações pelo revigoramento democrático, resultando assim em um melhor funcionamento, o que conseqüentemente contribui para seu processo de institucionalização. Cria-se um ciclo virtuoso, no qual o melhoramento da imagem e da atuação dessas organizações perante a sociedade e o mercado é buscado como meta. O modelo brasileiro ainda se encontra em fase de consolidação. Nesse sentido, pode ser bem ou mal orientado.

6. CONCLUSÕES

Todas as novas entidades de realização do direito que surgem na atmosfera de deslegalização e de informalidade por que passa a ordem jurídica tradicional não podem prescindir de um real e efetivo acompanhamento democrático. Portanto, é preciso exercitar uma compreensão de democracia que extrapole os limites da democracia representativa tradicional, hoje incapaz de conferir padrões confiáveis de legitimidade a grande parte dos procedimentos que ocorrem no interior dos processos plurais e diferenciados, surgidos das transformações estruturais da sociedade contemporânea⁴⁹. A ampliação da base democrática dos novos processos reguladores do Estado decorre, para lembrar Bobbio, tanto da “participação” e da “liberdade de dissenso” quanto de uma dinâmica de “expansão do poder ascendente” (controle que ocorre de baixo para cima), em dimensão mais individual e social do que propriamente política, nas suas várias articulações, da família à escola, passando pela empresa e pelos serviços públicos⁵⁰.

Nesse sentido, cremos que uma nova configuração de democracia social, participativa, em bases plurais, mediante novos mecanismos⁵¹, deve balizar todo

⁴⁹ Cf. UNGER, R. M. **Democracy realized** – a progressive alternative. Verso, 1998; Cf. HABERMAS, J. op. cit. (1997).

⁵⁰ Cf. BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 52-53.

⁵¹ Algumas modalidades instrumentais de participação democrática na esfera dos poderes legislativo, executivo e judiciário são indicadas por Dallari, com bastante rigor e coerência. No âmbito da Administração Pública, Dallari distingue os seguintes mecanismos democráticos de participação comunitária: (i) a participação do povo nas ações de planejamento; (ii) consulta à comunidade sobre proposta ou projeto orçamentário; (iii) representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada e (iv) participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação. Cf. DALLARI, D. et al. Mecanismos de participação popular no governo. In: **Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte**. São Paulo: OAB/Depto. Editorial, 1988, p. 193-195.

o universo do Estado regulador. No contexto atual do Estado, as bases da teoria da democracia devem estar inseridas na busca de novos paradigmas. Por sua vez, os espaços democráticos de controle dos processos decisórios dos organismos de regulação somente poderão ser efetivos em ambiente participativo e plural, levando-se em consideração as necessárias compatibilizações no aparato jurídico-institucional, inclusive em âmbito constitucional. A democracia representativa liberal, típica do Estado mínimo, embora não possa ser vista como um “mero expediente tático a descartar”⁵², ante o alargamento da ação política e das novas formas de poder, considerado também o pluralismo das fontes jurídicas, deve ser rearticulada com a democracia participativa, não podendo mais servir como exclusiva ou prevalente base legitimatória ao Estado regulador.

Do ponto de vista da eficácia administrativa do aparelho estatal, sabe-se que a compatibilidade ao estilo de regulação econômica adotado conduzirá ao sucesso ou insucesso do modelo. Compete ao Estado enfrentar eficazmente os novos interesses e os novos conflitos sociais, intervindo de acordo com uma nova racionalidade. Deve, entretanto, considerar as novas modalidades do pluralismo normativo, especialmente aquelas estruturas jurídicas vinculadas aos fenômenos econômicos e seus reflexos nos interesses sociais e na correlação de forças que se estabelece entre estes interesses e os processos de mercado. Aqui, o método da liberdade e da pura lógica do mercado faz contraponto com o método da organização dos interesses e dos poderes públicos.

Não faz sentido associar o modelo das agências reguladoras a uma espécie de “terceirização do governo”. Isso somente ocorre se o governo se subordinar. Em regra, a atividade do governo se mantém plena porque o funcionamento das agências não demanda transferência de poder. A definição dos rumos políticos do país é prerrogativa dos governantes eleitos no exercício de sua legitimidade representativa. Há, entretanto, uma diferença entre as políticas governamentais e as políticas regulatórias. Estas terão que ser mais estáveis do que aquelas e exigem um complexo processo de mediações: há interesses públicos e privados a contemporizar, sem perder de vista a preservação e a autonomia do sistema regulado.

Os órgãos reguladores são, na verdade, instrumentos de efetivação das políticas públicas, em sentido amplo. Ao tempo em que consagram a estabilidade e a permanência da política pública, suas decisões podem desagradar interesses governamentais (como podem desgostar interesses de mercado). Na verdade, o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e a instituição de novos controles democráticos é o que está em causa. Importa discutir e publicar uma lei geral federal que uniformize o regime jurídico, evitando tanto a proliferação como a manipulação da agência. Importa, igualmente, ampliar o controle, desde a possibilidade de convocação dos dirigentes das agências pela casa legislativa ao controle dos relatórios gerais por organismos sociais. É preciso haver, ainda, uma

⁵² Cf. SANTOPS, Boaventura dos Santos. A questão do socialismo. In: *O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento, 1990, p. 100.

maior e mais qualificada articulação entre as agências reguladoras e os organismos de defesa da concorrência (CADE, SEAE) e de tutela do consumidor.

A dimensão protetiva das medidas de regulação e o combate aos efeitos distorcivos das situações de disparidade justificam uma atuação tutelar dos organismos institucionais do Estado, inclusive no âmbito do poder negocial privado, como garantes simultâneos do interesse coletivo e da funcionalidade do mercado. As medidas de organização do mercado e de proteção a determinados grupos econômicos (consumidores, por exemplo), ao funcionarem como repositórias do equilíbrio do mercado, beneficiam, por via oblíqua, os interesses sociais. A estabilidade das regras e a efetivação de medidas democráticas de acompanhamento dos novos tipos de gestão (reuniões deliberativas abertas ao público, consultas e audiências públicas, assento nos conselhos deliberativos etc.) revelam-se imprescindíveis à consolidação de um Estado que não abdica de seu poder de orientação e sabe lidar com os processos de mercado, sem pretender incapacitar os cidadãos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 3ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRASIL. Constituição Federal (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAMPOS, Ana. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. **Revista da Administração Pública**, vol. 24, n. 2. Rio de Janeiro, FGV, p. 47–56.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: **Studia Juridica**, Coimbra, n. 61, *ad honorem* – 1, Estudos em Homenagem ao professor doutor Rogério Soares, 2001.
- _____. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Brancosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. **Institutions Politiques**. Paris, LGDJ, 1996.
- DAHL, Robert. **Democracy and its critics**. Yale: Yale University Press, 1989.
- DALLARI, Dalmo et al. Mecanismos de participação popular no governo. In: **Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte**. São Paulo: OAB/Depto, 1988.
- EVANS, Peter. **Autonomia e parceria: Estados e Transformação Industrial**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.
- HABERMAS, J. **La crisi della razionalità nel capitalismo maturo**. Tradução de Giorgio Backhaus. Roma/Bari: Laterza, 1975.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. vol. II. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUNTINGTON, Samuel. **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 1968.

IDEC.: **Agências Reguladoras: com PL estacionado, poder de ministérios do governo Lula é alvo de ataques**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=6722> Acesso: 16 ago. 2006.

LA SPINA, A. MAJONE, G. **Lo Stato Regolatore**. Bologna: Il Mulino, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de M. C. Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MERUSI, Fabio. **Democrazia e autorità indipendenti**. Bologna: Il Mulino, 2000.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Regulação Independente?. **Revista Cedipre**. Disponível em: www.fd.uc.pt/cedipre/revista/mao_visivel/regulacao_independente.htm Acesso em: 16 ago. 2006.

NAIM, M. Latin America: The Second Stage of Reform. **Journal of Democracy**, Vol. 5, No. 4, Outubro de 1994.

NONET, R. & SELZNICK, P. **Law and society in transition: toward responsive law**. New York: Harper & Row, 1978.

PECI, Alketa. Controle social no contexto da reforma regulatória. In: **Anais CLAD IX**, Madrid, 2004.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia**. A experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desempenho institucional** (texto para discussão, nº 941). Brasília: IPEA, 2003.

SANTOS, Antonio; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel L. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. **Oficina do Centro de Estudos Sociais**, nº 134, 1999.

_____. A questão do socialismo. In: **O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)**, Porto, Afrontamento, 1990.

STIGLITZ, Joseph. **Os Loucos Anos Noventa: a década mais próspera do mundo**. Tradução de Freitas e Silva. Lisboa: Terramar, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. **Harvard Law Review**, vol. 101, number 2, dec./1987, p. 421-510.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized – a progressive alternative**. London/New York: Verso, 1998.