

# Órgãos reguladores: futuro e passado

Pedro Dutra<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Informações equivocadas. 3. O papel dos órgãos reguladores. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

Quando a proposta do governo de criação de órgãos reguladores de serviços públicos concedidos — energia, comunicações — chegou ao Congresso, afirmou-se inadmissível a independência decisória, em relação ao Poder Executivo, que a esses órgãos se cogitou dar. Disse-se, mesmo, fosse ela aprovada, em pouco tempo os ministérios das respectivas áreas desapareceriam,<sup>2</sup> antes que fosse avaliado o eventual benefício aos consumidores e aos investidores, nacionais e estrangeiros, interessados na prestação de serviços públicos concedidos, serão beneficiados vir a ser a regulação e a fiscalização desses serviços exercida por órgãos dotados de independência decisória e financeira.<sup>3</sup>

Os Estados Unidos, onde os órgãos reguladores independentes foram criados, há várias décadas, para melhor servir aos consumidores, não viram desaparecer ministérios, nem o Poder Executivo se viu depauperado, o mesmo ocorrendo em países europeus. Entre nós a discussão prosseguiu, porém sem a dimensão necessária, revelando a novidade da matéria no Direito brasileiro, o desinteresse em sua evolução por parte dos que defendem o controle estatal da economia e a cautela de investidores privados, ainda tributários de receios recentes, em antecipar protestos pela possível interferência do Governo Federal nas áreas em que desejam investir.

## 2. Informações equivocadas

O Presidente Fernando Henrique Cardoso trouxe sua análise à questão, afirmando que os órgãos reguladores: a) “são uma novidade em termos de

1 Pedro Dutra é advogado.

2 In *O Estado de S. Paulo*, 11/05/96.

3 In *O Estado de S. Paulo*, 21/05/96.

nosso Direito, da nossa tradição política, porque (...), b) vêm da tradição do direito anglo-saxão e de toda filosofia que está impressa na Constituição americana ou nos costumes ingleses” e que c) “não está acolhida ainda, de uma maneira clara, pela tradição constitucional da Europa continental, que é a nossa tradição”.<sup>4</sup>

O Presidente da República conhece bem os processos de evolução cultural, mas, no caso, foram-lhe ministradas equivocadas informações de natureza histórico-jurídica.

Pela ordem.

a) Inúmeros órgãos reguladores surgiram no Brasil a partir da ditadura Vargas, de 1930 e até 1962, quando foram criados o CONTEL, Conselho Nacional de Telecomunicações, e o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica.<sup>5</sup> Todos esses órgãos resistiram ao longo do tempo, mas viram frustradas sua efetiva atuação reguladora, por duas razões principais: a primeira porque, à exceção parcial do CADE, nasceu a maioria desses órgãos reguladores subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse na pessoa do Presidente da República, fosse na pessoa de um Ministro de Estado; em segundo lugar, pela hipertrofia das empresas estatais prestadoras de serviços públicos que os avassalaram, a partir do golpe militar de 1964, quando essas empresas alcançaram um poder raramente encontrado em economias não socialistas.

A tradição jurídica brasileira revela, portanto, a presença, há mais de meio século, de órgãos reguladores. Mas, igualmente, revela o selo da cultura política getulista, a saber, a celebração do mando pessoal na condução da administração pública, ao contrário da experiência das democráticas economias modernas.

b) A fim de orientar a Administração no sentido de conciliar o interesse público com a liberdade de iniciativa, o direito norte-americano reconheceu a necessidade de se ter órgãos reguladores independentes do Poder Executivo, para ordenar e fiscalizar a prestação de serviços públicos essenciais por parte de empresas privadas, e, nesse contexto e pela mesma forma, de se ter órgão capaz de assegurar a defesa da livre concorrência. No século passado (1887), foi criada a *Interstate Commerce Commission — ICC* e, em 1914, a *Federal Trade Commission — FTC* (o CADE norte-americano); a esses órgãos regula-

4 In *O Estado de S. Paulo*, 20/07/96 (discurso feito na cerimônia de sanção do Projeto de Lei que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e criação de seu órgão regulador).

5 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Fundação Getúlio Vargas, 1968. pp. 222 e 299.

dores seguiram-se vários outros na década de 30, entre eles o de telecomunicações e de energia.<sup>6</sup>

A tradição europeia caminhou em sentido distinto mas não oposto. Foram criados órgãos reguladores, inclusive de defesa da livre concorrência, formalmente não independentes do Poder Executivo, mas que retiveram expressiva autonomia decisória e financeira, admitidas por três razões básicas.<sup>7</sup> A primeira, de ordem constitucional: sendo parlamentar o regime político dos países europeus mais representativos, o Poder Executivo é fiscalizado pelo Poder Legislativo a quem o chefe de gabinete e ministros prestam contas, sendo passíveis de censura e em alguns casos de demissão. A segunda, de ordem cultural: a nitidez com que naqueles países a defesa dos interesses públicos distingue-se da defesa dos interesses privados, evita a promiscuidade a que assistimos conviverem essas duas ordens de interesse, reduzindo assim seus efeitos nefastos. A terceira, de ordem política: naqueles países têm-se assentada, como fator essencial à ordem institucional e à sua eficácia, a existência de um serviço público devidamente habilitado a servir ao contribuinte. Mesmo presentes essas ressalvas positivas, a tradição europeia dobrou-se à experiência norte-americana quando a União Europeia se afirmou, com o Tratado de Roma em 1957. Mirando o exemplo vitorioso dos Estados Unidos, viram os fundadores da União a necessidade de dotá-la de um órgão regulador do livre mercado que retivesse, desde a sua origem, a prerrogativa essencial de independência decisória. Assim, a *Directoire General IV* foi incumbida de fiscalizar o cumprimento das normas de defesa da concorrência vigente no âmbito da comunidade — artigos 85 e 86 do Tratado de Roma.

Identificadas no essencial, a tradição norte-americana e a europeia fecundam outros ramos de diferentes culturas jurídicas e econômicas. Na União Europeia, com as privatizações verificadas, as características presentes em seu órgão regulador da concorrência, (que vem tendo sua atuação reforçada, a exemplo do norte-americano) informam a criação de órgãos reguladores de jurisdição comunitária, voltados para a prestação de serviços públicos.<sup>8</sup> Nas antigas economias socialistas, a conversão ao regime de livre mercado, iniciada na década de 90, vem seguindo a tradição norte-americana e europeia de independência dos órgãos reguladores em relação ao Poder Executivo. No plano da defesa da livre concorrência, entre aqueles países quase todos vêm assegurando aos órgãos que criam independência decisória, discrepando desse modelo somente o Uzbequistão.<sup>9</sup>

6 cf. KELLER, Morton. *Regulating new economy*. Harvard University Press, 1990.

7 cf. SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Sweet & Maxwell, 1992. p. 38.

8 *Competition Policy Newsletter*. Vol.2, number 1. Spring 1996, p. 7.

9 cf. COCCIA, Massimo. *Competition Law in Uzbekistan*, *European Competition Law Review*. Vol. 17, issue 2, March 1996, p. 7.

c) É uma verdade apenas parcial filiar nossa tradição constitucional à experiência européia continental, como declarou o Presidente da República. A primeira Constituição republicana, redigida por Rui Barbosa, plasmou o sistema federativo brasileiro e buscou dar à ordem econômica maior liberdade, nos termos da Lei, abertamente inspirada na tradição constitucional do Direito norte-americano, na qual a ação definidora do Poder Judiciário verifica-se sobretudo no plano das liberdades individuais e econômica. A partir de 1930, e com as Constituições de 1934 e a de 1937 impostas por Getúlio Vargas, assistiu-se a um sucessivo malbaratar desses princípios, com uma crescente hipertrofia do Executivo, investido o Presidente da República de poderes ditatoriais. Então, trocou-se a nossa primeira matriz constitucional, sendo eleita a experiência européia autoritária e desprezada a tradição democrática. A Carta de 1946, que vigeu objetivamente até abril de 1964, não foi capaz de afirmar uma ordem constitucional onde a liberdade econômica tivesse seus limites ditados pelo interesse público e verificados pelo Poder Judiciário, como primeiro quis Rui Barbosa. Já a Carta de 1967/69, sequer necessitou inspiração estrangeira: foi untada pelo caldo de cultura formado da triste experiência nativa havida no período getulista.

Dessa forma, a tradição constitucional brasileira soma as experiências norte-americana e européia continental; mas dessa importou também a experiência autoritária que articulou a ditadura getulista, um estado autoritário, dominado pela idéia do mando pessoal como forma política de governo, exemplo entre nós de sinistra e duradoura sedução.

### 3. O papel dos órgãos reguladores

Órgãos reguladores são órgãos apenas formalmente ligados ao poder Executivo, porém subordinados, em sua atuação, exclusivamente à Lei e dotados de independência decisória e financeira, por meios dos quais o Estado intervém na vida econômica do país, para regular e fiscalizar o mercado concorrencial e a prestação de serviços públicos, tais como os de energia, transporte, comunicações, etc. Esses órgãos foram concebidos como instrumentos mais velozes do que o Judiciário tanto na solução de conflitos ocorridos no mercado concorrencial, como no âmbito dos serviços básicos prestados ao público. Seu papel é amplo: reprimir abusos do poder econômico e regular a prestação de serviços públicos, para que em ambos os casos o consumidor final se veja beneficiado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, discute-se hoje o excesso de regulação promovida por alguns órgãos ao disciplinarem a prestação de serviços de natureza pública, mas não o poder fiscalizador de tais órgãos, e, menos ainda, a capacidade reguladora e a independência decisória deles. No Brasil, a mediação de órgão regulador independente inexistente — à exceção do CADE —, sendo a

intervenção estatal, promovida, em última instância, por um agente do governo, ministro ou mesmo o presidente da república, nos termos do modelo getulista ainda vigente.<sup>10</sup> Portanto, entre nós, a discussão essencial é fazer cessar a atuação do governo, voluntariosa porque sem critérios objetivos previamente fixados em Lei, e dotar o Estado de órgãos que lhe representem com independência decisória e financeira, e assim possam regular sem excessos, e fiscalizar sob critérios objetivos a prestação de serviços públicos.

Neste momento, abre-se à sociedade brasileira o risco de preservar-se o passado autoritário, e não de vencê-lo; esse risco poderá alcançar as próprias palavras do Presidente da República, quando diz ele ser necessário “adaptar-nos, as nossas próprias convicções, compreensão, conceitos (...) e é natural que se busque uma forma de transição”.<sup>11</sup> Órgãos de transição não teriam lugar quando a sociedade brasileira já reivindicou, expressamente, o rompimento com a tradição da má intervenção estatal, qual seja, aquele que ocorre sem a observância de critérios precisa e expressamente fixados em Lei. Por que não lutarmos por fazer atender ao claro mandato outorgado pela população que já optou, não pela remoção absoluta do Estado da vida pública, e menos ainda por um neoliberalismo roufenho, mas pela sadia ação de intervenção estatal, isto é, a exercida na forma da Lei, por órgãos independentes e por essa razão insuscetíveis de influências outras que não as da norma jurídica e a eventual revisão do Judiciário?

Além desse mandato expresso, a experiência já reafirmou os benefícios que a atuação de órgãos reguladores independentes trazem e que em três partes podem ser resumidas.

Em primeiro lugar, beneficia aos consumidores dos produtos e serviços que fazem o objeto da regulação, pois um órgão independente é sempre mais sensível aos interesses dos consumidores do que um órgão de governo, por natureza político, sempre coagido a atender à diferente ordem de interesses.

Em segundo lugar, beneficia as empresas que verdadeiramente investem em seus negócios, já que serão seus planos estratégicos e condutas avaliados por critérios transparentes, fixados em Lei, e apreciados por técnicos especializados, aos quais terá sido dada garantia de independência no exercício de suas funções; além disso, o interessado, se descontente com a decisão tomada pelo órgão regulador, poderá recorrer à Justiça, que tem o poder de rever tais decisões, e não ficará à mercê da vontade singular e pessoal do Presidente da República, de um ministro ou de outro agente administrativo.

---

10 Decisões dessa natureza jamais são totalmente objetivas, como bem analisaram VILELLA, Annibal V. e BAER, Werner. In *O setor privado nacional: problemas e políticas para seu fortalecimento*. Rio de Janeiro. IPEA, 1980. p. 151.

11 Ob. cit.

Em terceiro lugar, a ação de órgãos reguladores independentes beneficia ao próprio Governo Federal, a quem cumpre fazer andar a Administração Pública. Existindo e decidindo o órgão regulador independentemente e, sempre, nos termos de Lei específica, a ele caberá solucionar as questões que surjam em seu setor de competência, arcando com o aplauso e a crítica pelas decisões que tomar. Essa desvinculação, que se dá assegurando a defesa do interesse do consumidor, poupará o Governo de denúncias e ações, políticas ou judiciais. Ao contrário, se provierem as decisões de um órgão não inteiramente independente, submetido por qualquer forma a outro órgão ou a autoridade do Governo, os interesses contrariados, aí sim, erguerão protestos nos quais não irão faltar dúvidas sobre a eventual influência de fatores não técnicos nas decisões tomadas.

#### **4. Conclusão**

O desafio que a todos se abre é o de reformar o Estado qualitativamente. Nesse contexto, avançar no sentido de afirmar-se uma ordem onde o interesse social prevaleça e o Estado possa cumprir o seu papel de por ele zelar, na forma da Lei.