

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

DANIELA NICOLI MENDES

**INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS E O DESENVOLVIMENTO**

Belo Horizonte

Fevereiro-2019

DANIELA NICOLI MENDES

**INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS E O DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre na Linha de Pesquisa 1: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, Área de Estudo P-09: Administração Pública e Desenvolvimento Estratégico.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara

Co-orientador: Prof. Dr. Giuseppe Bellantuono

Belo Horizonte

Fevereiro-2019

M538i Mendes, Daniela Nicoli
Instituições de independência das agências reguladoras de
serviços públicos e o desenvolvimento / Daniela Nicoli Mendes. –
2019.

Orientador: Fabiano Teodoro de Rezende Lara.
Coorientador: Giuseppe Bellantuono.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo – Teses 2. Administração pública – Teses
3. Agências reguladoras de atividades privadas – Teses I. Título

CDU(1976) 351:33

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

Defesa da dissertação de mestrado de **Daniela Nicoli Mendes**, intitulada: “**Instituições de independência das agências reguladoras de serviços públicos e o desenvolvimento**”, orientada pelo Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara e co-orientada pelo Prof. Dr. Giuseppe Bellantuono, apresentada à banca examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG em 12 de fevereiro de 2019.

Os membros da Banca Examinadora consideraram a candidata _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara (UFMG)

Prof. Dr. Giuseppe Bellantuono (Università degli studi di trento)

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (UFMG)

Prof. Dr. Reinaldo Diogo Luz (ESAF)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus caros professores orientadores, que doaram tanto de si para que essa caminhada fosse possível. Ao Professor Fabiano, que há mais de seis anos me apresenta quotidianamente a novas e surpreendentes formas de ver o direito e o mundo e que, com simples palavras ou questionamentos, sempre me instiga e me inspira a pesquisar e a buscar incessantemente o conhecimento. Ao Professor Bellantuono, pela inexplicável generosidade em me guiar tão cuidadosamente por esse percurso e por compartilhar irrestritamente seus conhecimentos e experiências, contribuindo permanentemente para a minha formação.

Ao Professor Marcelo Féres, pela acolhida, pelos conselhos alentadores, por acreditar em mim e por fazer com que eu acreditasse também, e aos fantásticos professores da Faculdade de Direito com quem pude aprender como nunca nesses dois anos de pós-graduação.

Agradeço imensamente à minha mãe, Maria Célia, ao meu pai, Manoel, e aos meus queridos irmãos, Manoel e Renato, por terem sido meu alicerce e inspiração ao longo desses anos. Ao Luís Henrique, pelo amor imensurável, pelo incentivo incansável e por ser meu companheiro nessa e em todas as outras jornadas. A toda a minha família e amigos que, pela sua presença, me fizeram mais forte.

Finalmente, agradeço aos colegas que encontrei e que reencontrei na nossa querida Vetusta, pessoas com quem pude compartilhar as dores e alegrias da escrita, mesmo que em rápidos encontros nos corredores da nossa querida Faculdade.

RESUMO

O presente estudo propõe uma análise das instituições jurídicas adotadas pela legislação brasileira na década de 1990 com o objetivo de garantir independência às agências reguladoras de serviços públicos. Essa análise será realizada à luz do objetivo constitucional do desenvolvimento nacional e à luz dos marcos conceituais apresentados pelo Novo Institucionalismo Econômico, cuja premissa é de que as instituições são efetivamente capazes de impactar no desenvolvimento. A hipótese apresentada é a de que a aplicação prática dessas instituições no Brasil demonstrou, ao longo do tempo, incentivos não-produtivos ao desenvolvimento, cenário que, até o momento, não gerou reformas relevantes para o aprimoramento dessas instituições e de sua capacidade de gerar incentivos produtivos ao desenvolvimento. Em outras palavras, a hipótese é de que essas instituições encontram-se em circunstância de *path-dependency*, marcado pela permanência de mecanismos falhos e que não produzem incentivos ao desenvolvimento. Essa hipótese será avaliada a partir do processo de estabelecimento e desenvolvimento das instituições de independência na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da análise dos incentivos gerados ao longo do tempo a partir das restrições legais estabelecidas. A partir dessas avaliações, será comprovada ou refutada a hipótese apresentada, e serão avaliadas possíveis novas perspectivas para uma reforma do desenho institucional das agências reguladoras de serviços públicos brasileiras, notadamente no que tange à independência, tendo como fundamento a busca de incentivos positivos ao desenvolvimento nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Agências Reguladoras Independentes. Novo institucionalismo Econômico. Desenvolvimento. *Path dependency*.

ABSTRACT

The following study proposes an analysis of the institutions adopted by Brazilian legislation in the 1990s to guaranty the independence of the regulatory agencies of public services. This analysis is going to be based on the constitutional objective of national development and the conceptual frameworks presented by the New Institutional Economics, whose premise is that institutions are effectively capable of affecting development. The hypothesis presented is that the application of these institutions in Brazil has demonstrated, over time, several nonproductive incentives to the development, and that this scenario has not yet generated relevant reforms for the improvement of these institutions. That is, the hypothesis is that these institutions have remained in path-dependency, marked by the persistence of failed mechanisms that do not produce incentives for development. This hypothesis will be evaluated from the process of establishment and development of the institutions of independence in the Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL and Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL and from the analysis of the incentives generated over time from the established legal constrictions. Based on this evaluation, the hypothesis presented will be proven or refuted and there will be presented possible new perspectives on the institutional design of the Brazilian public service regulatory agencies, based on the search for positive incentives for national development

KEYWORDS: Regulation. Independent Regulatory Agencies (IRA). New Institutional Economics. Delevopment. Path dependency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DO NOVO INSTITUCIONALISMO ECONÔMICO (NIE).....	14
1.1 DESENVOLVIMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	15
1.2 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA, O ESTADO REGULADOR, OS SERVIÇOS PÚBLICOS E O DESENVOLVIMENTO	21
1.3 INSTITUIÇÕES, DESENVOLVIMENTO E O NOVO INSTITUCIONALISMO ECONÔMICO 26	
1.4 INSTITUIÇÕES LEGAIS DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DO NOVO INSTITUCIONALISMO ECONÔMICO.....	32
CAPÍTULO II - POR QUE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES?	38
2.1 CONTEXTO MACROECONÔMICO E INSTITUCIONAL: DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS PÚBLICAS.....	38
2.2 A IDEIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS INDEPENDENTES NO BRASIL	45
2.3 INCLUSÃO DA EXPRESSÃO “ÓRGÃOS REGULADORES” NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	48
2.4 A IDEIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS INDEPENDENTES NO BRASIL: O PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO DA ANEEL E DA ANATEL.....	55
I) PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO DA ANATEL	55
II) PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO DA ANEEL.....	60
III) FOCO NAS DESESTATIZAÇÕES.....	61
CAPÍTULO III – INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL E SUA EVOLUÇÃO NO TEMPO	63
3.1 INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA INICIALMENTE ESTABELECIDAS PARA ANEEL E ANATEL	63
I) INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL: LEI N. 9.427/1996 E DECRETO N. 2.335/1997.....	64
II) INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANATEL: LEI N. 9.472/1997 E DECRETO N. 2.338/1997.....	66
III) QUADRO COMPARATIVO: INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA INICIALMENTE ESTABELECIDAS PARA A ANEEL E PARA A ANATEL.....	68
3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E QUADRO ATUAL DAS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E DA ANATEL	71
I) ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 9.986/2000	72
II) RESOLUÇÕES NORMATIVAS E PORTARIAS DA ANEEL.....	73
III) ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 12.813/2013 E INTERPRETAÇÃO DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA	75
IV) QUADRO DE ALTERAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA NA ANEEL E NA ANATEL E ANÁLISE DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO TEMPO	76

CAPÍTULO IV - ANÁLISE DOS INCENTIVOS CRIADOS PELAS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL.....	80
4.1 QUADRO DA APLICAÇÃO INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL – DIAGNÓSTICOS DAS AUDITORIAS REALIZADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ...	82
4.2 ANÁLISE DOS INCENTIVOS GERADOS PELAS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL NO ÂMBITO DO ARCABOUÇO NORMATIVO BRASILEIRO	98
CAPÍTULO V – <i>PATH DEPENDENCY</i> E PERSPECTIVAS PARA AS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DO NIE E DO DESENVOLVIMENTO.....	110
5.1 <i>PATH DEPENDENCY</i> DAS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL	111
5.2 ALGUNS PARÂMETROS PARA UMA REFORMA INSTITUCIONAL ADEQUADA.....	115
5.3 APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE LEI DO SENADO 52/2013 (PROJETO DE LEI 6621/2016 E SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N. 10/2018).....	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134
REFERÊNCIAS LEGISLAÇÃO E DECISÕES	140

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento encontra-se, desde o preâmbulo da Constituição da República de 1988, como uma das destinações da instituição do Estado Democrático brasileiro definidas pela Assembleia Nacional Constituinte. Mais do que isso, o desenvolvimento nacional foi elevado a nível de objetivo fundamental da República pelo artigo 3º da Constituição e é um termo presente, atualmente, em 53 disposições constitucionais diferentes.

O desenvolvimento, nos conceitos forjados ao longo do século XXI, inclui não só o crescimento e desenvolvimento econômico, consideradas as riquezas de um país ou seu Produto Interno Bruto, mas também o desenvolvimento no que tange a aspectos sociais, como a mortalidade infantil, o acesso a serviços básicos, como a educação, água, saneamento e eletricidade. Indo além, o desenvolvimento é também reconhecido, a partir de Amartya Sen, como a liberdade dos indivíduos em diversas dimensões, como liberdade política e oportunidades sociais. Incluem-se, ainda, na medida do desenvolvimento, os chamados “*Millenium Development Goals*” (MDG’s), como erradicação da pobreza e fome, empoderamento de gênero e desenvolvimento sustentável, os “*Sustainable Development Goals - SDG*” adotados em caráter unânime pela Assembleia Geral da ONU em 2015, que incluem igualdade de gênero, água limpa e saneamento, energia limpa acessível, paz, justiça e instituições fortes (BELLANTUONO, 2018, p. 189) e, por fim, até mesmo a felicidade, medida pelo Gross National Happiness Index (GNH) (TREBILCOCK e PRADO, 2014).

À luz desses conceitos, a disponibilização à população dos serviços denominados no Brasil como “serviços públicos”, tais como água, saneamento, eletricidade, telecomunicações e infraestrutura, inclusive de forma “adequada”, conceito que inclui as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, nos termos da Lei Geral de Concessões de serviços públicos, são aspectos evidentemente centrais para que a República brasileira atinja seu objetivo constitucional de desenvolvimento, em sua acepção ampla.

Na intervenção do estado na economia, especificamente para a prestação desses serviços, o legislador brasileiro no âmbito federal, a partir da década de 1990, instituiu as organizações chamadas “agências reguladoras independentes”, tais como ANATEL e ANEEL que possuem, dentre os seus objetivos fundamentais, justamente o desenvolvimento. Naquele momento, na era das desestatizações no Brasil, a inclusão de instituições legais que buscassem a independência dessas agências foi tida como fundamental para o exercício, pelo

Estado, de uma regulação que garantisse a preponderância da realização de um serviço adequado para o desenvolvimento.

No caso das agências reguladoras independentes federais de serviços públicos brasileiras, essa independência foi caracterizada por meio de instituições que buscaram o isolamento da interferência do Poder Executivo nas competências regulatórias a serem exercidas pelas agências reguladoras, com fundamento em uma ideia inicial de que o isolamento das agências com relação ao Poder Executivo poderia garantir que os entes reguladores pudessem agir de forma integralmente técnica, em prol da concretização do serviço público adequado, bem como garantir a segurança, aos investidores, de que as atividades regulatórias não seriam objeto de interferências diretas do Chefe do Poder Executivo.

Porém, após 20 anos da criação das primeiras agências independentes de regulação de serviços públicos no país, urge o questionamento: as instituições criadas na década de 1990 com o objetivo de garantir a independência das agências reguladoras brasileiras têm alcançado os objetivos propostos, e, mais ainda, têm gerado oportunidades produtivas para a realização do desenvolvimento nacional?

O Novo Institucionalismo Econômico, desenvolvido a partir das percepções de Douglass North, nos indica que instituições – assim caracterizadas pelas restrições existentes na atuação dos agentes econômicos – efetivamente importam para o desenvolvimento, e, mais ainda, instituições podem ser os fatores determinantes para o desenvolvimento, ou não, de um país. A partir desse pensamento, para que seja possível identificar os caminhos que um país precisa percorrer para alcançar o desenvolvimento, tornou-se essencial uma análise aprofundada de suas instituições e da sua eficiência em traçar caminhos que levam ao desenvolvimento. Incluem-se dentre as instituições determinantes para o desenvolvimento as instituições legais, como a Constituição e as restrições legais criadas pelo sistema jurídico de um país.

Nesse contexto, o que se propõe no presente estudo é uma análise sobre o desenho institucional das agências reguladoras de serviços públicos brasileiras no plano federal atual, especificamente no que tange ao aspecto da chamada independência, e seu impacto na realização dos fins constitucionais perseguidos pela aplicação desse desenho institucional, notadamente o desenvolvimento nacional.

A hipótese apresentada neste estudo, que se pretende confirmar ou refutar, é de que as instituições de independência, criadas para constituírem o quadro institucional das agências reguladoras de serviços públicos nos 90, tiveram falhas na concretização da

finalidade de isolar as agências das influências do Poder Executivo e que, além disso, geraram diversos incentivos não-produtivos ao desenvolvimento nacional, como resultado da interação entre as restrições legais criadas, o quadro institucional brasileiro e o comportamento das organizações face a essas restrições e ao quadro institucional. Adicionalmente, a hipótese que será testada é de que, mesmo com o conhecimento das ineficiências existentes e das oportunidades não-produtivas geradas, as instituições não evoluíram para se aperfeiçoarem ao longo do tempo.

Para tanto, com fundamento na teoria do Novo Institucionalismo Econômico e no conceito de regulação e desenvolvimento, buscaremos a resposta a algumas perguntas fundamentais. A primeira delas é: por que agências reguladoras independentes? Ou seja, qual foi o contexto macroeconômico, jurídico e institucional que levou o legislador brasileiro à adoção de características institucionais que garantissem independência? Qual foi a motivação adotada naquele momento para essa escolha institucional? Essas são as perguntas que se pretende responder no Capítulo II, que também estabelecerá os marcos teóricos a partir das quais serão construídas as análises subsequentes.

Na sequência, a segunda pergunta fundamental a ser endereçada é: qual foi o desenho institucional adotado pela legislação brasileira no momento da criação das primeiras agências reguladoras de serviços públicos, especificamente com o objetivo de garantir a independência almejada? No Capítulo III, o objetivo será identificar como o legislador brasileiro buscou estruturar as instituições de independência das agências reguladoras para alcançar o objetivo de isolamento com relação ao Poder Executivo, bem como contextualizar quais foram as análises realizadas à época para a adoção do desenho institucional escolhido. No mesmo Capítulo, será realizada também uma análise sobre a evolução, no tempo, desses mecanismos inicialmente criados.

Com base nesse arcabouço teórico, histórico e legislativo, no Capítulo IV será abordado o quadro de efetiva aplicação dessas instituições no contexto brasileiro, oportunidade em que serão analisados os resultados dos incentivos criados pelas instituições de independência das agências reguladoras de serviços públicos. Obtida uma análise global sobre o funcionamento desse desenho institucional, serão abordadas algumas hipóteses sobre os motivos pelos quais as organizações se comportaram de determinadas maneiras a partir das restrições legais estabelecidas, de modo a identificar não só se as finalidades do desenho institucional elaborado foram alcançadas, mas também se foram gerados incentivos contrários àqueles esperados pelo legislador ou, até mesmo alheios ao tema do isolamento das agências reguladoras do Poder Executivo.

A partir da construção de todos esses elementos, no Capítulo final pretende-se refutar ou confirmar a hipótese apresentada, de que as instituições de independência se apresentam em circunstância de *path dependency*, ou seja, se as instituições de independência estão gerando oportunidades não-produtivas ao desenvolvimento e se, ainda assim, estão sendo mantidas como componentes do quadro de restrições normativas. Com fundamento no arcabouço teórico do Novo Institucionalismo Econômico, pretende-se identificar se vêm sendo perpetuadas instituições de independência que sabidamente produzem oportunidades não-produtivas, sem que se realize reformas institucionais que busquem gerar um quadro de oportunidades positivas para o desenvolvimento.

A partir de todas essas análises, serão verificadas as novas perspectivas sobre a evolução do desenho institucional das agências reguladoras de serviços públicos brasileiras, especialmente para a busca dos objetivos dispostos na Constituição Econômica para intervenção do Estado na economia, notadamente o desenvolvimento. Para tanto, serão abordadas as lições já aprendidas sobre a realização de reformas institucionais, considerando-se as armadilhas existentes na adoção de mecanismos de sucesso em outros países, desconsiderando-se os aspectos institucionais, culturais e constitucionais. Ademais, também os aspectos necessários para serem considerados no desenho de instituições legais que, efetivamente, apresentem incentivos às organizações e indivíduos a elas submetidos que resultem no comportamento desejado: aquele que seja produtivo ao desenvolvimento.

CAPÍTULO I – INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DO NOVO INSTITUCIONALISMO ECONÔMICO (NIE)

Como introduzido, o objetivo do presente trabalho é uma análise sobre os efeitos das instituições criadas e consolidadas no que tange especificamente à independência das agências reguladoras de serviços públicos brasileiras, sob a ótica especificamente do objetivo constitucional do desenvolvimento nacional. E, como indica LARA (2018, p. 155), a análise da adequação de desenhos institucionais deve passar, invariavelmente, (i) pela definição dos objetivos sociais que se pretende com a criação de uma instituição; e (ii) pelo conhecimento profundo sobre a realidade que se pretende regular, com a adequada identificação do problema.

Para tanto, neste Capítulo serão abordados primeiramente os fundamentos constitucionais relativos ao objetivo social do desenvolvimento nacional e a evolução, ao longo dos séculos XX e XXI a respeito do conceito e da forma de aferição do desenvolvimento nos países. A partir do arcabouço teórico referente à conceituação do desenvolvimento e de sua aplicabilidade ao objetivo da República do desenvolvimento nacional, será investigado o papel das instituições e organizações na promoção do desenvolvimento nacional, o que será realizado especialmente sob a ótica do Novo Institucionalismo Econômico.

Identificando o papel das organizações e instituições na promoção do desenvolvimento, será investigado especificamente o papel das agências reguladoras e de suas instituições na prestação de serviços públicos adequados e, conseqüentemente nesse desenvolvimento. Nesse ponto, serão abordadas especificamente as instituições que pretendem obter a independência das agências reguladoras, com relação ao Poder Executivo, na realização de suas finalidades.

Por fim, como conclusão deste Capítulo, será proposta a metodologia para um exame das instituições de independência das agências de serviços públicos brasileiras criadas na década de 1990 e das instituições existentes atualmente, à luz do Novo Institucionalismo Econômico e do desenvolvimento nacional.

1.1 Desenvolvimento e a Constituição da República de 1988

Dentre as Constituições brasileiras, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira a assinalar de forma específica os objetivos fundamentais da República (SILVA, 2008, p. 105), que estão enumerados em seu artigo 3º, dentre eles a garantia do desenvolvimento nacional, disposto no inciso II (BRASIL, 1988):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O próprio preâmbulo da Constituição estabelece que a instituição do Estado Democrático brasileiro, por meio da Assembleia Nacional Constituinte, foi destinada, dentre outros objetivos, a assegurar o desenvolvimento:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Sendo esse um conceito tão essencial à ordem constitucional brasileira, é necessário identificar: o que si significa o desenvolvimento nacional? Ou seja, o desenvolvimento do Brasil enquanto República? Que fatores indicam que o Brasil está – ou não – no caminho do desenvolvimento?

O conceito de desenvolvimento surgiu da necessidade de ser superada a análise estática da eficiência de um país, caracterizada na década de 1930 pelo pleno emprego e plena ocupação de seu sistema produtivo, por meio do estabelecimento de uma análise dinâmica da eficiência, que identificasse também a ampliação dos sistemas produtivos e dos postos de trabalho. Nesse contexto, foi cunhada de forma definitiva a expressão “*desenvolvimento econômico*” (NUSDEO, 2002, p. 12-13).

Historicamente, o desenvolvimento econômico é uma expressão associada à riqueza de um país, de modo que um país era reconhecido como desenvolvido comparando-se a sua riqueza com a dos demais países. Especialmente nos períodos pós-Guerras, a medida do desenvolvimento começou a ser realizada pela análise do Produto Interno Bruto - PIB (*Gross*

Domestic Product - GDP) de um país, medida que traduz a quantidade de recursos de um país e permite a comparação da dimensão das economias mundiais. No entanto, a adoção dessa medida, de forma isolada, não era capaz de dimensionar o nível de riqueza agregado de um país, principalmente porque desconsiderava a dimensão do número de pessoas para o qual essa riqueza seria dividida. Esse aspecto passou a ser considerado somente após a adoção do PIB *per capita* para classificação da riqueza dos países, especialmente pelo Banco Mundial (TREBILCOCK e PRADO, 2014, p. 15-17).

Esse índice tornou-se importante para demonstrar que o crescimento econômico é um fator de relevância para análise e busca do combate à pobreza. Porém, mesmo a adoção da medida *per capita* do PIB levou, por muitos anos, à medida da qualidade de vida das nações com fundamento unicamente nas suas riquezas em uma medida crua. Isso acabou por rotular como desenvolvidos aqueles países que possuíam nível considerável de riquezas mas que, ao mesmo tempo, possuíam alarmantes desigualdades, países em que uma grande parte da população não alcançava os frutos do que, à época, foi considerado como desenvolvimento (NUSSBAUM, 2011, p. ix). Outra limitação era o fato de que o crescimento econômico medido pelo PIB *per capita* não necessariamente tinha uma relação de causalidade direta com a diminuição dos níveis de pobreza da população, a depender da desigualdade de sua distribuição às camadas sociais (TREBILCOCK e PRADO, 2014, p. 19).

No ano de 1990, a Universidade de Oxford e a *United Nations Development Programme* – UNDP lançaram o primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano (*Human Development Report*), que buscou refletir uma perspectiva do desenvolvimento que abrangesse, de forma mais profunda que o PIB *per capita*, as diversas dimensões do desenvolvimento das capacidades humanas (como saúde e educação), do seu uso no trabalho, lazer e política, e também na sua liberdade para exercer escolhas no âmbito de mercados funcionais. Para medir esse desenvolvimento, foram definidas três variáveis a serem consideradas: a expectativa de vida, o conhecimento – indicado pelos níveis de analfabetismo - e “padrões de vida decentes”, ainda fundamentados nos níveis de PIB *per capita*. Apesar do esforço realizado para medir o desenvolvimento de uma forma mais profunda, conforme reconhecido pelo próprio relatório do UNDP, as três variáveis adotadas ainda dependiam intrinsecamente do PIB *per capita* e não seriam suficientes para a medida do desenvolvimento em todas as suas dimensões (UNDP, 1990).

Nesse contexto, relevante também destacar as limitações das medidas de pobreza ainda propostas pelo Banco Mundial, como a delimitação da linha da pobreza aos indivíduos que vivem com rendas inferiores a US\$1.25 (RAVALLION, CHEN e SANGRAULA, 2009),

exclusivamente referenciadas na medida de conteúdo econômico, desconsiderando as demais circunstâncias atinentes ao Estado de Bem-Estar Social (TREBILCOCK e PRADO, 2014, p. 19-20).

Todas essas métricas foram criticadas ao longo do tempo por estudiosos do desenvolvimento, por tratarem de forma superficial os fundamentos de uma sociedade efetivamente desenvolvida. Um dos responsáveis por essas críticas foi Amartya Sen, na sua obra “*Development as Freedom*” (Desenvolvimento como liberdade) (1999), cujas contribuições ao conceito do desenvolvimento foram reconhecidas com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas de 1998.

Em uma alteração dos paradigmas anteriormente estabelecidos para a medida do desenvolvimento, Amartya Sen sustenta que os fins e os meios do desenvolvimento precisam ir além da maximização de riquezas, devendo alcançar tudo aquilo que nos torna pessoas sociais em um conceito completo e que nos possibilita exercer nossas próprias volições e interagir com o mundo em que vivemos (SEN, 1999, p. 14-15). Isso significa, para o indivíduo, a possibilidade de exercer suas liberdades, que envolvem os seus processos de ações e decisões e as oportunidades que lhe são disponibilizadas para escolher uma vida que o próprio indivíduo tenha motivos para valorar.

De fato, os índices de crescimento do Produto Interno Bruto, de riquezas pessoais, industrialização ou até mesmo desenvolvimento tecnológico são alguns dos meios para a expansão das liberdades usufruídas pelos membros de uma sociedade. Porém, a liberdade depende também de outros fatores determinantes, como a infraestrutura de educação e saúde e direitos políticos e civis. Na visão de Amartya Sen, para que se possa alcançar esse nível de liberdade é necessário excluir na sociedade as fontes de ausência de liberdade, ou seja, que impedem os indivíduos de serem livres, de tomarem decisões e de terem oportunidades. Dentre essas fontes que impedem a realização da liberdade estão, por exemplo, a mortalidade prematura, a pobreza, a tirania, a negligência sobre a infraestrutura pública e a privação social sistemática (SEN, 1999, p. 24).

Especificamente sobre o papel do Estado e dos mercados na exclusão desses fatores que impedem a liberdade, SEN indica a necessidade de criação de instituições, políticas e iniciativas públicas com o objetivo de aumentar as oportunidades sociais, com contribuição à expansão das capacidades humanas e qualidade de vida, incluindo o acesso aos bens e serviços considerados como “públicos”, ou que precisam ser adquiridos em conjunto pela sociedade (como educação, segurança social, saúde), abrangendo também outros

aspectos que aumentam as habilidades produtivas e crescimento econômico, como a alfabetização (Development as freedom, 1999, p. 143).

SEN, portanto, demonstrou a diferença substancial entre a simples medida do desenvolvimento pelo crescimento do PIB *per capita* e a medida do desenvolvimento como a liberdade dos indivíduos perseguirem os fins que considerem válidos, por meio das oportunidade e poder de decisão, o que pressupõe a exclusão de fatores que impedem essas liberdades, dos mais básicos como a mortalidade prematura, aos mais complexos, como a ausência de infraestrutura de serviços públicos.

Seguindo esse movimento crítico à adoção do PIB *per capita* como medida do desenvolvimento, diversos outros indicadores foram desenvolvidos na busca de abarcar fatores a serem identificados nas nações que pudessem indicar, de uma forma mais completa, seu nível de desenvolvimento, incluindo níveis de pobreza, acesso a oportunidade e direitos civis e políticos, por exemplo.

É possível mencionar, por exemplo, a inclusão de três novos indicadores no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010 que buscaram capturar as medidas da desigualdade, das disparidades de gênero e da extrema privação, este último por meio do “*Multidimensional Poverty Index*” (UNPD, 2010). Para este último nível, são capturadas diversas outras variáveis além das riquezas, incluindo, por exemplo, os níveis de acesso a serviços básicos, como saneamento e água.

Já na Assembleia Geral da ONU de 2015, foram aprovados em caráter de unanimidade os dezessete objetivos e alvos do desenvolvimento sustentável (*Sustainable Development Goals and targets* – SDG), integrando o compromisso da adoção de diversas medidas com o objetivo de fomentar o desenvolvimento, medidas que incluíram desde a erradicação da fome até a obtenção de igualdade de gênero, passando também pela promoção da industrialização sustentável e inclusiva. Essas e outras medidas integraram a lista mais recente produzida pela ONU sobre os elementos que integram o conceito de desenvolvimento (UN GENERAL ASSEMBLY, 2015, p. 13):

Sustainable Development Goals

Goal 1. End poverty in all its forms everywhere

Goal 2. End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture

Goal 3. Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages

Goal 4. Ensure inclusive and equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all

Goal 5. Achieve gender equality and empower all women and girls

Goal 6. Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all

Goal 7. Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all

- Goal 8. Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all
- Goal 9. Build resilient infrastructure, promote inclusive and sustainable industrialization and foster innovation
- Goal 10. Reduce inequality within and among countries
- Goal 11. Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable
- Goal 12. Ensure sustainable consumption and production patterns
- Goal 13. Take urgent action to combat climate change and its impacts*
- Goal 14. Conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development
- Goal 15. Protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss
- Goal 16. Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels
- Goal 17. Strengthen the means of implementation and revitalize the Global Partnership for Sustainable Development¹.

Relevante também a criação do “*National Happiness Index*”, defendido pelo rei do Butão, que também leva em consideração na medida do desenvolvimento o bem-estar psicológico, a saúde, a educação, o uso do tempo, a diversidade cultural e resiliência, a boa governança, a vitalidade da comunidade, diversidade ecológica e padrões de vida, medidos por 33 indicadores (TREBILCOCK e PRADO, 2014, p. 26-27). Em resolução adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU ainda em 2012, reconheceu a felicidade como um objetivo do desenvolvimento e como objetivo fundamental da humanidade (UN, 2011).

À parte das críticas que podem ser identificadas sobre os índices existentes atualmente para medida do desenvolvimento e sobre as medidas institucionais que devem integrar os esforços para promoção do desenvolvimento, inclusive entre estudiosos do Direito e Desenvolvimento e do Direito Comparado², o que se pode observar na evolução do conceito

¹ Em tradução livre: “*Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas e em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoras na nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar vidas saudáveis e promover o bem-estar para todas as idades; Objetivo 4. Assegurar educação inclusiva e com equidade e promover oportunidades de aprendizado ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade entre gêneros e empoderamento de mulheres e garotas; Objetivo 6. Assegurar disponibilidade e manejo sustentável de água e saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar acesso a energia sustentável, acessível, confiável e moderna para todos; Objetivo 8. Promover o econômico sustentável e inclusivo, emprego pleno e produtivo e trabalhos decentes para todos; Objetivo 9. Construir infraestrutura resiliente, promover industrialização sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir desigualdades nos países e entre os países; Objetivo 11. Tornar as cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12. Garantir consumo e padrão de produção sustentáveis. Objetivo 13. Tomar ações urgentes para combater as mudanças climáticas e seus impactos; Objetivo 14. Conservar e usar de forma sustentável os oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15. Proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, manejar de forma sustentável as florestas combater a desertificação, suspender e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, prover acesso à justiça a todos e construir instituições efetivas, transparentes e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a Parceria Global pelo Desenvolvimento Sustentável”.*

² Ver BELLANTUONO, Giuseppe. 2018. *Comparative law for what kind of development?* 2018. Giuseppe BELLANTUONO e Fabiano LARA. *Legal Conversations Between Italy and Brazil*. Trento: Università Degli

de desenvolvimento ao longo dos séculos XX e XXI é que a identificação de um país desenvolvido não corresponde à identificação de um país mais rico (PIB), ou de um país mais rico, considerada sua população (PIB *per capita*). Sem dúvidas, o desenvolvimento não se limita ao crescimento econômico ou mesmo ao desenvolvimento econômico.

Seja sob a perspectiva das liberdades individuais, da felicidade ou do desenvolvimento das capacidades humanas, é certo que existem condições mínimas humanas que identificam o nível de desenvolvimento de um país, envolvendo, de forma geral, fatores básicos, desde a mortalidade prematura, o analfabetismo e a disponibilidade de saneamento, saúde e água, até fatores mais complexos, que também influenciam e afetam no desenvolvimento econômico e social, como a eletricidade, as telecomunicações e a infraestrutura de transportes, por exemplo. É a substituição de um paradigma de preocupação com os resultados puramente econômicos para uma preocupação com valores, como a igualdade de oportunidades, a inclusão no mercado, a difusão do conhecimento e a cooperação (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 57).

Nesse contexto, a escolha do termo “desenvolvimento nacional” para designação de um dos objetivos da República brasileira, em detrimento dos termos “crescimento econômico” e “desenvolvimento econômico”, demonstra, por si só, a intenção do texto constitucional em alcançar as diversas dimensões do desenvolvimento, e não só o crescimento ou desenvolvimento econômico indicado pelo PIB ou pelo PIB *per capita*.

Nota-se, ainda, que o objetivo do desenvolvimento nacional é destrinchado ao longo de todo o texto constitucional em diversas dimensões, como: “desenvolvimento tecnológico”, “desenvolvimento econômico e social”, “desenvolvimento urbano”, “desenvolvimento sócio-econômico”, “desenvolvimento da pessoa”, “desenvolvimento cultural”, “desenvolvimento humano”, “desenvolvimento cultural”, dentre vários outros espectros, que demonstram a associação do conceito de desenvolvimento, pela Constituição, a um nível muito mais abrangente que o simples “crescimento econômico” ou “desenvolvimento econômico”, incluindo o desenvolvimento em seus espectros mais profundos, a serem alcançados pela República.

Importante também incluir na leitura do termo “desenvolvimento nacional” os demais objetivos da república, que retratam justamente outras características inerentes a nações desenvolvidas, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e

a promoção do bem de todos. Assim, o objetivo da República de desenvolvimento nacional é, em sua própria definição, indissociável dos outros três objetivos republicanos (MALARD, 2006, p. 316). Como também acrescenta GRAU, “*Garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir uma sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II*” (2010, p. 218).

1.2 A Constituição Econômica, o Estado Regulador, os serviços públicos e o desenvolvimento

Tendo como fundamento teórico o desenvolvimento nacional como um objetivo essencial da República brasileira, cujas camadas incluem não só o crescimento econômico, mas também outros aspectos essenciais ao bem-estar humano, ao desenvolvimento das capacidades dos indivíduos, à sua liberdade - e até mesmo sua felicidade, o Estado Regulador, enquanto interventor na ordem econômica, surge como elemento fundamental à realização do desenvolvimento, em sua acepção mais profunda, notadamente no que envolve a prestação de serviços públicos.

Primeiramente porque, inobstante o desenvolvimento nacional mostrar-se como objetivo da República como um todo, a Constituição elevou o desenvolvimento como um dos objetivos do próprio Estado Regulador. Conforme disposto pelo parágrafo único do artigo 174 da Constituição da República, a lei deverá estabelecer as diretrizes e bases da atuação do Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, para o planejamento do desenvolvimento nacional de forma equilibrada com o desenvolvimento regional:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (BRASIL, 1988).

Nesse ponto, relevante destacar que a Constituição de 1988 seguiu a tradição neoconstitucionalista, que opera sobre três premissas fundamentais, do ponto de vista metodológico-formal: (i) a normatividade da Constituição, com o reconhecimento da imperatividade das suas normas jurídicas; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica; e (iii) a centralidade da sua normatividade para a interpretação e compreensão dos demais ramos do direito. No que tange ao ponto de vista material, identifica-se também elemento da incorporação explícita de valores e opções políticas nos

textos constitucionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005, p. 85-86). E, no contexto desses compromissos expressos, dentre os quais – no caso brasileiro – inclui-se o desenvolvimento nacional, a regulação somente pode ser legítima ao passo em que promova fundamentalmente esse objetivo central do sistema constitucional (SUNSTEIN, 1990, p. 33-35).

Assim, a disposição contida no artigo 174 integra a Constituição Econômica diretiva ou programática, cujas diretrizes definem as políticas públicas e devem coerência com os objetivos por ela enunciados (GRAU, 2010, p. 76). Portanto, o desenvolvimento como fundamento da atuação do Estado como agente normativo e regulador integra os princípios essenciais ordenadores da economia, instituídos com o objetivo de operar a consagração de um determinado sistema econômico (GRAU, 2010, p. 79). Ao ser abarcado no artigo 174 da Constituição, o desenvolvimento integrou também o espectro normativo do papel do Estado no domínio econômico, cujo escopo é modelagem do modo em que se dará a intervenção estatal na economia (CYRINO, 2010, p. 70).

Nesse contexto, o desenvolvimento enquanto diretriz da atuação do Estado enquanto regulador e como uma diretriz da própria República (artigo 3º), requer uma interpretação dinâmica, à medida em que espera-se que o Estado interprete essas diretrizes no sentido da realização de políticas públicas que busquem a transformação da sociedade (GRAU, 2010, p. 217) no encontro do desenvolvimento.

A despeito da ductibilidade dos princípios que regem a intervenção na economia brasileira e as suas consequências, como as discussões sobre sua normatividade³, que exigem alguma gama de interpretação, como destaca CYRINO, os compromissos principiológicos – tal como o desenvolvimento nacional – não deixam de ser normas jurídicas que apontam para o estado das coisas a ser alcançado (2010, p. 123) e, especificamente no caso do desenvolvimento, o estado das coisas a ser alcançado inclusive pelo Estado regulador.

Nesse sentido, pertinente a definição de Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 37) de que:

[...] a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis (citação com mais de três linhas é em separado).

³ Sobre a ductibilidade e ambivalência dos princípios constitucionais, ver: ORTIZ, Gaspar Ariño. “*Principio de derecho público económico*”. 3ª Ed. Granada: Comares, 2004, p. 125.

Considera-se, portanto, como premissa para este trabalho o desenvolvimento como um princípio constitucional diretivo na atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador na atividade econômica, de modo que o estado de desenvolvimento – em sua acepção ampla - deve ser objetivado pela regulação da economia.

Em segundo lugar, o Estado regulador também se impõe como elemento fundamental ao desenvolvimento ao passo em que passou a deter, dentre outras atribuições, a regulação dos denominados “serviços públicos”, diretamente conectados com o conceito de desenvolvimento em seu espectro amplo.

A reforma do Estado, por meio da Constituição da República de 1988 e por meio das Emendas Constitucionais aprovadas ao longo da década de 1990, trouxe transformações estruturais no Estado Regulador brasileiro, extinguindo determinadas restrições ao capital estrangeiro (Emendas Constitucionais n. 06/1995⁴, 07/1995⁵ e 36/2002⁶), flexibilizando os monopólios estatais (Emendas Constitucionais n. 05/1995 e 8/1995 – a serem abordadas no Capítulo II) e promovendo as desestatizações. Essas reformas tiveram com objetivos: “(i) reordenar a posição estratégica de Estado na economia, transferindo à atividade privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; e (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia” (BARROSO, 2002, p. 289).

O desempenho direto das atividades econômicas pelo Estado passou a admitir-se apenas excepcionalmente, conforme artigo 173 da Constituição, cabendo à iniciativa privada a execução das atividades econômicas, gênero que inclui as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 37-38).

Dentre as atividades econômicas que foram abertas à atuação privada está a prestação dos serviços públicos que, apesar de incumbirem ao Poder Público conforme o *caput* do artigo 175 da Constituição, passou a ser permitida a sua prestação por empresas privadas em caráter de concessão ou permissão a partir da nova Ordem Econômica.

Como define Marçal Justen Filho, o serviço público, na disciplina brasileira do termo, distingue-se da atividade econômica em sentido estrito pela sua finalidade ou instrumentalidade: é aquela “*atividade necessária e indispensável, em termos imediatos, para*

⁴ Emenda Constitucional que promoveu a supressão, no art. 171 da Constituição da República, da conceituação da supressão do termo empresa brasileira de capital nacional e a suprimiu a possibilidade de outorga de proteção, benefícios especiais ou preferências.

⁵ Emenda Constitucional que dispensou a exigência de controle capital nacional para a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica, modificando a redação do artigo 176, *caput* da Constituição.

⁶ Permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana” ou “*uma atividade orientada ao atendimento de certas necessidades fundamentais*” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 310).

Trata-se da apropriação brasileira do conceito de Leon Duguit (1928, p. 61) de que os serviços públicos são aqueles indispensáveis ao “*desenvolvimento da interdependência social*”, ou, nas palavras de Eros Roberto Grau, a parcela da atividade indispensável à coesão social, ou aquela vinculada ao interesse social (2010, p. 128). São as atividades desenvolvidas pelo Estado com a finalidade de concretizar direitos fundamentais, cuja realização demande uma atividade positiva de sua parte (SCHIRATO, 2012, p. 101).

Portanto, o serviço público, enquanto atividade vinculada ao interesse social, mostra-se como um instrumento necessário à satisfação dos direitos fundamentais, e não um direito *per se*. É o meio pelo qual o Estado busca a satisfação plena e adequada dos direitos fundamentais (SCHIRATO, 2012, p. 103-104) que, como já visto anteriormente, integram o conceito de realização do desenvolvimento nacional.

A assunção da realização desses serviços públicos por entidade privadas e as mudanças promovidas no papel do Estado na intervenção econômica, por meio das alterações promovidas pela Constituição de 1988 e suas respectivas Emendas, fizeram com que se tornasse determinante a existência de uma competência regulatória que garantisse que os interesses coletivos envolvidos na realização dos serviços públicos permanecessem sendo perseguidos pelos particulares (JUSTEN FILHO, 2002, p. 321).

De modo a regulamentar a nova Ordem Econômica disposta pela Constituição e suas posteriores emendas, a Lei Geral de Concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987/1995) estabeleceu como requisito aos particulares “*a prestação de serviço adequado ao plano atendimento dos usuários*” (artigo 6º), cuja adequação pressupõe a “*regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação*” (artigo 6º, parágrafo 1º). Trata-se, em resumo, da prestação de um serviço público com eficiência, que consiste no desempenho das atividades necessárias para a prestação das utilidades materiais, com o objetivo de satisfazer as necessidades dos usuários com a imposição do menor encargo possível (JUSTEN FILHO, 1997, p. 124).

Para a garantia desses pressupostos da prestação dos serviços públicos pelos particulares, as agências reguladoras de serviços públicos surgem como estruturas destinadas à manutenção de controles burocráticos ou procedimentais sobre a atuação dos entes privados na prestação dos serviços públicos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 328), sempre que esses controles se mostrem fundamentais e indispensáveis a evitar a supressão das garantias ao serviço público adequado, caro ao desenvolvimento nacional. Nesse sentido, as agências, na

regulação da execução dos serviços públicos pelos particulares, buscam compor e articular os interesses públicos com os interesses dos particulares, “*partindo do pressuposto de que a atuação privada em setores sujeitos à regulação não só é aceitável como é essencial para atingir o interesse público*” (MARQUES NETO, 2009, p. 33).

Outra função das agências reguladoras intrinsecamente ligada à promoção do desenvolvimento é a promoção da sua universalização dos serviços públicos, ou seja, o dever de levar o serviço público “*para a maior quantidade de pessoas possível dentro de um determinado território em plenas condições de fruição*” (SCHIRATO, 2012, p. 242). Trata-se, em última análise, da redução das desigualdades na prestação dos serviços públicos.

Como exemplo, cita-se que dentre as atribuições da ANEEL (Lei n. 9.427/1996) está a garantia do cumprimento, pelas concessionárias e permissionárias do serviço público, das metas a serem estabelecidas para a universalização da distribuição da energia elétrica (artigo 2º, inciso XII). Da mesma forma, dentre as atribuições da ANATEL (Lei n. 9.472/1997) está a regulação das metas da universalização, que busca “*possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica*” (artigo 79, parágrafo 1º).

Essa tarefa torna-se fundamental ao desenvolvimento, ao passo em que representa o elemento distributivo da disponibilização de infraestruturas dos serviços públicos internamente no país, sendo que o sucesso das agências na sua realização possibilita o combate às desigualdades regionais, que é elemento essencial para que se reconheça o desenvolvimento nacional, como já visto. As externalidades sociais positivas decorrentes da universalização dos serviços públicos são elementares: a possibilidade de levar serviços como o saneamento a regiões desassistidas gera um impacto imediato nos fatores mais básicos ao desenvolvimento, como possibilitar que menos pessoas morram em decorrência de doenças relacionadas à ausência de tratamento de água e esgoto (COUTINHO, 2002, p. 82).

Por todos esses motivos, o Estado regulador – especialmente no que tange à regulação dos serviços públicos pelas agências – se identifica como uma organização cujo papel está atrelado profundamente à promoção do serviço público adequado e universal e, por conseguinte, à promoção do desenvolvimento em sua acepção ampla.

Questiona-se, porém: o que faz uma agência reguladora de serviços públicos ter sucesso (ou insucesso) na promoção da disponibilização de serviços públicos adequados, de forma universal e, por conseguinte, ter sucesso (ou insucesso) em promover um impacto positivo no desenvolvimento? É a pergunta que se pretende endereçar na seção seguinte, com fundamento teórico no Novo Institucionalismo Econômico.

1.3 Instituições, Desenvolvimento e o Novo Institucionalismo Econômico

Após a Segunda Guerra Mundial, a teoria econômica detinha como foco de atenção e de desenvolvimento científico a chamada economia neoclássica, especialmente trabalhos teóricos fundamentados na economia Keynesiana e, posteriormente, na econômica não-Keynesiana e pós-Keynesiana (JOSKOW, 2008, p. 1). Essas bases teóricas adotavam o desenvolvimento e a aplicação de técnicas econométricas para a mensuração empírica das suas hipóteses acerca da macroeconomia, microeconomia e uso da propriedade com amplos desenvolvimentos na compreensão de aspectos como, por exemplo, as estruturas do mercado, economia comportamental e performance econômica, tendo como objeto de estudo especialmente as economias desenvolvidas (JOSKOW, 2008, p. 2).

Apesar dos avanços proporcionados pelos estudos desenvolvidos nesse período, uma das principais deficiências identificadas foi a adoção, pelos teóricos da economia, de perspectivas a-institucionais ou não-institucionais. Ou seja, o aspecto institucional era ignorado em absoluto na análise do comportamento econômico e das estruturas de mercado, ou era considerado nas análises, com a presunção de pleno funcionamento e ausência de custos a serem considerados (JOSKOW, 2008, p. 2). No que diz respeito ao crescimento econômico e ao desenvolvimento, o aspecto das instituições acabou sendo negligenciado nas análises, que imprimiam maior ênfase na verificação do impacto econômico sobre aspectos como, por exemplo, a entrada de capital e mão de obra, o desenvolvimento tecnológico e formas de indução da performance econômica pelos governos. No entanto, as considerações econômicas e políticas que levaram à adoção de determinadas políticas pelos governantes, que afetaram a estrutura, comportamento e governança das instituições e que, conseqüentemente, geraram impactos econômicos, foram majoritariamente ignorados (JOSKOW, 2008, p. 3).

Essa deficiência gerou impactos fundamentais, inclusive na aplicação genérica de análises econômicas em países em desenvolvimento, tendo em vista a desconsideração dos atributos idiossincráticos das instituições já existentes naqueles países, dos pontos de vista sociais, políticos e econômicos. Foi desconsiderada a importância dessas instituições, de suas relações com os atributos históricos e culturais dos países e de como precisariam se aprimorar face às mudanças na economia, ao desenvolvimento econômico e às alterações de governo e das instituições legais (JOSKOW, 2008, p. 3).

Juntamente com outros novos campos de estudo da economia - como o direito e economia, economia política, economia comportamental, economia organizacional, economia

evolucionária e economia dos contratos – o Novo Institucionalismo Econômico (na expressão em inglês *New Institutional Economics – NIE*) surgiu como um movimento de pesquisa engajado em responder essas limitações, sem rejeitar o progresso científico alcançado pela economia neoclássica ou suas ferramentas de pesquisa. De forma adicional ao arcabouço teórico desenvolvido pela escola anterior, os estudiosos do Novo Institucionalismo Econômico trouxeram novos elementos, sendo um deles o reconhecimento de que a teoria econômica não é genérica e que sua aplicação indistinta em países desenvolvidos e em desenvolvimento pode resultar em grandes erros, especialmente se desconsiderados aspectos sociais, políticos e legais dos diferentes países. É a aplicação da máxima “*one size does not fit it all*”, em tradução livre: um mesmo tamanho não serve para todos (JOSKOW, 2008, p. 4). Outro ponto relevante foi o reconhecimento de que instituições, em todas as suas espécies, têm importantes efeitos na performance econômica (JOSKOW, 2008, p. 5).

Um dos trabalhos seminais do NIE, a obra “*Institutions, Institutional change and economic performance*” de Douglass C. North (1990), trouxe diversos conceitos que fundamentaram as pesquisas posteriormente desenvolvidas na área, ao entorno da ideia de que as instituições importam (“*institutions matter*”) e moldam o caminho das economias a longo prazo.

NORTH estabelece, primeiramente, a definição de que as instituições são as “regras do jogo” de uma sociedade, ou os limites construídos pelos seres humanos e que moldam as suas interações⁷ (1990, p. 3). Nesse conceito incluem-se limitações formais, como leis e constituições, e também limitações informais, como convenções e códigos de conduta. Ademais, no conceito de instituições incluem-se tanto proibições como condições para indivíduos empreenderem em determinadas atividades (1990, p. 4-5).

NORTH diferencia, ainda, as instituições das organizações. Enquanto as instituições são os limites que definem o ambiente de ação dos “*players*”, as organizações são grupos de indivíduos ligados a um mesmo objetivo, conectados pelas instituições subjacentes a elas (NORTH, 1990, p. 4-5). Significa dizer que as organizações são conjuntos de indivíduos cujas ações são limitadas pelas instituições existentes.

Portanto, para os propósitos deste trabalho, é preciso já indicar que as agências reguladoras, nos conceitos do Novo Institucionalismo Econômico, são organizações, e não instituições. As instituições, para o contexto deste trabalho, são as regras, leis, aspectos de

⁷“*Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change*”.

governança e outras limitações que delineiam as atividades das respectivas agências e, dessa forma, determinam seu desenho institucional.

Dito isto, NORTH também aponta que as estruturas institucionais criadas podem levar a oportunidades produtivas ou improdutivoas para as organizações, no que tange ao desenvolvimento econômico. As instituições tendem a ser dinâmicas e tendem a se desenvolver gradualmente por meio de ajustes marginais, conforme a evolução do processo de aprendizagem das organizações, de modo a maximizarem sua eficiência na busca do desenvolvimento econômico. Desse modo, as instituições que levam a oportunidades improdutivoas tendem a se ajustar e a se desenvolver para passarem a gerar oportunidades produtivas.

NORTH também introduz o conceito do fenômeno “*path dependency*” (dependência a um determinado caminho) que, como explicam TREBILCOCK e PRADO (2011, p. 36), descreve como a reiterada aplicação de um determinado arranjo institucional ao longo do tempo aumenta os custos de sua alteração. Por esse motivo, por vezes, ao invés de haver uma evolução dos mecanismos institucionais que geram oportunidades improdutivoas para aqueles que geram oportunidades produtivas, pode haver uma perpetuidade de instituições ineficientes. Isso pode ocorrer, por exemplo, caso haja interesses políticos e econômicos na manutenção do *status quo* de determinado quadro institucional (NORTH, 1990, p. 99-100). É dizer que, apesar de dinâmicas, as instituições podem permanecer em um caminho improdutivo para o desenvolvimento econômico caso esse contexto gere incentivos a agentes políticos e econômicos, de modo que o quadro institucional ineficiente será racionalizado na estrutura da sociedade e se perpetuará, apesar de reforçar o caminho improdutivo.

Com fundamento nesse novo paradigma para o estudo do desenvolvimento econômico, fundamentado na tese de que as instituições importam, diversos outros estudiosos construíram suas análises empíricas com base no Novo Institucionalismo Econômico, de modo a desvendar se, de fato, as instituições importam e se efetivamente têm a capacidade de moldar as economias e seu desenvolvimento.

Diversos estudos se dedicaram a identificar porque alguns países não são capazes de criar instituições que promovam o desenvolvimento, classificados em quatro categorias por SHIRLEY (2005). Na primeira delas estão os estudos que se dedicaram à teoria de que os países herdaram instituições ineficientes dos seus colonizadores e traziam como hipóteses para esse problema, por exemplo, a criação de instituições nas colônias que espelhavam aquelas existentes nos países colonizadores, com uma vantagem àqueles que tiveram como

herança as instituições Inglesas (NORTH, 1990). No entanto, essas hipóteses falhavam ao não explicarem por que colônias que possuíam países colonizadores em comum se desenvolveram diferentemente. É o caso, por exemplo do desenvolvimento dos Estados Unidos e Canadá, comparativamente com o desenvolvimento de países na África e Caribe, que também tiveram a Inglaterra como colonizadora (SHIRLEY, 2005, p. 617).

Na segunda categoria, estão os estudos que avançaram no tema da herança colonial, identificando outros fatores que influenciaram na criação de instituições que não promoviam o desenvolvimento, especialmente em locais em que foram adotadas instituições com objetivos de extrair recursos humanos e naturais. (SHIRLEY, 2005, p. 617). Nessa seara, relevante destacar os avanços de ACEMOGLU, JOHNSON e ROBINSON (2001), ao demonstrarem que a experiência da colonização foi um dos fatores que moldou as instituições de países colonizados e seu desenvolvimento. Como demonstrado, naqueles países em que foram implantadas instituições econômicas com objetivos essencialmente extrativistas, para transferência rápida de recursos à metrópole, em detrimento de investimento no progresso econômico, observou-se um menor desempenho econômico e também a persistência dessas instituições, que ainda possuem um impacto relevante atualmente.

Em “*Institutional causes, macroeconomic symptoms: volatility, crises and growth*”, ACEMOGLU, JOHNSON, ROBINSON e THAICHAROEN (2003) demonstraram também em alguns países o impacto no desenvolvimento e na estabilidade econômica ocasionado por instituições econômicas que não eram capazes de representar limites aos poderes políticos e grupos poderosos, cuja tendência era a promoção da redistribuição das riquezas de seus países para si mesmos.

Relevante também destacar o trabalho de ACEMOGLU, JOHNSON e ROBINSON em “*Institutions as a fundamental cause of long-run growth*” (2005), no desenvolvimento do argumento de que as instituições econômicas – por exemplo, as estruturas do direito à propriedade e a presença e perfeição dos mercados – possuem grande relevância no desenvolvimento econômico, determinando não só a performance econômica, mas também a distribuição de recursos aos agentes econômicos, ou seja, distribuição de riquezas ou capital físico e humano.

Na terceira categoria da classificação de SHIRLEY (2005), estão incluídos os estudos que buscaram comprovar a causalidade entre a existência de conflitos políticos e o desenvolvimento de instituições que buscassem coibir a arbitrariedade e o uso de instituições para o desenvolvimento de interesses particulares. Na quarta última categoria, também os estudos que buscaram comprovar a causalidade entre determinados aspectos culturais, como

crenças e normas sociais, que também teriam impacto na ausência de implantação de instituições que promovessem o desenvolvimento.

Sobre ambas as categorias, relevante destacar os estudos de LEVY & SPILLER, que analisaram em *“The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation”* o impacto da interação de diferentes instituições políticas e culturais no processo regulatório e seus efeitos na performance econômica, especificamente no setor de telecomunicações. Analisando a regulação das telecomunicações na Argentina, Chile, Jamaica, Filipinas e Reino Unido, sob o aspecto específico do funcionamento de estruturas de redução da arbitrariedade administrativa, identificaram o uso de diferentes mecanismos pelos países analisados com o objetivo de limitar os poderes dos reguladores. Foram verificados mecanismos distintos, mas que, em contextos institucionais políticos e sociais diferentes, funcionaram bem para um mesmo objetivo. Como conclusão, identificaram que o desenvolvimento de uma estrutura regulatória adequada, que seja capaz de prevenir a arbitrariedade das decisões dos agentes reguladores dada a natureza do quadro institucional político já existente em um país, é capaz de, efetivamente, atrair o investimento privado ao setor (LEVY e SPILLER, 1994).

A partir do trabalho inicial de Douglass North, diversos trabalhos foram desenvolvidos de modo a comprovarem que, efetivamente, as instituições importam para o desenvolvimento e de modo a identificarem o motivo pelo qual alguns países possuem instituições melhores, que levaram, ao longo do tempo, a índices maiores de desenvolvimento.

Paralelamente, alguns trabalhos, como de FAUNDEZ (2016), apresentaram severas críticas quanto a diversos aspectos da teoria de NORTH, incluindo a afirmação de que o teórico não explica satisfatoriamente a proveniência das instituições, as diferenças entre instituições e organizações e a relação entre processos econômicos e políticos, por exemplo. A mais relevante dessas críticas para o escopo deste trabalho se volta contra a ausência de explicações, na teoria de NORTH, sobre como e quais instituições legais influenciam no funcionamento das organizações. FAUNDEZ aponta que NORTH considera apenas as dinâmicas macro-institucionais, mas não analisa especificamente como as instituições legais, que são parte de uma complexa rede de instituições, interagem com os processos políticos e econômicos pelo desenvolvimento (2016, p. 407-409).

Como também destacam TREBILCOCK E PRADO (2011, p. 36), a teoria de NORTH e os estudos desenvolvidos a partir dela ainda não haviam endereçado especificamente quais instituições importam e, especialmente, quais características dentre as

classes de instituições efetivamente importam para o desenvolvimento para assim, desenvolver-se um desenho institucional adequado ao fim do desenvolvimento.

O Grupo de Governança do Banco Mundial buscou examinar do ponto de vista econométrico o impacto de determinados aspectos institucionais no desenvolvimento, buscando, para tanto, uma medida de qualidade institucional, que incluía seis grupos de características institucionais consideradas como ideais: (i) níveis de democracia e *accountability*; (ii) estabilidade política; (iii) capacidade do governo de efetivar boas políticas; (iv) qualidade regulatória; (v) existência de um Estado de Direito (*rule of law*); e (vi) capacidade de controle da corrupção (TREBILCOCK e PRADO, 2011, p. 30).

Apesar da sua relevância, esses estudos não permitem a verificação de uma relação de causalidade, à medida em que a demonstração de que países ricos e desenvolvidos possuem boas instituições não prova se eles são ricos em decorrência da existência e qualidade das instituições enumeradas pelo trabalho do Banco Mundial ou se possuem tais instituições porque são ricos e desenvolvidos (TREBILCOCK e PRADO, 2011, p. 32).

Sabe-se, ainda, que diversas reformas institucionais foram promovidas, especialmente sob o patrocínio de entidades como o Banco Mundial, com fundamento nos aspectos institucionais considerados como relevantes ao desenvolvimento, o que nada mais significa do que aplicar os aspectos institucionais dos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, o que se mostra contraditório às descobertas já realizadas pelo NIE no sentido de que a adaptação de modelos “*one size fits all*” usualmente não funcionam e geram revezes decorrentes das especificidades dos países em que são aplicados.

Como destaca ANDREWS, é a realização de “*square peg reforms in round hole governments*”, ou seja, usar uma reforma com pino quadrado em um governo com buraco redondo, gerando resultados variados e malsucedidos, justamente pela desconsideração do contexto local (ANDREWS, 2013, p. 15).

Apesar da dificuldade em se identificar um conjunto específico de instituições que podem levar ao desenvolvimento, ao menos é possível, como destacam TREBILCOCK E PRADO (2014, p. 51), identificar instituições disfuncionais que persistem no tempo, no fenômeno de “*path dependency*” indicado por Douglass North, como um ponto de partida para as reformas que precisam ser feitas.

Assim, um primeiro passo para que um país possa adquirir instituições que possam favorecer o desenvolvimento é identificar as instituições disfuncionais que necessitam ser reformadas no sentido de passarem a criar oportunidades produtivas para a finalidade do

desenvolvimento. É, então, verificar a existência do fenômeno de “*path dependency*”, no qual uma instituição disfuncional permanece estagnada, enquanto deveria ser gradativamente ajustada para gerar oportunidades produtivas. Resta ao campo jurídico identificar quais instituições legais importam ao desenvolvimento e como desenhá-las para atingir, de forma eficiente, essa finalidade (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 31).

1.4 Instituições legais de independência das agências reguladoras de serviços públicos à luz do Novo Institucionalismo Econômico

Com base no arcabouço teórico desenvolvido nas seções anteriores, tem-se como premissas teóricas deste trabalho (i) o desenvolvimento como um dos objetivos constitucionais da República brasileira, que abrange não só o crescimento econômico, mas também os fatores essenciais à realização das capacidades e liberdades do indivíduo; (ii) nesse contexto, os serviços públicos como meios fundamentais para a realização de necessidades fundamentais para que o indivíduo realize suas capacidades e liberdades; (iii) as agências reguladoras de serviços públicos como organizações cuja função é garantir a realização dos serviços públicos pelos particulares por meio de concessão e permissão, de forma adequada e universal, promovendo o desenvolvimento.

Com fundamento no Novo Institucionalismo Econômico, observou-se também que as organizações, como as agências reguladoras, têm sua ação limitada e guiada por instituições – sejam elas instituições legais ou econômicas, por exemplo. Essas instituições, por suas vezes, podem gerar oportunidades produtivas ou oportunidades improdutivas para o desenvolvimento. Ou seja, as instituições importam para o desenvolvimento e instituições que geram melhores oportunidades produtivas podem efetivamente induzir o desenvolvimento.

Com fundamento nessas análises, e na relevância das agências reguladoras de serviços públicos – enquanto organizações - no quadro do desenvolvimento nacional, torna-se fundamental investigar se o conjunto de instituições criadas para reger e limitar a forma de atuação das agências reguladoras de serviços públicos efetivamente gera oportunidades produtivas ao desenvolvimento. Isso porque, se as agências reguladoras são justamente as organizações responsáveis por garantir que os serviços públicos, essenciais ao desenvolvimento, sejam realizados de forma adequada e universal, suas instituições são, indubitavelmente, relevantes à promoção do desenvolvimento. Nesse cenário, para que

atingam seu objetivo constitucional, precisam ser desenhadas de forma adequada a gerar oportunidades produtivas.

Especificamente para o escopo deste trabalho, pretende-se uma análise sobre as instituições legais – dentre elas leis, normas e regulamentos – que buscam garantir a independência das agências reguladoras para a realização dos seus fins. Isso porque, especialmente quando da implantação, no Brasil, do desenho institucional das agências reguladoras independentes na década de 1990, a característica de independência passou a ser tratada por grande parte dos estudiosos da matéria como fundamental à realização, de forma eficiente, dos fins precípuos às agências recém-criadas.

A adoção desse quadro institucional formador das agências reguladoras independentes se fundamenta na ideia de que todo o sujeito que é titular do poder tende a dele abusar. Nesse contexto, as instituições de independência das agências reguladoras buscam a dissociação das competências estatais, e não a criação de novas funções estatais, por meio do estabelecimento de estruturas burocráticas que não se enquadrem na estruturação hierárquica dos poderes tradicionais, de modo a evitar o abuso do poder (JUSTEN FILHO, 2002, p. 358).

No caso específico da atividade regulatória do Estado sobre a economia, essa dissociação se justificaria a partir da visão de incapacidade da expressão dos poderes regulatórios por meio do funcionamento natural do processo governativo. Essa incapacidade se daria, em primeiro lugar, em razão da temporariedade dos mandatos do Poder Executivo, que propiciaria o rompimento da linha lógica na produção normativa regulatória, de modo que a política regulatória poderia ser comprometida pelo processo de renovação política. Em segundo lugar, as decisões tecnicamente corretas do ponto de vista regulatório poderiam deixar de ser adotadas caso se mostrassem impopulares, de modo a resguardar a sobrevivência política do Chefe do Poder Executivo. Em terceiro lugar, há a tendência de que a função regulatória, pelo seu poder de intervenção na economia, pode ser instrumentalizada para projetos políticos individuais ou partidários. Ademais, a política regulatória é suscetível à influência dos mais diversos grupos de pressão, sendo que as decisões do Poder Executivo tendem a beneficiar os grupos mais organizados – como o setor regulado – em detrimento dos interesses difusos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 359-360).

Dentre os potenciais benefícios arguidos em defesa da adoção de um quadro institucional que constitua agências reguladoras independentes está, primeiramente, a dinamização da produção normativa, derivada da redução de participantes no processo decisório final, ampliação da especialidade do órgão e redução da demora na geração de atos estatais. Menciona-se ainda, que a regulação direta pelo legislativo, por meio da elaboração de

leis, não seria tão ágil quanto necessário e poderia carecer de conteúdo técnico. Por outro lado, com a criação de uma agência reguladora com um corpo técnico cujas influências político-partidárias poderiam ser minoradas, seria possível minorar a instrumentalização das decisões para a satisfação de interesses particulares imediatos dos ocupantes do poder. Apesar de ser inerente ao processo democrático a existência de influências políticas, o objetivo da instituição de agências reguladoras independentes seria trazer a decisão regulatória para o plano das decisões técnico-científicas para que não se tornem incompatíveis com os fins visados pela regulação estatal (JUSTEN FILHO, 2002, p. 364).

JUSTEN FILHO ainda indica como outros benefícios da adoção de agências reguladoras com quadro institucional que visa a independência: (i) a concentração de competências em um só órgão; (ii) a especialização das decisões proferidas; (iii) a visibilidade das decisões e maior controle social, à medida em que se institua deveres de transparência e publicidade para a atuação da agência; (iv) ampliação dos controles jurisdicionais sobre as decisões do estado, ao passo em que possibilitaria o controle do conteúdo da decisão regulatória pelo judiciário; (v) a produção de cooperação entre o Estado e a comunidade, por facilitar a compreensão, pelos agentes econômicos, das “regras do jogo”; e (vi) o fracionamento do poder e aumento do controle das decisões do Estado que interferem na Ordem Econômica (JUSTEN FILHO, 2002, p. 365-368).

Alexandre Santos de Aragão, destaca a independência como o próprio elemento caracterizador das agências reguladoras à luz do Direito Positivo brasileiro (2009, p. 331) e indica que são aqueles “(...) *órgãos ou entidades especializados, relativamente alheios ao comando político, seja administrativo ou legislativo, dotado de grandes poderes regulatórios, atuando principalmente com base em princípios e finalidades gerais fixadas pela lei*” (p. 89). Nessa esteira, a independência teria como característica precípua evitar a instrumentalização política do órgão regulador pelas forças momentaneamente dominantes, tanto do Chefe do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo (p. 87-88).

Floriano de Azevedo Marques Neto (Agências reguladoras independentes - Fundamentos e seu regime jurídico, 2009, p. 74-75) ainda distingue duas espécies de independência: a independência orgânica e a independência administrativa. A independência orgânica se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurarem que os agentes públicos não estarão subordinados à vontade política do poder central, com exceção daquelas expressas nas políticas públicas do setor. Dentre esses mecanismos, está primeiramente a garantia à estabilidade dos dirigentes, com a previsão de um mandato com duração determinada e previsão da impossibilidade de demissão do dirigente ao longo desse período, com exceção de

circunstâncias muito específicas, como a prática de crime, por exemplo. Além disso, há também a ausência do controle hierárquico típico, consubstanciado na impossibilidade de anulação, revogação, ou revisão dos atos da agência por parte do Poder Executivo ou Legislativo.

Já a independência administrativa significa a garantia de que as agências serão dotadas de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem recorrer aos membros do Poder Executivo. Integra essa seara primeiramente a autonomia de gestão, que envolve a capacidade da agência organizar e gerir seus orçamentos, alocando os recursos disponíveis nas atividades que, ao ver do órgão, sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício das suas atividades. Ainda nesse campo de independência, está a autonomia financeira, que visa garantir que os recursos financeiros necessários à atividade da agência não dependam da gestão ou liberação por parte do Tesouro. Essa última garantia usualmente é buscada por meio de mecanismos que criam fontes próprias de recursos para os órgãos, e, se possível, fontes que sejam geradas no próprio exercício da atividade regulatória. É o caso da instituição de taxas de regulação, por exemplo. (MARQUES NETO, 2009, p. 76-77).

Ainda sobre a independência administrativa, MARQUES NETO indica dois outros mecanismos adotados para garantia do isolamento das agências dos poderes centrais (Executivo e Legislativo): a liberdade para organização dos serviços e o regime de pessoal compatível. O primeiro se refere à liberdade de determinação, internamente no ambiente autárquico, das alocações de competências e atribuições dos agentes no exercício das atividades regulatórias. Trata-se da prerrogativa de organização funcional. O segundo refere-se à garantia de um regime de pessoal compatível com a natureza da execução das atividades regulatórias, incluindo regimes de cargos e remunerações compatíveis com a expertise dos integrantes da agência (Agências reguladoras independentes - Fundamentos e seu regime jurídico, 2009, p. 78-79). Trata-se, portanto, de um conjunto de instituições que busca o isolamento das agências reguladoras – incluindo aquelas de serviços públicos - dos arbítrios dos poderes políticos do Poder Executivo e Legislativo.

PRADO (2010, p. 4) indica que a delegação de uma competência executiva para um determinado agente independente se justifica por uma maior especialização e melhor aparato para governar determinados setores, comparativamente ao aparato técnico dos governantes eleitos. Como benefícios para o “*principal-agent framework*”⁸, PRADO destaca a

⁸ Sobre o “principal-agent framework”, ver: MAJONE, Giandomenico (1997). ‘From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Change in the Mode of Governance’, *Journal of Public Policy*; MAJONE, Giandomenico (2001). *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU*

possibilidade de resolução de duas espécies de problemas: com a delegação do poder, há um comprometimento, e decorrente aumento de credibilidade, no sentido de que a política regulatória não será alterada pelo político eleito, o que pode gerar um maior segurança aos investidores e maior nível de investimento. Além disso, a delegação da atividade regulatória também gera a possibilidade de redução das incertezas políticas, tendo em vista a possibilidade de “amarrar as mãos” das autoridades futuramente eleitas quanto às políticas em implementação pelas agências. Agências reguladoras são consideradas como independentes quando possuem características institucionais que pretendem isolar seus processos decisórios de atores políticos (PRADO, 2008, p. 467).

MUELLER & PEREIRA (2002, p. 66) indicam também como possíveis razões para delegação da competência executiva às agências reguladoras uma maior flexibilidade para contratação de pessoal qualificado comparativamente ao corpo de servidores já existentes nas agências. Outro motivo seria um possível interesse do Poder Executivo no seu distanciamento das reformas e mudanças a serem realizadas nos setores em razão das políticas regulatórias, evitando a culpa pela implementação de medidas impopulares.

Assim, a criação de agências reguladoras independentes, caracterizadas por instituições que pretendem seu isolamento com relação aos poderes centrais – notadamente o Poder Executivo e Legislativo – possuem justificativas teóricas que, ao menos a princípio, poderiam gerar incentivos positivos ao desenvolvimento dos respectivos setores regulados.

Mas, as instituições legais de independência das agências reguladoras de serviços públicos instituídas inicialmente no Brasil e atualmente existentes têm sido eficientes para os seus fins – ou seja, para gerarem uma majoração do isolamento das agências? E, mais: essas instituições são eficientes em gerar um impacto produtivo na prestação dos serviços públicos, notadamente no que tange ao desenvolvimento? Ou seja, são instituições eficientes do ponto de vista do Novo Institucionalismo Econômico e do ponto de vista do objetivo constitucional do desenvolvimento? Essas são as perguntas a serem endereçadas nos próximos capítulos.

Para essa análise da aderência dos mecanismos institucionais adotados pelas agências reguladoras de serviços públicos aos fins dispostos pela a Constituição Econômica para a intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico, notadamente o desenvolvimento, adotaremos nesse trabalho como fundamento teórico os conceitos desenvolvidos pela escola do Novo Institucionalismo Econômico.

Governance, European Union Politics, 2 (1); GILARDI, Fabrizio (2001). ‘Principal-Agent Models Go To Europe: Independent Regulatory Agencies as Ultimate Step of Delegation’, Paper presented at the ECPR General Conference, Canterbury, UK, September 6-8. GILARDI, Fabrizio (2008). *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Eastern Europe*. Cheltenham, U.K.: Edw.

À luz de todos esses significados, propõe-se primeiramente, analisar o histórico de surgimento das instituições de independência das agências reguladoras, para que se possa identificar os objetivos a serem almejados com a instituição de agências independentes e também os elementos constituintes do processo de reforma institucional, incluindo a influência de modelos institucionais estrangeiros e a forma como as características do contexto brasileiro foram consideradas no desenvolvimento dessas instituições.

Na sequência, será analisada a eficiência da aplicação desses mecanismos na promoção do isolamento das agências reguladoras e a evolução desses mecanismos, instituídos há mais vinte anos, para trazerem incentivos mais produtivos ao desenvolvimento, com o objetivo final de verificar, com relação às instituições de independência, a existência de “*path dependency*”.

Do ponto de vista metodológico, será analisado o surgimento de duas das primeiras agências reguladoras federais de serviços públicos, especificamente da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97). Essa definição tem como fundamentos primeiramente o fato de que se tratam de autarquias contidas no conjunto das primeiras agências reguladoras criadas no âmbito federal, sendo possível observar se houve, ou não, um desenvolvimento ou amadurecimento ao longo dessas décadas com relação às instituições de independência. Além disso, foram selecionadas agências cuja atividade é a regulação da prestação, por particulares, de infraestruturas de serviços públicos, sendo, portanto, mais compatíveis e facilmente comparáveis do que outras espécies de agências, como seria o caso da ANCINE (Agência Nacional de Cinema).

CAPÍTULO II - POR QUE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES?

Após identificarmos o que são as instituições de independência, um segundo passo é verificar: por que o Brasil adotou esse desenho institucional para a regulação de serviços públicos em nível federal? Ou seja, quais foram os atributos desse desenho institucional que foram desejados pelos legisladores à época? Quais eram os problemas que se pretendia solucionar com a adoção desse modelo?

Como destaca JUSTEN FILHO (2002, p. 52), o fenômeno das agências reguladoras não se desenvolveu de modo uniforme, inalterável e único nos diversos sistemas jurídicos, sendo que o estudo comparado dos modelos adotados para instituição de agências reguladoras no mundo demonstra que cada agência apresenta “*estrutura, função e regime jurídicos próprios*”.

Apesar da existência de diversos estudos que buscam descobrir a “essência” das agências reguladoras, com o objetivo de traçar perfis generalizados e aplicar um tratamento abrangente e uniforme do instituto, a conclusão do direito comparado é que cada agência apresenta características únicas, que levam a uma heterogeneidade do fenômeno das agências no mundo e que impossibilitam a criação de teorias gerais e abrangentes sobre suas estruturas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 53-54).

Assim, este Capítulo busca investigar o contexto macroeconômico e institucional específico que culminou na criação de agências reguladoras constituídas de instituições de independência no Brasil, bem como o processo legislativo que gerou a escolha por esse modelo institucional. O objetivo, com essa análise será identificar as premissas de formulação do quadro institucional objeto deste trabalho.

2.1 Contexto macroeconômico e institucional: desestatização das empresas públicas

Historicamente, até o início dos anos 1920, observava-se um nível muito baixo de industrialização no Brasil, sendo perceptível majoritariamente a produção e exportação de produtos do setor primário (madeira, borracha, ouro, açúcar, café) e a importação de produtos industrializados. No entanto, durante a 1ª Guerra Mundial, com a perda de acesso à importação, observou-se no Brasil uma evolução de uma economia baseada na agricultura,

para uma economia diversificada, com a abertura de diversas empreitadas industriais privadas no país (WORLD BANK, 1989, p. 23-24).

Porém, esse movimento inicial de desenvolvimento industrial não foi suficiente para atrair investimentos privados para setores fundamentais no período da 2ª Guerra Mundial, como a produção de aço, por exemplo. Diante disso, durante o período da ditadura de Getúlio Vargas (1930 a 1945), o governo concluiu pela incapacidade do setor privado em desenvolver projetos de amplitude nacional. Em decorrência desses fatores, foi criada, por exemplo, a Companhia Siderúrgica Nacional (CNS), que marcou apenas o início da crescente participação ativa do Estado brasileiro na economia, seguida da criação de empresas públicas para a realização direta das atividades econômicas, como nos setores de ferrovias, energia e portos. Em 1966, já haviam 207 empresas públicas federais e estaduais no Brasil (WORLD BANK, 1989, p. 25).

Principalmente a partir da década de 1970, ficou evidenciada a baixa performance das empresas públicas brasileiras, que representavam um déficit de 3% do PIB anual no país, o que, por sua vez, representava de um terço à metade do déficit público total no país. Essa baixa performance decorreu de diversos fatores, que, segundo o Relatório produzido pelo Banco Mundial em 1989 produzido a respeito do contexto das privatizações brasileiras (1989, p. 26), incluíam: (i) o controle excessivo dos preços pelo governo, que impossibilitava o aumento de receitas em face da inflação crescente; (ii) a ausência de investimentos canalizados ao aumento da produtividade e melhoria da qualidade dos serviços prestados; e (iii) o aumento dramático dos custos das matérias-primas e dos custos de importação.

A presença do Estado na atividade econômica e social teve como ápice o início da década de 1980, momento a partir do qual a curva de crescimento da atividade estatal passou a apresentar uma queda, ao passo em que a tendência expansionista privada passou a apresentar um crescimento (TÁCITO, 2000, p. 2).

A gradativa redução da participação do Estado na economia ocorreu no contexto de crise fiscal brasileiro, em um período de fraco desempenho econômico no país: entre os anos de 1981 e 1989, o PIB *per capita* subiu apenas 0,3% ao ano e a inflação aumentou de 95% para 1.783%. Essa circunstância macroeconômica se justificava por diversos fatores, incluindo a alta dos preços do petróleo, o aumento das taxas de juros internacionais e um vultoso déficit público (PINHEIRO e FÁBIO, 2000, p. 18).

Na busca de um equilíbrio econômico externo e interno, foram adotadas políticas de intervenções diretas nas empresas estatais, que receberam, naquela década, ordens para contraírem grandes empréstimos no mercado externo como forma de financiar o déficit

existente naquele período. Além disso, foram alvo de uma redução artificial dos preços dos bens e serviços produzidos, como forma de gerar um aumento na competitividade face às exportações. Agravando ainda mais esse cenário, houve uma queda no investimento interno nas empresas estatais, que diminuiu em quase um terço no período entre 1980 e 1989. Todas essas circunstâncias macroeconômicas prejudicaram a administração, qualidade de produção e desempenho das empresas estatais naquele período (PINHEIRO e FÁBIO, 2000, p. 18-19). Naquela época haviam, conforme senso da Secretaria Especial de Controle das Estatais (Sest), um total de 505 instituições públicas federais no Brasil, sendo que 268 foram classificadas como empresas públicas.

Foi constatado, então, que além do Estado não possuir recursos suficientes para a realização dos investimentos necessários nos setores em que atuava, incluindo o dos serviços públicos, era geralmente também um mau administrador (BARROSO, 2002, p. 293) e, nesse contexto, iniciou-se o chamado “primeiro flerte” brasileiro com a privatização.

Relevante destacar que no período da década de 1980 e 1990, inúmeros países no mundo passavam por uma onda de privatização, momento em que mais de 121 países venderam empresas públicas nas áreas de produção de aço, mineração, bancos, telecomunicações, eletricidade e água para investidores privados como solução internacionalmente aceita para incentivar o desenvolvimento e superar ineficiências do setor público (TREBILCOCK e PRADO, 2011, p. 192).

No Brasil, a primeira iniciativa foi realizada por meio da criação do “Programa Nacional de Desburocratização” com a edição do Decreto 83.740/1979, que instituiu o “Ministério Extraordinário”, cujos objetivos eram *“impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais”* (BRASIL, 1979). Na sequência, foi instituído o Conselho Nacional de Privatização pelo Decreto n. 91.991/1985, sucedido pelo Conselho Federal de Desestatização criado pelo Decreto n. 95.886/1998, ambos conselhos interministeriais com a função de conduzir os processos de desestatização.

No período de 1979 a 1985, esses Conselhos alcançaram a privatização de algumas empresas, além de outras transformações como fusões e incorporações ocorrerem em decorrência desse movimento, como destaca Caio Tácito (2000, p. 2):

Segundo dados oficiais, no período de 1979 a 1985, no plano federal, 20 empresas foram privatizadas, 3 transferidas a governos estaduais, outras 3 foram objeto de fusão, 14 incorporadas e 2 outras convertidas em órgãos da administração direta, no total de 42 transformações.

No entanto, do ponto de vista do Banco Mundial, esse flerte com a privatização foi um clássico exemplo de fracasso, em decorrência do baixo percentual de adesão no universo de empresas públicas existentes, o que, segundo o relatório do Banco, poderia ser atribuído à indisposição do Estado em diminuir os controles sobre os preços e salários e à ausência de apetite para o investimento em decorrência do período de recessão econômica vivido naquele momento (WORLD BANK, 1989).

No momento de transição entre o fim do período ditatorial brasileiro e o retorno da democracia no Brasil em 1985, permanecia o contexto de recessão e de déficit nas empresas públicas, que haviam acumulado perdas na ordem de 46 bilhões no ano anterior. A solução observada pelo governo continuava sendo a intensificação da liberalização da economia e da desestatização das empresas públicas.

Enquanto o Brasil passava pela sua Assembleia Constituinte (1987-1988), o movimento de desestatização permaneceu avançando lentamente com o Conselho Nacional de Privatização, substituído anteriormente à Constituição da República pelo Conselho Federal de Desestatização criado pelo Decreto n. 95.886/1988, cujos objetivos eram “*transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público*”, “*estimular os mecanismos competitivos de mercado mediante a desregulamentação da atividade econômica*”, “*promover a privatização de atividades econômicas exploradas, com exclusividade, por empresas estatais, ressalvados os monopólios constitucionais*” e “*proceder à execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão*”. Na leitura desses objetivos, estava evidenciada a vontade legislativa de mudança do posicionamento estatal no que tange à Ordem Econômica.

Nessa linha, a Constituição da República de 1988 estabeleceu, dentre os pilares da Constituição Econômica, a subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico (JUSTEN FILHO, 2002, p. 307). Passou a incumbir ao Estado essencialmente a disciplina do exercício econômico pelos entes privados, passando a ser excepcional a sua atuação direta na execução as atividades econômicas propriamente ditas, com a instituição dos princípios fundamentais da livre iniciativa e livre concorrência.

Nesse sentido é que o artigo 170, parágrafo único, estabeleceu que “*É assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*” e o artigo 173 que “*a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*” (BRASIL, 1988). O artigo 174 previu também que o Estado teria um papel de agente “*normativo e*

regulador da atividade econômica”, por meio do exercício das funções de “*fiscalização, incentivo e planejamento*”.

De modo diverso, especificamente quanto aos serviços públicos, o art. 175 estabeleceu que incumbe ao Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) a prestação dos serviços públicos, de forma direta ou sob o regime de concessão ou permissão, sendo que caberia à lei as disposições sobre o regime contratual com essas empresas concessionárias, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manutenção de um serviço adequado:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Apesar de mantidos como monopólios da União a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural, a refinação do petróleo e a importação e exportação desses itens e de minerais e minérios nucleares (art. 177), após a promulgação da Constituição, observou-se também a inclusão de emendas constitucionais relevantes para o movimento de desestatização, notadamente a Emenda n. 5/1995, que incluiu a possibilidade de concessão dos serviços locais de gás canalizado às empresas privadas e a Emenda 9/1995, que possibilitou a extinção do monopólio da exploração do petróleo (TÁCITO, 2000, p. 2).

Além disso, a Constituição permitiu a exploração pelos particulares, por concessão ou permissão, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, serviços de transporte ferroviário e aquaviário, serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, portos marítimos, fluviais e lacustres, tendo a Emenda 8/1998 ampliou as concessões de serviços de telecomunicações aos entes privados, mediante a criação de um órgão regulador.

Paralelamente a esse movimento constitucional, foi criado o Programa Nacional de Desestatização por meio da Medida Provisória 155/1990, posteriormente convertida na Lei n. 8.031/1990, que vigorou até o ano de 1997 quando foi substituída pela Lei n. 9.491/1997.

Apenas no período de 1990 a 1994, foram incluídas mais 65 estatais no Programa Nacional de Desestatização - PND (TÁCITO, 2000, p. 2).

Por meio do PND, o Estado brasileiro, após as tentativas observadas na década anterior, efetivamente alterou sua forma de atuação na seara econômica de agente produtor de bens e serviços, com a paulatina abertura de setores da economia à livre iniciativa e com a concessão de diversos serviços públicos aos entes privados (MATTOS, 2006, p. 138). Com esse movimento e com a nova Constituição Econômica, o antigo Estado regulador brasileiro, fundamentado na tecnocracia-burocrata dependente, nas técnicas administrativas de planificação da economia e de controle de preços, cuja via de condução do desenvolvimento econômico estava ligada à participação direta do Estado no setor produtivo de bens e serviços (MATTOS, 2006, p. 109-110), precisou se adaptar às novas condições de mercado e de prestação dos serviços públicos.

Esse novo contexto impôs a necessidade de adoção de novas formas de relacionamento entre o Estado e os setores econômicos (CUÉLLAR, 2008, p. 32-33). Surgiu, por exemplo, a necessidade da regulação das falhas de mercado por meio da defesa da concorrência e defesa do consumidor (MATTOS, 2006, p. 139) como formas de controle, por parte do Estado, da adequação dos serviços prestados à população com os parâmetros considerados como satisfatórios.

Em 1995 também foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (TÁCITO, 2000, p. 3) pela Câmara da Reforma do Estado, constituída do Ministro-Chefe da Casa Civil (Clóvis Carvalho) e dos Ministros da Administração Federal e Reforma do Estado, Trabalho, Fazenda, Planejamento e Orçamento e Ministro-Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas. Esse Plano refletiu a preocupação do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso sobre o desvio do Estado da execução de suas funções básicas para a participação direta no setor produtivo, o que teria levado à deterioração do serviço público e o agravamento da crise fiscal e da inflação. Esse plano tinha como objetivo privatizar atividades antes executadas pelo setor privado e reestruturar a administração pública em “bases modernas e racionais” de uma Administração Pública Gerencial (BRASIL, 1995, p. 9), com o fortalecimento das funções de regulação do Estado em todos os níveis federativos (BRASIL, 1995, p. 18):

Nesta nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente a nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura.

Nesse Plano, previa-se apenas a criação de “agências autônomas” para a execução das atividades exclusivas do Estado como, por exemplo, a previdência social, o serviço de desemprego e a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias. O objetivo com relação a essas atividades era transformar as autarquias e fundações com poder de Estado em agências autônomas. Segundo o Plano, os dirigentes dessas agências seriam escolhidos pelo Ministro “*segundo critérios rigorosamente profissionais*”, que não necessariamente seriam servidores públicos. Esses profissionais teriam “*ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição, desde que atinja os objetivos qualitativos e quantitativos (indicadores de desempenho) previamente acordados*” (BRASIL, 1995, p. 57).

No contexto desse Plano, em 1997, por meio das Medidas Provisórias n. 1.549-38/1997, 1.642/1998 e 1.651/1998 (reedições), posteriormente convertidas na Lei n. 9.649/1998 ainda em vigor, foi criada a qualificação de “agência executiva”, que seriam as autarquias ou fundações com um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento e que tivessem celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério.

Essas normas foram regulamentadas pelo Decreto n. 2.478/1998, também ainda em vigor, que especifica um pouco mais as formas de autonomia a serem buscadas por essas agências, incluindo como elementos do contrato de gestão a adoção de medidas legais e administrativas para assegurar a autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e administrativa (BRASIL, 1998):

Art. 4º O contrato de gestão conterà, sem prejuízo de outras especificações, os seguintes elementos:

[...]

IV - medidas legais e administrativas a serem adotadas pelos signatários e partes intervenientes com a finalidade de assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e administrativa e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros imprescindíveis ao cumprimento dos objetivos e metas;

Importante observar que a referida Lei já estabeleceu que o Poder Executivo deveria editar medidas de organização administrativa que, dentre outros aspectos, assegurassem para as agências “*a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas*” (artigo 51, §1º), o que já sinalizava a intenção do legislador brasileiro em incluir mecanismos, na administração pública, que garantissem uma certa autonomia às atividades delegadas pelo Executivo.

Esse modelo de “Administração Gerencial”, segundo Sérgio Guerra (2015, p. 79-81), pretendia seguir um modelo muito próximo àquele estabelecido pelo sistema norte-americano de agências, englobando a definição dos objetivos a serem alcançados pelo administrador, a garantia de autonomia dos agentes e na gestão de recursos humanos, materiais e financeiros e o controle dos resultados. Para tanto, o objetivo era a indicação de dirigentes por métodos rigorosamente profissionais e esvaziar a forte centralização de poder existente na Administração Indireta.

Ocorre que somente uma Agência foi criada nesses moldes: o INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial. Como se verá a seguir, o caminho das agências executivas não foi aquele adotado para delegação da competência regulatória no que tange às atuais agências reguladoras de serviços públicos (GUERRA, 2015, p. 81).

2.2 A ideia das agências reguladoras de serviços públicos independentes no Brasil

Para lidar com o novo contexto de prestação dos serviços públicos no Brasil, com a abertura de diversos mercados – anteriormente de monopólio do Estado - ao setor privado, observou-se a necessidade de alteração dos mecanismos institucionais adotados pelo antigo Estado Regulador para a intervenção na economia. Nesse momento, em que o papel do Estado face aos serviços públicos, tornou-se por meio de medidas que incluíram a instituição das assim denominadas agências reguladoras independentes.

Aqui – vale dizer - já se demonstra uma grande distinção do histórico brasileiro e dos históricos americano e da Grã-Bretão: as agências não surgiram para regular setores anteriormente não regulados, e sim setores da economia que anteriormente tinham os serviços executados pelas empresas estatais, posteriormente privatizadas, abrindo espaço para a atuação do setor privado e gerando a necessidade de regulação dessas atividades.

Dito isso, é relevante ressaltar que, a partir da década de 1980, observou-se no mundo um fenômeno de multiplicação das intituladas “agências reguladoras independentes” que, apesar de originárias nos EUA, e desenvolvidas no seu ordenamento jurídico próprio, foram também adotadas em diversos outros países, adaptando-se às suas peculiaridades (CUÉLLAR, 2008, p. 19).

Como destacam TREBILCOCK E PRADO (2011, p. 66), não só no Brasil, mas também em diversos outros países Latino Americanos as agências reguladoras independentes aos moldes americanos teriam sido adotadas para isolar as decisões regulatórias da política eleitoral, por meio de diversas garantias institucionais de independência, de modo a prover credibilidade ao comprometimento do governo com as regras e normas existentes, e de modo a supostamente proteger investidores de arbitrárias ou injustificadas modificações no quadro regulatório.

Alexandre Santos Aragão (2009, p. 266-267) destaca que um dos fatores que levaram à adoção do instituto da agência reguladora foi a pressão internacional. No momento da desestatização no país, observou-se intensa pressão de organismos internacionais, como o Banco Mundial, de investidores estrangeiros interessados na execução de serviços públicos e também de instituições multilaterais que financiavam o processo de desestatização.

Sérgio Guerra também indica que o foco, naquele momento, seria “*criar um ambiente que privilegiasse certeza e estabilidade, de modo a atrair investimentos, sobretudo estrangeiros, e gerar salvaguardas institucionais que significassem um compromisso com a manutenção de regras e contratos a longo prazo*”, sendo que a criação de entidades descentralizadas teria o condão de demonstrar a esses investidores que a regulação dos sistemas desestatizados deixaria de ser “*assunto de governo para ser assunto de Estado*”, ou seja, deixaria de depender de eventuais arbítrios do Poder Executivo (2012, p. 106).

No mesmo sentido, BINENBOJM aponta que a desestruturação dos anéis burocráticos existentes nos Ministérios e a proteção da segurança jurídica dos investidores integravam os propósitos da criação de agências dotadas de independência (Agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil, 2005, p. 233):

Se, de uma parte, a criação das agências reguladoras dotadas de acentuado grau de autonomia servia ao bom propósito de desestruturar os chamados “anéis burocráticos” existentes nos Ministérios, de outra parte, o mandato fixo de seus dirigentes e seu compromisso técnico sinalizavam ao mercado o compromisso do próprio país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados ao cabo dos processos de privatização e desestatização.

Naquele momento, a crise fiscal, aliada a níveis insignificantes de crescimento econômico, foram fenômenos observado na América Latina como um todo, motivo pelo qual esses países foram aconselhados a vender suas empresas estatais, reduzindo gastos, aumentando a eficiência na prestação dos serviços de infraestrutura e atraindo investimento privado (PRADO, 2008, p. 437-438):

After a decade of negligible levels of economic growth and enormous fiscal deficits, Latin American countries were advised to sell their state-owned companies,

especially those in infrastructure sectors. Selling these companies would reduce spending of fiscal resources, increase efficiency in the delivery of infrastructure services, and attract much-needed private investments to these sectors and to the country as a whole⁹.

Para tanto, a presunção era de que a criação de agências reguladoras que detivessem autonomia com relação aos políticos eleitos reduziria riscos de expropriação, manipulação e decisões populistas de curto prazo, o que poderia potencialmente incentivar o investimento privado. Em razão dessa compreensão, na América Latina as agências reguladoras independentes teriam se tornado tema central na agenda de desestatização (PRADO, 2008, p. 437-438):

The assumption was that IRAs enjoy “autonomy” from elected politicians, thereby reducing the risks of expropriation, political manipulation, or short-term considerations related to the electoral cycle that could adversely affect private investment incentives in relevant sectors. As a result, the creation of IRAs became one of the central institutional issues in the context of privatization reforms¹⁰.

Para Sérgio Guerra, a criação das agências reguladoras, com a segregação das competências entre Administração Pública direta e indireta para uma “*regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas*”, teria sido fundamental para a segurança jurídica e para afastar a regulação da governança estatal sobre temas técnicos, tornando-as menos suscetíveis aos embates e interesses partidários típicos das rotinas do Congresso Nacional (GUERRA, 2015):

Naquela fase, a segregação de competências entre a administração pública direta e a indireta para a regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas (telefonia, energia elétrica etc.), apresentou-se como sendo fundamental para: (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado e atração de capital privado (notadamente estrangeiro); e (ii) descentralizar a governança estatal sob temas complexos e preponderantemente técnicos, emprestando-lhes certa previsibilidade e tornando-as menos suscetíveis aos embates e interesses partidários típicos das rotinas do Congresso Nacional.

Para um aprofundamento desse contexto, sobre quais foram os objetivos e parâmetros considerados pelos legisladores, à época, para a concretização do desenho institucional abordado neste estudo, será realizada uma análise específica sobre o processo legislativo que culminou no surgimento das agências reguladoras independentes,

⁹ Em tradução livre: “Após uma década de níveis insignificantes de crescimento econômico enormes dívidas fiscais, os países latino-americanos foram aconselhados a vender suas empresas públicas, especialmente aquelas nos setores de infraestrutura. Vender aquelas companhias reduziria os gastos de recursos fiscais, aumentaria a eficiência na entrega dos serviços de infraestrutura e atrairia o tão necessário investimento privado a esses setores e ao país como um todo”.

¹⁰ Em tradução livre: “A presunção era de que as agências reguladoras independentes gozavam de autonomia com relação aos políticos eleitos, reduzindo, portanto, o risco de expropriação, manipulação política ou considerações de curto prazo relacionadas ao ciclo eleitoral e que poderiam afetar negativamente os incentivos aos investimentos privados em setores relevantes. Como resultado, a criação das agências reguladoras independentes tornou-se uma das questões institucionais centrais no contexto das reformas de privatização”.

especialmente a ANEEL e ANATEL, e, com elas, as instituições de independência estabelecidas e desenvolvidas ao longo do tempo.

2.3 Inclusão da expressão “órgãos reguladores” na Constituição da República de 1988

Remontando à atividade legislativa do período, a Constituição da República de 1988 não estabeleceu originalmente qualquer previsão que apontasse diretamente para a criação de agências reguladoras de serviços públicos independentes. Na publicação original da Constituição, o artigo 174 previu que o Estado (como União Federativa) seria o agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Especificamente quanto aos serviços públicos, o artigo 175 previu que o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, assim como os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado, seriam estabelecidos por lei específica (BRASIL, 1988). Não havia, em um primeiro momento, qualquer previsão constitucional que indicasse a existência de instituto similar ao da agência reguladora posteriormente idealizada.

A própria Lei de Concessões promulgada em fevereiro de 1995 não trouxe nenhuma disposição específica sobre a instituição de agências reguladoras ou sobre o seu papel no regime de concessão e prestação dos serviços públicos. Definiu tão somente que ao poder concedente, sendo ele a União, Estado, Distrito Federal ou Município (a depender da responsabilidade pela prestação do serviço público) caberia regulamentar o serviço concedido, fiscalizar permanentemente a sua prestação e cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço (artigo 29). Previu também que a fiscalização do serviço seria realizada por órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada (artigo 30) (BRASIL, 1995).

Posteriormente à Lei de Concessões, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, de novembro de 1995, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, teve como um dos seus principais núcleos estratégicos a abertura da prestação de serviços públicos ao setor privado¹¹, tendo defendido a necessidade de redução

¹¹ Segundo o Plano Diretor: “No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Para realizar essa função redistribuidora ou realocadora o Estado coleta impostos e os destina aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça ou igualdade, e aos objetivos econômicos de estabilização e

do papel do Estado de executor ou prestador de serviços (BRASIL, 1995, p. 13). Nessa perspectiva, o Plano defendeu a necessidade do Estado manter-se “*papel de regulador e provedor ou promotor*” dos serviços públicos, fortalecendo-se nas “*funções de regulação e de coordenação do Estado*” (BRASIL, 1995, p. 13). No entanto, concretamente, o Plano trouxe apenas diretrizes genéricas sobre essa forma de regulação, afirmando a necessidade da instituição de uma “*administração pública gerencial, flexível e eficiente*” e a necessidade de “*reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados*” (p. 47).

Ou seja, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995 elaborado pelo Governo Federal não havia nenhuma disposição ou previsão da implantação de agências de regulação das atividades que seriam desestatizadas. Como bem apontado por Sérgio Guerra, as agências reguladoras atualmente conhecidas surgiram de forma paralela ao que constou no Plano Diretor, “*que não apontava esse caminho*” (2012, p. 106).

Esse mesmo cenário foi também retratado pelo Relatório sobre a Reforma Regulatória elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que indicou que, naquele momento, o principal foco político era a desestatização dos setores com o objetivo de atrair investimentos, sendo que “*o desenho regulatório das agências recebeu menor atenção*” (2008, p. 14).

O Conselho de Reforma do Estado trouxe de forma mais clara os fundamentos da construção dos novos entes reguladores dos serviços públicos (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 8). A recomendação de 31 de maio de 1996 (MARE, 1997, p. 27-28) identificou que, no formato institucional perseguido pelo governo naquele momento, esses novos entes deveriam possuir: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas; e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução. Estavam, ainda, dentre os objetivos almejados, a garantia dos direitos dos usuários de serviços públicos e a prevenção de abusos do poder econômico (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 8):

Segundo as recomendações do CRE, os entes reguladores deveriam promover a competitividade dos seus respectivos mercados, além de garantir o direito de consumidores e usuários de serviços públicos, estimular o investimento privado,

desenvolvimento. Para realizar esses dois últimos objetivos, que se tornaram centrais neste século, o Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências que daí resultaram deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado. Daí a generalização dos processos de privatização de empresas estatais”.

buscar qualidade e segurança dos serviços a menores custos possíveis aos usuários, assegurar a remuneração adequada dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço, dirimir conflitos entre consumidores e empresas prestadoras de serviço e prevenir abusos de poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos.

Ainda segundo a recomendação de 31 de maio de 1996, para que esses objetivos fossem alcançados, os projetos de lei de criação das agências reguladoras deveriam dispor sobre a autonomia gerencial, financeira e operacional das autarquias e sobre a independência decisória do ente regulador. Essa independência seria garantida por meio de cinco medidas essenciais: a nomeação dos dirigentes pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, com mandato fixo não superior a quatro anos; a realização de um processo decisório colegiado; a dedicação exclusiva dos ocupantes dos cargos de presidência e colegiado; o recrutamento de dirigentes por critérios exclusivos de mérito e competência profissional, “*vedada a representação corporativa*”; perda do mandato por decisão exclusiva do Senado Federal com aprovação do Presidente da República; e perda automática de mandato por ausência em número determinado de reuniões ordinárias consecutivas (MARE, 1997, p. 28).

No entanto, como destacam NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO (2007, p. 9) a formalização desses princípios e diretrizes pelo MARE em maio de 1996 ocorreu somente depois das providências que já haviam sido adotadas para a desestatização e abertura dos serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações e petróleo ao mercado privado, em preparação para a instituição das três primeiras agências reguladoras de serviços públicos, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP. Isso porque, em 1995 já havia sido promulgada a Lei de Concessões (Lei n. 8.978/1995), que regulava a execução de serviços públicos pelas entidades privadas, e também já haviam sido aprovadas as Emendas Constitucionais n.08/1995 e 09/1995, que flexibilizaram o monopólio estatal do petróleo e das telecomunicações e previam a criação de um órgão regulador desse monopólio¹² (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 9-10).

Como apontam NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO (2007, p. 10), o processo de liberalização e privatização dos setores de energia elétrica, petróleo e telecomunicações ocorreu anteriormente à concepção do modelo de regulação, e as declarações dos agentes

¹² Com a Emenda Constitucional n. 09/1995, foi incluído o inciso III ao §2º do artigo 177, que estabeleceu que a lei disporá sobre “a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União” relacionado ao petróleo. Da mesma forma, a Emenda Constitucional n. 08/1995 incluiu na redação do inciso XI do artigo 21da Constituição da República de 1988 a “criação de um órgão regulador” na lei a ser criada para dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicação.

envolvidos no contexto de criação a ANP, ANATEL e ANEEL indicaram que o processo de constituição do arcabouço legal das agências reguladoras independentes não teria sido precedido de uma ideia clara sobre a motivação ou o formato jurídico a ser adotado naquele momento. Como indício dessa afirmação, o estudo do Observatório Universitário apresentou entrevistas dos consultores, Secretários e Diretores ligados ao MARE e a outros ministérios, que indicam a incerteza sobre os desígnios e sobre o desenho institucional a ser adotado.

Como exemplo, cita-se a declaração da Ex-Secretária da MARE que afirmou sobre o modelo a ser implantado: *“Se eu não me engano, eu posso está muito enganada. Eu não me lembro se é no modelo americano, em algum modelo ele é subordinado ao legislativo. Vocês, certamente devem saber mais que eu, as agências são subordinadas ao legislativo. No caso brasileiro essa discussão sequer aconteceu”* (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 11). O trabalho cita, ainda a declaração d Ex-Secretário de Minas e Metalurgia no MME de que *“a Emenda 09 saiu em 1995 e, naquela época, o governo não tinha idéia ainda de qual seria a política correta para abertura do monopólio (de exploração do petróleo). Não havia nada formatado. Então havia uma comissão, da qual eu não participei, com personalidades de grandes grupos empresariais do Brasil, que secretamente se reuniram e fizeram uma série de simulações de como é que poderia ser essa autarquia. Começaram a estudar o que havia pelo mundo afora em termos de agência autônoma para regular petróleo, mas não houve um projeto a partir disso”* (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 11).

Outra declaração da Ex-Secretária Executiva da MARE também indicou que, no momento do lançamento das Propostas de Emenda Constitucionais – PEC, ainda não havia uma visão completa e definida de como seriam os modelos das agências reguladoras que seriam futuramente criadas, o que também foi afirmado por Consultor do Ministério à época (NUNES, RIBEIRO e PEIXOTO, 2007, p. 11):

Consultor:

(...) eles (Ministério) tinham uma idéia do que queriam como agência reguladora. Não eram idéias fechadas nem muito claras, mas a orientação geral existia (...). Alguém tinha dito para ele (Sérgio Motta) que para um órgão ser independente talvez a solução fosse uma empresa estatal, ou talvez não fosse nada disso, talvez fosse a tal da golden share. Mas, o que isso significava, na prática? Quando nós conversamos, nós entendemos o que era: era a rejeição dos modelos de administração pública. Então eles sabiam o que não queriam (...) Não havia nenhum tipo de clareza sobre o que era preciso fazer para uma agência ser independente. Os problemas de relacionamento entre o executivo e a agência, a divisão de competências entre ministro e agência, os problemas orçamentários, o reflexo que a gestão orçamentária teria na independência, os problemas de nomeação de pessoal, os tipos de procedimentos que a agência teria que fazer para contratar, enfim para sua gestão administrativa geral e a necessidade de autorizações do Executivo que ia precisar, enfim, grande parte desses assuntos eles sequer haviam imaginado.

[...]

Ex-Seretária Executiva do MARE

A minha impressão é que não estava claro (o modelo das agências) ... Mas a sensação que eu tenho é que quando mandaram as PECs, inicialmente não se tinha uma visão completa do modelo, porque não tinha dado tempo de refinar a discussão. Daí que eles mandaram técnicos para os outros países para ver um modelo de regulação de cada país, os modelo (sic) institucionais. Com base nisso é que começou a amadurecer a idéia da agência reguladora (...)

Nessa linha, observa-se que a Proposta de Emenda Constitucional- PEC n. 03/1995, que originou a Emenda Constitucional n. 08/1995 apresentada pelo Poder Executivo, não estabelecia inicialmente a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações. A redação original da PEC propunha apenas a supressão, no texto constitucional originário, da previsão de que caberia à União explorar “*diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal*” os serviços de telecomunicações (BRASIL, 1995), possibilitando, portanto, a exploração desses serviços mediante concessão. Somente no Parecer de 27 de abril de 1995, elaborado pela Comissão Especial do Congresso Nacional instituída para deliberar sobre essa Emenda pela relatoria do então Deputado Geddel Vieira Lima, é que foi sugerida a inclusão da menção a um órgão regulador das telecomunicações no texto constitucional.

Nesse Parecer, o Relator sugere a necessidade de “*um órgão fiscalizador forte, com membros eleitos pelo Congresso Nacional, mandato de seus membros por tempo definido e não coincidentes entre si, de modo a não serem indicados e eleitos concomitantemente*”. O objetivo seria instituir um órgão com elevado grau de independência que pudesse “*controlar, fiscalizar e punir os concessionários que não atenderem ao interesse público e se desviarem dos preceitos da lei*” e ter a possibilidade de fiscalizar os atos do próprio governo. Ainda segundo o Parecer, o órgão regulador deveria ser “*independente para adotar as decisões mais adequadas e satisfazer o interesse público e ser imune aos interesses circunstanciais e da política partidária*”. Essa medida, dentre outras propostas pelo Parecer da Comissão, faria frente ao receio de que a aprovação da Emenda Constitucional 03/1995 pudesse se constituir como “*‘cheque em branco’ ao Poder Executivo para fazer o que pretendesse com as telecomunicações nacionais*” (BRASIL, 1995, p. 10739).

A partir desse Parecer, a Comissão Especial apresentou o substitutivo n. 1 à PEC 03/1995, sugerindo a inclusão de um artigo no Ato das Disposições Transitórias determinando a criação de lei que regulamentasse as telecomunicações nacionais e criasse um órgão regulador para as telecomunicações nacionais (BRASIL, 1995, p. 10742):

Art. 3º Acrescente-se um artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com a seguinte redação:

“Art. Lei a ser aprovada pelo Congresso nacional no prazo de um ano da promulgação dessa Emenda e que não poderá ser originária de Medida Provisória, estabelecerá a regulamentação para as telecomunicações nacionais, incluindo o modelo de exploração dos serviços, o regime de outorgas, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, exceto radiofusão sonora e de sons e imagens”.

Ainda no processo de aprovação da PEC 03/1995, o então Ministro das Comunicações Sérgio Motta apresentou à Comissão o Parecer “*As Telecomunicações e o Futuro do Brasil: Flexibilização do modelo atual*” que apontou que um dos problemas do cenário das telecomunicações era de que as empresas estatais estavam, até aquele momento, na “*interferência da política partidária na sua gestão*”, o que teria provocado “*acentuada desprofissionalização no seu quadro de dirigentes, com implicações inevitáveis nos seus custos operacionais e de investimentos, bem como no estabelecimento de prioridades, dificultando a formação de equipes capacitadas a liderar programas de grande envergadura e de rápida implementação*”. Nesse contexto, o Parecer defendeu o que chamou de “re-regulação”, que incluiria a instituição de um órgão regulador que deveria ter “*alto grau de autonomia*”, mantendo-se, no entanto, como responsabilidade do Ministério das Comunicações a política global de telecomunicações e as decisões sobre as principais licenças/concessões e sobre a política setorial. Nesse Parecer, o Ministério das Comunicações nega que a aprovação da Emenda Constitucional seria um “cheque em branco” para que o Poder Executivo tivesse liberdade para estatizar ou privatizar os serviços de telecomunicações, sob o argumento de que o Ministério permaneceria vinculado às disposições legais (BRASIL, 1995, p. 10.742-10.762).

Após esse Parecer, e em consideração às emendas posteriormente apresentadas, a Comissão Especial apresentou o 2º texto substitutivo da PEC 03/1995, que incluiu no inciso XI do artigo 21 a definição de que lei específica criaria um órgão regulador para regulação da exploração de serviços de telecomunicações.

Da mesma forma, a PEC n. 06/1995, que buscava a abertura ao mercado privado das atividades de monopólio da União referentes ao petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos, também não propunha inicialmente a inclusão no texto constitucional da criação de um órgão regulador. A proposta inicial, também apresentada pela Presidência da República, propunha tão somente a inclusão do parágrafo 1º ao artigo 177 da Constituição, que possibilitaria à União a contratação com empresas privadas para a realização das atividades de monopólio, nos termos que futura legislação estabelecesse (BRASIL, 1995, p. 3.246):

Art. 1º É conferida a seguinte redação ao §1º do art. 177 da Constituição Federal:

“Art. 177.....

§1º A União poderá contratar com empresas privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições que a lei estabelecer.”

O então Deputado Antônio Kandir apresentou a Emenda n. 2/95 requerendo a inclusão, no §1º, da disposição de que a legislação específica deveria dispor sobre “*a regulação, o disciplinamento e a fiscalização dessas atividades*”, de modo a possibilitar a compatibilização da atividade do mercado com “*os superiores objetivos de sustentação do desenvolvimento nacional com distribuição de renda e redução das desigualdades sociais*”. (BRASIL, p. 68).

Em Parecer da Comissão Especial designada na Câmara dos Deputados, de relatoria do então Deputado Lima Netto, foi ponderado que, com a redução da participação do Estado como operador, haveria um crescimento da sua participação como formulador de políticas e regulador, o que era exercido de forma precária na época pelo Departamento Nacional de Combustíveis do Ministério de Minas e Energia. Essa precarização, segundo o Parecer, deveria “*ser corrigida, adequando-se as funções do governo e do DNC (ou da agência a ser criada para desempenhar o papel de regulação)*”. Nesse Parecer também foi endereçado o receio da Câmara de dar “*um cheque em branco para o governo fazer o que quiser, inclusive o poder de regulamentar o setor por Medida Provisória*”. Quanto a esse argumento, o Parecer afirmou que a regulamentação por meio de legislação ainda teria de ser aprovada pelo Congresso Nacional (BRASIL, p. 212-216).

A partir desse Parecer, foi apresentado o substitutivo posteriormente aprovado como a Emenda Constitucional n. 9/1995, incluindo a previsão de que lei posterior definiria a “*estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União*” e que seria vedada a edição de Medidas Provisórias, pelo Poder Executivo, para regulamentação da matéria.

Nota-se, porém, que em ambos os casos os textos constitucionais alterados pelas Emendas n. 08/1995 e 09/1995 estabeleceram tão somente a necessidade de implantação, por Lei, de órgãos reguladores da prestação de serviços públicos pelos particulares. Assim, a Constituição da República apenas permitiu e impulsionou a criação das agências, mas seu desenho institucional foi dado pelas leis regulamentadoras posteriormente colocadas, como destaca JUSTEN FILHO (2002, p. 416):

O desenvolvimento do *modelo de agências* sempre se caracterizará como uma opção infraconstitucional, a ser perseguida no âmbito interno das diversas estruturas delineadas constitucionalmente.

Isso significa, antes de tudo, a ausência de obrigatoriedade da instituição das agências. Se a Constituição tivesse previsto sua existência, as agências teriam sido instituídas independentemente de qualquer escolha dos governantes. Diante da

ausência de previsão constitucional, a criação das agências se delinea como uma questão de conveniência, não como de necessidade.

Com efeito, não há como inferir do texto constitucional, que prevê a criação de “órgãos reguladores”, qualquer intensão ou pretensão de que essa regulação se perfizesse por meio de órgãos reguladores autônomos ou independentes (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 335). Essas características somente vieram a ser incorporadas ao desenho institucional das agências após a promulgação das leis que as regulamentaram.

A Lei n. 9.472/97 (criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL) e a Lei 9.478/97 (criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP) é que passaram a denominar os órgãos reguladores previstos na Constituição como “agências reguladoras”, conferindo-lhes a natureza de autarquias especiais e contemplando nessa especialidade atributos típicos de entidades tidas como independentes (CUÉLLAR, 2008, p. 28). O mesmo pode ser dito com relação à Lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que, apesar de não ter sido expressamente mencionada na Constituição pelas emendas constitucionais aprovadas em 1995, também foi estabelecida como uma agência reguladora constituída como autarquia especial.

2.4 A ideia das agências reguladoras de serviços públicos independentes no Brasil: o processo legislativo de criação da ANEEL e da ANATEL

No contexto narrado acima, em que se demonstra que as agências reguladoras não foram idealizadas no momento da inclusão, na Constituição da República, das premissas de desestatização dos setores, é fulcral a investigação específica das motivações que levaram ao desenho institucional das agências reguladoras de serviços públicos federais na década de 1990, o que será analisado a seguir com fundamento na criação da ANEEL e ANATEL, conforme corte metodológico explanado no Capítulo I. A seguir serão analisados separadamente os processos legislativos que culminaram na instituição de agências reguladoras independentes para os setores de energia e de telecomunicações.

i) Processo legislativo de criação da ANATEL

No mesmo mês da promulgação da Emenda Constitucional n. 8, ocorrida em agosto de 1995, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 821/1995 com o objetivo de regulamentar a nova redação constitucional, notadamente quanto à organização

dos serviços de telecomunicações, e de estabelecer a criação e o funcionamento de um órgão regulador. Na exposição de motivos do Projeto, apresentada pelo Deputado Renato Johnson em sessão do dia 17/08/1995, foi proposta inicialmente a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL¹³, que seria “*vinculado, sem subordinação, ao Ministério das Comunicações*”, o que asseguraria “*ao órgão maior independência deliberativa em relação ao Poder Executivo*”. Ou seja, a intenção seria dar independência deliberativa ao órgão regulador, com relação às influências do Poder Executivo. Contudo, de forma contraditória a essa afirmação, a mesma exposição de motivos indicou que o Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações seria o próprio Ministro das Comunicações, membro do Poder Executivo.

Segundo o texto original do Projeto de Lei, além do Ministro das Telecomunicações, o CONTEL seria integrado “*por membros indicados pela Presidência da República, pelo Congresso Nacional, pelo Ministério das Comunicações, pelas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações e pelas empresas industriais e prestadoras de serviços às concessionárias, todos de conduta ilibada e de notórios conhecimentos de telecomunicações*”, ou seja, a nomeação de membros do Conselho seria realizada não só pela Presidência e pelo Senado, mas também por representantes do mercado, notadamente as concessionárias e suas prestadoras de serviços. A remuneração de cada um dos membros do Conselho seria paga pelo respectivo órgão que o indicasse e o mandato sugerido na proposta inicial seria fixo, de 6 anos, com o objetivo de evitar coincidência com mandatos políticos. Quanto à competência, a exposição de motivos indicou que seria definida “*em termos abrangentes até mesmo para evitar omissões no detalhamento de atribuições*”, possuindo “*a mais ampla competência para normalizar esses serviços nos limites da lei*”.

Paralelamente, o Projeto de Lei n. 1117/1995, apresentado no dia 19/10/1995 pelo então Deputado Marcelo Barbieri, sugeria a criação, como órgão regulador, do Conselho Federal de Telecomunicações – COFETEL, que seria vinculado ao Congresso Nacional e contaria com “*estrutura independente e autônoma, quadro próprio de pessoal*” e não possuiria “*qualquer subordinação hierárquica ou administrativa*” (1995, p. 4). Esse órgão seria composto de 11 membros a serem eleitos pelo Congresso Nacional, para um mandato de cinco anos, sem direito à reeleição, que poderiam ser cassados por iniciativa do Presidente da República ou por iniciativa de 1/3 dos membros do Congresso Nacional. A decisão pela cassação dependeria de aprovação por 3/5 dos membros do Senado Federal. O Conselho teria

¹³ Que não se confunde com o Conselho nacional de Telecomunicações – CONTEL criado pelo Decreto n. 50.666/1961

membros nomeados pelo Presidente da República, Congresso Nacional, entidades de classe do setor das telecomunicações. A ideia nesse Projeto, segundo a sua exposição de motivos, seria a criação de um órgão autônomo, vinculado não hierarquicamente ao Poder Legislativo, tal como o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 1995, p. 12), não tendo sido apresentada justificativa para a adoção desse modelo.

Já o Projeto de Lei n. 1168/1995, apresentado pelo então Deputado Federal Miro Teixeira, propôs a criação da Comissão Nacional de Telecomunicações – CONAT, também como *“um órgão regulador autônomo, auxiliar do Congresso Nacional”*, cujo Presidente seria indicado pelo Presidente do Senado Federal. Os demais membros seriam indicados por “pequenos e grandes” usuários dos serviços, membros da indústria de fabricantes de equipamentos, pelo Estado Maior das Forças Armadas – EMFA, Ministério das Comunicações e Ministério Público Federal – MPF, com mandatos de sete anos. O Projeto ainda previa que *“para assegurar plena independência nas decisões que lhe forem confiadas, durante o exercício do mandato, aos membros do CONAT são assegurados, no que couber, as mesmas obrigações, garantias, prerrogativas e impedimentos devidos aos ministros do Tribunal de Contas da União”* (BRASIL, 1995). Na exposição de motivos dessa proposta, afirma-se que a criação de um órgão regulador independente do Poder Executivo, com autonomia econômica e profissional, foi inspirada nos modelos adotados nos Estados Unidos, Inglaterra, França, Alemanha e Japão, e teria como objetivo assegurar a execução da Política Nacional de Telecomunicações proposta pelo próprio Executivo. Segundo o Projeto, estar-se-ia apresentando uma *“colagem de ideias bem sucedidas e já chanceladas pelo Presidente da República e pelo titular da pasta de Comunicações”*, e que, finalmente, estaria sendo trazida para o Brasil a experiência da *Federal Communication Commission* – FCC Norte-Americana e da OFTEL Britânica, para garantir uma *“política rígida, com um órgão regulador severo e independente, com autonomia econômica e profissional”* (BRASIL, 1995):

4. As políticas públicas adotadas pelo projeto de lei nada têm de inovadoras. Elas seguem o que se pratica com inquestionável sucesso nos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos, a Inglaterra, a França, a Alemanha e o Japão. E procuram viabilizar que o Exmo. Ministro das Comunicações, Sr. Sérgio Motta, tem seguidamente declarado aos jornais. Mais do que m projeto original, apresenta-se aqui uma colagem de ideias bem sucedidas e já chanceladas pelo presidente da República e pelo titular da pasta das Comunicações.

Neste sentido, a exitosa experiência da *Federal Communication Comision*, a FCC norte-americana, e do OFTEL, órgão regulador das telecomunicações britânicas, foi, finalmente, trazida para o Brasil. Como tem registrado com frequência o Ministro Sérgio Motta, *“queremos no setor uma política rígida, com um órgão regulador severo e independente, com autonomia econômica e profissional”* (cf. *Jornal do Commercio, Correio Braziliense, Gazeta Mercantil e outros jornais de 26.07.95*).

A Comissão Nacional de Telecomunicações – CONAT – foi constituída como órgão independente, isto é, desvinculado do Poder Executivo, e com autonomia econômica e profissional para poder, com independência e rigidez, assegurar a execução da Política Nacional de Telecomunicações (arts. 19 a 23).

A Exposição de Motivos do projeto de Lei n. 1168/1995 também apontou para a necessidade de aparelhamento da regulação do setor de Telecomunicações anteriormente executada pelo Ministério das Comunicações que, segundo a Exposição de Motivos, existia apenas de forma “virtual” e não possuía, naquele momento, um quadro técnico responsável.

No final do ano de 1996, no dia 05 de dezembro, o então Deputado Jaques Wagner apresentou o Projeto de Lei n. 2626/1996, propondo a criação do CBT, que seria um órgão regulador autônomo vinculado à Presidência da República “*com estrutura autônoma e sem subordinação hierárquica*”, e cujos recursos adviriam nas rendas e receitas auferidas nas outorgas das concessões e do Orçamento da União. Segundo as justificativas apresentadas à proposta, a criação desse órgão com características de “*autonomia, independência e legitimidade de ação*” teria como objetivo garantir a qualidade e universalidade da prestação dos serviços, o que estaria sendo feito nos países industrializados por meio da criação de um órgão regulador independente, com o afastamento do Estado na área das telecomunicações (BRASIL, 1996):

Para garantir que o atendimento dos serviços seja de qualidade e universal, embora diferenciado pelos interesses e capacidades dos usuários, a lei tem que viabilizar a criação e funcionamento de um órgão regulador, que tenha autonomia, independência e legitimidade de ação, tal qual tem ocorrido em outros países industrializados, que vem reduzindo, de uma forma ou de outra, a participação do Estado na área de telecomunicações. Com atribuições de assessoramento, fiscalização, normalização e execução, o órgão regulador deve congrega funções deliberativas e executivas a fim de exercer suas funções com eficiência e eficácia.

Seis dias depois, o Poder Executivo, por meio do ministro de Estado das Comunicações Sérgio Motta, apresentou o Projeto de Lei n. 2648/1996 em 11/12/1996, por meio do qual propôs a criação da Agência Brasileira de Telecomunicações – primeiro projeto a adotar o termo “agência”. Foi esse o Projeto adotado posteriormente como o texto-base para as emendas posteriormente propostas pela Câmara dos Deputados. A proposta legislativa sugeriu que a agência atuasse como uma autoridade administrativa independente (artigo 8º), tendo sido apresentadas diversas justificativas para a adoção desse modelo na exposição de motivos do Projeto de Lei.

Na experiência internacional no setor de telecomunicações, praticamente todos os países que realizaram uma reestruturação do setor implementaram um organismo regulador, por vezes um organismo parte do Poder Executivo, outras vezes na forma de agências “semi-autônomas” e, em outras, um órgão regulador independente. Em defesa da atuação desta

última espécie, Sérgio Guerra indica alguns motivos pelos quais seria necessária a independência. O primeiro deles seria que, em razão do dinamismo do setor de telecomunicações, seria fundamental que o órgão pudesse viabilizar a maximização de benefícios para a sociedade pela modernização da tecnologia, o que exigiria o estabelecimento de “*atribuições e poderes bastante amplos*” (1996, p. 89). Ainda, a independência seria uma característica que inspiraria confiança no mercado e nos investidores, sendo que, ao contrário, “*uma organização sem autonomia gerencial, com algum tipo de dependência restritiva ou sem capacidade técnica, gera desconfiança e, conseqüentemente, afasta investidores*” (1996, p. 89).

A Exposição de Motivos defende, ainda, que, para que o órgão regulador seja “*eficiente e eficaz*”, além de ter capacidade técnica, deverá dispor de liberdade gerencial para atingir os objetivos determinados, de modo a incentivar a eficácia administrativa e a competência técnica, sendo “*essencial para o bom desempenho do órgão regulador em ambiente de tecnologia de ponta e competição*”. Defende, ainda, que o órgão regulador deveria desfrutar de autonomia para que “*não seja passível de influências de outros órgãos do governo ou de grupos de interesse*”, tendendo a decisões “*consistentes e justas*”. Essa autonomia seria fortalecida por meio da disponibilidade de fontes próprias de recursos financeiros (p. 89).

Outro ponto relacionado à independência seria a existência de “*regras e controles internos para limitar o poder das pessoas individualmente, de maneira a dificultar o comportamento oportunista e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesse*”, por meio de mecanismos, como: decisão colegiada, utilização de grupos consultivos, realização de consultas públicas e período de carência entre a tomada de uma decisão e a sua entrada em vigor, dando oportunidade de manifestação às partes interessadas (p. 90).

PRADO (2008, p. 465) indica que a apresentação, pela Presidência, dessa uma proposta de lei de criação da ANATEL que já continha diversas instituições de independência teria sido motivada por uma vontade, dos próprios líderes da burocracia de telecomunicações, de concretização das reformas de desestatização e da criação de uma agência independente no setor.

ii) Processo legislativo de criação da ANEEL

Já na criação da ANEEL, o Projeto de Lei 1669/1996, submetido pelo Ministro de Minas e Energia, previa desde o princípio para a agência seus contornos atuais. Na Exposição de Motivos n. 011/MME, referente à apresentação do Projeto de Lei, o Ministério destacou sua intenção de adequar a função reguladora do Estado ao seu atual papel na economia, por meio da criação de uma estrutura que de controle que compatibilizasse os interesses da iniciativa privada, exploradora das atividades, e os interesses dos consumidores, de qualidade ao atendimento das suas necessidades (BRASIL, 1996, p. 17).

PRADO (2008, p. 464) indica que a proposta de lei de criação da ANEEL apresentada pela Presidência da República, que continha diversos princípios de independência, foi adotada como meio de formar uma coalisão que possibilitasse que o Congresso Nacional pudesse aprovar a medida.

No Parecer do Relator da Comissão responsável pela análise do Projeto, na apresentação de substitutivo, destacou-se que este Projeto de Lei seria a primeira oportunidade para a organização de “Agências de Controle do Serviço Público” (p. 25), e propôs-se a inclusão de novos instrumentos inspirados no que chamou de tática internacional para construção do moderno Estado Regulador, de autonomia financeira, administrativa e orçamentária. Foram elas: (i) a submissão para aprovação prévia, por parte do Senado Federal das nomeações à Diretoria da Agência; (ii) a vedação à demissão dos membros por razões imotivadas; e (iii) a realização de audiências públicas com a participação dos interessados antes de decisões de relevância; (iv) quarentena para os diretores e funcionários da ANEEL, de modo a evitar sua atuação na seara privada, notadamente que não possam exercer “*a tão conhecida, tão badalada, tão ingrata e tão indesejável advocacia administrativa*” (Dossiê do Projeto de Lei n. 1669/1996, p. 27). Ficou também registrado no Parecer que foram recebidas críticas pelo PFL no sentido de que o Partido estaria sugerindo a criação de um órgão regulador independente com o objetivo de reduzir os poderes do então Ministro das Comunicações, Raimundo Brito.

Em conferência no sobre a desestatização do setor da Energia Elétrica ocorrida em 1998, o então Diretor-Geral da ANEEL, José Mário Miranda Abdo, tratou sobre o que chamou de “autonomia administrativa” da ANEEL, que seria “*um sonho distante*” e representaria um rompimento do paradigma burocrático. Afirmou também teria sido “*difícil discutir isso com o MARE*”, que alegava, por exemplo, a impossibilidade de instituição de superintendências no serviço público. No discurso, mencionou que a imprensa noticiou à

época que haveria mais de 600 nomes de servidores indicados para a ANEEL pelo Palácio do Planalto, o que foi negado pelo Diretor-Geral, que afirmou ter a autonomia para nomeação de cargos junto ao colegiado da Agência. O discurso demonstrou a preocupação da Agência de não ter interferências do Poder Executivo na nomeação de servidores e no controle de salários (ABDO, 1998, p. 40)¹⁴.

iii) Foco nas desestatizações

Sobre todo esse contexto narrado, é possível concluir que no momento da elaboração do Projeto de Reforma do Aparelho do Estado e no momento em que foram propostas ações para a desestatização dos setores de energia elétrica e telecomunicações, não havia ainda uma visão clara sobre qual seria o modelo de regulação que seria adotado.

Nem mesmo no momento em que foram propostas pela Presidência da República as Emendas Constitucionais n. 08/1995 e 09/1995 para ampliação da prestação dos serviços públicos de telecomunicações e petróleo, não havia sido apresentada a proposta da existência de um órgão regulador. Essa proposição somente ocorreu ao logo do trâmite das propostas na Câmara dos Deputados, de modo que a previsão constitucional do estabelecimento de um órgão regulador por esses setores foi somente incluída por meio de substitutivos.

¹⁴ Sobre a autonomia financeira e administrativa da ANEEL, o então Diretor da Agência afirmou: “- A lei de criação da ANEEL prevê para a Agência uma autonomia administrativa, de gestão e financeira [...]. No final do mês, a ANEEL não vai pedir ao governo para pagar esses funcionários. Os recursos são provenientes da taxa de fiscalização, criada em lei, que não é um tributo novo nem comprime tarifa. É uma taxa que está embutida na RGR- Reserva Global de Reversão, um tributo que já existia. Portanto, a ANEEL tem autonomia financeira.

Quanto à autonomia administrativa, pode parecer um sonho distante da realidade, para alguns. Porém, não se constrói um novo tempo, não se muda uma cultura sem sonhos! E muitos desses sonhos viram realidade, a parti do momento em que transformados em lei.

Na prática, tanto há dificuldades quanto conquistas importantes. Recentemente, foram nomeados os 20 superintendentes da ANEEL. Na Agência Nacional de Energia Elétrica, até a estrutura deixa de ser convencional para ser uma estrutura formada por processos organizacionais, o que ainda não existia no serviço público. Foi difícil discutir isso com o MARE, porque o que se pretendia era romper com o paradigma burocrático do serviço público, e isso ainda está sendo feito.

Alegavam que “superintendência” não existe no serviço público. No entanto, também não existia “agência reguladora nacional”. Se a agência foi criada e passou a existir, também as superintendências o poderiam ser. Na ANEEL há apenas dois níveis administrativos: a diretoria e as superintendências. São 20 superintendências com a gratificação de função DAS 5, que pode não ser o ideal, mas confere dignidade para quem for ocupar o cargo. O DNAEE, órgão que foi sucedido pela ANEEL, só tinha um cargo DAS 5, do diretor-geral.

Tanto há dificuldades quanto conquistas importantes. Quando os 20 superintendentes foram nomeados, um órgão de imprensa nacional publicou que haviam 600 nomes indicados, no Palácio do Planalto, para ocuparem as superintendências da ANEEL. Nenhum desses 600 nomes é conhecido da ANEEL, onde todos os 20 superintendentes foram nomeados a partir de uma decisão da Diretoria da ANEEL, em regime colegiado.

Foram recrutadas pessoas de diversos locais do país, de norte a sul, pela competência e espírito público, para comporem o corpo técnico da ANEEL. Detenho-me nesse item, porque estou falando de um novo tempo, de mudança de cultura, sobre o qual houve muita descrença”.

Na justificativa para a implantação de um órgão regulador que possuísse autonomia com relação ao Poder Executivo, estava presente sempre o temor do que o Poder Legislativo denominou de “cheque em branco” ao Poder Executivo, que estaria assumindo com as desestatizações todo o poder sobre o estabelecimento, ou não, de concessões e permissões de serviços públicos aos particulares.

A despeito dessas discussões, vale novamente notar que o texto constitucional não indicou que os órgãos reguladores a serem implantados devessem ter qualquer característica de independência ou autonomia com relação ao Poder Executivo, dispondo tão somente que a legislação específica disporia sobre a atuação desses órgãos reguladores. E, no ano de 1995, quando começaram a tramitar as propostas para o estabelecimento desses órgãos reguladores, não havia nenhuma clareza sobre como se implementaria. A primeira proposta, apesar de trazer um conceito da necessária autonomia do Poder Executivo, contraditoriamente dispunha que o Ministro das Comunicações seria o Presidente do órgão independente.

Ao longo da exposição de motivos de diversas das propostas apresentadas, também não fica clara a motivação para a adoção de um órgão que fosse independente do Poder Executivo, havendo por diversas vezes a menção de que esse seria o modelo apresentado nos demais países industrializados e que, nesse contexto, caberia ao Brasil a adoção desses preceitos. As exposições de motivos admitem, inclusive, que a proposta representava uma “colagem” do que estava sendo feito a respeito de agências reguladoras no mundo. Essas circunstâncias serão melhor avaliadas no Capítulo IV, em que serão indicadas as consequências da adoção irreflexiva, pelo legislador brasileiro, de instituições transplantadas de sistemas jurídicos e de sociedades absolutamente diversas da brasileira.

Em conclusão das análises realizadas acima, já é possível observar que os elementos levantados sobre os processos legislativos de criação da ANEEL e ANATEL corroboram a afirmação de Sérgio Guerra, Ministro das Comunicações à época, de que não havia clareza sobre o que estava sendo instituído em termos de desenho institucional, sendo que a preocupação inicial foi efetivamente a promoção das desestatizações. Como seriam organizados os órgãos reguladores então incluídos na Constituição era questão ainda muito incipiente no momento em que os projetos de lei das agências foram apresentados.

CAPÍTULO III – INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL E SUA EVOLUÇÃO NO TEMPO

Observados – especificamente no histórico de instituição da ANEEL e ANATEL - os fatores que motivaram, no Brasil, a criação de agências reguladoras de serviços públicos independentes, ou seja, agências com um desenho institucional caracterizado pela presença de instituições que buscam garantir a independência de suas atividades com relação à interferência do membro do Poder Executivo, foi dado o primeiro passo para que seja possível diagnosticar se essas instituições estão atingindo os fins para os quais foram criadas e se, ao mesmo tempo, estão gerando oportunidades produtivas para o desenvolvimento, o que é um dos objetivos precípuos da atividade das agências criadas para a regulação da prestação dos serviços públicos.

Nesse contexto, o próximo passo será compreender o desenho institucional criado com o objetivo de garantir determinado nível de independência da ANEEL e ANATEL com relação ao Presidente da República e Poder Executivo como um todo, ou seja, as normas instituídas inicialmente em ambas as agências com esses objetivos.

Na sequência, serão também avaliadas as evoluções legislativas observadas nessas mesmas instituições, comparando as alterações ocorridas ao longo de quase duas décadas de existência da ANEEL e da ANATEL. Como visto, a relevância de uma análise evolutiva da legislação encontra-se na possibilidade de identificar se, ao longo do tempo, os mecanismos instituídos evoluíram em alguma medida para gerarem resultados mais eficientes e oportunidades mais produtivas para o desenvolvimento ou se, pelo contrário, as mesmas instituições se perpetuaram no tempo, seja em razão de sua plena eficácia, seja em razão de um contexto de perpetuação de instituições que eram oportunidades improdutivas para o desenvolvimento, seguindo um caminho de *path dependency*.

3.1 Instituições de independência inicialmente estabelecidas para ANEEL e ANATEL

Como já visto, as agências reguladoras de serviços públicos de nível federal foram criadas por legislações próprias e individuais, nas quais foram também forjadas as instituições de independência, cada uma à sua maneira. Assim, com os objetivos identificados acima, nesta primeira parte da análise será realizado um diagnóstico sobre as instituições de

independência inicialmente estabelecidas pela Lei n. 9.427/1996, que promoveu a criação da ANEEL, bem como pela Lei n. 9.427/1997, que criou a ANATEL. Além disso, serão também analisados os decretos regulamentadores dessas respectivas Leis, notadamente o Decreto n. 2.335/1997 (ANEEL) e Decreto n. 2.338/1997 (ANATEL). Com fundamento nessas instituições identificadas, será apresentado um quadro comparativo, para que se possa observar o contexto institucional de cada uma das agências, suas diferenças e similaridades.

i) Instituições de independência da ANEEL: Lei n. 9.427/1996 e Decreto n. 2.335/1997

Por meio do texto originalmente aprovado da Lei n. 9.427/1996, foi criada a ANEEL, sob a forma de uma autarquia sob regime especial que, apesar de vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi dotada de “*autonomia patrimonial, administrativa e financeira*” (artigo 1º). Com esse objetivo, ficou definido no artigo 7º que o monitoramento do desempenho da Agência pelo Poder Executivo deveria ocorrer por meio do acompanhamento do cumprimento de metas pela ANEEL, a serem definidas por meio da celebração de contrato de gestão. O contrato de gestão seria o instrumento por meio do qual seriam definidos os programas anuais de trabalho da agência e os parâmetros para avaliação do seu desempenho no cumprimento desses programas, a serem acompanhados em prestação de contas da ANEEL ao Ministério de Minas e Energia. Conforme regulamentado pelo §3º do artigo 20 do Decreto n. 2.335/1997, o contrato de gestão deveria prever, minimamente, os objetivos e metas da regulação econômica do setor de energia elétrica, a fiscalização e qualidade dos serviços e a efetividade no uso e na oferta de energia elétrica.

Quanto à independência financeira, o artigo 11 da Lei n. 9.427/1996 previu sete espécies de receitas a serem auferidas pela Agência para o seu funcionamento: (i) os recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, a ser paga pelos concessionários, permissionários e autorizados da prestação dos serviços públicos correlatos à energia elétrica (artigo 13); (ii) os recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no Orçamento Fiscal da União; (iii) o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações; (iv) os rendimentos de operações financeiras; (v) os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais; (vi) doações, legados e subvenções; e (vii) os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua

propriedade. Relativamente a esse último ponto, foi atribuído patrimônio próprio e autônomo à ANEEL, por meio da transferência dos bens e acervo técnico pertencentes ao extinto Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE.

A Lei da ANEEL também trouxe como instituição de independência a colegialidade, ao definir que a Agência seria dirigida, em um regime de colegiado, por um Diretor Geral e quatro outros Diretores (artigo 4º), sendo que um deles, na qualidade de ouvidor da Agência (artigo 4º, §1º). As reuniões da diretoria foram previstas para ocorrerem com a presença de no mínimo três diretores, dentre eles o Diretor-geral ou seu substituto legal, sendo que as deliberações deveriam ser tomadas com no mínimo três votos favoráveis (artigo 8º, §3º do Decreto n. 2.335/1997). Foram estabelecidos como princípios desse processo decisório a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a ampla publicidade e economia processual (artigo 22 do Decreto n. 2.335/1997).

Foi estabelecida também a nomeação da Diretoria da ANEEL pelo Presidente da República, dependendo de prévia aprovação do Senado Federal (artigo 5º, *caput* e §1º), tendo como objetivo minorar a prática, pelo Poder Executivo, de nomeação dos Diretores das Agências a partir de critérios unicamente partidários ou de interesses individuais dos governantes.

A Lei instituiu também mandatos não coincidentes nos cargos de Diretoria, com duração de quatro anos (artigo 5º), de modo a evitar que as atividades da Agência não coincidissem integralmente com os mandatos da Presidência da República. Para tanto, instituiu-se que, na primeira gestão da Agência, o Diretor Geral e dois dos quatro demais Diretores seriam nomeados para cargos com mandato de três anos, sendo que os demais cumpririam mandatos de quatro anos cada (artigo 29, §1º). Dessa forma, enquanto o Diretor-Geral e dois Diretores teriam um mandato inicial de três anos, os outros dois Diretores teriam um mandato de quatro anos, o que – em tese – faria com que a totalidade dos mandatos não se encerrasse em um mesmo período.

Ainda quanto à Diretoria da Agência, o artigo 6º instituiu como impedidos ao exercício dos cargos aqueles com vínculos com qualquer empresa concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoprodutor ou prestador de serviços contratados das empresas sob regulamentação ou fiscalização da ANEEL, sendo igualmente impedidos de exercerem os cargos de Diretoria da ANEEL os membros de categoria profissional de empregados desses agentes econômicos regulados e de conjunto ou classe de consumidores de energia (artigo 6º, parágrafo único).

Originalmente, a Lei n. 9.427/1996 previu a possibilidade de exoneração imotivada dos dirigentes da ANEEL nos quatro meses iniciais do Contrato (artigo 8º), sendo que, após esse período, a exoneração seria possível em três hipóteses: na prática de ato de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado e descumprimento injustificado do contrato de gestão (artigo 8º, parágrafo único). Na hipótese da vacância de determinado cargo, o Decreto n. 2.335/1997 estabeleceu no §2º do artigo 7º que o novo Diretor nomeado deveria cumprir o período remanescente do mandato do Diretor anterior.

ii) Instituições de independência da ANATEL: Lei n. 9.472/1997 e Decreto n. 2.338/1997

A Lei n. 9.427/1997 institui a ANATEL como uma agência integrante da Administração Pública Federal indireta vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações (artigo 1º), cuja natureza é caracterizada por “*independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*” (artigo 1º, §2º). A Lei definiu também a atuação da ANATEL como uma “*autoridade administrativa independente*”, com as prerrogativas necessárias para o exercício adequado dessa competência (artigo 9º). Dentre os princípios definidos para sua atuação estão a independência e imparcialidade (artigo 19).

Com relação à instituição de colegialidade, assim como no caso da Lei criadora da ANEEL, a Lei n. 9.427/1997 também previu a existência de um Conselho Diretor formado por cinco membros. A maioria absoluta foi definida como critério decisório (artigo 20), sendo os votos regidos pela independência de cada um dos Conselheiros e pela necessária fundamentação (artigo 20, parágrafo único). O artigo 21 ainda estabeleceu a publicidade das atas das Sessões do Conselho Diretor, como forma de controle da motivação dos votos e decisões do Conselho. Adicionalmente, o Decreto n. 2.338/1997 vedou aos Conselheiros a abstenção na votação em qualquer assunto (artigo 31, §2º) e previu a suspensão dos vencimentos do Conselheiro que impedisse, injustificadamente, por mais de 30 dias, a deliberação do Conselho mediante pedido de vista ou outro expediente de caráter protelatório (artigo 31, §3º).

O artigo 23 estabeleceu a escolha dos Conselheiros pelo Presidente da República, com a aprovação prévia do Senado, dentre brasileiros “*de reputação ilibada, formação*

universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade” sem ter especificado, porém, como essas características poderiam ser identificadas objetivamente.

O artigo 24 estabeleceu um mandato de 5 anos para cada Conselheiro, sendo vedada a recondução. De modo a evitar a coincidência dos mandatos dos Conselheiros entre si e com os mandatos do Poder Executivo, a Lei estabeleceu que os primeiros mandatos seriam de três, quatro, cinco, seis e sete anos (artigo 25).

A escolha do Presidente do Conselho foi atribuída ao Presidente da República, com um mandato de três anos ou pelo tempo que restar do mandato do Conselheiro. A propositura dos Presidentes subsequentes ficou a cargo do Conselho Diretor com a aprovação do Presidente da República, não devendo ser escolhido Conselheiro que a tenha exercido no ano anterior (artigo 21, §1º do Decreto n. 2.338/1997).

Aos Conselheiros foi vedado o exercício de atividades profissionais, empresariais, sindicais ou de direção político-partidária (artigo 28), definido no Decreto n. 2.338/1997 como “*o desempenho de tarefas regulares ou pela gestão operacional de empresas ou entidades*” (artigo 28, parágrafo único). A Lei vedou também a nomeação de Conselheiro com “*interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações*” (artigo 28, parágrafo único), sendo o interesse significativo definido pelo Decreto n. 2.338/1997 como a participação no capital total da empresa de telecomunicações superior a 0,3% de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante fosse a prestação de serviço de interesse restrito, ou de suas controladoras, controladas ou coligadas, ou 0,3% de empresas cujo faturamento dependa em mais de 10% de seu relacionamento econômico com prestadora de serviços de telecomunicações (artigo 29). Adicionalmente, o artigo 29, §3º do Decreto n. 2.338/1997 também estabeleceu aos Conselheiros a obrigação de notificarem outras situações de interesse que os envolvessem direta ou indiretamente e fossem suscetíveis de influir no exercício de suas competências, “*para garantir a transparência e probidade de sua atuação*”.

O artigo 26, *caput*, da Lei definiu a perda do mandato dos membros do Conselho Diretor nas hipóteses de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. Além disso, o §1º do mesmo artigo previu a perda do mandato no caso de “*inobservância, pelo conselheiro, dos deveres e proibições inerentes ao cargo, inclusive no que se refere ao cumprimento das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo*”, sendo possível o afastamento preventivo do Conselheiro por decisão do Presidente da República (artigo 26, §2º).

No período de vacância antecedente à nomeação de novos titulares para o Conselho, o artigo 27 do Decreto n. 2338/1997 previu a formação de uma lista de três substitutos indicados pelo Conselho Diretor, sendo vedado o exercício do cargo de Conselheiro pelo substituto por prazo superior a 60 dias, devendo ser convocado, após esse período, outro substituto em rodízio (artigo 27, §6º).

Como órgão interno de controle do Conselho Diretor, foi criado o Conselho Consultivo, composto por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade (artigo 34). Dentre as suas competências foi estabelecida a apreciação dos relatórios anuais do Conselho Diretor (artigo 35, inc. III). Foi definido o prazo de três anos para mandatos não coincidentes de um, dois e três anos, com a renovação anual de um terço dos membros, sendo vedada a recondução (artigo 36). Ainda, a Ouvidoria da Agência foi posicionada pelo Decreto n. 2.338 sem vínculos hierárquica ao Conselho Diretor e a seus integrantes, conforme artigo 53, que também previu que o Ouvidor “*atuará com independência*”.

Com relação à autonomia financeira, a Lei previu a impossibilidade de limitação de movimentações e empenho para as dotações orçamentárias da Agência (artigo 15) e previu a transferência de parte do acervo técnico e patrimonial do Ministério das Comunicações para a ANATEL (artigo 16, parágrafo único). Estabeleceu também o recebimento de taxa de fiscalização (artigo 47) a ser cobrada dos concessionários, permissionários e autorizatários (artigo 48), valores esses que constituiriam o Fundo de Fiscalização - FISTEL. O artigo 49 previu a apresentação, pela ANATEL, da proposta de seu orçamento anual ao Ministério das Comunicações, a ser encaminhado ao Ministério de Planejamento e Orçamento.

iii) Quadro comparativo: instituições de independência inicialmente estabelecidas para a ANEEL e para a ANATEL

Conforme narrado acima, a partir da promulgação das Leis de criação da ANEEL (Lei n. 9.427/1996) e ANATEL (Lei n. 9.472/1998) e seus respectivos decretos regulamentares n. 2.335/1997 e 2.338/1997, foram estabelecidas as agências reguladoras federais da prestação dos serviços públicos de energia e de telecomunicações, que estabeleceram diversas instituições legais na busca de garantir a independência da sua atuação

regulatória. Essas instituições inicialmente estabelecidas estão resumidas no quadro comparativo abaixo:

Tabela 1 - Quadro comparativo entre instituições de independência da ANEEL e ANATEL

Instituição de independência	ANEEL	ANATEL
Relação com o Poder Executivo	Autarquia Especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia.	Autarquia Especial vinculada ao Ministério das Comunicações.
Espécies de autonomia previstas	Autonomia patrimonial, administrativa e financeira.	Autonomia patrimonial, administrativa e financeira.
Controle pelo Poder Executivo	Prestação de contas do cumprimento das metas incluídas no contrato de gestão	Não há meio específico.
Receitas	Taxa de fiscalização, orçamento da União, venda de publicações e material técnico, rendimento de operações financeiras e convênio e acordos.	Taxa de fiscalização (FISTEL) e orçamento da União.
Patrimônio da agência	Próprio, derivado do DNAEE.	Próprio, derivado do Ministério das Comunicações.
Colegialidade do Conselho Diretor	Conselho Diretor composto por cinco membros, com deliberações de no mínimo três votos favoráveis.	Conselho Diretor composto por cinco membros, com deliberações por maioria absoluta.
Nomeação dos Conselheiros	Presidente da República, com aprovação do Senado Federal.	Presidente da República, com aprovação do Senado Federal.
Requisitos para nomeação de Conselheiro	Não há.	Brasileiro, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no seu campo de especialidade.
Mandatos dos Conselheiros	Quatro anos, não coincidentes entre si.	Cinco anos, não coincidentes entre si, vedada a recondução.
Impedimentos ao exercício de função no Conselho Diretor	Vínculos com qualquer empresa sob regulamentação ou fiscalização da ANEEL e membros de categoria profissional de empregados dos agentes econômicos regulados e de conjunto ou classe de consumidores	Aqueles que desempenham tarefas regulares ou de gestão operacional com qualquer empresa sob regulamentação ou fiscalização da ANATEL ou sindicatos e direção político-

	de energia.	partidária, aqueles que tenham interesses significativos em empresas relacionadas com telecomunicações (percentual de capital social) ou qualquer outra situação de interesse suscetível a influir na transparência e probidade de sua atuação.
Perda de Mandato	Exoneração imotivada nos quatro primeiros meses do mandato e exoneração motivada, a qualquer tempo, por (i) ato de improbidade administrativa; (ii) condenação penal transitada em julgado; e (iii) descumprimento injustificado do Contrato de Gestão.	Perda do mandato decorrente de condenação transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar ou inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo. Possibilidade de afastamento preventivo por decisão do Presidente da República.
Vacância	Nova nomeação.	Lista de três substitutos, com atuação por prazo máximo de 60 dias para cada um, sendo necessário o rodízio até nova nomeação.

Como se observa acima, a ANEEL e a ANATEL foram constituídas em 1996 e 1997, respectivamente, como autarquias especiais vinculadas aos respectivos ministérios de Minas e Energia e Comunicações, dotadas de autonomia patrimonial, administrativa e financeira. Na relação com os Ministérios, no caso da ANEEL foi estabelecida a celebração de contrato de gestão com metas a serem acompanhadas pelo Poder Executivo, o que não foi adotado pela ANATEL. Um poder adicional conferido ao Poder Executivo dentre as instituições da ANATEL foi a possibilidade do Presidente da República de afastar preventivamente um membro do Conselho Diretor, previsão inexistente no caso da ANEEL.

Ambas adotaram como instituição de independência a estrutura de poder decisório colegiada, por meio da formação de um Conselho Diretor, no caso da ANATEL, e Diretoria, no caso da ANEEL, ambos formados por cinco Diretores/Conselheiros a serem nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado. A ANATEL estabeleceu, contrariamente à ANEEL, alguns requisitos relevantes de seleção dos Conselheiros, como a formação universitária e o elevado conceito em seu campo de especialidade. Os mandatos foram definidos de forma distinta para as agências: 4 anos para a ANEEL e 5 anos para a ANATEL.

Como impedimento comum à vaga de Conselheiro e Diretor, observa-se a vedação à vinculação a empresas reguladas, sendo que a ANATEL foi além ao definir precisamente o que significa ter interesse significativo nas atividades da agência reguladora e ter desempenhado tarefas regulares em empresa relacionada às telecomunicações, além de também ter vetado a participação de membros de sindicatos de direções político-partidárias.

Com relação aos requisitos necessário à escolha do Conselheiro como outra instituição de independência, a Lei e Decreto da ANATEL também estabeleceu de forma mais detalhada quais tipos de interesses e relações deveriam ser considerados para o impedimento de representantes do setor privado no exercício do cargo de Diretoria, indicando adicionalmente a impossibilidade de nomeação de membros dos sindicatos e de direções político-partidárias, ou qualquer outro tipo de circunstância que torne o Conselheiro ou Diretor suscetível a influir na transparência e probidade da atuação do Conselheiro. Nesse ponto a legislação buscou, em ambas as agências, impedir que o próprio Presidente da República indicasse Conselheiros com possível conflito de interesses fundado na sua participação no setor regulado ou participação sindical ou político-partidária, limitando, em certa medida, a atuação do Poder Executivo que pudesse ter como objetivo a indicação para satisfação das suas relações políticas.

Com relação à vacância, outro diferencial foi o estabelecimento, pela ANATEL, da lista de substitutos na hipótese de vacância, que exerceriam o cargo em regime de rodízio até nova nomeação, por prazos de no máximo 60 dias.

Observa-se, portanto, que a ANATEL estabeleceu mais instituições legais em busca da independência agência com relação ao Poder Executivo, tendo limitado de forma mais específica as formas de influência do Poder Executivo por meio, por exemplo, de um maior detalhamento dos mecanismos de exoneração e de cobertura da vacância no Conselho Diretor.

3.2 Evolução legislativa e quadro atual das instituições de independência da ANEEL e da ANATEL

Identificado o quadro inicialmente estabelecido para as instituições de independência da ANEEL e ANATEL, esta seção se dedicará a analisar as alterações promovidas nessas legislações ao longo dos mais de vinte anos decorridos da criação das

agências. Ao final dessa seção, também será apresentado um quadro-resumo, em que será possível comparar as evoluções ocorridas em cada uma das agências.

i) Alterações promovidas pela Lei n. 9.986/2000

A Lei n. 9.986/2000 teve como origem a Proposta de Lei n. 2549/2000, que foi apresentada à Presidência da República pelos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministro de Estado da Casa Civil tendo como objetivo, conforme EM Interministerial n. 044/MP/CASACIVIL, “(...) *dar um tratamento mais homogêneo ao assunto [da gestão de Recursos humanos nas Agências Reguladoras] para todas as instituições públicas criadas com o propósito de exercer a função de Estado de regulação (...)*”. Essa proposta de organização administrativa da gestão de recursos humanos das agências também poderia “(...) *vir a ser aprimorada, na medida em que as agências comecem a exercer suas atividades*” (BRASIL, 2000, p. 33-34).

Nesse sentido, a Lei estabeleceu de forma geral às Agências Reguladoras de serviços públicos federais o regime colegiado de Conselho Diretor ou Diretoria (artigo 4º), estabelecendo a ocupação desses cargos por “*brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos*” (artigo 5º), como já havia sido estabelecido originalmente pela Lei da ANATEL.

A Lei n. 9.986/2000 também estabeleceu a perda de mandato dos Conselheiros nos casos de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, além dos demais casos previstos nas leis específicas (artigo 9º). Essa passou a ser a regra geral de perda de mandatos, tendo em vista que a Lei, no seu artigo 39, revogou expressamente o artigo 8º da Lei da ANEEL, que dispunha sobre a possibilidade de exoneração imotivada nos quatro primeiros meses de mandato e a exoneração por descumprimento injustificado do Contrato de Gestão, além de ter revogado também todo o artigo 26 da Lei da ANATEL, que dispunha sobre as hipóteses de perda de mandato na Agência.

Esse artigo também revogou as condicionantes estabelecidas no artigo 28 da Lei da ANATEL para seleção dos Conselheiros, especialmente de vedação ao exercício de outras atividades profissionais, empresariais, sindicais e de direção político-partidária.

Enquanto a Lei de criação da ANATEL vedava no artigo 24 a recondução dos membros do Conselho Diretor após o fim do mandato (“*O mandato dos membros do*

Conselho Diretor será de cinco anos, vedada a recondução”), a Lei n. 9.986/2000 excluiu essa vedação no seu artigo 36, prevendo que o *caput* do artigo 24 passaria a prever tão somente que “*O mandato de membros do Conselho Diretor será de cinco anos*”.

Vale notar, finalmente, que foi vetado pela Presidência da República o artigo 35 da Lei n. 9.986/2000, que buscava incluir na Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/1995) a incumbência às Concessionárias de realizarem audiências públicas, com antecedência de trinta dias, antes de qualquer aumento de tarifas, oportunidade em que deveria expor os dados relativos aos custos dos serviços prestados, com vistas a possibilitar aos consumidores o encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões.

ii) Resoluções normativas e Portarias da ANEEL

Em 2007 foi aprovada pela ANEEL a Resolução Normativa n. 273/2007 (BRASIL, 2007), em que foram regulamentadas algumas disposições referentes às instituições de independência estabelecidas pela legislação quanto ao processo decisório da Agência. Nesse sentido, ficaram impedidos de atuar no processo decisório da agência aqueles que tivessem interesse direto ou indireto na matéria (artigo 11, inciso I), aqueles que tivessem participado como perito, testemunha ou representante, ou que tivessem participado nessas circunstâncias o cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau (artigo 11, inciso II), ou aqueles que estivessem litigando contra o interessado no processo administrativo, ou seu respectivo cônjuge (artigo 11, inciso III). Também foi prevista a arguição de suspeição das autoridades ou agentes com amizade com os interessados ou seus respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. Essa medida buscou, novamente, limitar o uso das agências como meio de realização de interesses próprios.

Já por meio da Portaria n. 1.235/2009, foi também estabelecido o Código de Ética da ANEEL (BRASIL, 2009), que instituiu como valores a serem perseguidos pelos seus agentes públicos: (i) a autonomia, caracterizada como “*tomar decisões com autonomia e liberdade, com base em suas competências técnicas*”, (ii) o compromisso com o interesse público, caracterizado como “*agir no sentido de assegurar os direitos e os deveres dos agentes regulados e dos usuários dos serviços de energia elétrica*”; (iii) o diálogo, atinente ao “*diálogo permanente com os usuários dos serviços de energia elétrica, os agentes regulados e a sociedade, a fim de atingir o aperfeiçoamento contínuo de seus processos no exercício de suas atribuições*”, (iv) o equilíbrio para “*ponderar os interesses dos usuários, agentes*

regulados e Governo”; (v) a imparcialidade ao “analisar os casos que forem apresentados de forma impessoal e justa, não emitindo juízo prévio de valor”; (vi) a isonomia, para “adotar procedimentos que não diferenciem aqueles que estejam numa mesma situação e tenham os mesmos direitos e deveres”; e a transparência, para “adotar procedimentos claros e transparentes, dando ênfase à publicidade e à prestação de contas de seus atos”.

Assim, foram incorporados no Código valores intrínsecos à ideia da independência da atuação da ANEEL, relevantes para o ideal buscado pelas instituições legais criadas nesse sentido. Como mecanismos específicos para a garantia desse valores, foram vedadas condutas como: utilizar-se da proximidade com o superior hierárquico para obter favores pessoais ou para estabelecer uma rotina de trabalho diferenciada em relação aos demais (Item 5, inciso II), receber benefícios, transporte, hospedagem ou quaisquer favores de particulares que possam gerar dúvida sobre a sua probidade ou honorabilidade (Item 5, inciso IV), aceitar presentes com valor superior a R\$100,00 (Item 5, inciso V) omitir a existência de eventual conflito de interesses ou de qualquer circunstância ou fato impeditivo de sua participação em instrução de processo e em decisão da ANEEL (Item 5, inciso VI), utilizar em suas atividades laborais brindes cujos logotipos ou logomarcas possam causar constrangimento quando em audiências da ANEEL com particulares ou outros agentes públicos e, em especial, cujos logotipos ou logomarcas identifiquem empresas, organizações ou terceiros que tenham interesse em decisões da Agência (Item 5, inciso VII).

Ainda, como condutas afirmativas, o Código previu a obrigação dos agentes públicos considerarem-se impedidos de atuarem como gestores de contrato com empresa em que seja dirigente seu cônjuge, companheiro, afins ou parentes até 3º grau (Item 5, inciso VIII), tornar público o fato de ter participação superior a cinco por cento do capital de sociedade de economia mista, de instituição financeira, ou de empresa que negocie com o Poder Público (Item 5, inciso XI); registrar e disponibilizar os assuntos tratados com o público externo na ANEEL relacionados às atividades da Agência (Item 5, inciso XII).

A Comissão de Ética criada para a Agência ficou responsável por apurar eventuais desvios a essas normas, puníveis com as sanções de censura ética, sugestão de exoneração ou remoção ou Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (Item 6).

No entanto, não foi apresentada nenhuma alteração específica com relação às instituições de independência já existentes nas leis de criação da ANEEL e alterações promovidas pela Lei n. 9.986/2000. Em última análise, essa norma estabeleceu requisitos mais relacionados ao conflito de interesses na conduta dos dirigentes das agências, do que relacionado ao isolamento das agências com relação ao Poder Executivo.

iii) Alterações promovidas pela Lei n. 12.813/2013 e interpretação da Comissão de Ética Pública

Tratando sobre questões primordialmente relacionadas a prevenção à corrupção e ao conflito de interesses, a Lei n. 12.813, promulgada no dia 16 de maio de 2013, dispôs de forma geral sobre a regulamentação de situações de conflito de interesse no exercício de cargos ou empregos no âmbito do Poder Executivo federal, sendo a legislação aplicável a qualquer ocupante de cargos ou empregos públicos “*cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento*” (artigo 2º, parágrafo único).

Por meio dessa Lei, especificamente pelo seu artigo 12, a prática de qualquer ato de conflito de interesse ficou definida como ato de improbidade administrativa. Por sua vez, o artigo 5º definiu como condutas de conflito de interesse no exercício do cargo ou emprego: a divulgação ou uso de informação privilegiada (inciso I), a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do colegiado do qual participe (inciso III), a prática de atos em benefício de pessoa jurídica de que participe o agente público e a prestação de serviços a empresa cuja atividade seja regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado (inciso VII). Ficou também estabelecida a obrigatoriedade da divulgação diária dos compromissos dos agentes públicos em agenda de compromissos públicos na internet (artigo 12).

A fiscalização e normatização dessas disposições no âmbito da Administração Pública Federal ficou a cargo da Comissão de Ética Pública (artigo 8º), criada por meio da Lei n. 12.813/2013 e vinculada à Presidência da República, que foi instituída para estabelecer regras e mecanismos para impedir a ocorrência de situações de conflito de interesses, dirimir dúvidas e controvérsias sobre a interpretação das normas de conflito de interesses, dentre outras atividades com o objetivo de normatizar e fiscalizar potenciais atos em conflito de interesses. Além disso, a Comissão é responsável pela realização de cursos e seminários para a promoção da ética pública e também recebe e processa denúncias de infração ética ou conduta em conflito de interesses por parte dos agentes.

iv) Quadro de alterações das instituições de independência na ANEEL e na ANATEL e análise da evolução legislativa no tempo

Abaixo, encontram-se resumidas as alterações legislativas ocorridas desde a criação da ANEEL e ANATEL, separando-se por agência. Foram identificadas abaixo somente as instituições sobre as quais houve efetiva alteração por parte da legislação posteriormente criada.

Tabela 2 - Alterações nas instituições de independência da ANEEL

Instituições de independência	Disposição antiga	Nova disposição
Requisitos para nomeação de Conselheiro	Não havia	Brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos
Perda de Mandato	Exoneração imotivada nos quatro primeiros meses do mandato e exoneração motivada, a qualquer tempo, por (i) ato de improbidade administrativa; (ii) condenação penal transitada em julgado; e (iii) descumprimento injustificado do Contrato de Gestão.	Renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou em processo administrativo disciplinar.

Tabela 3 - Alterações nas instituições de independência da ANATEL

Instituições de independência	Disposição antiga	Nova disposição
Mandatos dos Conselheiros	Cinco anos, não coincidentes entre si, vedada a recondução.	Cinco anos, não coincidentes entre si.
Perda do mandato	Perda do mandato decorrente de condenação transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar ou inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo. Possibilidade de afastamento preventivo por decisão do	Renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou em processo administrativo disciplinar.

	Presidente da República.	
Impedimentos ao exercício de função no Conselho Diretor	Aqueles que desempenham tarefas regulares ou de gestão operacional com qualquer empresa sob regulamentação ou fiscalização da ANATEL ou sindicatos e direção político-partidária, aqueles que tenham interesses significativos em empresas relacionadas com telecomunicações (percentual de capital social) ou qualquer outra situação de interesse suscetível a influir na transparência e probidade de sua atuação.	Não há.

Como se observa nos quadros comparativos acima, é possível identificar como reformas mais substanciais com relação às instituições de independência da ANEEL: (i) a criação de requisitos formais para as indicações a serem realizadas pelo Presidente da República, conforme já existia na legislação de criação da ANATEL; e (ii) a exclusão das hipóteses de perda de mandato por exoneração imotivada e por descumprimento injustificado do Contrato de Gestão. Já com relação à ANATEL, as reformas mais representativas quanto ao isolamento do Poder Executivo foram: (i) a impossibilidade de recondução de Conselheiros; e (ii) a exclusão da possibilidade de afastamento preventivo de Conselheiro pelo Presidente da República.

Observa-se que todas essas alterações foram realizadas ainda no ano 2000, ou seja, há mais de 18 anos, por meio da promulgação da Lei n. 9.986/2000. Para além dessa Lei, observa-se uma evolução quanto à normatização das questões de conflitos de interesses, por exemplo, e normas anticorrupção, mas nada de substancial no que tange às instituições de independência anteriormente estabelecidas. Portanto, desde 2000, é possível afirmar que não há nenhuma alteração significativa nas instituições legais de independência promulgadas com relação à ANEEL e à ANATEL. Impacto mais difuso na independência dessas agências face ao Poder Executivo.

Ocorre que, como já visto com fundamento na teoria de Douglass North, as instituições tendem a se aperfeiçoarem ao longo do tempo, por meio de reformas institucionais, de modo a se voltarem cada vez mais a um caminho produtivo para os fins aos quais foram estabelecidas, em maior ou menor medida.

Sob esse ponto de vista, apenas duas hipóteses justificariam a ausência de uma evolução das instituições de independência estabelecidas inicialmente: a primeira seria a constatação de que as instituições consolidadas em 2000, com a promulgação da Lei n. 9.986/2000 e sua interação com as leis criadoras das agências reguladoras, atenderam e atendem atual e plenamente seus desígnios, apresentados incentivos satisfatórios ao desenvolvimento dos respectivos setores. Mas seria esse o caso das instituições de independência das agências reguladoras, notadamente a ANEEL e a ANATEL? A ausência de alteração das instituições de independência significa, nesse caso, que estão atingindo perfeitamente seu objetivo, qual seja, isolar a atuação das respectivas agências de influências do Poder Executivo? E, mais, que o desenvolvimento vem sendo incentivado adequadamente?

A segunda hipótese, cunhada por Douglass North, é a possibilidade de que essas instituições, apesar de não estarem exercendo o papel mais positivo para o incentivo ao desenvolvimento - motivo pelo qual tenderiam a ter sido reformadas ao longo do tempo - permaneceram no mesmo caminho reiterado por algum motivo, que pode incluir, por exemplo, a possibilidade de que essas instituições estejam criando restrições e incentivos úteis para algum dos agentes que interagem com essas normas, que observam esses padrões e reforçam para atendimento a seus interesses particulares, o que recorrentemente se observa na análise da performance econômica dos países da América Latina (NORTH, 1990, p. 99):

But so, too, can unproductive paths persist. The increasing returns characteristic of an initial set of institutions that provide disincentives to productive activity will create organizations and interest groups with a stake in the existing constraints. They will shape the polity in their interests. Such institutions provide incentives that may encourage military domination of the polity and economy, religious fanaticism, or plain, simple redistributive organizations, but they provide few rewards from increases in the stock and dissemination of economically useful knowledge. The subjective mental constructs of the participants will evolve an ideology that not only rationalizes the society's structure but accounts for its poor performance. As a result the economy will evolve policies that reinforce the existing incentives and organizations. Thus, both the writings of the Economic Commission for Latin America (ECLA) and dependency theory explain the poor performance of Latin American economies on the basis of the international terms of trade with industrial countries and other conditions external to those economies. Such an explanation not only rationalizes the structure of Latin American economies, but also contains policy implications that would reinforce the existing institutional framework¹⁵.

¹⁵ Em tradução livre: “Mas, também, caminhos improdutivos podem persistir. Os retornos crescentes característicos de um conjunto inicial de instituições que fornecem desincentivos à atividade produtiva criarão organizações e grupos de interesse interessados nas restrições existentes. Eles moldarão a política em seus interesses. Tais instituições fornecem incentivos que podem encorajar o domínio militar da política e economia, o fanatismo religioso ou simples organizações redistributivas simples, mas eles fornecem poucas recompensas de aumentos no estoque e disseminação de conhecimento economicamente útil. As construções mentais subjetivas dos participantes desenvolverão uma ideologia que não apenas racionaliza a estrutura da sociedade, mas também explica seu fraco desempenho. Como resultado, a economia irá evoluir políticas que reforçam os incentivos e organizações existentes. Assim, tanto os registros da Comissão Econômica para a América Latina (ECLA) quanto a teoria da dependência explicam o fraco desempenho das economias latino-americanas com

No contexto dessas indagações, o próximo capítulo se dedicará a investigar se os incentivos criados pelas instituições de independência da ANEEL e ANATEL têm sido positivos na conquista dos objetivos pelos quais foram cunhadas ou, ainda, se os incentivos criados, ainda que negativos ao desenvolvimento, possam ser úteis a algum grupo de interesse. A partir dessa base de dados, será possível, no Capítulo V, efetivamente testar, refutando ou confirmando, a hipótese inicialmente apresentada, de que as instituições de independência se encontram em um caminho de *path dependency*.

base nos termos de negócios internacionais com países industrializados e outras condições externas a essas economias. Tal explicação não apenas racionaliza a estrutura das economias latino-americanas, mas também contém implicações políticas que reforçariam a estrutura institucional existente”.

CAPÍTULO IV - ANÁLISE DOS INCENTIVOS CRIADOS PELAS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DA ANEEL E ANATEL

Como visto, foram criadas por meio das leis que instituíram a ANEEL e a ANATEL diversas normas com o objetivo de dar independência às Agências no que tange ao Poder Executivo e que essas instituições tiveram poucas mudanças ao longo dos anos, sendo certo que as principais alterações legislativas foram realizadas com o fulcro de aumentar o combate à corrupção e a situações de conflitos de interesse, bem como aprimorar os mecanismos de *accountability* das agências reguladoras.

Identificado o cenário inicial e o cenário de evolução das instituições de independência, este Capítulo se dedicará a verificar, primeiramente, como essas instituições vêm sendo aplicadas ao longo do tempo pelas agências reguladoras, ou seja, como essas regras têm se materializado no ambiente regulatório. Não basta apenas analisar a existência de instituições de independência, mas averiguar seu efetivo funcionamento no âmbito das agências, de modo a observar como o desenho institucional funciona na prática (PRADO, 2008, p. 468).

Nesse sentido, pretende-se superar a análise formal¹⁶ das instituições de independência implantadas, integrando com essa avaliação uma perspectiva sobre os efetivos resultados dessas instituições na sua aplicação prática em meio ao conjunto de agentes, instituições e organizações em que estão inseridas.

Assim, nesse capítulo, o objetivo será a obtenção de um conhecimento profundo sobre a realidade institucional em discussão, com a identificação adequada dos problemas que poderão ser endereçados em uma eventual reforma institucional (LARA, 2018, p. 155). Para essa aferição, serão utilizados primeiramente os dados obtidos pelo Tribunal de Contas da União – TCU no âmbito das Auditorias Especiais n. 012.693/2009-9, 044.446/2012-8 e 031.996/2013-2, que foram requisitadas pelo Congresso Nacional com o objetivo da verificação do status da governança das agências reguladoras federais de serviços públicos, incluindo a ANEEL e a ANATEL.

Por meio dessas auditorias realizadas nas agências, o TCU analisou diversos aspectos da atuação das agências, como competências regulatórias, autonomia, mecanismos de controle, de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório, incluindo também a

¹⁶ Para detalhadas análises formais sobre as instituições de independências implantadas, por exemplo, nas agências reguladoras Latino-Americanas, ver: JORDANA, Jacint, FERNANDEZ-I-MARÍN, Xavier e BIANCULLI, Andrea C. 2018. Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies. *Regulation & Governance*. 12, 2018, pp. 524-540.

aplicação das instituições de independência estabelecidas para cada uma das agências, individualmente. Para tanto, o Tribunal valeu-se de coleta de informações em diligências nos entes auditados e realização de entrevistas, que culminaram em um diagnóstico sobre a governança de cada uma das agências.

Considerando-se o Tribunal como o órgão responsável na estrutura da administração pública federal pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União, conforme artigo 1º, inciso II da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), mostra-se adequada a adoção dos dados coletados tecnicamente pelo órgão nas auditorias realizadas nas agências, incluídas a ANEEL e a ANATEL. Além disso, trata-se do órgão constitucionalmente responsável pela avaliação do desempenho das atividades de regulação, conforme o inciso IV do artigo 71 da Constituição da República:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

Concomitantemente, esses dados serão analisados à luz de outros documentos e dados obtidos a partir dos Relatórios Anuais apresentados pela ANEEL e ANATEL e disponibilizados nos seus sítios eletrônicos, que também apresentam informações aprofundadas sobre a governança das agências¹⁷. Também em paralelo, será realizada uma revisão bibliográfica sobre os incentivos criados por essas instituições de independência instituídas.

Relevante destacar que essas análises passam por uma avaliação sobre a eficiência das instituições de independência criadas no arcabouço jurídico brasileiro para a ANEEL e ANATEL na realização do objetivo de afastar as agências, em determinada medida, da ação e influência do Poder Executivo. Mas, o principal ponto que se pretende observar nesse momento é se essas instituições de independência têm criado oportunidades produtivas para o desenvolvimento ou não, e como a legislação tem evoluído nesse sentido, para que se possa testar a hipótese apresentada.

¹⁷ Quanto a esse ponto, relevante ressaltar que se encontravam disponíveis na data de apresentação deste trabalho os Relatórios de 1999 a 2017 da ANATEL¹⁷ e os Relatórios de 1998, 2002 a 2014, sendo que a partir do ano de 2015 a ANEEL passou a apresentar um documento de “Retrospectiva” anual, estando disponíveis esses documentos de 2015 a 2017.

4.1 Quadro da aplicação instituições de independência da ANEEL e ANATEL – Diagnósticos das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União

Iniciando-se, portanto, pelas análises realizadas pelo TCU, a primeira delas que teve como tema a aplicação das instituições de independência nas agências reguladoras foi realizada por meio do processo n. 012.693/2009-9, instaurado sob solicitação do Deputado Sílvio Torres, então Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, que apresentou Solicitação do Congresso Nacional para a realização de auditoria para aferir *“a governança das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil, de forma a identificar eventuais riscos e falhas estruturais, que possam comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal, e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual”*. Dentre as agências analisadas pelo TCU na oportunidade, estavam a ANEEL e a ANATEL e o resultado dessa auditoria ficou registrado no Acórdão n. 2261/2011 – Plenário (TCU, 2011). Nessa auditoria foram inspecionados diversos aspectos da governança das agências, tais como competências regulatórias, autonomia, mecanismos de controle, de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório.

Para a realização dessa auditoria, o Tribunal coletou diversos dados, tanto por meio de diligências efetuadas nos entes auditados, quanto pela realização de entrevistas com os gestores das agências setoriais (TCU, 2011).

Especificamente quanto às instituições de independência, a auditoria do Tribunal identificou, primeiramente, a existência de liberdade dos entes para a elaboração das propostas de destinação dos recursos orçamentários disponibilizados nas Leis de Diretrizes Orçamentárias, apresentadas aos correspondentes Ministérios. No caso da ANATEL, essa proposta de orçamento é prevista pelo artigo n. 49 da Lei n. 9.472/1997¹⁸.

Ocorre que, apesar da possibilidade de apresentação dessas propostas pela própria agência, elas precisam observar os limites orçamentários designados pela Secretaria de Orçamento Federal – SOF e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG ao respectivo Ministério ao qual a agência se encontra vinculada. Nesse contexto, o Tribunal aponta que os recursos a serem destinados às agências dependem diretamente dos valores que serão disponibilizados pelo ministério vinculado, o que depende, por sua vez, dos recursos

¹⁸ Art. 49 da Lei n. 9.472/1997: *“A Agência submeterá anualmente ao Ministério das Comunicações a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal”* (BRASIL, 1997).

obtidos pelo Ministério junto à SOF e ao MPOG especificamente para o orçamento das agências. Assim, o primeiro incentivo observado pelo Tribunal quanto às normas de autonomia orçamentária instituídas nas agências reguladoras de serviços públicos de infraestrutura é que, no quadro institucional existente, as agências se veem obrigadas a negociarem com os Ministérios aos quais elas se vinculam para buscarem a destinação prevista de recursos da Lei Orçamentária Anual.

Nas entrevistas realizadas com os servidores públicos das agências, o Tribunal também constatou que, em decorrência desse quadro institucional, há a necessidade de se manter um bom relacionamento com Ministério vinculado para que seja possível ao colhimento das propostas orçamentárias. Foi indicado, ainda, por meio das entrevistas realizadas, que essa regra gera uma autonomia menor do que a autonomia que potencialmente seria obtida na hipótese da possibilidade de negociação direta, pelas agências, com os órgãos decisórios responsáveis pelo Orçamento (TCU, 2011):

64. A elaboração da proposta orçamentária da Agência se inicia nas superintendências responsáveis pelas ações, que dispõem de relativa liberdade para alteração das ações e programas que lhes competem e é consolidada na superintendência de administração e finanças. Após aprovação pela diretoria colegiada, a proposta é encaminhada à setorial de orçamento do respectivo ministério vinculado, onde ocorre nova consolidação. Há ainda uma consolidação de todos os órgãos da Administração Federal feita na SOF/MPOG.

65. Sendo assim, a proposta orçamentária é submetida à aprovação do órgão setorial, o que estabelece a necessidade de um bom relacionamento para que esta seja acolhida razoavelmente nos termos propostos e também para que depois sejam descentralizados os recursos necessários, pois, sendo uma unidade orçamentária, tem de disputar recursos com as demais unidades vinculadas ao mesmo ministério.

66. Em entrevistas com os gestores das agências, a equipe de auditoria questionou sobre as vantagens e as desvantagens dessas autarquias tornarem-se órgãos setoriais. Em termos gerais, foi expresso o entendimento de que haveria a vantagem de se poder negociar diretamente com a SOF a proposta orçamentária, sem intermediação do respectivo ministério vinculador. Ademais, quando da descentralização de recursos, não precisariam disputar com outras unidades orçamentárias os limites outorgados aos ministérios. Tal conformação ofereceria maior autonomia para defenderem suas necessidades perante o órgão de planejamento. Registre-se que uma agência reguladora indicou que poderia perder força se tivesse que negociar diretamente com a SOF, pois entende que o ministério vinculador compreende melhor suas necessidades e tende a ser mais sensível às suas demandas.

Apesar disso, o Tribunal identificou que do ano de 2004 a 2009 houve um incremento do orçamento conferido às Agências de uma forma geral, sendo que para a ANEEL houve um crescimento de despesas liquidadas – ou seja, concretizadas com o uso do orçamento – de 25,2% entre os anos de 2004 e 2009 e um crescimento de 14,2% nas despesas liquidadas da ANATEL. Isso indica que, apesar da necessária aprovação do volume total de orçamento pelo Ministério vinculado à respectiva agência reguladora, nesse período não houve nenhuma redução do orçamento dessas agências por parte do Poder Executivo (TCU,

2011) Os principais gastos acrescidos foram associados ao incremento no quadro de pessoal e na melhoria no nível dos salários dos servidores o que, segundo os integrantes das agências auditadas, teria sido um “*importante passo para a profissionalização e valorização do quadro de pessoal*” naquele período (TCU, 2011).

No que tange às demais despesas de funcionamento, a auditoria revelou também que entre os anos de 2004 e 2009, 100% delas foram custeadas por recursos próprios, advindos das taxas de administração angariadas especificamente pela ANATEL e ANEEL. No caso da ANATEL, um percentual mínimo das despesas não foi pago com os recursos da taxa de fiscalização, parcela que totalizou apenas 0,6% dos empenhos no ano de 2006. Todo o restante das despesas foi realizado com os recursos próprios da Agência. Nesse caso, uma parte relevante do empenho foi realizado com base em orçamento com fundo autônomo, sobre o qual, a princípio, não haveria ingerência dos Ministérios vinculados. Vale notar quanto a esse ponto que, no período de 2004 a 2009, a ANATEL e ANEEL foram as únicas agências que apresentaram recursos suficientes para a manutenção de suas próprias despesas, o que não se observou nas demais agências avaliadas pelo TCU, tais como a Agência Nacional das Águas – ANA (TCU, 2011).

Apesar disso, a auditoria identificou o uso de mecanismos ao longo dos anos, pelo Poder Executivo, para a limitação orçamentária das agências, até mesmo com relação aos recursos próprios, arrecadados por meio de taxa de fiscalização. Essa limitação foi promovida tanto por meio do contingenciamento anual realizado pela Presidência da República sobre a Lei Orçamentária Anual, para a geração do superávit primário, com base na Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)¹⁹, quanto por meio da alteração e transferência de fontes, de forma imprevista, por meio da desvinculação de receitas, que pode atingir as receitas próprias de cada agência, recebidas por meio de taxa de fiscalização.

Conforme também apurado pela auditoria, com relação ao contingenciamento de recursos previstos na Lei Orçamentária Anual, não é especificado um critério formal e explícito sobre como esse contingenciamento pode ser realizado (TCU, 2011), de modo que a definição sobre o percentual de contingenciamento a ser adotado para cada órgão setorial é de natureza discricionária:

87. Mediante entrevistas e diligências realizadas nas agências reguladoras, SOF e ministérios vinculados, verificou-se que não existem critérios formais explícitos e

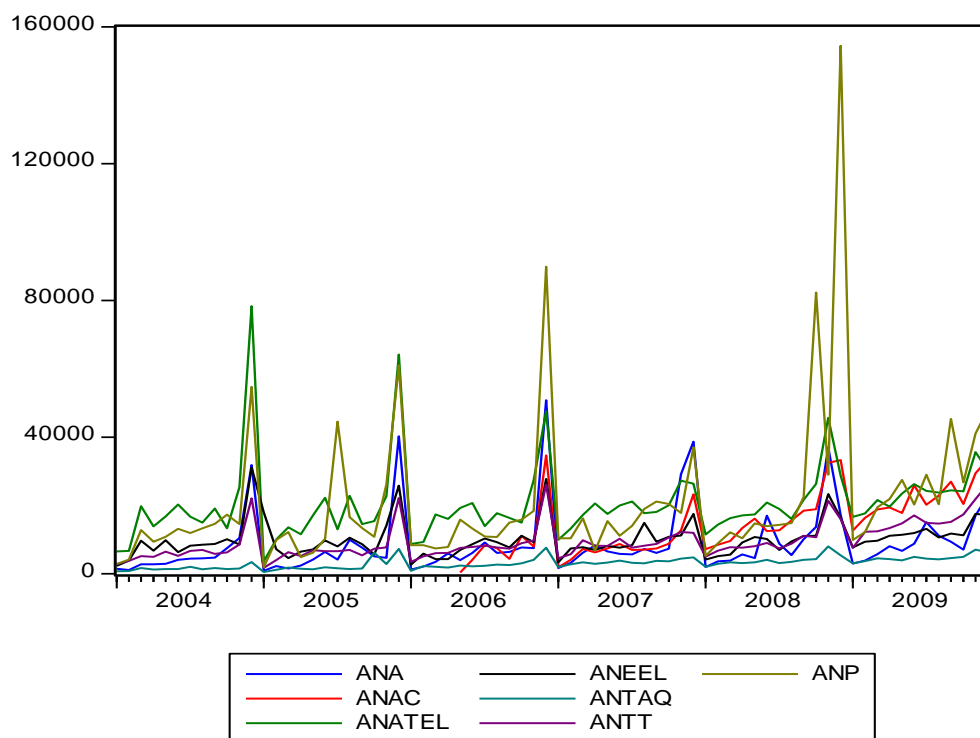
¹⁹ Com fundamento na Lei Complementar n. 101/2000, especificamente o seu artigo 9º, é possível que os Poderes da União e o Ministério Público promovam a limitação de empenhos e movimentações financeiras caso se verifique, ao final de cada bimestre, que a realização da receita não comportará as metas do resultado primário. Incluem-se nessa possibilidade de limitação de empenho e movimentações financeiras as receitas próprias das agências reguladoras de serviços públicos.

definidos ex-ante que estabeleçam prioridades quanto ao contingenciamento das agências. O Ministério de Minas Energia, por exemplo, foi categórico ao informar que não existe nenhuma exigência legal para que sejam aplicados às unidades orçamentárias os mesmos percentuais de contingenciamento impostos ao órgão setorial e nem para que seja dado tratamento diferenciado para os entes reguladores.

Portanto, essa estrutura normativa de contingenciamento da Lei Orçamentária Anual tem o potencial de, em tese, gerar incentivos para que o Poder Executivo use dessa possibilidade para, de forma estratégica, sancionar comportamentos adotados pelos corpos decisórios das agências que sejam eventualmente contrários aos anseios do respectivo ministério, contingenciando percentuais maiores do que aqueles aplicados em outras agências. Igualmente, com relação às taxas de fiscalização angariadas pelas agências, há a possibilidade de ingerência direta do Poder Executivo na decisão pela desvinculação de receitas, que pode também criar um incentivo para que o Presidente ou ministério vinculado penalize ou premie condutas contrárias ou favoráveis aos seus anseios, com uma maior ou menor desvinculação das receitas próprias de determinada agência.

Ainda com relação às instituições de independência referentes à autonomia financeira das agências, a auditoria especial do TCU indicou a recorrência de liberação intempestiva dos recursos provenientes da Lei Orçamentária Anual, o que é indicado por um aumento significativo da despesa liquidada no final do ano nas agências, inclusive na ANEEL e ANATEL. Com isso, aumenta a probabilidade de que as agências inscrevam mais restos a pagar não processados (TCU, 2011) sendo que essa estratégia pode também ser adotada pelo Poder Executivo como forma de coação com relação às decisões a serem adotadas pelos conselhos e diretorias. Abaixo, figura que demonstra a concentração de despesas liquidadas ao longo dos anos nas agências, incluindo ANATEL e ANEEL:

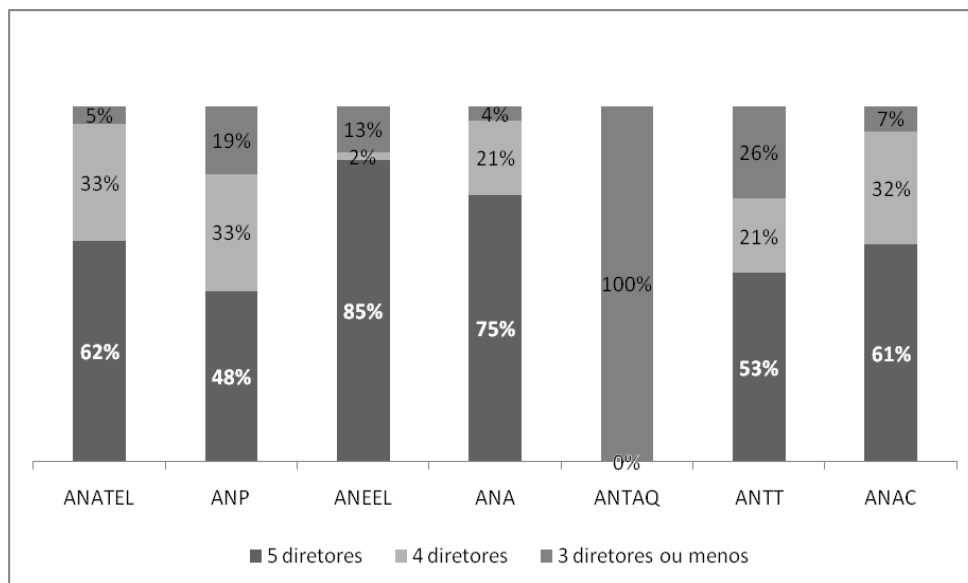
Figura 1 - Despesa liquidada das agências: janeiro de 2004 a dezembro de 2009 (R\$ mil) - aumento significativo da despesa liquidada ao final dos exercícios



Fonte: Siafi

A auditoria realizada pelo TCU também apontou para o fato de que, ao contrário da ANATEL, a ANEEL não prevê mecanismos específicos para a substituição de conselheiros na hipótese de vacância (TCU, 2011), o que, potencialmente, poderia prejudicar a colegialidade das decisões, instituição de independência adotada pelas leis de criação da ANEEL e ANATEL.

Para análise sobre a forma com que a vacância estava sendo tratada pelas agências, as agências informaram o número de diretores/conselheiros em exercício, por mês e ano, incluindo a ANEEL e a ANATEL. Com relação especificamente à ANATEL, no período avaliado, de 2004 a 2009, observou-se que houve a efetiva perda de capacidade deliberativa por ausência de conselheiros nomeados. Isso porque, durante 33% do tempo, a agência dispõe de apenas 4 conselheiros em atividade, e, em 5% do tempo, três ou menos conselheiros, conforme a tabela abaixo, produzida pelo Tribunal. No caso da ANEEL, em 13% dos períodos houve a ocupação de apenas 3 ou menos diretores:

Figura 2 - Percentual de períodos de vacância nas agências reguladoras, entre 2004 e 2009

Fonte: Dados tratados pelo TCU

Esse fato foi atribuído, pelo TCU, pela ausência da devida regulamentação da vacância dos cargos do Conselho/Diretoria das agências, conforme determinou o artigo 10º da Lei n. 9.986/2000.

Ainda sobre a indicação dos membros dos conselhos e diretorias das agências, foi indicado pelo Tribunal que os critérios adotados pela ANATEL para a seleção dos cargos de diretoria não apresentam nenhuma inovação ou especificidade com relação aos critérios básicos dispostos pela Lei n. 9.986/2000, ou seja, os critérios de serem brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos. Com relação a esses critérios, a auditoria apontou a ausência de uma especificação sobre o que deve ser entendido para a aferição desses termos, o que dificultaria uma comprovação objetiva de que esses critérios foram, efetivamente, atendidos nas respectivas nomeações. Esse espaço criado para a subjetividade possibilitaria a indicação de diretores sem os conhecimentos necessários para a atuação nesses cargos, de natureza técnica (TCU, 2011):

102. De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.986/2000, os dirigentes das agências reguladoras serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal.

103. Ao observarmos o quadro comparativo constante do Apêndice E, verificamos que as leis instituidoras da Anatel, ANTT, Antaq e Anac não apresentam nenhuma inovação ou especificação, apenas repetem os mesmos critérios já dispostos no citado diploma legal.

104. Referida lei não especifica o que se entende por reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos, dificultando

a comprovação objetiva da aptidão do candidato ao cargo. A subjetividade dos critérios possibilita a indicação de diretores que não possuem os conhecimentos imprescindíveis para o exercício de cargo de natureza técnica.

A auditoria também indicou a ausência de normas específicas sobre a vedação à recondução nos cargos de conselho ou diretoria das agências, o que poderia gerar incentivos aos ocupantes dos cargos a adotarem decisões por vezes não calcadas nos objetivos precípuos das agências, que possibilitem uma eventual recondução (TCU, 2011):

118. A recondução é permitida nas agências reguladoras de infraestrutura em destaque.

(...)

122. Em resposta a diligência realizada pela equipe de auditoria, verificou-se que já foram realizadas diversas reconduções de dirigentes das agências reguladoras.

123. Ante o exposto, entende-se que a vedação da possibilidade do instituto da recondução mitigaria o risco eventual de que os dirigentes das agências tomem decisões injustificadas, visando somente à recondução ao cargo.

Sobre o acompanhamento ministerial quanto à atuação das agências vinculadas, o TCU identificou um pequeno percentual de uso dos mecanismos formais para avaliação das atividades, inclusive nos casos da ANATEL e ANEEL. Com relação à primeira, foi identificada a ausência de uma sistemática implantada para avaliação das atividades pelo Ministério das Comunicações, sendo que naquele momento (2009) estava ainda em desenvolvimento um mecanismo de relatório de acompanhamento ainda não validado pelo Poder Executivo. Já com relação à aplicação do contrato de gestão pela ANEEL, houve sucesso na implantação do contrato com vigência até o ano de 2000, sendo que ele deixou de ser celebrado por um período de quase dez anos, com a celebração de novo contrato de gestão somente em 26/02/2010 (TCU, 2011). Esse dado não demonstra que não houve a fiscalização, nesse período, das atividades das agências, mas apenas que essa fiscalização não foi formalizada pelos Ministérios pelas vias próprias.

Como conclusão da auditoria n. 012.693/2009-9, a Unidade Técnica responsável apontou como principais problemas identificados na auditoria quanto às instituições de independência das agências reguladoras: (i) a ausência de especificação dos critérios técnicos para indicação dos diretores e conselheiros; (ii) a ausência da aplicação da quarentena aos superintendentes regionais das agências; (iii) o fato de que a recondução passou a ser permitida para os cargos de Conselheiro e Diretor por meio da Lei n. 9.986/2000; (iv) a ausência de regulamentos claros, à exceção da ANATEL, quanto à substituição dos conselheiros/diretores na hipótese de vacância; e (v) a ausência de estabilidade e previsibilidade quanto à descentralização dos recursos próprios das agências reguladoras.

Referendando essas conclusões, o Ministro José Jorge, Relator da auditoria, indicou que o processo orçamentário vigente, que envolve a descentralização de recursos e do financiamento por recursos próprios, enfraquece o modelo idealizado de autonomia financeira, conjuntamente com o fato de que os recursos orçamentários precisam atingir o limite que, por sua vez, é estipulado diretamente pelo Ministério correspondente. Destacou, principalmente, os recursos contingenciados no âmbito da ANEEL e ANATEL, ao afirmar que “*o governo federal contingenciou grande parte dos recursos destinados às atividades de regulação e fiscalização das agências, fazendo com que esses serviços essenciais não fossem desenvolvidos a contento*”. Tratam-se dos recursos que deveriam ter sido aplicados nas atividades finalísticas das agências (TCU, 2011).

Com base nessas conclusões, o Plenário do TCU realizou diversas recomendações para resolução das questões apontadas. Primeiramente, determinou às agências - incluindo a ANEEL e ANATEL - que disciplinassem as regras de substituição dos Conselheiros e seus Diretores, de modo a reduzir os períodos de vacância observados. Determinou, ainda, que o Ministério da Casa Civil adotasse providências específicas para promover o incremento das receitas da ANEEL e ANATEL e que promovesse estudos para a definição de prazos para a indicação de nomes pelo Executivo Federal para os cargos de Conselho e Diretoria. À Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Casa Civil, recomendou como boas práticas o estabelecimento de um rol taxativo para a perda de mandatos, a normatização de prazos para indicação, sabatina e nomeação de dirigentes dos entes reguladores, criação de mecanismos para a previsibilidade de descentralização dos recursos para as agências e de desvinculação dos orçamentos das agências por parte dos respectivos Ministérios vinculados:

ACORDAM os Ministros do Tribunal, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. Determinar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e à Agência Nacional de Aviação Civil que, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.986/2000, disciplinem em seus regulamentos a forma de substituição dos conselheiros e dos diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder à nomeação de novo conselheiro ou diretor, encaminhando a este Tribunal de Contas, em até 120 (cento e vinte) dias, o modelo proposto;

(...)

9.6. Recomendar à Casa Civil que:

(...)

9.6.2. adote providências no sentido de promover o incremento das receitas próprias das agências reguladoras deficitárias e, no caso da Aneel e Anatel, superavitárias, realize análises acerca dos valores das taxas de fiscalização praticadas e das sanções impostas, de modo a que as taxas de fiscalização sejam diminuídas para não onerar

em demasia aqueles que pagam para ser fiscalizados, mantendo-se o caráter punitivo das sanções impostas no exercício das suas atividades regulatórias;

(...)

9.6.4 promova estudos com vistas a fixar prazos para a indicação de nomes pelo Executivo Federal, tanto na hipótese de vacâncias previsíveis, quando deve ser delimitado um prazo de modo que a indicação se dê com a antecedência necessária para que não haja solução de continuidade na autonomia decisória das agências, quanto nas indicações decorrentes de vacâncias imprevisíveis;

9.7 recomendar ao Senado Federal que estude a viabilidade de se adotar rotina mais rigorosa na avaliação dos candidatos aos cargos de direção das agências reguladoras;

9.8. Comunicar à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Casa Civil que este Tribunal entende como boas práticas capazes de aprimorar a governança regulatória:

(...)

9.8.2. estabelecimento de rol taxativo de hipóteses de perda de mandato dos dirigentes das agências reguladoras, extinguindo a previsão insculpida no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.986/2000;

9.8.3. normatização de prazos para indicação, sabatina e nomeação de dirigentes dos entes reguladores;

9.8.4. criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências;

9.8.5. caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculadores;

(...)

9.9. Encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Telecomunicações, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil, à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional de Saúde, à Agência Nacional de Cinema, ao Ministério de Minas e Energia, ao Ministério das Comunicações, ao Ministério da Defesa, ao Ministério dos Transportes, ao Ministério do Meio Ambiente e à Casa Civil da Presidência da República;

9.10. com fundamento no artigo 14, IV, da Resolução TCU nº 215/2008, declarar integralmente atendida a presente Solicitação do Congresso Nacional; e

9.11. arquivar os presentes autos.

Na segunda auditoria especial realizada pelo TCU a pedido do Congresso Nacional, por meio das suas Unidades Técnicas SefidEnergia e SefidTransporte, para análise da governança das agências reguladoras do setor de infraestrutura, foram reavaliadas no âmbito do Processo n. 031.996/2013-2 as questões trazidas por meio do Acórdão aprovado pelo Plenário do Tribunal em 2011. Nessa nova auditoria, foram novamente inspecionados o grau de autonomia decisória e autonomia financeira, por meio de uma análise da aplicação e evolução normativa desses pontos na legislação de regência das respectivas agências, considerando especialmente as recomendações que já haviam sido feitas pelo TCU por meio do Acórdão n. 2261/2011 – Plenário.

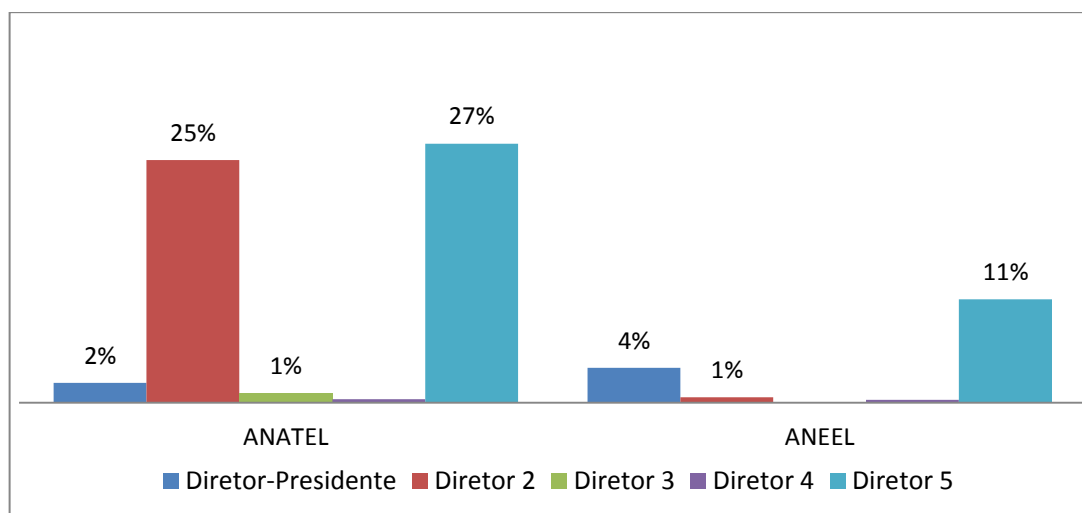
Como metodologia dessa nova análise, que ficou consubstanciada por meio do Acórdão n. 240/2015 - Plenário (TCU, 2015), foi adotado novamente o exame do arcabouço

normativo aplicável a cada uma das agências, bem como foram realizados requerimentos de documentos às agências e realizadas reuniões para reunião dos subsídios das análises.

Primeiramente com relação ao processo de indicação, nomeação e substituição dos dirigentes das agências reguladoras, a auditoria identificou que, apesar das recomendações feitas pelo TCU no ano de 2011, a ANEEL ainda não havia regulamentado as substituições de diretores no período de vacância.

Ainda, na análise específica dos períodos de vacância de cada uma das agências no período de 2010 e 2013, a auditoria revelou que, mesmo na ANATEL, que possui regulação a respeito da substituição na hipótese de vacância, o Cargo de “Diretor 2” ficou vago durante 25% do período analisado, e houve também uma vacância de 27% no que tange ao cargo e “Diretor 2”. No caso da ANEEL, a vacância mais expressiva ocorreu no cargo “Diretor 5”, que ficou sem indicação por um total de 11% do período avaliado pelo TCU. A tabela abaixo, baseada naquela elaborada pelo Tribunal, foi adaptada para mostrar os dados referentes às vacâncias da ANATEL e ANTT:

Figura 3 - Percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras, entre 1º/1/2010 e 31/12/2013

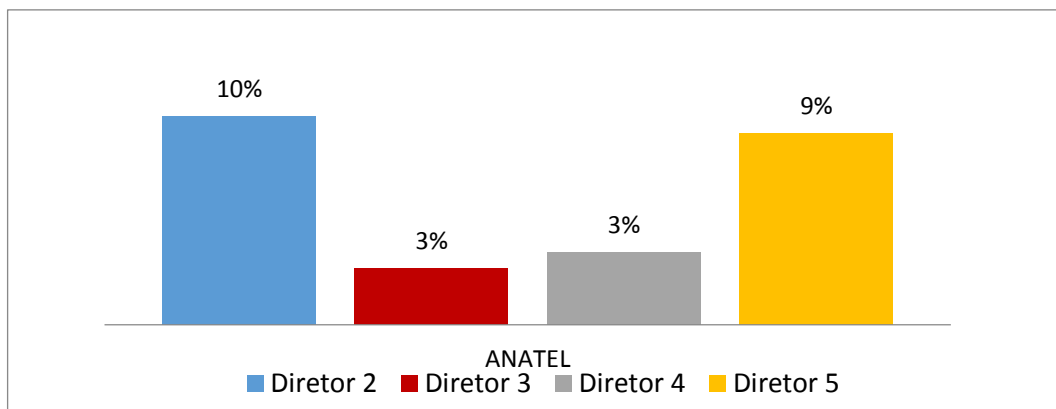


Fonte: Dados tratados pelo TCU

No caso da ANATEL, observou-se também a ocupação por funcionários interinos por longos períodos de tempo. No caso do cargo de “Diretor 1”, a ocupação interina ocorreu em 10% do período avaliado, sendo que no caso do cargo de “Diretor 5” a ocupação por interinos foi de 9%. Relevante notar que esse percentual de 9%, que parece ser pequeno, representa no período avaliado relevantes 400 dias nos quais o cargo de Conselheiro foi

ocupado interinamente. A tabela abaixo também foi adaptada para mostrar os dados referentes à ANATEL:

Figura 4 - Percentuais de ocupação dos cargos de direção por interinos



Fonte: Dados tratados pelo TCU

Esse percentual de ocupação por interinos, apesar de ser muito inferior à ocupação avaliada na ANTT e ANTAQ – nas quais em 100% do período avaliado houve ocupação por interinos – não deixa de demonstrar relevantes períodos de vacância na ANATEL e ANEEL, o que possui um impacto na aplicação das instituições de independência estabelecidas legalmente. Isso porque, conforme destacado pela própria auditoria do TCU, os membros interinos não gozam das mesmas prerrogativas das instituições de independência criadas para proteção da autonomia decisória dos conselheiros e diretores, tais como “*mandato fixo e impossibilidade de demissão ad nutum*” (TCU, 2015). Além disso, os membros interinos são indicados diretamente pelo Poder Executivo, sem o crivo do Poder Legislativo previsto legalmente. Segundo as Unidades Técnicas responsáveis, identificou-se uma “*burla ao sistema de indicação e nomeação dos dirigentes das agências reguladoras*” (TCU, 2015).

Especificamente quanto à autonomia financeira, foram avaliadas pela nova auditoria a adoção das medidas que haviam sido recomendadas pelo TCU como necessárias para a garantia da autonomia financeira das entidades. O Tribunal verificou a ausência de evolução legislativa, tendo sido consignado que “(...) *nada de novo foi identificado, ou seja, desde a última auditoria, não foram tomadas ações efetivas no sentido de distinguir as agências reguladoras das demais autarquias no trato orçamentário ou aumentar os níveis e a previsibilidade de seus recursos, no sentido de dotá-las de alguma autonomia financeira*” (TCU, 2015). Assim, permaneceram as falhas na aplicação dos princípios de autonomia financeira apontados anteriormente, notadamente que: “(...) *a) as agências se submetem aos*

ditames gerais do processo orçamentário; o contingenciamento orçamentário é a praxe; b) não existem mecanismos especiais que as diferenciem de outras unidades orçamentárias; c) em geral, não existe a autossuficiência, que é a capacidade de suas próprias receitas bancarem suas despesas, e, quando há, os recursos são retidos pelo Executivo para alavancagem do superávit primário; e d) não existem mecanismos formais que garantam estabilidade dos recursos destinados a elas” (TCU, 2015).

O Ministro Relator do processo, Raimundo Carreiro, endossou as conclusões conjuntas das Unidades Técnicas, ressaltando as conclusões de que “(...) *as agências têm permanecido prolongados períodos sem que as vagas em seus conselhos e diretorias sejam ocupadas mediante o devido processo de indicação e nomeação. A ocupação prolongada dos cargos vagos por interinos tornou-se bastante frequente*” (TCU, 2015). Em declaração de voto, o Ministro João Augusto Nardes destacou que os longos períodos de vácuo de comando nas agências, a ausência de regras para nomeação de diretores ou conselheiros interinos – o que é o caso da ANEEL – e a perpetuação dos interinos nesses cargos, sem o estabelecimento de limites, gera “(...) *grave prejuízo à autonomia e transparência das agências (...)*” (TCU, 2015). Igualmente, o Ministro Bruno Dantas identificou também os mesmos problemas, havendo agências que sequer possuem um regramento sobre a substituição de diretores ou conselheiros, e mesmo aquelas que possuem, como é o caso da ANATEL, os interinos nomeados para substituição se perpetuavam nos cargos a eles indicados, o que, segundo o Ministro, “(...) *é prejudicial à autonomia decisória dessas entidades, pois nenhum desses interinos tem as prerrogativas próprias do cargo (impossibilidade de demissão ad nutum e prazo fixo de exercício do cargo) que geram as condições mínimas à tomada de decisões autônomas por parte dos Diretores e Conselheiros titulares, além de configurar burla ao devido processo legal de indicação e nomeação, pois os indicados pelo Poder Executivo deveriam se submeter ao crivo do Legislativo*” (TCU, 2015).

Com base nas conclusões obtidas, por meio do Acórdão n. 240/2015 (TCU, 2015), o Plenário novamente realizou diversas determinações – e não apenas recomendações – de que a Casa Civil da Presidência da República (i) editasse decretos que regulamentassem a substituição de Diretores da ANEEL na hipótese de vacância ou de impedimentos e afastamentos regulamentares; (ii) previsse nos normativos da ANEEL e ANATEL um prazo máximo para a ocupação interina das vagas de conselheiro ou diretor, sendo necessária a apresentação de justificativa para a recondução ou nomeação de novo interino. Além disso, o Plenário do TCU recomendou que a Casa Civil envidasse esforços para a realização de

estudos com vistas a alterar as regras orçamentárias de modo a dotá-las de “*real autonomia financeira*”:

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.5. determinar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno TCU:

9.5.1 a edição de decretos visando regulamentar a forma de substituição de Diretores e Conselheiros da Agência Nacional de Aviação Civil, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e da Agência Nacional de Energia Elétrica, em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares, ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor, nos termos do artigo 10 da Lei 9.986/2000;

9.5.2 que faça prever nos normativos das agências elencadas no subitem 9.5.1 e da Agência Nacional de Transportes Terrestres, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e da Agência Nacional de Telecomunicações, um prazo máximo para ocupação da vaga pelo interino, sendo que a recondução ou nomeação de um novo interino deve ser devidamente justificada pela autoridade competente;

9.6. recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que, no âmbito de suas competências, envide esforços para:

(...)

9.6.2. a realização de estudos com vistas a alterar as regras orçamentárias no sentido de distinguir as agências reguladoras das demais autarquias no trato orçamentário, dotando-as de real autonomia financeira;

(...)

9.8. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica, com fulcro no art. 4º da Portaria-Segecex 13, de 27/4/2011, que, conforme art. 2º, inciso III, e 6º, inciso II, da Lei 12.813/2013 c/c art. 4º do Decreto 4.187/2002 e Nota de Orientação 1/2014 da Comissão de Ética Pública da Presidência da República, o prazo de quarentena aplicável aos Diretores e Conselheiros das agências reguladoras é de 6 meses, com direito a remuneração compensatória por igual período;

Essa foi a última auditoria realizada pelo Tribunal, a pedido do Congresso Nacional, sobre a governança nas agências reguladoras de serviços públicos de infraestrutura a nível federal, de modo que o Tribunal não avaliou posteriormente o cumprimento das determinações e recomendações realizadas por meio do Acórdão n. 240/2015-Plenário.

De todo modo, conforme já observado no Capítulo anterior, as últimas alterações substanciais nas instituições de independências criadas pelas leis que instituíram a ANEEL e ANATEL ocorreram no ano 2000, por meio da promulgação da Lei n. 9.986/2000, muito antes da prolação do Acórdão n. 2261/2011-Plenário e do Acórdão n. 240/2015-Plenário, que dispuseram as determinações e recomendações do Tribunal de Contas da União a respeito dessas instituições de independência. Ou seja, não foi observado o cumprimento dessas determinações e recomendações, seja pela Casa Civil da Presidência, seja pelas próprias agências reguladoras, como ANEEL e ANATEL.

Vale destacar que chegou a ser apresentada em 2007, pelo então Senador Delcídio do Amaral, a Proposta de Lei n. 464/2007, que foi inclusive citada pelo TCU no Acórdão n. 240/2015 – Plenário como uma das medidas que poderiam solucionar os problemas apontados na aplicação das instituições de independência das agências. Essa Proposta de Lei buscava “*definir critérios objetivos à indicação de diretores nas agências reguladoras, bem como disciplinar o período de vacância que anteceder à nomeação de novo Conselheiro ou Diretor*” (SENADO FEDERAL, 2007). O Projeto propunha a alteração da Lei n. 9.986/2000 para que passasse a prever diversos requisitos objetivos para a escolha dos Conselheiros e Diretores das agências reguladoras, tais como: a experiência de no mínimo dez anos no setor e a formação acadêmica compatível com o cargo, tomando-se como base o nível acadêmico médio dos profissionais do setor que gozem de notório saber. Com relação à vacância, propôs incluir na Lei n. 9.986/2000 a previsão de que a ausência de nomeação de novo Conselheiro ou Diretor geraria, sob aprovação do Senado Federal, a prorrogação sem prazo determinado do detentor do mandato até nova indicação, à exceção exclusivamente dos casos de morte ou renúncia, em que as decisões nas agências deveriam ser tomadas por maioria simples de votos ou por voto de qualidade do Presidente da autarquia, na hipótese de empate. Dentre as justificativas do Projeto estava a necessidade de que as regras de funcionamento das agências reguladoras fossem “*aperfeiçoadas, tanto para preservar sua autonomia e independência, imprescindíveis ao seu bom funcionamento, quanto para suprir lacunas e corrigir problemas evidenciados ao longo dessa primeira década de experiência*”. Ou seja, o projeto foi idealizado em razão do reconhecimento das falhas existentes nos mecanismos inicialmente criados no que tange às instituições de independência das agências reguladoras, apontadas inclusive pelo TCU. Chegou a ser apresentada emenda a esse Projeto de Lei (Emenda n. 1/2014 – CCJ), propondo a previsão de que a ausência de indicação tempestiva de novo diretor ou conselheiro pelo Presidente da República, até que ocorresse a vacância, importaria no cometimento de crime de responsabilidade. No entanto, essa Proposta de Lei acabou sendo arquivada pelo Plenário em decorrência do término da legislatura.

Com relação especificamente às medidas sugeridas pelo TCU para a vedação ao contingenciamento de despesas das Agências Reguladoras, encontra-se ainda em tramitação a Proposta de Lei Complementar PLP n. 7/2011, cuja pretensão é excluir das despesas passíveis de contingenciamento pelo artigo 9º da Lei Complementar n. 101/2000, aquelas “*de custeio das Agências Reguladoras*”. No entanto, a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados rejeitou a proposta por unanimidade no dia 09/05/2018, de modo que, caso não haja recurso, a matéria deverá ser arquivada.

Encontram-se em trâmite atualmente no Senado Federal: (i) o Projeto de Lei do Senado n. 540/2015, que pretende estabelecer que os cargos de direção das agências reguladoras serão preenchidos exclusivamente por servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo do quadro da entidade respectiva; (ii) o Projeto de Lei do Senado n. 241/2015, que busca incluir na Lei n. 9.986/2000 como requisitos da nomeação de Diretores e Conselheiros a experiência mínima de dez anos, a quarentena de exercício de atividades privadas no setor nos dois anos anteriores à sua indicação e a ausência de parentesco com pessoas com atuação na área de interesse do setor regulado; (iii) o Projeto de Lei do Senado n. 72/2012 que pretende incluir na Lei n. 9.986/2000 a previsão de um prazo máximo de 90 dias para a substituição nos casos de vacância; (iv) o Projeto de Lei do Senado n. 495/2015, que possui como uma das proposições a alteração da Lei n. 9.986/2000, para passe a estabelecer um período mínimo de experiência profissional ou acadêmica de cinco anos, designação prévia de conselheiros e diretores substitutos, sendo que a recusa pelo Presidente à nomeação de conselheiros e diretores acarretaria em crime de responsabilidade, bem como mandato não coincidente de quatro anos para todas as agências e quarentena posterior ao cargo por um período de um ano, dentre outras medidas; (v) o Projeto de Lei do Senado n. 207/2015, que propõe a alteração da Lei n. 9.986/2000 para a inclusão da previsão da nomeação de conselheiros ou diretores previamente designados, com a configuração de crime de responsabilidade da hipótese de não nomeação de interino após um prazo de 180 dias da vacância.

Especificamente sobre a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras em termos de fiscalização, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei do Senado n. 140/2013, que pretende ampliar para as demais agências reguladoras o modelo de contrato de gestão adotado pela ANEEL, que estabelece as metas para o acompanhamento do desempenho das agências para um período de até quatro anos. Como consequência do cumprimento dessas metas, as agências se beneficiariam de uma redução das limitações de empenho referentes à Lei Complementar n. 101/2000. Ou seja, o Projeto pretende vincular a análise do desempenho das agências à restrição dos recursos orçamentários. Sobre o assunto está também em trâmite o Projeto de Lei do Senado n. 387/2015, que pretende: (i) incluir no Decreto n. 200/1067 – que dispõe sobre a organização da Administração Federal - a previsão de que, com relação às agências reguladoras, a supervisão ministerial deve se limitar à fixação das despesas de pessoal e de administração, critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas e realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; (ii) incluir na Lei n. 4.320/1964 (Normas Gerais de Direito Financeiro) a

previsão, na gestão orçamentária das agências reguladoras, de vedação ao contingenciamento das despesas autorizadas na Lei Orçamentária, de gestão autônoma das taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia e das demais receitas legalmente atribuídas, bem como a transferência para o exercício seguinte de eventual saldo positivo apurado em balanço. Encontra-se dentre as justificativas dessa proposta de Lei a afirmação de que “*apesar da expressa previsão legal de autonomia financeira, as agências reguladoras encontram-se, na prática, completamente tolhidas pela administração direta no que diz respeito à gestão de suas receitas próprias*”, mencionando expressamente o Acórdão n. 2.261/2011 do TCU.

Sobre as alterações na esfera constitucional em trâmite no Senado, existem atualmente em trâmite: (i) as Propostas de Emenda à Constituição n. 11/2009 e 40/2015, que pretendem que o Senado seja responsável pela nomeação dos diretores das agências reguladoras caso o Presidente da República não o faça no prazo de 90 dias contados da data de vacância do cargo; e (ii) a Proposta de Emenda Constitucional n. 156/2015, que pretende incluir na Constituição da República a previsão de diversos critérios para a seleção dos diretores de agências reguladoras – como a necessária experiência de mais de dez anos no exercício da função e comprovação de conhecimento técnico por meio de títulos acadêmicos e publicações especializadas – a ser realizada não mais pelo Presidente da República, mas mediante um “*processo seletivo público*” que garanta a transparência do procedimento, imparcialidade dos avaliadores e a reserva de vagas aos servidores de carreira de cada agência.

Já no âmbito da Câmara dos Deputados, há também diversas propostas que versam sobre as instituições de independência das agências reguladoras, sendo possível citar: (i) Projeto de Lei n. 413/2003, que pretende incluir na lei n. 9.9986 a possibilidade de demissão de conselheiros ou diretores na hipótese de “*não observância das políticas determinadas pelo Ministério ou Órgão Superior*”; e (ii) a Proposta de Emenda à Constituição que pretende estabelecer o prazo máximo de 60 dias para escolha, pelo Presidente da República, dos membros dos Conselhos Diretores e Diretorias das agências reguladoras, citando como justificativa as achados da auditoria realizada pelo TCU por meio do Acórdão n. 240/2015.

Além de todo esse conjunto de propostas em trâmite a respeito do tema, a principal proposta legislativa, que se encontra também bastante avançada para aprovação é a Proposta de Lei do Senado n. 52/2013 (PL 6621/2016 na Câmara dos Deputados), que pretende instituir uma “*Lei Geral das Agências Reguladoras*”. Pela sua relevância, a Proposta será avaliada mais detalhadamente no Capítulo V. De toda forma, vale já ressaltar que dentre

as medidas propostas está a realização de alterações na Lei n. 9.986/2000 para incluir diversos requisitos na seleção dos Conselheiros e Diretores pelo Presidente da República, a elaboração prévia de uma lista tríplice por uma comissão de seleção, a ser observada pelo Presidente, vedação à indicação de “*Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos*” e de “*pessoa que mantenha, ou tenha mantido, nos 12 (doze) meses anteriores à data de início do mandato, um dos seguintes vínculos com empresa que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência*”, por exemplo.

No entanto, o fato é que nenhuma dessas propostas, que endereçam as questões apontadas pelo TCU desde seu primeiro acórdão em 2011, foram efetivamente aprovadas, de modo que até o momento não houve concretização de soluções legislativas sobre as instituições de independência das agências reguladoras, notadamente com relação às falhas na sua aplicação pelo Tribunal. Ou seja, mesmo após a apresentação de determinações e recomendações pelo TCU, que é o órgão constitucionalmente competente para apreciar em auditorias a regularidade da execução das autarquias e que propôs a necessidade de realização de reformas institucionais legislativas, nenhuma das propostas apresentadas foi aprovada até o momento.

4.2 Análise dos incentivos gerados pelas instituições de independência da ANEEL e ANATEL no âmbito do arcabouço normativo brasileiro

Na seção anterior foram observados os diversos achados das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União, que foram identificadas pela Corte de Contas como “*falhas que demonstravam o estágio incipiente de governança naquelas entidades à época*” (TCU, 2015), ou, ainda, “*falhas do executivo ou do legislativo*” na realização de atividades previstas pelas instituições de independência, tais como a indicação tempestiva da função dos diretores e conselheiros (TCU, 2011), que demandariam reformas na legislação de regência dessas agências.

Por outro lado, essas assim denominadas “falhas” na aplicação das instituições de independência, podem ser também observadas sob outro prisma, notadamente como o diagnóstico do resultado dos incentivos gerados pelas instituições de independência criadas, considerando sua interação com todo o arcabouço legislativo que rege as atividades e o

orçamento dessas agências, bem como sua interação com os indivíduos submetidos a essas restrições normativas. Ou seja, os comportamentos e interações sociais efetivamente induzidos pelo desenho institucional criado (LARA, 2018, p. 149).

Com esse enfoque, e com fundamento nas circunstâncias levantadas pela auditoria do TCU, esta seção será dedicada a investigar como e por que essas instituições de independência causaram os resultados ali observados. Essa análise subsidiará, no Capítulo final, a proposição de um diagnóstico que objetivará responder se essas instituições de independência têm gerado, ou não, incentivos produtivos ao desenvolvimento e se, em última análise, as instituições de independência desenvolvidas para a ANEEL e ANATEL enquadram-se, ou não em uma circunstância de *path dependency*.

Primeiramente, destaca-se a demora identificada pela auditoria do TCU para a nomeação, pelo Presidente da República, dos diretores e conselheiros das agências, inclusive da ANEEL e ANATEL. Como visto, apesar das determinações e recomendações do Tribunal e apesar de haverem propostas legislativas nesse sentido, as instituições de independência existentes não estipulam prazos para a nomeação dos dirigentes da ANEEL e ANATEL pelo Presidente, não estabelece sanções aplicáveis na hipótese de descumprimento desse prazo e tampouco prevê a delegação dessa competência ao Senado Federal ou outra entidade na hipótese da indicação não ser realizada tempestivamente pelo Presidente.

Ainda, as instituições existentes permitem que o prazo do mandato dos dirigentes se inicie da data de sua posse, independentemente do tempo que foi utilizado pelo Presidente para a sua nomeação, ou seja, o prazo de mandato do dirigente nomeado não é afetado pela demora na indicação pelo Presidente da República. Nesse contexto, encontra-se no arbítrio do Presidente a escolha estratégica do melhor momento para a indicação dos dirigentes das agências, considerando especialmente quando será exercido o mandato do dirigente indicado.

No artigo “*A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF*”, PRADO e TUMER (2009) investigam se esse quadro institucional brasileiro induziria a escolha estratégica do Presidente no sentido de buscar a maximização do número de seus nomeados para cargos com estabilidade e mandatos fixos, de modo a prolongar ao máximo a permanência dos seus indicados nos respectivos cargos, como forma de manutenção de sua influência nos futuros governos e em suas definições de execução das políticas públicas, especialmente considerando o contexto institucional da democracia brasileira, que permite uma intensa alternância do Poder.

No caso específico das agências reguladoras, a análise teve como objetivo identificar os mecanismos que poderiam ser adotados pelo Presidente para driblar a

alternância do poder gerada pelas eleições presidenciais, notadamente: (i) o uso da pressão política pelo Presidente para gerar o pedido de exoneração por parte dos Diretores ou Conselheiros, dando ao chefe do Poder Executivo mais do que apenas uma nomeação por ano em cada agência reguladora, com base na regra de mandatos não-coincidentes; ou (ii) atraso na nomeação dos dirigentes como uma estratégia para perpetuar os ocupantes nomeados por um prazo maior, para além de seu próprio governo.

Nessa análise, PRADO e TUMER identificaram que esse arranjo estratégico não era de interesse particular no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), que teve a possibilidade de nomear o quadro completo das agências no momento da sua criação. Nesse contexto, o Presidente obteve, durante todo seu mandato, a totalidade das indicações em todas as agências criadas naquele momento, incluindo ANEEL e ANATEL. Desse modo, Fernando Henrique Cardoso, que já detinha a totalidade das indicações, teria menos incentivos em atrasar a nomeação de dirigentes do que teria o Presidente que assumisse o mandato seguinte, o que foi o caso do governo de Luíz Inácio Lula da Silva (2003-2011), que se deparou com agências cujos dirigentes foram integralmente escolhidos pelo Chefe do Executivo anterior (PRADO e TUMER, 2009, p. 9). Sob essa perspectiva, o governo Lula “*marcou, na história institucional do Brasil, o primeiro teste da estrutura regulatória independente à sucessão democrática no âmbito federal*” (BINENBOJM, 2005, p. 235).

Ainda que não houvessem incentivos para esse atraso, observou-se no período de governo de Fernando Henrique Cardoso atrasos na posse dos seus nomeados. Porém, ainda que a intenção nesse caso fosse perpetuar por um período maior de tempo os mandatos dos seus dirigentes nomeados, esses atrasos não puderam ter impacto no governo seguinte. Isso porque, já no segundo ano de governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2011), os dirigentes por ele indicados já representavam a maioria no Conselho da ANATEL (PRADO e TUMER, 2009, p. 9). Para chegar nesse resultado, foi noticiado o uso, pelo novo Chefe do Poder Executivo, de pressão política para que o Presidente da ANATEL renunciasse²⁰.

²⁰ *Época*. Caminho livre – Governo derruba o presidente da ANATEL para não atrapalhar as negociações de venda da Embratel. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI42105-15259,00.html>. Acesso em 16/11/2018. Segundo a reportagem, “(...) Três motivos levaram o governo Lula a trocar o presidente da poderosa Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). O mais divulgado foi a relação tumultuada entre o antigo presidente, Luiz Guilherme Schymura (indicado pelo governo Fernando Henrique Cardoso), e o ministro das Comunicações, Miro Teixeira. A segunda explicação é que Schymura representa a primeira peça de um dominó de mudanças que o governo fará nas agências de regulação. A razão mais forte, porém, está na briga pela compra da Embratel. Em conversas, Schymura se mostrara contra a proposta feita pelo consórcio das companhias Telemar—Telefônica—Brasil Telecom, porque a julgava irregular. O presidente Luiz Inácio Lula da Silva pediu que Schymura saísse da presidência da Anatel numa reunião em 23 de dezembro. Queria, porém, que ele aceitasse permanecer como conselheiro da agência. Schymura recusou, mas, como saiu sem

Na implantação das agências americanas, também já havia sido identificada possibilidade do Presidente convencer os membros da diretoria ou conselho indicados pelo grupo político anterior a resignarem, eliminando, assim, os efeitos da constrição legal que impede a remoção injustificada dos dirigentes das agências. Trata-se do fenômeno denominado de “jogar a toalha” (“*throwing in the towel*”) (PRADO, 2008, p. 470).

Outro fenômeno identificado foi o convencimento, pelo Presidente, dos diretores e conselheiros para que passem a adotar suas preferências políticas, na hipótese de alteração da coalizão política existente (“*political drift*”) (PRADO, 2008, p. 471). Indícios referentes a este último fenômeno estaria no fato de que Luiz Inácio Lula da Silva indicou como Presidentes da ANATEL e da ANEEL os antigos colaboradores do governo de Fernando Henrique Cardoso, Ronaldo Sardemberg e Jerson Kelman, respectivamente²¹.

Ainda especificamente quanto à ANATEL, a partir da obtenção da maioria das indicações pelo governo de Luiz Inácio Lula da Silva, a estratégia utilizada foi a demora, não somente na posse dos novos conselheiros, mas na própria nomeação, sendo que a partir de 2005 o novo Presidente deixou pelo menos duas nomeações em aberto (PRADO e TUMER, 2009, p. 9).

A lógica dessa prática estaria no fato de que, após obtida a maioria das indicações para o Conselho, realizar uma nova indicação não traria, a princípio, maior influência sobre as decisões da agência. Por outro lado, se o Chefe do Poder Executivo já obtém a maioria das indicações, como no caso da ANATEL em 2004, aguardar um tempo maior para a realização das demais nomeações apresentaria uma recompensa maior, ao passo em que seria ampliado o período do mandato dos dirigentes que, potencialmente, seria exercido nos próximos governos.

Dado esse cenário, foi necessário que se adotasse interpretação ausente na literalidade da lei: aqueles nomeados em atraso cumpririam a integralidade do seu mandato, ou somente aquele restante, contado da data da vacância da sua posição? A interpretação da Casa Civil, naquele momento, foi no sentido de que os mandatos deveriam ser cumpridos de forma integral pelos Conselheiros indicados (PRADO e TUMER, 2009, p. 10).

Essa interpretação favoreceu o incentivo para a demora na indicação dos dirigentes, o que encontra evidência no fato de que as principais vacâncias no caso da

atirar em ninguém, deve ser recompensado. Em seu lugar assumiu o ex-sindicalista Pedro Jaime Ziller, até então principal assessor de Miro Teixeira (...)”.

²¹ “*Ex-auxiliares de FHC ganham espaço com Lula*”. Marcelo de Moraes, BRASÍLIA, O Estadão de S.Paulo. 28 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ex-auxiliares-de-fhc-ganham-espaco-com-lula,116124>

ANATEL ocorreram no ano anterior à renovação presidencial, que ocorreria em 2007. Inclusive, uma das vagas da agência deixou de ser preenchida em 2006 para ser escolhida em 2007, o que também parece ter sido estratégico, tendo em vista que, em novembro daquele ano, Luiz Inácio Lula da Silva já detinha a informação de que seria reeleito, motivo pelo qual não tinha incentivos para nomear, antes do novo mandato, o novo Conselheiro da ANATEL (PRADO e TUMER, 2009, p. 11).

Nesse ponto, PRADO (2008, p. 490) indica que as instituições adotadas em agências nos EUA não foram integralmente implantadas no Brasil, tendo em vista que em agências como a Securities and Exchange Commission – SEC, o prazo final dos cargos sempre é o mesmo – dia 5 de junho de cada ano, de modo que a demora na indicação de determinado “*commissioner*” não gera nenhum benefício de postergação do prazo de mandato.

Outros fatores poderiam igualmente ser argumentados para a demora na indicação como, por exemplo, a demora nas articulações políticas necessárias para esse tipo de definição. Da mesma forma, poderiam ser apontados diversos outros motivos para o pedido de exoneração por parte de um conselheiro ou diretor. O fato identificado aqui é que o quadro institucional existente possibilita que o Chefe do Poder Executivo obtenha, por meio do atraso na nomeação de dirigentes e por meio do uso de pressão política para gerar a exoneração, as recompensas relevantes de perpetuar os mandatos de suas nomeações nos governos futuros e de obter a maioria das indicações desde o início do seu governo. Com isso, o quadro institucional existente gera incentivos para que os Presidentes, em uma escolha estratégica, levem mais tempo na escolha dos Conselhos e Diretorias das agências e se utilizem de pressão para resignação daqueles nomeados anteriormente (PRADO e TUMER, 2009, p. 17), havendo evidências de que esse caminho estratégico tem sido adotado na condução das indicações de conselheiros e diretores nas agências reguladoras brasileiras (p. 21).

Sobre o impacto da demora na nomeação dos dirigentes, noticiou-se, por exemplo, no ano de 2018 que, em decorrência de haverem apenas três diretores em exercício na ANEEL, duas reuniões semanais tiveram que ser canceladas entre os meses de março e abril devido à falta do quórum mínimo de três diretores para tomada de decisões. Na oportunidade, o presidente da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia indicou que “*Isso está preocupante, porque nós estamos diante de uma situação de paralisia do ente regulador por falta de quórum... se um diretor fica doente ou se ausenta por um período, não há condições de fazer reunião, e isso é muito complicado (...)*”. Nesse período, não foi possível a decisão sobre a suspensão de empréstimos emergenciais feitos a distribuidores de energia da

Elektrobras a empresas inadimplentes com obrigações no Setor Elétrico²². Ao todo, quatro reuniões públicas ordinárias foram canceladas no ano de 2018²³.

Quanto às instituições de independência relacionadas à autonomia financeira, no caso específico da ANEEL e ANATEL, observou-se que o quadro institucional brasileiro permite que o Presidente da República possa, por meio de decretos, alterar não somente os valores apropriados às agências por meio das leis orçamentárias anuais, mas também promover a reorganização das receitas recebidas pelas agências por meio das taxas de fiscalização. Assim, o quadro atual de instituições de independência permite que o Presidente possua, de forma unilateral, um controle financeiro direto sobre grande parte das finanças das agências, o que pode incentivar as agências a adotarem as preferências do Chefe do Poder Executivo, sob a ameaça de reduções no orçamento (PRADO, 2008, p. 495). Esse é, justamente, o cenário que o conjunto normativo de instituições de autonomia financeira busca combater.

No caso específico da ANEEL, os contingenciamentos ocasionaram diversas interferências nas suas atividades. A título exemplificativo, houve a suspensão dos serviços de teletendimento ao consumidor em 2016²⁴, tendo em vista que, naquele ano, o orçamento previsto pela Agência, de R\$ 200 milhões, dentre aprovações e contingenciamentos o orçamento destinado à agência foi de R\$ 44 milhões de reais, ou seja, menos de 1/4 do orçamento estipulado. No ano de 2017, houve um contingenciamento de 45% na lei orçamentária de 2017, levando à suspensão de inspeções de segurança *in loco* nas barragens de usinas hidrelétricas, com redução do período de período de atendimento de *callcenter* que havia sido restabelecido. Com relação especificamente às taxas de fiscalização, a ANEEL foi atingida desde sua criação em 1998 com o contingenciamento de R\$ 3 bilhões de como forma de reforçar o superávit primário²⁵.

Com relação à ANATEL, no ano de 2016 a receita proveniente da Lei Orçamentária seria de R\$ 137 milhões, mas, com os limites de empenho impostos pelo Presidente da República, chegou a R\$ 96 milhões de reais. No ano de 2017, os

²² “Demora na nomeação de diretores na Aneel gera preocupação no setor elétrico”. Luciano Costa, Reuters, 13/04/2018. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1HK2F7-OBRBS>.

²³ Conforme calendário divulgado pela ANEEL no portal <http://www.aneel.gov.br/calendario>.

²⁴ “ANEEL suspende serviços de teletendimento ao consumidor”. Assessoria de Imprensa da ANEEL. 6 de maio de 2016. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/seguranca-de-barragens/-/asset_publisher/hdISBQAhtk6A/content/aneel-suspende-servicos-de-teletendimento-ao-consumidor/656877?inheritRedirect=false

²⁵ “Sem dinheiro, Aneel corta até inspeção de barragem”. Secretaria de Energia e Mineração do Governo do Estado de São Paulo. 24 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.energia.sp.gov.br/2017/04/sem-dinheiro-aneel-corta-ate-inspecao-de-barragem/>

contingenciamentos chegaram a 1/3 do orçamento inicialmente previsto, que passou de R\$ 223 milhões para R\$ 83 milhões, motivo pelo qual o então presidente da ANATEL Juarez Quadros declarou que era “*impossível trabalhar com esses limites*”. Segundo a ouvidoria da Agência, “*As ações de fiscalização, tanto programadas, quanto efetivamente executadas, têm sido sequencialmente reduzidas (...) Por falta de recursos, a agência estaria deixando de cumprir sua função de fiscalizadora da regulação, talvez um dos mais importantes processos sobre os quais ela se responsabiliza*”²⁶. Em 2018, o Presidente da ANATEL voltou a criticar os contingenciamentos, ocorridos também no Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações FUNTTEL²⁷.

Sobre a definição legal do tempo de mandato dos dirigentes da agências, conforme observado no Capítulo II, a adoção do tempo de mandato superior ao período de mandato do Poder Executivo nas leis de criação da ANATEL e ANEEL tem como motivação a alternância entre o período da atuação de um diretor ou conselheiro na agência e o período do mandato presidencial, para que se sinta menos obrigado a acatar resultados de interferência de um ou outro Presidente. Nesse ponto, a legislação da ANEEL estabelece uma instituição com incentivos menos propícios à independência do que a ANATEL, tendo em vista que os mandatos dos Diretores da primeira agência duram 4 anos (podendo coincidir plenamente com o mandato de um só Presidente) enquanto o mandato da segunda agência, de 5 anos, abrange, necessariamente, dois mandatos (PRADO, 2008, p. 486). Porém, considerando que no sistema eleitoral brasileiro é possível a reeleição, até mesmo o sistema estabelecido pela ANATEL não impede que o mandato de determinado Conselheiro ocorra integralmente no mandato de determinado Presidente, cujo prazo máximo é de oito anos.

Outro ponto refere-se à aprovação pelo Senado das indicações aos cargos de diretoria e conselho das agências. Desde a criação da ANEEL e da ANATEL, absolutamente nenhum dos nomes indicados pelo Presidente da República à Diretoria e Conselho das agências, respectivamente, foi vetado pelo Senado Federal²⁸, o que também segue a dinâmica

²⁶ “*Sucessivos contingenciamentos reduziram fiscalização da Anatel*”. Convergência Digital. 17/08/2017.

Disponível em:

<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=45995&id=8>

²⁷ “*Presidente da Anatel critica contingenciamento do Funttel*”. Teletime. 03 de outubro de 2018. Disponível em: <http://teletime.com.br/03/10/2018/presidente-da-anatel-critica-contingenciamento-do-funttel/>

²⁸ Conforme aprovações pelo Senado dos Diretores da ANEEL nas Mensagens (SF) nº 26/2018, nº 27/2018, nº 66/2018, nº 67/2018, nº 51/2014, nº 52/2014, nº 53/2014, nº 90/2013, nº 91/2013, nº 131/2010, nº 132/2010, nº 261/2009, nº 262/2009, nº 279/2008, nº 108/2006, nº 109/2006, nº 246/2005, nº 247/2005, nº 193/2004, nº 114/2001, nº 115/2001, nº 265/2001, nº 266/2001, nº 212/2000, nº 209/1997, nº 210/1997 e aprovações pelo Senado dos Conselheiros da ANATEL nas Mensagens (SF) nº 67/2017, nº 87/2016, nº 104/2016, nº 68/2015, 69/2015, nº 99/2013, nº 100/2013, nº 139/2011, nº 140/2011, nº 36/2009, nº 260/2009, nº 136/2008, nº 34/2007,

de aprovações das agências americanas. Segundo PRADO (2008, p. 479), essa ausência de rejeições pode ser interpretada em duas perspectivas: a primeira delas é o alinhamento ideológico entre o Presidente e o Senado e a segunda, a realização de um exercício, pelo Presidente da República, de antecipação das preferências do Senado para realização das indicações. No entanto, em ambas as hipóteses, não há dados concretos que possam confirmar se, de fato, a existência da fase de aprovação prévia pelo Senado gera o incentivo pretendido por essa instituição de independência, que seria o balanceamento do poder do Presidente da República na indicação de conselheiros e diretores das agências reguladoras.

Sobre a efetividade das instituições de independência no isolamento das agências com relação ao Poder Executivo, como já colocado anteriormente, na história das agências reguladoras independentes brasileiras o primeiro teste sobre os resultados das instituições então criadas, notadamente na relação entre o Poder Executivo e os corpos diretivos das agências, ocorreu após o início do mandato da segunda Presidência desde as desestatizações. Isso porque, no momento de sua criação, as agências – notadamente a ANEEL e ANATEL – tiveram suas diretorias e conselhos ocupados integralmente por membros indicados pelo Presidente em exercício, Fernando Henrique Cardoso, de modo que as instituições ainda não tinham passado, naquele momento, por um período de alternância do Poder Executivo e, conseqüentemente, pelos comportamentos gerados pelas instituições criadas nessas circunstâncias.

Nesse contexto, especificamente sobre a influência da Presidência da República nas decisões a cargo das agências reguladoras, BINENBOJM relembra que apenas três meses após a sua posse, o Presidente Lula designou uma comissão para discussão da reforma legislativa da estrutura das agências²⁹ e seu governo iniciou também um debate público sobre a revisão das tarifas telefônicas e de energia³⁰, que representariam medidas impopulares logo

nº 51/2007, nº 89/2004, nº 90/2004, nº 260/2003, nº 79/2002, nº 116/2002, nº 273/2002, nº 216/2000, nº 27/1999, nº 171/1997, nº 172/1997, nº 173/1997, nº 174/1997 e nº 175/1997, disponíveis em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/>. Acesso em: 16/11/2018.

²⁹ Comissão que resultou na elaboração do Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial intitulado “*Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*”, disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 15/11/2018.

³⁰ Na edição de 20/02/2003, a Folha de São Paulo trouxe a reportagem bastante difundida no tema de independência das agências reguladoras, com o título “*Lula critica agências e diz que fará mudanças*”, com a seguinte chamada de capa: “*O presidente Luiz Inácio Lula da Silva criticou as agências reguladoras, como as de energia e telecomunicações, e afirmou que vai mudar a atuação desses órgãos, criados no governo FHC depois das privatizações. ‘O Brasil foi terceirizado. As agências mandam no país’, declarou Lula em almoço com líderes do Congresso. O presidente reclamou que fica sabendo de aumentos nas tarifas pelos jornais: ‘As decisões que afetam a população não passam pelo governo’. As agências foram criadas para fiscalizar os setores e dar garantias de longo prazo aos investidores de que as regras não mudariam de acordo com cada governo*”. Disponível em:

no início do governo, o que poderia ser visto como uma tentativa de pressionar as agências a adotarem os posicionamentos defendidos pelo Poder Executivo (2005, p. 235).

Nesse interstício, PRADO (2008) especifica duas oportunidades em que foi possível identificar evidências de possíveis interferências ocorridas durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva em definições de competência da ANEEL. A primeira delas foi a decisão da ANEEL em limitar o nível de aumento nas tarifas de energia elétrica no momento imediatamente posterior ao início do governo, que havia acabado de anunciar sua intenção de paralisar justamente o crescimento das tarifas de energia elétrica. Essa decisão da agência não foi precedida de audiências públicas, como previsto no seu regulamento, e também não foi acompanhada de maiores justificativas, e impactou em, no mínimo, contratos com duas companhias distribuidoras de energia elétrica (p. 450-451). No entanto, tendo em vista que não houve qualquer alteração legislativa no que tange ao direito das distribuidoras ao recebimento dos reajustes e revisões tarifárias, essa paralisação teve que ser recompensada ao longo do tempo, de modo que os reajustes que não foram realizados em 2003 foram adiados, de modo a serem implementados entre 2004 e 2007 (p. 451). Essa estratégia estava alinhada com o objetivo do governo à época, de conter o crescimento da inflação no período, apesar de ser uma competência exclusiva da agência a adoção de medidas de controle, acompanhamento e revisão das tarifas de serviços prestados em regime público³¹. Com relação a esse episódio, havia ainda a constante ameaça da Presidência de implementação de um projeto de lei de alteração da regulamentação das agências (PRADO, 2010, p. 12):

The fact that these two episodes –the bill to restructure the agencies and the battle over tariff increases– happened at the same time suggests that the former could have been a strategy to influence the agencies. Between March and September 2003, the agencies were conducting a negotiation regarding tariff increases under the constant threat of having the restructuring bill sent to Congress and enacted into law. After the agencies made their final decisions regarding the tariffs, the threats and complaints publicly addressed to agencies by important governmental officials became less frequent and less intense (Alencar 2003). There are reasons to believe that the regulatory agency for the electricity sector reacted to the threat that at any moment the legislative and regulatory powers of the President could be used to change the structure of the agencies and reduce their independence (Goldman 2003). (...)³².

<<https://acervo.folha.com.br/compartilhar.do?numero=15627&anchor=83843&pd=5f31b58aa02a0e80fca86d53a6fac741>>. Acesso em: 15/11/2018.

³¹ Conforme o artigo inciso XVIII do artigo 3º: “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (...) XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (...)”.

³² Em tradução livre: “O fato desses dois episódios – da proposta de lei de reestruturação das agências e a batalha sobre o aumento das tarifas – terem acontecido ao mesmo tempo sugere que o primeiro poderia ter sido uma estratégia para influenciar as agências. Entre março e setembro de 2003, as agências estavam conduzindo uma negociação a respeito dos aumentos tarifários sob a constante ameaça de terem a proposta de lei enviada

Há também outro episódio em que há evidências da existência de influência do Poder Executivo, referente ao caso das tarifas cobradas pela distribuidora de energia Companhia Energética de Pernambuco – CELPE. A Companhia solicitou em 2005 o aumento de 56,78% em suas tarifas de energia, sob a alegação da existência de um aumento de gastos decorrente da quebra de um acordo de compra de energia elétrica que havia sido celebrado em 2005. Nesse caso, depoimentos de servidores públicos à época indicam que o governo federal buscou convencer a ANEEL de que não ultrapassasse um limite de 25% de aumento para a CELPE naquele momento. Em consonância com essa orientação, o aumento concedido no ano de 2005 foi de apenas 21,05%, sendo que o restante do aumento foi escalonado em 12,5% nos próximos três anos. Esse escalonamento também se alinhava com o objetivo do governo de conter a inflação para o ano de 2005 (PRADO, 2008, p. 454).

No mesmo período, com relação à ANATEL, observou-se uma relação diferente entre as expectativas do Poder Executivo e as medidas efetivadas pela Agência. Ao passo em que o então Chefe da Casa Civil José Dirceu anunciava em 2003 a intenção do governo de negociar com as empresas de telecomunicações uma redução do aumento das suas tarifas. Alinhado com esse objetivo, o então Ministro das Telecomunicações apresentou uma proposta de alteração do índice de ajuste de inflação das tarifas de telecomunicação³³. Essa proposta reduziria, no ano de 2003, o índice de inflação de 32% para 17%. No entanto, essa proposta gerou grande resistência, porque potencialmente poderia ocasionar a quebra de pressupostos de concessão do serviço de telecomunicações.

Assim como ocorrido com a ANEEL, foi apresentada pelo Presidente da República uma proposta para que o reajuste da inflação fosse limitado a 17% no ano de 2003, de modo que o restante do percentual fosse dividido ao longo dos três anos seguintes. Porém, de forma divergente, a ANATEL não aceitou essa proposta, mantendo os reajustes conforme índice previamente estabelecido (PRADO, 2008, p. 455-456). PRADO defende que essa diferença de resultados entre a pressão emplacada pelo Poder Executivo na ANEEL e ANATEL no mesmo período decorreu do fato de que, naquele período, havia divergências

ao Congresso e tornada lei. Depois das agências terem tomado suas decisões finais a respeito das tarifas, as ameaças e reclamações públicas endereçadas às agências tornaram-se menos frequentes e menos intensas. Á razões para acreditar que a agência reguladora do setor elétrico reagiu à ameaça de que a qualquer momento os poderes legislativo e regulatório do Presidente poderiam ser usados para mudar a estrutura das agências e reduzir sua independência (...)”.

³³ Conforme o inciso VIII do artigo 19: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;”.

internas no próprio governo, entre o Ministro das Telecomunicações e Ministro da Fazenda, sobre a adoção dessa medida. Por esse motivo, a conduta da ANATEL de não ceder à pressão da Presidência da República não pode ser atribuída a nenhuma instituição de independência específica da ANATEL que seja mais eficiente em deter a influência do Poder Executivo (PRADO, 2010, p. 12).

A visão da relevante intervenção do Poder Executivo nas agências reguladoras tem suporte também na percepção dos próprios investidores. Duas pesquisas, realizadas em 2004 e 2005 pela Câmara Americana de Comércio de São Paulo avaliaram se o nível de interferência do Ministério de Minas e Energia nas decisões regulatórias da ANEEL era excessivo, alto, médio, baixo ou mínimo. Em 2004, 50% dos investidores questionados consideraram como excessivo ou alto o nível de interferência do Ministério na Agência, sendo que em 2005 o número de investidores que considerou essa interferência como excessiva ou alta subiu para 65,4% (PRADO, 2008, p. 461-462). Em pesquisa similar, também realizada pela Câmara Americana de Comércio de São Paulo, que endereçou aos investidores o questionamento sobre o nível de interferência do Ministério das Telecomunicações na ANATEL em 2005 resultou em uma percepção de 45,45% dos participantes de que a ANATEL sempre sofre interferências políticas, sendo que 40,91% indicaram que a frequência de interferências é recorrente (p. 462).

Outra influência, por vezes conflitante, no que tange à interferência do Presidente nas Agências Reguladoras é que, historicamente, o Poder Executivo é reconhecido como o responsável pelo resultado da atuação regulatória em serviços públicos, como no que tange às tarifas de energia elétrica. Assim, pode ser beneficiado eleitoralmente ao ser reconhecido como responsável por uma atuação populista na redução desse tipo de tarifa, ou pode buscar se afastar dessa responsabilidade na hipótese da implementação de medidas impopulares (PRADO, 2008, p. 446). Ainda há, por outro lado, incentivos que não se relacionam diretamente a um oportunismo eleitoral, como a interferência nos setores regulados para a harmonização das decisões regulatórias com as políticas sociais e macroeconômicas do governo eleito (p. 447).

PRADO também aponta que o contexto institucional brasileiro existente no momento imediatamente anterior às desestatizações, no qual toda a burocracia foi criada a partir do pressuposto de que os Ministérios eram diretamente responsáveis pelas medidas regulatórias, criou uma “memória institucional” que não poderia ser apagada em pouco tempo. Nesse contexto, a máquina burocrática existente anteriormente teria o condão de facilitar a interferência do Poder Executivo por uma presunção da permanência do contexto

institucional anterior, de subordinação das decisões regulatórias aos Ministérios e à Presidência da República (2008, p. 447).

Diante de todos esses fatos, observa-se a existência de diversos incentivos gerados pelas instituições de independência estabelecidas na legislação em vigor, sendo que alguns desses incentivos impactaram de forma negativa o contexto regulatório. É o caso, por exemplo, do incentivo ao Presidente da República em promover a demora na indicação dos dirigentes e do incentivo em contingenciar e limitar os empenhos nos orçamentos das agências reguladoras. Há, ainda, evidências de que as instituições criadas para buscar o isolamento do Poder Executivo não têm obtido sucesso nessa tarefa, sendo possível observar casos de claro alinhamento das decisões da ANEEL e ANATEL com as solicitações públicas e notórias feitas pelo Chefe do Poder Executivo.

Face a esses incentivos observados e diante da aparente ineficiência das instituições em promoverem a independência das agências reguladoras – especialmente ANATEL e ANEEL, o próximo Capítulo se dedicará a refletir sobre o resultado das instituições de independência implantadas nas oportunidades criadas para o desenvolvimento nacional e sobre possíveis caminhos para a estruturação de reformas que sejam adequadas também ao objetivo do desenvolvimento nacional, a partir dos marcos teóricos desenvolvidos no Novo Institucionalismo Econômico.

CAPÍTULO V – *PATH DEPENDENCY* E PERSPECTIVAS PARA AS INSTITUIÇÕES DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DO NIE E DO DESENVOLVIMENTO

Com fundamento em todas as construções teóricas e levantamentos de dados e revisão bibliográfica realizado nos Capítulos anteriores, este Capítulo final possui dois objetivos. O primeiro deles é apresentar um diagnóstico sobre a hipótese proposta inicialmente, que pode se resumir às seguintes perguntas: as instituições de independência estabelecidas nas agências reguladoras de serviços públicos evoluíram de modo a criar oportunidades produtivas ao desenvolvimento nacional? Ou, pelo contrário, as instituições de independência têm se perpetuado em um caminho pouco produtivo ao desenvolvimento, caracterizando-se o conceito de *path dependency* cunhado pelo Novo Institucionalismo Econômico? Esse panorama será analisado na primeira seção sob a ótica do Novo Institucionalismo Econômico.

O segundo objetivo é, com base nesse diagnóstico proposto, estabelecer algumas premissas da realização de uma reforma institucional adequada a partir das construções teóricas do Novo Institucionalismo Econômico, no sentido de torna-las produtivas ao desenvolvimento. Essa visão será aplicada especificamente à reforma das instituições de independência das agências reguladoras de serviços públicos, observando com quais ferramentas seria possível evitar os erros cometidos no passado e incorporar o conhecimento técnico-científico agregado ao desenho de instituições legais ao longo do tempo. Nesse ponto, pretende-se traçar alguns fundamentos para uma futura análise propositiva com relação a reformas institucionais adequadas no que tange às instituições de independência atualmente existentes nas agências reguladoras de serviços públicos brasileiras.

Ainda como parte desse segundo objetivo, na terceira seção serão apresentados breves apontamentos sobre o modo como está sendo trilhado o principal caminho de reforma das instituições de independência das agências reguladoras, por meio do Substitutivo n. 10/2018 em trâmite atualmente no Senado Federal, analisando-o à luz das recomendações indicadas na seção anterior.

5.1 *Path dependency* das instituições de independência da ANEEL e ANATEL

Como visto no Capítulo II, a criação das agências reguladoras de serviços públicos – notadamente a ANEEL e ANATEL – dotadas de um desenho institucional que abarcou instituições de independência com relação ao Poder Executivo teve, dentre os objetivos que puderam ser mapeados, o atendimento de recomendações estrangeiras quanto ao modelo institucional adequado para a regulação da prestação dos serviços pelo mercado privado, o atendimento à crença de que a criação de órgãos reguladores independentes gera uma maior confiabilidade para investidores, a adoção de um modelo considerado como bem-sucedido em outros países, como os EUA e o atendimento à preocupação do Poder Legislativo de que o Poder Executivo tivesse um controle absoluto sobre as atividades de regulação das agências a serem criadas.

Para tanto, como observado no Capítulo III, foram adotadas diversas soluções institucionais que, em tese fundamentada nas experiências internacionais, levariam a uma maior independência das agências com relação ao Poder Executivo. Esse resultado seria obtido especialmente por meio da instituição de medidas de autonomia financeira e patrimonial, a adoção de processos decisórios em caráter de colegialidade, a instituição do requisito de aprovação das indicações do Poder Executivo ao cargo de diretor/conselheiro pelo Senado Federal, a previsão de mandatos não-coincidentes entre si, o estabelecimento de hipóteses limitadas de perda de mandato e a instituição de regras para o período de vacância de diretores e conselheiros.

Entretanto, foi possível identificar no Capítulo IV que as leis criadoras da ANEEL e ANATEL, em conjunto com o arcabouço de instituições legais que incidem sobre as agências reguladoras de serviços públicos federais, como a Lei n. 9.986/2000, geraram duas circunstâncias distintas. Primeiramente, observaram-se evidências da ineficiência das instituições em insularem as agências da influência do Poder Executivo. Nesse sentido, puderam ser identificadas evidências, por exemplo, de que o fenômeno de “jogar a toalha”, caracterizado pelo pedido de exoneração, pelo diretor ou conselheiro, decorrente de pressão política implementada pelo Presidente em exercício. Outro exemplo foram as evidências de influência nas políticas das agências para obtenção do adiamento de aumentos tarifários impopulares.

Paralelamente aos indícios de ineficiência das instituições de independência na obtenção do objetivo de insulamento com relação ao Poder Executivo, também pôde ser identificado o surgimento de incentivos que, se não eram inesperados, eram ao menos

diversos daqueles inicialmente concebidos pelo legislador na criação das normas instituídas em conjunto com a ANEEL e ANATEL.

O primeiro incentivo identificado pela interação das normas de independência com o contexto ao sistema jurídico, político e cultural brasileiro foi o incentivo, aos Presidentes da República, em escolherem de forma estratégica a data de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, incentivo esse derivado do desenho institucional que permite o exercício de mandatos completos, independentemente do prazo utilizado pelo Presidente para a escolha de seu dirigente. Conforme identificado no Capítulo IV, esse desenho institucional incentivou a ocorrência não só de períodos muito longos de vacância no Conselho da ANATEL e Diretoria da ANEEL, mas também gerou um impacto efetivo no próprio funcionamento desses órgãos, que passaram a ter dificuldades na formação dos quóruns necessários às decisões inerentes às suas funções.

Para que se observe a relevância desses impactos, dentre os temas sob competência de decisão da Diretoria da ANEEL e do Conselho da ANATEL estão, conforme previsto nas Leis n. 9.427/1996 e 9.247/1997, respectivamente, estabelecer tarifas, aplicar multas, dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores, homologar as receitas e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de contratos, aprovar editais de licitação e resolver sobre a aquisição e a alienação de bens.

No contexto de competências tão relevantes, um desenho institucional que promove, por seus incentivos, grandes períodos de vacância, inclusive impedindo a formação de quóruns mínimos de votação, torna-se prejudicial ao regular funcionamento dos órgãos essenciais à realização dos respectivos serviços públicos. Ao se considerar, como já definido no Capítulo I, que as atividades das agências efetivamente importam ao desenvolvimento e que uma das suas principais atividades é, justamente, exercer o poder decisório delegado aos Conselhos e Diretorias, impedir que esses Conselhos funcionem regularmente impede, efetivamente, a adoção das decisões diretamente ligadas ao desenvolvimento do setor, o que representa, sem dúvidas, um desincentivo ao seu desenvolvimento, possibilitado pelo desenho institucional adotado.

Já com relação ao desenho institucional adotado para a garantia da autonomia financeira, observou-se que sua interação com o restante do sistema jurídico brasileiro possibilita que: (i) o Poder Executivo seja o responsável pela aprovação, ou não, do orçamento da ANEEL e ANATEL, que passam inicialmente pelo Ministério ao qual as

agências estão vinculadas anteriormente à sua remessa ao Ministério competente para a elaboração do orçamento; (ii) possibilita que esses mesmos orçamentos possam ser contingenciados, sem a apresentação de justificativas ou ordem de grandeza percentual equitativa aos órgãos atingidos por esses contingenciamentos; e (iii) possibilita que até mesmo os orçamentos próprios das agências, arrecadados por meio da cobrança de taxa de fiscalização, possam ter seu empenho limitado para a cobertura do superávit primário pelo Poder Executivo, sendo que essas duas últimas medidas perfazem por meio de Decretos do próprio Presidente da República.

Por meio desse desenho institucional existente, possibilita-se a influência do Presidente na República nas decisões das agências, ao passo em que o Poder Executivo efetivamente está sob o controle do orçamento das agências por meio do desenho institucional existente, o que gera um relevante poder de barganha face às decisões das agências.

Quanto a esses fatos, e também quanto às demais falhas das instituições de independência em isolarem as agências, não é possível conectar logicamente a influência do Poder Executivo como um efetivo desincentivo ao desenvolvimento. Isso porque, nem sempre a influência proveniente do Poder Executivo será negativa à realização do serviço público ou ao desenvolvimento nacional como um todo. Por exemplo, como visto no Capítulo IV, ao passo em que foram postergados - por influência do Chefe do poder Executivo - os reajustes tarifários devidos contratualmente às concessionárias, o que poderia ser interpretado como um desincentivo ao desenvolvimento, essa estratégia foi adotada para o controle da inflação e implementação das políticas públicas definidas globalmente para a economia que, por sua vez, potencialmente podem ter gerado incentivos positivos ao desenvolvimento.

Por outro lado, quanto ao incentivo gerado pela interação do desenho institucional da instituição de autonomia financeira em conjunto com o arcabouço normativo que forma o sistema jurídico brasileiro, o que se observa é que existe a possibilidade – já concretizada, como demonstrado no Capítulo IV – das atividades das agências serem efetivamente prejudicadas pelos contingenciamentos e limitações de empenho promovidas pelo Chefe do Poder Executivo, inclusive quanto a recursos que independem da Lei Orçamentária Anual e que são aqueles derivados, por exemplo, das taxas de regulação. Trata-se de outro incentivo que, como se defende neste trabalho, traz oportunidades pouco produtivas para o desenvolvimento.

Isso porque, os recursos orçamentários das agências são adotados para a realização das suas funções precípuas ao desenvolvimento, que envolvem, por exemplo, a realização de fiscalizações pela ANEEL e ANATEL nas concessionárias, permissionárias ou

autorizadas para verificação da adequação dos serviços prestados. São os recursos que possibilitam também a implementação de canais de comunicação com os consumidores, que permitem a aferição de aspectos essenciais ao desenvolvimento, como a universalização da disponibilização de energia e a qualidade dos serviços de telecomunicações. Assim, também quanto a esta instituição de independência, observam-se incentivos que não se mostram produtivos ao desenvolvimento.

Nota-se, ainda, que essas circunstâncias de desincentivos ao desenvolvimento já vêm sendo observadas no mínimo há mais de uma década, não só por diversos autores, como PRADO (2008), BINENBOJM (2005), mas pelo Tribunal de Contas da União - órgão constitucionalmente competente para realizar inspeções nas unidades administrativas do Poder Executivo – no âmbito de auditorias especiais, cujos resultados foram divulgados no Acórdão n. 2261/2011 – Plenário (TCU, 2011) e Acórdão n. 240/2015 - Plenário (TCU, 2015). Essas decisões, também como visto, apresentaram recomendações e determinações expressas à Casa Civil, Congresso Nacional e às próprias agências no sentido de que era iminente a realização de reformas institucionais com relação às normas que regulamentam os aspectos de independência das agências reguladoras, incluídas a ANEEL e ANATEL.

Como visto também no Capítulo IV, apesar da existência de diversas proposições para resolução desses temas em trâmite no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, que passam pelo estabelecimento de limites de prazos para a indicação dos conselheiros e diretores, maiores requisitos técnicos para os indicados, vedação ao contingenciamento de receitas próprias das agências, o fato é que nenhuma reforma relevante foi realizada desde o ano de 2000, ou seja, há quase duas décadas.

Sem dúvidas, a permanência do *status quo* das instituições de independência das agências reguladoras atende a diversos interesses dentre os sujeitos que interagem com as constrações legais existentes. No caso do Poder Executivo, a permanência das instituições da maneira que estão, como visto ao longo do presente estudo, permitem que o Chefe do Poder Executivo possa escolher estrategicamente o momento de indicação dos seus conselheiros ou diretores indicados, a depender de diversos fatores, como a composição majoritária das diretorias e conselhos das agências reguladoras, o período restante para o mandato da Presidência, ou até mesmo o resultado das eleições Presidenciais em Outubro ou Novembro do ano anterior ao próximo mandato. Permitem, ainda, o uso dos orçamentos das agências – mesmo aqueles angariados diretamente dos entes regulados – não só como um mecanismo de pressão, mas também para realização do superávit primário e para sua realocação em outras atividades, o que também atende ao interesse do Poder Executivo.

Além disso, apesar de não terem sido identificadas evidências de que essa estratégia tenha efetivamente sido adotada pelos Chefes do Poder Executivo, o quadro institucional atual permite que não só que o Presidente limite o orçamento das agências reguladoras decorrente da Lei Orçamentária Anual, mas que também limite empenhos referentes às receitas próprias das agências, derivadas da cobrança de taxas de fiscalização, prejudicando o funcionamento das agências e a realização de seu papel fundamental ao desenvolvimento. Na mesma esteira, o quadro institucional existente atualmente permite que, em uma escolha estratégica do Presidente sobre o período no qual nomear seus dirigentes, os Conselhos e Diretorias possam funcionar por longos períodos de tempo desfalcados em sua composição ou que, até mesmo, tenham suas atividades interrompidas ao longo do tempo pela ausência do quórum.

Assim, diante de todo o cenário observado, com fundamento no marco teórico estabelecido por NORTH (1990), compreende-se que é possível identificar evidências de que algumas instituições de independência implantadas nas agências reguladoras, notadamente ANEEL e ANATEL, vêm gerando oportunidades não-produtivas ao desenvolvimento, o que é de conhecimento dos agentes atingidos pelas constrições legais construídas para esses órgãos reguladores e dos próprios legisladores. Ao mesmo tempo, observa-se a permanência dessas instituições ao longo de mais de duas décadas de instituição da ANEEL e ANATEL, havendo fundamentos que indicam que o Poder Executivo não tem incentivos, no momento, para capitanear uma alteração dessas instituições, ao passo em que atendem a interesses intrínsecos às suas funções. Esse quadro permite concluir que, de fato, as instituições de independência das agências reguladoras analisadas encontram-se em uma circunstância de *path dependency*.

5.2 Alguns parâmetros para uma reforma institucional adequada

Como demonstrado no Capítulo anterior, existem diversas evidências que demonstram que as instituições estabelecidas para a garantia da independência da ANEEL e ANATEL com relação ao Poder Executivo demonstraram não apenas ineficiências quanto aos propósitos de sua criação, mas também demonstraram estarem perpetrando um caminho de *path dependency*, gerando incentivos não-produtivos ao desenvolvimento.

PRADO (2008, p. 441) indica ao menos três razões pelas quais as agências brasileiras não alcançaram independência comparativamente à autoridade presidencial, notadamente em comparação com a experiência americana. A primeira é a ausência de

implantação de todas as instituições de independência do modelo americano, mas apenas uma parte delas. A segunda razão é que algumas das instituições americanas não tiveram sucesso na sua aplicação no Brasil e, em terceiro lugar, alguns dos problemas que já haviam sido identificados na aplicação dessas instituições nos Estados Unidos foram também identificados na sua aplicação no Brasil.

Todos esses motivos se relacionam com o fator primordial visto no Capítulo II, de que o desenho institucional de independência implantado nos EUA foi a grande inspiração adotada pelo legislador no estabelecimento das instituições de independência das agências brasileiras, notadamente da ANEEL e ANATEL. Foi possível observar que o próprio legislador admitiu ter realizado uma “*colagem de ideias bem sucedidas e já chanceladas pelo Presidente da República e pelo titular da pasta de Comunicações*”, por meio da qual foi trazida para o Brasil a experiência da *Federal Communication Commission* – FCC Norte-Americana e da OFTEL Britânica, para garantir uma “*política rígida, com um órgão regulador severo e independente, com autonomia econômica e profissional*” (BRASIL, 1995).

Como visto, o foco no momento da criação das agências não estava na melhor definição dos mecanismos do seu funcionamento – incluindo-se as instituições de independência – e sim na viabilização da privatização das empresas estatais, abertura da execução dos serviços públicos aos agentes privados e promoção da confiança dos potenciais investidores no setor. Nesse contexto, houve a adoção irreflexiva de desenhos institucionais moldados em outros países, cujos sistemas jurídicos, ambiente cultural, político e socio-econômico eram absolutamente diversos daquele existente no Brasil. É o caso, por exemplo, das profundas diferenças entre o presidencialismo americano e o brasileiro PRADO (2010, p. 8).

Os reflexos dessa ausência de planejamento e desenvolvimento adequado das instituições de independência se demonstraram por meio da ineficiência de instituições implantadas e dos incentivos improdutivos ao desenvolvimento, que vem sendo perpetuados até hoje com o desenho institucional existente, como visto no Capítulo IV. Um dos exemplos é a ausência de utilização, pelo Senado, da sua prerrogativa de desaprovação do nome indicado pelo Presidente para os cargos de dirigentes das agências reguladoras, o que demonstra uma característica específica da relação, no Brasil, entre o Presidente da República e a casa do Legislativo. Outro exemplo é a instituição de receitas próprias para as agências reguladoras para garantia de sua independência, ao passo em que as instituições legais permitem a apropriação desses valores pelo Presidente da República para a realização dos objetivos próprios das suas competências.

PRADO (2008, p. 498-499) aponta que a forma com a qual as instituições de independência implantadas no Brasil funcionaram na prática, inclusive comparativamente ao seu funcionamento no EUA – que inspiraram sua criação - reflete como o contexto político, legal e do quadro institucional existente é relevante na previsão sobre como certos desenhos institucionais podem operar quando transplantados em um ambiente diverso daquele em que inicialmente foi criado³⁴. É mais uma das experiências em que a adoção de modelos institucionais de “*one size fits all*” se demonstrou falha em diversos aspectos.

Por outro lado, é otimista a constatação de que após a criação da ANEEL e da ANATEL, há mais de vinte anos, houve relevante evolução nos estudos das premissas a serem consideradas para reformas legais que, efetivamente, possam gerar oportunidades produtivas ao desenvolvimento.

Isso porque, após um longo período de promoção, por agências internacionais de fomento, de reformas institucionais malsucedidas em promover o desenvolvimento, focadas na implementação de instituições democráticas, *rule of law*, medidas anticorrupção e até mesmo a implementação de um modelo regulatório baseado em agências reguladoras independentes, emerge atualmente um consenso de que as estratégias de desenho institucional precisam ser moldadas a partir das especificidades da história, cultura, geografia, evolução política, estrutura econômica, etnia, religião e demografia de um determinado país (PRADO e TREBILCOCK, 2018, p. 5-6).

Com relação à adoção de instituições transplantadas de outros países para fomentar o desenvolvimento, BELLANTUONO (2018, p. 198) indica três lições aos estudiosos de direito e desenvolvimento que puderam ser aprendidas com a tentativa de importar, aos países em desenvolvimento, soluções adotadas pelos países americanos ou ocidentais, de forma geral: (i) não se pode defender que o Direito é uma tecnologia neutra; (ii) não se pode defender que o Direito ocidental é superior ao Direito não-ocidental; e (iii) não se pode defender a metáfora de importação-exortação³⁵.

³⁴ No original, em inglês: “*In the context of development reforms, Brazilian IRAs demonstrate how the adaptability and functionality of new institutions depends upon the legal, political, and institutional environment in which they will be operating. There are two types of concerns. One concern relates to the way the existing political, legal, and institutional framework might affect the functioning of the agencies, and how certain institutional designs might not operate properly when transplanted to a different environment. The Brazilian case shows that the design of institutional reforms should take the existing framework into consideration, as opposed to adopting one-size-fits-all formulas. (...)*” (PRADO, 2008, p. 498-499).

³⁵ No original, em inglês: “*(...) I argue that the dialogue could avoid the faulty import/export framework and shift the debate toward learning processes. More specifically, a two-pronged strategy can be devised: firstly, the criticisms of comparative legal scholars have to be taken seriously; secondly, a common ground to discuss the plurality of development paths shall be identified. With regard to the first prong, I single out three lessons about what should be absolutely forbidden to law and development scholars: 1) You cannot argue that law is just a*

No mesmo sentido, JUSTEN FILHO (2002, p. 53-54) destaca, especificamente quanto ao instituto das agências, que não é possível transplantar de um Estado a outro um instituto desenvolvido no âmbito de determinada cultura e de determinado ordenamento jurídico com características distintas, como já observado nas instituições de independência atualmente existentes:

A advertência não apresenta maior originalidade para os que trabalham com Direito comparado. A primeira ressalva efetuada, quando se estudam os institutos jurídicos estrangeiros, relaciona-se à diversidade dos sistemas jurídicos. O Direito de cada Estado reflete suas peculiaridades culturais, econômicas, políticas, sociais e assim por diante. Os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados apresentam diferenças inconfundíveis, que inviabilizam a pura e simples importação de um instituto estrangeiro. A adoção de experiência jurídica alienígena pressupõe sua compatibilidade com a ordem jurídica nacional e pressupõe, como exigência inafastável, sua configuração aos princípios e regras que estruturam o Direito pátrio.

Mesmo se o objetivo for, por exemplo, a obtenção de uma maior credibilidade para as medidas regulatórias, nem sempre a mesma solução adotada em outro país gerará uma maior confiança do mercado. Como já sustentavam LEVY & SPILLER (*The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation*, 1994, p. 202-203), a credibilidade e efetividade do quadro regulatório e, conseqüentemente, sua habilidade em facilitar o investimento privado, varia conforme as instituições políticas e sociais de um determinado país, porque essas características impactam diretamente em qual tipo de regulação pode ser implementada. Exemplificam que algumas regras regulatórias, como *price caps* e incentivos, podem demandar a garantia de maior discricionariedade aos entes reguladores. Em países que não têm uma separação clara entre a arbitrariedade do regulador e sua discricionariedade, esse tipo de medida pode ter um efeito negativo na atração de investimentos privados, ao passo em que, nesse mesmo país, medidas menos flexíveis para os agentes responsáveis pela regulação podem se encaixar melhor no seu quadro institucional.

Nesse contexto, fica clara a necessidade de uma reflexão que antecede um possível aprimoramento das instituições de independência existentes e que, pelos diversos fatores já observados, não foi realizada adequadamente no momento da criação das agências: a adoção de um modelo de agências reguladoras com características de independência – com base nos modelos institucionais de sucesso nos EUA e na Europa - é, efetivamente, a melhor opção organizacional para a regulação da prestação dos serviços públicos no Brasil?

Como destaca BARKOW (2010), essa decisão precisa passar, necessariamente, pela pergunta: por que preciso isolar o órgão regulador? Ou seja, qual é o problema que

neutral technology 2) *You cannot argue that Western law is superior to non-Western law* 3) *You cannot use the export-import metaphor*” (BELLANTUONO, 2018, p. 198).

pretendo resolver com essa medida? Esse problema pode ser, por exemplo, a ausência de expertise dos agentes responsáveis pela regulação, a adoção de decisões com o objetivo de favorecer entendimentos partidários, a existência de interferências negativas ou positivas advindas do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, dentre vários outros.

A partir daí, e com a experiência já adquirida no Brasil sobre as vantagens e desvantagens na implantação de agências reguladoras independentes, é preciso verificar: as vantagens da delegação dos poderes de regulação a uma agência com características de independência têm sido maiores que os malefícios decorrentes da adoção desse sistema organizacional? Ou, pelo contrário, a ausência de um maior controle da regulação pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo tem prejudicado em medida muito maior a realização, por exemplo, das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional? Como visto, a existência de interferência do Poder Executivo nas agências reguladoras não significa, necessariamente, que o desenvolvimento não será atingido, especialmente se os interesses do Poder Executivo estejam alinhados com as diretrizes de atuação das agências reguladoras, como a universalização de um serviço público adequado, com a modicidade tarifária necessária. Além disso, é evidente que a manutenção de uma agência reguladora independente não é a única opção organizacional para os problemas regulatórios (DATLA e REVESZ, 2012). Todos esses fatores precisam ser levados em consideração no desenvolvimento de um conjunto de instituições e organizações que, de fato, possam gerar oportunidades produtivas ao desenvolvimento.

A partir de todas as experiências e da riqueza de dados existentes sobre o funcionamento, ao longo de mais de vinte anos, de agências como a ANATEL e a ANEEL, é possível hoje, com muito mais propriedade do que na época da criação das agências, identificar se a solução de delegação que obteve sucesso nos EUA e Europa é também a melhor solução institucional para a regulação dos serviços públicos no Brasil.

Após a conclusão dessa análise, caso se observe que a regulação da prestação dos serviços públicos por meio de agências reguladoras com características de independência é a melhor opção, do ponto de vista da promoção do desenvolvimento nacional, as circunstâncias de *path dependency* identificadas demandarão adoção de reformas institucionais, de modo a reverter o caminho de perpetuação indeterminada de instituições que notoriamente não estão gerando oportunidades produtivas ao desenvolvimento.

Para a realização dessas reformas institucionais necessárias, o Novo Institucionalismo Econômico traz diversas metodologias que buscam possibilitar a superação das circunstâncias de *path dependency* e obtenção de um melhor desenho institucional,

especialmente que se alinhe com as necessidades e com os objetivos almejados – notadamente o desenvolvimento nacional.

LARA (2018, p. 18) destaca as contribuições de Dani Rodrik, que propõe um método para o desenvolvimento de instituições que levem ao desenvolvimento econômico e social, determinado em três etapas. A primeira delas, seria partir de uma análise diagnóstica de desenvolvimento (“*growth diagnostics*”), com a identificação das principais restrições ao desenvolvimento econômico e social. Em seguida, deve haver o desenho da política a ser implementada para alcançar o problema diagnosticado (“*policy design*”), sendo a terceira e última etapa a reforma institucional (“*institutionalizing reform*”) com fundamento no processo diagnóstico e no desenho da política a ser adotada (RODRIK, 2007, pp. 88-95).

Sobre a forma de moldar instituições que sejam eficientes em gerar oportunidades produtivas, TREBILCOCK e PRADO indicam seis passos essenciais (2014, p. 52-55). O primeiro deles é considerar que as reformas “*one size fits all*” dificilmente podem gerar resultados ótimos, especialmente considerando modelos institucionais cunhados em países já desenvolvidos. Por outro lado, a comparação de instituições entre países com experiências históricas e características institucionais tendem a ser uma fonte mais útil de informação. Considerada essa ressalva, o direito comparado pode ser uma fonte relevante para o desenho institucional.

Na tarefa de evitar a aplicação de generalizações improdutivas das estruturas jurídicas desenvolvidas em outros países em reformas institucionais, o diálogo entre os desenvolvimentistas e os conhecimentos e metodologias do direito comparado pode ser fundamental (BELLANTUONO, 2018, p. 198). A abordagem diagnóstica do direito comparado inclui análises qualitativas que possibilitam que se identifique qual é a relação causal que faz com que uma determinada instituição, no contexto de determinado país, gere oportunidades para o desenvolvimento e, como essa mesma instituição, no contexto de um país distinto, se comportaria gerando oportunidades para o desenvolvimento.

Em segundo lugar, considerando os custos de transação e interdependências institucionais, as reformas institucionais ambiciosas ou altamente inovadoras tendem a apresentar um relevante risco de falhas do que aquelas realizadas de forma mais modesta ou incremental. Assim, as reformas institucionais têm maior chance de êxito se realizadas de forma progressiva. Um terceiro ponto também relacionado é priorizar as reformas de instituições que podem mais facilmente ser retiradas de mecanismos de reforço institucional. As mudanças ocorridas em instituições autônomas, com programas piloto e iniciativas descentralizadas, com participantes entusiastas, também tendem a funcionar melhor que a

imposição de custos de transação a indivíduos acomodados com o arranjo institucional (TREBILCOCK e PRADO, 2014, p. 54).

Outro ponto essencial é a análise das regras e limitações exógenas que podem influenciar o quadro institucional, como as práticas culturais e religiosas intrincadas, eventuais efeitos das políticas econômicas, ausência de recursos financeiros ou técnicos (TREBILCOCK e PRADO, 2014, p. 54). Em complemento, SALOMÃO FILHO (2002, p. 30) destaca que o desenho de instituições que contribua com o desenvolvimento passa, inicialmente, por um processo de autoconhecimento dos valores próprios da sociedade, aplicados ao plano econômico.

TREBILCOCK e PRADO indicam que as crises políticas e econômicas podem prover oportunidades de mudanças institucionais, mas também apresentar riscos de adoção de escolhas institucionais mal concebidas em resposta à consternação pública. De modo a mitigar esses riscos, indicam a necessidade de incorporar um alinhamento de ideias, interesses e instituições em um novo e mais duradouro modelo institucional (2014, p. 55).

Como apontado por LARA (2018, p. 148), não é o caso de se desconsiderar a evolução do conhecimento jurídico na construção de estruturas normativas complexas ao redor do mundo, e sim de se considerar esse conhecimento jurídico como uma fonte de informações para a tomada de decisões normativas estratégicas, que tenham sucesso em induzir os comportamentos e interações almejados (p. 149). É preciso estudar, documentar e considerar não só os sucessos de políticas públicas (Some mechanism design concepts for legal institutions, p. 159), mas também os efeitos não pretendidos na aplicação de determinadas instituições, para que combinações perigosas de instituições possam ser evitadas na realização de reformas institucionais (OSTROM, 2007).

ANDREWS (The limits of institutional reform in development, 2013, p. 217) indica que a realização de reformas institucionais adequadas e que impulsionem o desenvolvimento podem ser obtidas a partir do que o autor chama de metodologia adaptação iterativa impulsionada por problemas, ou “*Problem-driven Iterative Adaptation*” – PDIA. O ponto inicial da aplicação da metodologia é o aprendizado a partir de um conhecimento profundo sobre o problema que precisa ser resolvido. Por meio do conhecimento das raízes de um problema, o complexo contexto que determina como uma instituição funciona fica muito mais claro, o que evita que se realize uma reforma institucional que desconsidere os contextos específicos de um país. Imagine-se o exemplo do fato narrado neste trabalho, de que a ANEEL e ANATEL recorrentemente tem ruas receitas próprias removidas do seu orçamento por ordem da Presidência da República. Sem o conhecimento desse problema, uma reforma

institucional genérica, que buscasse promover uma maior autonomia financeira às agências, com base nas experiências internacionais, dificilmente seria capaz de efetivamente gerar essa autonomia, porque permaneceria sendo possível essa transferência de recursos pelo presidente. Nesse contexto, somente o conhecimento da especificidade do quadro normativo brasileiro e da raiz do problema da autonomia financeira pode gerar resultados que fujam do malsucedido padrão “*one size fits all*”. É focar as reformas nos problemas, e não nas soluções finais.

Ainda com relação a essa primeira fase da estratégia, ANDREWS aponta para a necessidade de se desconstruir os grandes problemas, cujas causas e extensão são difíceis de serem observados como um todos, para que se possa observar – em um universo micro – cada uma das questões que formam esse problema maior. Isso porque, na análise de questões menores, é muito mais identificar as relações de causalidade entre as instituições existentes e a questão observada (The limits of institutional reform in development, 2013, p. 156).

O segundo passo seria a adoção de medidas incrementais para resolver os problemas identificados (“*mudling through*”), o que significa focar em resolver um problema específico de cada vez, de forma mais lenta e gradual. Esse tipo de reforma costuma demandar custos menores e demonstrar resultados mais rápidos (“*quick win*”), ao passo em que podem gerar oportunidades para uma melhor compreensão de problemas mais complexos e de qual é a melhor solução para eles. Reformas lentas e graduais proporcionam um aprendizado ativo, contínuo e experimental sobre as soluções institucionais adequadas (ANDREWS, 2013, p. 175-178).

A terceira estratégia destacada por ANDREWS é de que mudanças institucionais requerem a contribuição e participação de múltiplos agentes, inclusive daqueles que estão sendo “*alvos da mudança*”. A ideia é que um dos principais erros cometidos em reformas institucionais malsucedidas seria ignorar a experiência e conhecimento dos agentes envolvidos na aplicação das instituições que seriam reformadas, esperando que esses agentes somente implementassem as novas soluções criadas. ANDREWS indica que, em diversas hipóteses em que houve sucesso na realização de reformas institucionais, houve intensa e colaborativa participação desses agentes locais, não só na implementação, mas no próprio desenvolvimento das reformas institucionais (The limits of institutional reform in development, 2013, p. 200-201).

Como conclusão de cada uma da adoção de cada uma dessas estratégias, a metodologia de adaptação iterativa impulsionada por problema pretende, por meio de um processo vagaroso, incremental e que apresenta as funcionalidades necessárias para resolver

os problemas observados de uma forma gradual, obter resultados que, apesar de potencialmente não serem expressivos em termos de magnitude das reformas realizadas, detêm uma chance muito maior de terem sucesso a solução dos problemas institucionais inicialmente investigados, com efetivos impactos positivos no desenvolvimento (ANDREWS, 2013, p. 216).

Bastante recentemente, PRADO & TREBILCOCK também defendem a realização de reformas institucionais de forma incremental, cuja estratégia denominam de “*institutional by-passes*”. Essa estratégia busca criar novos caminhos ao redor de instituições já existentes, e que estão em mal funcionamento, de forma incremental e experimental (tentativa e erro) para obter uma maior funcionalidade par as reformas institucionais. Dentre as vantagens da realização desse tipo de reforma institucional, estaria primeiramente o fato de que é possível evitar a necessidade de grandes negociações com agentes que sejam resistentes às mudanças do *status quo* institucional, porque não há uma substituição ou alteração massiva das instituições existentes (2018, p. 9-10). No caso específico das instituições de independência das agências reguladoras, grandes reformas potencialmente vão de encontro a diversos interesses pessoais – especialmente na situação de *path dependency* indicada neste trabalho. Seria o caso, por exemplo, dos interesses dos Presidentes da República em disporem livremente de tempo para indicarem os dirigentes das agências, ou de disporem livremente dos recursos próprios auferidos pelas agências. A estratégia de implantação de um *institutional bypass* seria evitar esse conflito de interesses, por meio da criação de mecanismos mais singelos e paralelos.

A partir da criação de uma instituição que opera em paralelo à instituição disfuncional, seria possível também criar espaço para a experimentação. Criando mecanismos paralelos e pontuais, em um esquema de tentativa e erro, é possível gerar mais informações sobre causa e efeito de reformas institucionais, inclusive em determinado contexto de fatores sociais, culturais e históricos. Essas informações de causa e efeito obtidas por meio dos *institutional bypasses* tenderiam a reduzir o risco existente de imprevisibilidade dos resultados que virão de grandes reformas institucionais, aumentando, portanto, as chances de sucesso das reformas institucionais implantadas. Essa seria, na realidade, a única forma conhecida de identificar as determinantes sociais que envolvem os arranjos institucionais, que raramente são considerados, por meio de poucos e simplificados algoritmos (PRADO e TREBILCOCK, 2018, p. 13-14).

Para a adoção dessa estratégia, PRADO & TREBILCOCK identificam “instituições” não como as regras do jogo de uma sociedade, assim como Douglass North,

mas como as organizações – formais e informais – que fazem, administram e fazem cumprir leis ou políticas (2018, p. 41-42). Assim, a metodologia proposta abarca não só a implantação, por exemplo, de normas paralelas às existentes, mas a efetiva implantação de organizações paralelas em competição com a organização dominante, prestando os mesmos serviços providos por ela, como ocorrido no caso Poupatempo³⁶.

Como destacam PRADO & TREBILCOCK, estratégias similares de reforma institucional incluem a formação de camadas institucionais (“*institutional layering*”), como sugerido por James Mahoney e Kathleen Thelen em “*A Theory of Gradual Institutional Change*” (A Theory of Gradual Institutional Change, 2010). Os autores destacam quatro modais de reforma institucional. O primeiro seria a substituição das regras já existentes por novas regras. Essa substituição pode ser feita por meio de um processo lento, em que novas regras podem ser introduzidas em competição com as regras preexistentes. Outra forma seria a formação das camadas institucionais, em que novas regras criadas são conectadas às regras anteriores e mudam a forma com a qual as estruturas normativas preexistentes se comportavam. A quarta forma seria a manutenção das mesmas regras, com a alteração das condições externas que impactam nos seus resultados. Por fim, a reforma institucional pode ocorrer quando as normas permanecem as mesmas, mas são interpretadas de forma distinta (PRADO e TREBILCOCK, 2018, p. 69-70).

Com suas individualidades, o que se pode perceber das estratégias sugeridas pelos estudiosos do Novo Institucionalismo Econômico, fundamentadas em reformas institucionais de sucesso ao redor do mundo, é que alguns princípios básicos permeiam a obtenção de reformas institucionais que tenham a potencialidade de alcançar oportunidades mais produtivas para o desenvolvimento. São eles, por exemplo, a adoção da premissa de que “*one size does not fit all*”, a identificação clara dos problemas a serem solucionados, a observação dos contextos legais, históricos, culturais e sociais envolvidos na reforma institucional, a observação histórica dos incentivos gerados por determinadas instituições, a identificação de experiências mais próximas ao sistema jurídico do país em que se implantará a reforma e a realização de reformas graduais, que possibilitam ganhos imediatos e ganhos de aprendizado para o avanço com outras reformas necessárias.

³⁶ O caso Poupatempo, usado como exemplo de sucesso por PRADO & TREBILCOCK, é uma organização paralela criada para facilitar a obtenção, pelos cidadãos, de documentos como carteira de identidade, carteira e motorista e obtenção de fichas criminais. Funcionando em uma espécie de concorrência com as burocracias originalmente estabelecidas, foi possível identificar diversas possibilidades de estratégias mais adequadas para disponibilização desses serviços de uma forma mais ágil e simples, sem ter sido necessária antes a extinção possivelmente complexa da burocracia anterior (PRADO e TREBILCOCK, 2018, p. 56-58).

5.3 Apontamentos sobre o Projeto de Lei do Senado 52/2013 (Projeto de Lei 6621/2016 e Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 10/2018)

Como retratado no Capítulo IV, existem atualmente diversos projetos de lei que pretendem a promoção de alterações nas instituições de independência da ANEEL e ANATEL, bem como das agências reguladoras de serviços públicos federais como um todo. Mas, existe um projeto em específico para o qual tem sido dada especial relevância pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que se constitui como a grande aposta dos legisladores para a formação de uma Lei Geral das Agências Reguladoras. Trata-se do Projeto de Lei do Senado n. 52/2013 (SENADO FEDERAL, 2013), que na Câmara dos Deputados ganhou o número 6621/2016 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016) e, mais recentemente, ao ser remetido novamente ao Senado tornou-se o Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 10, de 2018 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018), com o texto mais atual aprovado pela Câmara para votação pelo Senado.

A justificação da apresentação do Projeto inicial (PLS 52/2013) é bastante singela quanto às instituições de independência: afirma que *“passados cerca de quinze anos, as regras de funcionamento das agências reguladoras típicas de Estado, precisam ser aperfeiçoadas, tanto para preservar sua autonomia e independência, imprescindíveis ao seu bom funcionamento, quanto para suprir lacunas e corrigir problemas evidenciados ao longo dessa primeira década de experiência”* (SENADO FEDERAL, 2013). A justificativa não apresenta análises mais aprofundadas sobre o tema ou identificação específica entre as reformas que estão sendo propostas, comparativamente ao funcionamento das instituições anteriormente existentes.

O Projeto de Lei inclui o estabelecimento de regras gerais sobre *“a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”*, sendo incluídas para os fins da lei nesse conceito a ANEEL, ANATEL e também a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Agência Nacional de Águas – ANA, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional do Cinema – Ancine, Agência Nacional de Aviação Civil Anac, Agência Nacional de Mineração – ANM e o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro (artigo 2º, incisos I ao XII).

O Projeto de Lei inclui diversas propostas que pretendem promover a *accountability* das agências, com a ampliação da publicidade das reuniões deliberativas dos conselhos e diretorias (artigo 8º) e a regulamentação das consultas e audiências públicas (artigos 9º e 10º). Além disso, estabeleceu premissas do controle externo exercido pelo TCU (artigo 14), regras de cooperação com órgãos de defesa da concorrência, do consumidor e meio ambiente (artigos 27 ao 34) e normas de articulação entre agências reguladoras (artigos 31 e 32) e entre estados, municípios e distrito federal (artigos 35 e 36).

Especificamente sobre as instituições de independência das agências reguladoras, o artigo 3º do Projeto define que a “natureza especial” conferida à agência reguladora se caracteriza pela *“ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas destinadas à sua implementação”*, caracterizando-a como agência com instituições que afastem sua administração da órbita de decisão do chefe Poder Executivo. Como materialização desse conceito de autonomia administrativa, o §2º do Projeto indica que as providências atinentes ao provimento de cargos, alterações de quadro de pessoal, concessão de diárias e celebração de contratos administrativos serão tratados diretamente entre a agência e o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, sem que a matéria tenha que ser aprovada anteriormente pelo Ministério ao qual a agência se encontra vinculada.

No entanto, não fica claro se toda a proposta de orçamento será também submetida diretamente pela agência ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Essa condição fica clara para a ANATEL, cuja proposta é que sua Lei de criação passe a prever no seu artigo 49 que *“A Agência submeterá anualmente ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a sua proposta de orçamento, bem como a do Fistel, para inclusão na lei orçamentária anual”* e também para a ANCINE, que também passaria a *“encaminhar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a proposta de orçamento da Ancine”* conforme alteração do artigo 10, inciso VIII. Como regra geral, o Projeto de Lei somente dispõe que cada agência reguladora deverá corresponder a um órgão setorial do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal (artigo 3º, §1º) e que a ele devem ser submetidas as alterações de determinadas despesas, que não abarcam todo o universo de custos de uma agência como, por exemplo, os custos de fiscalização e seu orçamento. Independentemente desse fato, também é relevante destacar que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão é, tal qual os Ministérios setoriais, subordinado

diretamente ao Chefe do Poder Executivo, que permanece tendo ampla possibilidade de participação e influência na definição do orçamento das agências reguladoras.

A colegialidade como meio de promover a independência das agências reguladoras é reafirmada pelo Projeto de Lei, que prevê no artigo 7º que a decisão por diretoria colegiada ou conselho diretor é a regra do processo decisório das agências reguladoras e que esses órgãos deliberarão por maioria absoluta dos seus membros.

Outro ponto do Projeto de Lei sobre o relacionamento entre o Poder Executivo e as agências é o estabelecimento de um “relatório anual circunstanciado”, que deverá destacar como foi o cumprimento, pela agência, da política do setor que tenha sido definida pelos Poderes Legislativo e Executivo (artigo 15). Para que possa ser possível identificar com precisão esse cumprimento, o Projeto de Lei também prevê a criação, pelas agências reguladoras, de um Plano Estratégico Vigente (artigo 17), um Plano de Gestão Anual (artigo 18) e uma Agenda Regulatória (artigo 22), que deverão nortear a curto e médio prazo a atuação das agências. O §1º do artigo 17 prevê que o plano estratégico deverá ser compatível com o Plano Plurianual (PPA) e plano estratégico do Ministério setorial a que a agência estiver vinculada. Não há previsão no Projeto sobre como essas metas – que serão criadas pelas próprias agências reguladoras – serão avaliadas como compatíveis ou não com as políticas regulatórias estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, até mesmo porque a obrigação da agência se limita a dar ciência dessas metas ao Ministro de Estado da pasta, ao Senado Federal, Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União (artigo 18, §3º), não havendo previsão para discussão com esses órgãos ou parâmetros para alinhamento com as políticas regulatórias.

Mas, as alterações mais profundas que pretendem ser realizadas por meio do Projeto de Lei, ao menos no que tange à independência das agências reguladoras, encontram-se nas mudanças propostas à Lei n. 9.986/2000 e nas disposições transitórias e finais. Com relação à duração dos mandatos, há a proposta de dispor que os mandatos serão não-coincidentes e que serão contados de modo que a cada ano deverá ocorrer o vencimento de um mandato, sendo que “*Os mandatos que não forem providos no mesmo ano em que ocorrer sua vacância terão a duração reduzida, a fim de viabilizar a observância à regra de não coincidência de que trata o § 1º deste artigo*”. Ou seja, a proposta busca vincular a não-coincidência de mandatos a uma ocorrência certa (encerramento de um mandato por ano) e não a uma ocorrência incerta (prazo de vigência do mandato), evitando o descompasso futuro da não-coincidência. Ainda, delimita que a demora na nomeação dos dirigentes será

contabilizada na contagem dos mandatos: quanto mais tempo houver na demora da nomeação, menos tempo haverá de mandato.

A princípio, essa regra poderia possibilitar a redução dos incentivos pela demora na indicação dos dirigentes das agências, causados pelo quadro normativo atualmente existente, porque não seria mais possível adotar a estratégia de demora na indicação para postergar o fim de um mandato o máximo possível para a próxima legislatura. Porém é preciso observar os possíveis efeitos da regra de transição disposta nos artigos 50 e 51 da Proposta de Lei, que trata das disposições transitórias e finais. O artigo 50 primeiramente prevê que *“ficarão mantidos os prazos de encerramento dos mandatos de diretores, conselheiros, presidentes, diretores-gerais e diretores-presidentes de agências reguladoras nomeados anteriormente à entrada em vigor”* da Lei e a recondução fica permitida apenas por um período adicional, de no máximo 4 anos o artigo 51 que, após a entrada em vigor da Lei, os encerramentos dos mandatos serão dimensionados em tempo a depender de quantos mandatos estão previstos para se encerrarem em um mesmo ano. Assim, por exemplo, se uma agência tiver 4 mandatos se encerrando em um mesmo ano após a promulgação da lei, os mandatos subsequentes terão dois, três, quatro e cinco anos, para correção da aplicação da regra de não-coincidência.

Se, por um lado, essa regra de transição prestigia a segurança jurídica e a validade de um ato jurídico perfeito de uma nomeação realizada em consonância com a legislação anteriormente vigente, ela pode também trazer dois efeitos não produtivos. O primeiro deles é uma tentativa do Presidente da República de postergar a aprovação do Projeto, ao passo em que a cada ano em que não é aprovado, pode ganhar um ano adicional para que o mandato de seus escolhidos se estenda para além do seu próprio. Ao mesmo tempo, pode também gerar o incentivo de que o Presidente da República mantenha vagos os cargos de dirigentes para nomeá-los apenas em um momento muito próximo ao da aprovação do Projeto de Lei, para que possa aproveitar ao máximo a regra que mantém os prazos de encerramento dos mandatos conferidos pelo Presidente até a aprovação da Lei. Nesse contexto podem ficar prejudicadas tanto as medidas de reforma institucional para a gestão das agências reguladoras, quanto a própria gestão dessas agências, novamente pelo problema da vacância gerada pelos incentivos legais criados. Essas hipóteses já foram inclusive reconhecidas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, no Parecer n. 116/2018, compreendeu que as regras acabam por *“permitir um indevido alongamento dos mandatos dos atuais dirigentes das agências reguladoras”*, tratando especialmente da possibilidade de recondução de qualquer dos mandatos (SENADO FEDERAL, 2018, p. 9).

Com relação ao período de vacância, o Projeto de Lei busca uniformizar para as agências a existência de uma lista tríplice de servidores da respectiva agência, que deverão ocupar os cargos de diretoria ou conselho interinamente, cada um deles por um prazo máximo de 180 dias (alteração da Lei n. 9.986/2000, com a inclusão do artigo 10, §1º ao §7º).

O Projeto de Lei estabelece, ainda, algumas novas regras gerais sobre a escolha dos diretores e conselheiros pelo Presidente da República. Pretende incluir no artigo 5º da Lei 9.986/2000 a realização de um “*processo público de pré-seleção de lista tríplice*”, que deverá ser formulada 120 dias antes da vacância decorrente de término de mandato ou até 60 dias após as demais hipóteses de vacância. Esse processo seletivo está previsto para ser realizado por uma comissão, cuja composição será definida em lei regulamentadora. A comissão deverá selecionar candidatos com experiência profissional – seja no setor privado por 5 anos, seja no setor público por 5 anos –, com formação acadêmica compatível com cargo. Caso a lista tríplice não seja formada nesse período, o Presidente da República poderá fazer a indicação direta em até 60 dias. Um ponto de atenção quanto à pretensão de instituição dessa norma é a possibilidade de se estender ainda mais o tempo para indicação dos dirigentes das agências, agora em decorrência das novas burocracias previstas, potencialmente prejudicando as atividades das agências. Caso a composição a comissão seja definida por decreto presidencial, o Presidente terá incentivos em prever uma composição formada por seus subordinados hierárquicos, de modo que a efetividade da terceirização dessa seleção pode ser reduzida, tornando-se apenas um passo burocrático para a seleção de nomes indicados pelo próprio Presidente, a partir dos critérios definidos.

Dentre os critérios de seleção está também a vedação à indicação de autoridades como ministros e secretários de estado, titulares do Poder Legislativo – incluindo-se na vedação os parentes consanguíneos e afins até terceiro grau -, representantes de organização sindical, que tenha participação em empresas do setor ou seja inelegível (alteração da Lei n. 9.986/2000, com a inclusão do artigo 8º-A).

Finalmente, dentre as revogações incluídas no artigo 54 da Proposta de Lei a respeito das instituições de independência, estão a revogação do mecanismo de contrato de gestão da ANEEL (artigo 7º da Lei n. 9.427/1996), a exclusão da previsão de submissão do orçamento da ANATEL ao Ministério das Comunicações (artigo 19, inc. XXVI) e envio do relatório anual de atividades ao Ministério das Comunicações (artigo 19, inciso XXIX) e na Lei n. 9.986/2000 a exclusão da possibilidade de regulamentação, pelas agências, sobre a forma da não-coincidência de mandatos (artigo 7º) e exclusão da possibilidade de cada agência prever hipóteses específicas de perda de mandato (parágrafo único do artigo 9º).

Na análise de todas essas alterações propostas, é possível observar que o Projeto de Lei pretende a realização de uma reforma institucional ampla e de grande impacto na gestão das agências reguladoras de serviços públicos, porque busca abarcar não só diversas questões referentes à independência das agências, mas também inúmeras outras questões que permeiam a relação das agências com o Poder Executivo, Legislativo, consumidores, agentes regulados e mercado.

Essa estratégia vai de encontro à metodologia defendida pelos estudiosos do Novo Institucionalismo Econômico, que indicam inúmeras vantagens para a realização de reformas graduais e, por outro lado, inúmeras desvantagens decorrentes da realização de reformas robustas. Dentre essas desvantagens estão, por exemplo, a resistência na implementação de reformas muito profundas, ou que envolvem diversos assuntos. Essa resistência se demonstra no próprio trâmite legislativo da proposta em análise, que já dura aproximadamente cinco anos.

Além disso, apesar do Projeto de Lei ter a pretensão de se tornar uma lei geral das agências no que tange à sua gestão, ele ignora um dos mais relevantes problemas vividos pelas agências reguladoras, que é o contingenciamento e limitação de empenho de seus recursos, que é conhecido pelos Poderes Executivo e Legislativo. Não há nesse projeto nenhuma proposta que busca corrigir o desincentivo ao desenvolvimento causado pela possibilidade desse tipo de restrição orçamentária por parte do Poder Executivo.

É fato que o Projeto busca promover alterações legislativas que endereçam outros diversos problemas identificados na eficiência da aplicação das instituições de independência como, por exemplo, a situação de vacância nas agências reguladoras, já abordada acima.

No entanto, essas alterações não aparentam ter sido precedidas de uma discussão mais ampla, sobre as vantagens – no contexto brasileiro - de se implementar cada vez mais medidas em busca de isolar as agências do Poder Executivo. É o caso, por exemplo, da proposta de implantação de uma comissão para pré-seleção dos candidatos a dirigente, que apresentará uma lista tríplice ao Presidente da República.

Ainda, o Projeto demonstra certa desconsideração com relação aos resultados malsucedidos já obtidos com a implantação de determinadas soluções institucionais. É o caso, por exemplo, da experiência brasileira com a implantação de contratos de gestão na ANEEL, cujo resultado foi a desídia na sua elaboração por mais de dez anos, conforme identificado na auditoria do TCU (TCU, 2011). Mesmo com esse resultado, o Projeto de lei propõe a elaboração de instrumentos similares, como o Plano Estratégico Vigente, um Plano de Gestão

Anual e uma Agenda Regulatória, sem considerar, por exemplo, a possibilidade de aplicação de sanções decorrentes da não-elaboração desse tipo de documento.

Assim, apesar do Projeto de Lei pretender reformas relevantes no plano da gestão das agências reguladoras, o que se observa é que as metodologias desenvolvidas ao longo do tempo pelo Novo Institucionalismo Econômico, para a realização de reformas com maiores chances de serem bem-sucedidas em favor da promoção do desenvolvimento, poderiam ser melhor aproveitadas nas reformas institucionais necessárias para a superação do caminho de *path dependency* identificado nas instituições de independência das agências reguladoras de serviços públicos, notadamente ANEEL e ANATEL.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento primordial desta pesquisa foi a construção do argumento de que as agências reguladoras de serviços públicos são organizações que têm competências relevantes na construção do desenvolvimento nacional, ao passo em que suas atividades visam garantir que a prestação de serviços públicos – tais como os serviços de geração, transmissão e geração de energia, e serviços de telecomunicações - seja realizada de forma adequada e universal. Essa atuação, portanto, é absolutamente coincidente com a formação do conceito de desenvolvimento em sua acepção profunda, seja como liberdade (SEN, 1999), seja como capacidade (NUSSBAUM, 2011), seja como o conjunto de dezessete compromissos para o desenvolvimento sustentável (UN GENERAL ASSEMBLY, 2015). Invariavelmente – mas, com mais ou menos variáveis - esses conceitos indicam que o desenvolvimento somente pode se dar por meio da satisfação das necessidades elementares da sociedade, ao que, no Brasil, denomina-se “serviço público” (SCHIRATO, 2012, p. 57), objeto regulação pelas agências reguladoras abordadas neste trabalho.

Por sua vez, esse fundamento foi construído com base na acepção do Novo Institucionalismo Econômico de que, efetivamente, instituições importam ao desenvolvimento, pois geram incentivos produtivos ou não produtivos para comportamentos que influenciarão, ou não, no desenvolvimento. Em última análise, o primeiro passo que se pretende ter dado neste trabalho foi demonstrar que, dentre as instituições legais, aquelas que moldam a atuação das agências reguladoras de serviços públicos importam ao desenvolvimento, incluindo-se as instituições de independência dessas agências.

A partir desses pressupostos, compreende-se como relevante o destaque feito no presente trabalho aos dados que demonstram os incentivos não-produtivos ao desenvolvimento nos relevantíssimos setores de energia e telecomunicações, especialmente em decorrência do desenho institucional adotado na ANEEL e ANTEL e na sua interação com os agentes objeto das restrições criadas e na sua interação com o sistema jurídico brasileiro como um todo, notadamente no que tange às limitações de empenho que vêm sendo realizadas especificamente quanto às receitas obtidas por meio das taxas de fiscalização, cobradas diretamente das empresas prestadoras dos serviços públicos regulados pela ANEEL e ANATEL e também a demora na nomeação dos dirigentes de ambas as agências.

Assim, com base nos estudos realizados neste trabalho, espera-se ter sido obtido um diagnóstico descritivo da relação das instituições legais existentes atualmente no que tange à independência das agências reguladoras de serviços públicos a nível federal –

tomando como base a análise das instituições aplicáveis à ANEEL e ANATEL – com o desenvolvimento.

Além desse arcabouço diagnóstico espera-se terem sido elencados alguns pressupostos metodológicos que poderão subsidiar uma futura análise prognóstica e propositiva sobre essas instituições, com o objetivo de se propor uma reforma dessas instituições que tenha como objetivo trazer incentivos mais produtivos ao desenvolvimento dos setores regulados, como contribuição ao desenvolvimento nacional.

Sem dúvidas, se as instituições jurídicas são essenciais ao desenvolvimento nacional, o papel dos juristas em identificar instituições que não geram incentivos produtivos ao desenvolvimento é o passo fundamental. Isso envolve um esforço de análise prática sobre os efeitos históricos das normas no comportamento das organizações, indivíduos e demais instituições atingidas por aquelas constringências e sobre a evolução (ou não) dessas normas, à medida em que se implementam esses efeitos. E essa análise depende, necessariamente, que se observe a integração dessas normas, não só com as demais estruturas institucionais, mas também com as especificidades culturais e políticas daquela localidade, o que forma um conhecimento profundo e rico sobre o passado e o presente, que poderá moldar um futuro com oportunidades para o desenvolvimento.

Com base nesse amplo conhecimento, é certo que as reformas institucionais que poderão ser realizadas com relação às instituições de independência das agências reguladoras de serviços públicos poderão, potencialmente, ter resultados muito mais bem-sucedidos, especialmente se consideradas as ferramentas, conhecimentos e metodologias desenvolvidos pelo Novo Institucionalismo Econômico em prol do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, J. M. M. A Privatização do Setor Elétrico. In: MAGISTRATURA, E. N. D. Aspectos jurídicos, econômicos e sociais da privatização. Ilha de Comabdatuba: Escola Nacional de Magistratura, 1998. p. 34-50.

ACEMOGLU, D. et al. Institutional causes, macroeconomic symptoms: volatility, crises and growth. *Journal of Monetary Economics*, 2003. p. 49-123.

ACEMOGLU, D.; JOHNSON, S.; ROBINSON, J. The colonial origins of comparative development: an empirical investigation. *The American Economic Review*, 91, n. 5, dez 2001. p. 1369-1401.

ACEMOGLU, D.; JOHNSON, S.; ROBINSON, J. A. Institutions as a fundamental cause of long-run growth. In: AGHION, P.; DURLAUF, S. N. *Handbook of Economic Growth*. North Holland: Elsevier, v. 1A, 2005. p. 385-464.

ANDREWS, M. *The limits of institutional reform in development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ARAGÃO, A. S. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ARAGÃO, A. S. D. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes - uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, 786, Abr 2001. p. 11-56.

ARANHA, M. I. Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits. *Economia Publica*, p. 2-16.

BARCELLOS, A. P. D. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, abr/jun 2005. p. 83-103.

BARKOW, R. E. Insulating Agencies: Avoiding Capture. *Tezas Law Review*, 2010. p. 15-79.

BARROSO, L. R. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, jul/set 2002. p. 285-311.

BELLANTUONO, G. Comparative legal diagnostics. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2000608> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2000608>, 2012.

BELLANTUONO, G. Comparative law for what kind of development? In: BELLANTUONO, G.; LARA, F. *Legal Conversations Between Italy and Brazil*. Trento: Università Degli Studi di Trento, 2018.

BINENBOJM, G. Agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Jan/Dez 2005.

BINENBOJM, G. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, p. 227-245, 2005.

BNDES. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Brasília: BNDES, 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>>. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

BROUSSEAU, É.; GLACHANT, J.-M. *New Institutional Economics: A Guidebook*. New York: Cambridge University Press, 2008.

CORRIGAN, P.; REVEZ, R. L. The Genesis of Independent Agencies. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Julho 2017. p. 637-697.

COUTINHO, D. R. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, C. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 66-86.

CUÉLLAR, L. *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CYRINO, A. R. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DATLA, K.; REVESZ, R. L. Deconstructing independent agencies (and executive agencies), New York, n. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper n. 12-44*. *Law & Economics Research Paper Series Working Paper n. 12-23*, 2012.

DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3^a ed. ed. Paris: E. de Boccard, 1928.

DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3^a ed. Paris: E. de Boccard, 1928.

FAUNDEZ, J. Douglass North's Theory of Institutions: Lessons for law and development. *Hague J Rule Law*, n. 8:373-419, 2016.

GILSON, R. J.; HANSMANN, H.; PARGLENDER, M. Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S., and the EU. Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 390; Columbia Law and Economics Working Paper No. 368; Yale Law & Economics Research Paper No. 399; ECGI - Law Working Paper No. 149/2010., 2010.

GRAU, E. R. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUERRA, S. Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GUERRA, S. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo Norte-Americano? In: GUERRA, S. Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 460.

JORDANA, J.; FERNANDEZ-I-MARÍN, X.; BIANCULLI, A. C. Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies. *Regulation & Governance*, 2018. p. 524-540.

JOSKOW, P. L. Introduction to New Institutional Economics: A Report Card. In: BROUSSEAU, É.; GLACHANT, J.-M. *New Institutional Economics: A Guidebook*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1-20.

JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LARA, F. T. Some mechanism design concepts for legal institutions. In: LARA, F. T.; BELLANTUONO, G. *Legal conversations between Italy and Brazil*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2018. p. 147-164.

LARA, F. T. D. R. Desenvolvimento, instituições e desenhos de mecanismos. In: PINTO E SILVA, C. F.; DIZ, J. B. M.; OLIVEIRA, M. L. D. *Políticas públicas: Planejamento e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 10-26.

LEVY, B.; SPILLER, P. T. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics & Organization*, 10, n. 2, Out 1994. 201-246. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/764966?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em: 16 novembro 2018.

MAHONEY, J.; THELEN, K. A Theory of Gradual Institutional Change. In: MAHONEY, J.; THELEN, K. Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 1-37.

MALARD, N. T. O desenvolvimento nacional; objetivo do estado nacional. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, jul/dez 2006. p. 312-349.

MARE. O Conselho de Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997.

MARQUES NETO, F. D. A. Agências reguladoras independentes - Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MATTOS, P. T. L. O novo estado regulador no brasil. São Paulo: Singular, 2006.

MUELLER, B.; PEREIRA, C. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. Brazilian journal of political economy, 22, n. 87, july/september 2002.

NORTH, D. C. Institutions, institutional change and economic performance. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, E.; RIBEIRO, L. M.; PEIXOTO, V. Agências Reguladoras no Brasil: Documento de Trabalho n. 65. Rio de Janeiro. 2007.

NUSDEO, F. Desenvolvimento econômico - Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, C. Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11-24.

NUSSBAUM, C. Creating capabilities: the human development approach. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

OCDE. Relatório Sobre a Reforma Regulatória. Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília. 2008.

ORTIZ, G. A. Principios de Derecho público económico. Granada: Editorial Comares, 2004.

OSTROM, E. A diagnostic approach for going beyond panaceas. PNAS, 104, n. 39, 25 Setembro 2007. 15181-15187. disponível em: <www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0702288104>. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

OSTROM, E. Design principles of robust property rights institutions: what have we learned? In: INGRAM, G. K.; HONG, Y.-H. Property rights and land policies. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2009.

PILDES, R. H.; SUNSTEIN, C. R. Reinventing the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, 62, 1995. p. 1-129.

PINHEIRO, C. A.; FÁBIO, G. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, A. C.; FUKASAKU, K. *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2000. p. 370.

PRADO, M. M. The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt journal of transnational law*, 41:435, 2008. p. 435-503.

PRADO, M. M. Presidential dominance from a comparative perspective: relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In: S. ROSE-ACKERMAN, P. L. *Comparative administrative law*. Edward Elgar, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1690815>>. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. *Institutional Bypasses: a strategy to promote reforms for development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

PRADO, M. M.; TUMER, C. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, jan./abr. 2009.

RAVALLION, M.; CHEN, S.; SANGRAULA, P. Dollar a day revisited. *The World Bank Economic Review*, jun 2009. p. 163-184.

RODRIK, D. *One Economics, many recipes: globalization, institutions and economic growth*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

SALOMÃO FILHO, C. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, C. (). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 29-63.

SCHIRATO, V. R. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SEN, A. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1999.

SHIRLEY, M. M. Institutions and development. In: MENARD, C.; SHIRLEY, M. M. *Handbook of new institutional economics*. Netherlands: Springer, 2005. p. 611-638.

SILVA, A. D. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª Edição. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, F. Q. D. Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

SUNSTEIN, C. After the rights revolution: reconceiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TÁCITO, C. Agências Reguladoras da Administração. Revista de Direito Administrativo, jul./set. 2000. p. 1-5.

TREBILCOCK, M. J.; PRADO, M. M. What makes poor countries poor? Institutional determinants of development. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

TREBILCOCK, M. J.; PRADO, M. M. Advanced introduction to law and development. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

TREBILCOCK, M. J.; PRADO, M. M. Advanced introduction to law and development. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

UN. Resolution 65/309 - Happiness: towards a holistic approach to development. Washington/DC, 2011.

UN GENERAL ASSEMBLY. A/RES/70/1: Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. 2015.

UNDP. Human Development Report 1990. New York. 1990.

UNPD. Human Development Report 2010. New York. 2010.

WILLIAMSON, O. E. The New Institutional Economics: Take Stock, Looking Ahead. Journal of Economic Literature, 38, fev 2000. p. 595-613.

WORLD BANK. Brazil: prospects for privatization. Washington/DC: World Bank, 1989.

REFERÊNCIAS LEGISLAÇÃO E DECISÕES

BRASIL. Decreto n. 83.740, de 18 de jul. de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências., Brasília, DF, jul 1979.

BRASIL. Constituição da República, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicação Original, out 1988.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Seção 1, 15 mar 1995.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Seção 1, 23 mai 1995.

BRASIL. Dossiê do Projeto de Lei n. 1117/1995. Brasília. 1995.

BRASIL. Dossiê do Projeto de Lei n. 1168/1995. Brasília. 1995.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fev. de 1995. Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, fev 1995.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. Dossiê do Projeto de Lei n. 1669/1996. Brasília. 1996.

BRASIL. Dossiê do Projeto de Lei n. 2626/1996. Brasília. 1996.

BRASIL. Dossiê do Projeto de Lei n. 2648/1996. Brasília. 1996.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e sobre a criação e funcionamento da ANATEL, Brasília/DF, jul 1997.

BRASIL. Dossiê no Projeto de Lei n. 2549/2000. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

BRASIL. Exposição de Motivos n. 00095/MME. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2003.

BRASIL. Resolução normativa nº 273, de 10 de julho de 2007. Dispõe sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Agência Nacional de Energia Elétrica, Brasília, DF, jul 2007.

BRASIL. Portaria nº 1.235, de 13 de abril de 2009. Código de Ética da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Brasília, DF, abr 2009.

BRASIL. Nota de Orientação nº 1, de 29 de janeiro de 2014. Brasília: Comissão de Ética Pública, 2014.

BRASIL, Decreto n. 2.487 de 2 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas., fev 1998.

BRASIL, Lei n. 9.649 de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências., mai 1998.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 6621/2016. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília, Dez 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 10, de 2018. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, Brasília, Dez 2018. Disponível em: <Disponível em: >. Acesso em 15 dezembro 2018.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei PL n. 464/2007. Altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, para definir critérios objetivos à indicação de diretores de agências reguladoras, bem como disciplinar o período de vacância que anteceder à nomeação de novo Conselheiro ou Diretor, Brasília, 2007. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4290412&disposition=inline>>.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n. 52/2013. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, Brasília, Nov 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>>. Acesso em: 15 Dez 2018.

SENADO FEDERAL. Parecer (SF) n. 116/2018. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Brasília, Dez 2018. Disponível em: <Disponível em: >. Acesso em: 21 dez. 2018.

TCU, 2011. Acórdão n. 2261/2011 - Plenário. Relator: Ministro José Jorge. DJ: 24/08/2011. [Online] ago de 2011. <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=57991>>.

TCU, 2015. Acórdão n. 240/2015 - Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. D.J. 11/02/2015. [Online] fev de 2015. <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=517715>>.