

Tarcila Reis

# REFORMANDO O ESTADO

OS CASOS DO CHILE,  
BRASIL E ARGENTINA

2025

 EDITORA  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO 2

# DANDO ASAS À IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL: A RACIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 1. INTRODUÇÃO

74. À medida que exploramos a multiplicação de agências reguladoras ao redor do mundo, essa transformação institucional chama a nossa atenção para a dificuldade em “classificar” os resultados das inovações. A Reforma do Estado simboliza um conjunto de profundas mudanças institucionais. No que diz respeito às agências reguladoras, contudo, em lugar de uma escolha previamente e racionalmente planejada, ela sugere um processo compulsório de improvisação. A introdução anárquica<sup>1</sup> dessas imprecisas e heterogêneas ilhas no aparato estatal representou mais do que um modo inovador de governança. A implementação das agências reguladoras

---

1. STEFANELLI, Carlos A. R. Entes Reguladores y de Control. In: **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, vol. 358 (7 de janeiro de 2008), p. 8.

representou, e continua a representar<sup>2</sup>, a luta do Estado para adaptar-se às novas demandas sociais. Para manter o seu poder, o Estado precisa reinventar as suas formas de exercício de poder. Exigiu-se do Estado que aprendesse a desempenhar múltiplos papéis pra preservar a si mesmo no jogo<sup>3</sup>. Nesse sentido, a introdução de agências reguladoras não foi um projeto de engenharia pública moderna, mas sim uma tentativa de fazer da ação pública algo viável na sociedade contemporânea.

**75.** Essas tentativas inovadoras não se comprometem com modelos racionais ou sistemáticos, mas sim com a necessidade de (i) prevenir conflitos de interesses<sup>4</sup> e de (ii) lidar com as crises do sistema de regulamentação<sup>5</sup>. Na sequência

- 
2. Na última seção deste capítulo, analisaremos os padrões de mudança de instituições reguladoras.
  3. Para ilustrar a ideia de que foi necessário reinventar a estrutura do Estado para adaptá-lo à nova ação pública, Auby recorre à frase que Tancredi diz para o príncipe de Salina, em “O Leopardo”: *Il faut que tout change pour que tout soit comme avant*. Em tradução livre, “para que tudo permaneça como está, é preciso que tudo mude”. AUBY, Jean-Bernard. Remarques terminales. In: **Revue française de Droit Administratif**, n. 5 (11 de maio de 2010), p. 936.
  4. No Chile, o debate acerca do conflito de interesses e das noções de captura têm estado no centro do movimento da Reforma do Estado. Essas preocupações devem-se aos recentes escândalos de corrupção, como Chiledeportes, uma vez que foram encontradas irregularidades em 90% dos recursos destinados. A Manos De La Justicia El Escándalo En Chiledeportes. In: *Jornal Nación*. Acesso em 10 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20061020/pags/20061020211255.html>. Ademais, a ideia é não só prevenir a corrupção, considerada incomum no Chile, mas também redefinir o design institucional regulatório. GUZMÁN, J. J. Romero. ¿Capturados Por Nuestra Suspicion?: Algunas Aproximaciones Acerca Del Origen, Desarrollo y Extinción De Las Regulaciones. In: **Revista Chilena De Derecho**, vol. 35, n. 1, 2008, p. 22.
  5. Assumimos a pressuposição de Bruce Ackerman de que já nos movemos para além da compreensão de regulação burocrática baseada na teoria sobre legitimidade democrática denominada “cinto de transmissão”, segundo a qual experts burocráticos simplesmente especificam normas legais encontradas no Direito. Razões de ordem prática levaram reguladores a produzir direito porque, apesar de a legislação democrática poder estabelecer orientações gerais, os parlamentos não possuem nem o tempo nem a expertise necessária para fornecer todas as soluções regulatórias

da onda de privatizações<sup>6</sup>, e frente à incapacidade parlamentar de administrar um sistema de regulações cada vez mais complexo<sup>7</sup>, um novo equilíbrio institucional deveria ser imaginado. Todavia, nenhum conjunto específico de regras parecia ser capaz de empoderar governos de modo a atingir esse equilíbrio. A única condição clara dessa imaginação institucional era a de que agências reguladoras deveriam localizar-se de forma equidistante entre a sociedade e os representantes políticos, de forma a proteger a primeira e auxiliar os últimos, concomitantemente.

**76.** Na América Latina, o desenvolvimento da imaginação institucional esteve longe de ser um processo exclusivamente “feito em casa”<sup>8</sup>. A expectativa era de que a adoção de um

---

adequadas. Como Ackerman destaca, as tentativas do parlamento de produzir uma legislação ambiental específica trouxeram resultados altamente contraproducentes. ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. **Harvard Law Review**, vol. 113, n. 3, 2000, p. 696.

6. O processo de privatização na Argentina foi mais profundo do que no Brasil. Interessantemente, houve, na Argentina, uma “transestatização”, uma vez que as *Aerolíneas Argentinas* foram adquiridas pela empresa espanhola “Iberia”. BOTASSI, Carlos. *Servicio de Telecomunicaciones en La Argentina*. In: **Ensayos de Derecho Administrativo**, Editora Platense, 2006, p. 228. Críticas sobre o processo de privatização argentino, porém, relacionaram-se muito mais aos procedimentos urgentes e pouco transparentes do que às iniciativas em si. BOTASSI, Carlos. *Gestión de Intereses Públicos. El rol del Estado y de los particulares*. In: **Ensayos de Derecho Administrativo**, Editora Platense, 2006, p. 61.
7. No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por exemplo, não foi criada junto ao processo de privatização. Suas funções não se relacionam com o mercado competitivo, mas à auditoria de medicamentos. MELO, Marcus. *As Agências Regulatórias: Gênese, Desenho Institucional e Governança*. In: ABRUCIO, F.; LOUREIRO, M. R. **O Estado numa Era de Reformas: os anos FHC**, Brasília, Seges-MP, 2002, p. 264.
8. Por exemplo, há uma compreensão generalizada, no Brasil, de que agências reguladoras são, certamente, uma cópia do modelo americano. LESSA MATTOS, Paulo Todescan. *The Regulatory Reform in Brazil: new decisionmaking procedures and accountability mechanisms*. In: **El Nuevo Derecho Administrativo Global en America Latina**, Cuadernos Res Publica Argentina, n.d., p. 388. De modo semelhante, as orientações da OCDE para reformas do setor regulador tem sido consideradas como fonte para o design de um novo aparato regulador para regular mercados em diversos países. *Ibid.*, p. 380.

parâmetro reduziria os custos de transação para investidores transnacionais, além de aperfeiçoar o ambiente institucional do país receptor de investimentos<sup>9</sup>. Por outro lado, apesar de influenciados pela quase secular experiência de agências reguladoras nos Estados Unidos, países latinoamericanos interpretaram o modelo americano sob termos bastante distintos. Enquanto nos Estados Unidos os novos negociadores defendiam as agências enquanto expressão de suas orientações políticas em direção a uma maior intervenção estatal, na América Latina as agências refletiam o objetivo de despolitizar a ação governamental, apresentando um discurso baseado na *expertise* e atraindo investidores internacionais<sup>10</sup>. As agências seriam capazes de assegurar a continuidade do Estado, independentemente da descontinuidade dos governos, para não mencionar a histórica instabilidade política da região<sup>11</sup>. Ironicamente, as agências salvariam o Estado ao reduzirem a sua importância.

**77.** De fato, alguns acadêmicos<sup>12</sup> têm repetido que o novo tipo de equilíbrio institucional promovido pelas agências não é tão novo assim, na América Latina. Em 1920<sup>13</sup>, o setor financeiro já se apresentava, em toda a região, como um laboratório

- 
9. Para uma análise geral dos resultados frustrantes da harmonização das normas em países em desenvolvimento, ler: PISTOR, Katharina. The Standardization of Law and Its Effects on Developing Economies. In: **The American Journal of Comparative Law**, vol. 50, n. 1 (inverno de 2002), p. 97.
  10. PACHECO, R. S. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle, In: **40ª Revista de Administração Pública**, 523–543, 2006, p. 525.
  11. A instabilidade política latinoamericana durante o século 20 tem sido extensivamente discutida na literatura e exemplificada por meio dos “*coupes d’Etat*”, ou golpes de Estado, regimes políticos excepcionais e um alto número de novas constituições ou de emendas constitucionais implementadas. PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America, 2007.
  12. Como exemplo, Stefanelli, nota 302 supra, p. 11.
  13. O primeiro país a reformar suas políticas monetárias e a estabelecer um banco central misto, público-privado, foi a Colômbia, em 1923, seguida pelo Chile e pelo México, em 1925. JORDANA, Jacint e LEVI-FAUR, David. Towards a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors. In: **International Journal of Public Administration**, vol. 29, n. 4–5, 2006, p. 344.

consolidado para atividades reguladoras referentes a questões bancárias, de seguro e do mercado de ações<sup>14</sup>. Além disso, desde o período colonial, órgãos descentralizados eram criados para regular setores econômicos importantes, como café, açúcar e carne<sup>15</sup><sup>16</sup>. Ainda assim, no final do século 20, o número de agências cresceu significativamente; isto para não mencionar a cada vez maior relevância do seu significado em meio à nova onda de transformações estatais. De 1979 a 2002, o número de agências saltou de 43 para 134, o que transformou radicalmente a estrutura e o funcionamento de Estados latinoamericanos<sup>17</sup>. Nenhum país na região, incluindo Cuba<sup>18</sup>, passou pelo período mencionado sem ter sido atingido por tais transformações<sup>19-20</sup>. Ademais, esperava-se que as agências

- 
14. JORDANA, Jacint e RAMIÓ, Carles. Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies. In: *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, n. 1 (26 de abril de 2010), p. 4.
  15. A. Gelis Filho, *Comparative analysis of the normative design of former and current regulatory institutions*, 40 REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 589-613, 591 (2006).
  16. Na Argentina, por exemplo, existiam: *el Instituto Nacional de Vitivinicultura, la Comisión Reguladora de la Yerba Mate, el Instituto Forestal Nacional, el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio, el Instituto Cinematográfico Argentino e el Consejo Nacional de Radiodifusión*. GORDILLO, Agustín. *La Regulación Económica y Social*. In: **Tratado de Derecho Administrativo**, vol. Tomo 2, 9ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 5. Disponível em: [http://mail.gordillo.com/tomos\\_pdf/2/capitulo7.pdf](http://mail.gordillo.com/tomos_pdf/2/capitulo7.pdf).
  17. Jordana e Levi-Faur, nota 314 supra, p. 336.
  18. Como resultado da queda da União Soviética, Cuba tem procurado por alternativas desde o início dos anos 90. A primeira iniciativa ocorreu durante o *Teléfonos Celulares de Cuba S.A.*, que possuía capital público e privado e administrava a comunicação móvel. Logo após, em 1994, o serviço de telecomunicação também foi delegado a uma companhia de capital misto, a *Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S.A.* Botassi, nota 307 supra, p. 233.
  19. Para além do aspecto quantitativo da explosão de agências reguladoras, nós focaremos no significado qualitativo desse fenômeno, ao selecionar alguns exemplos para ilustrar os nossos argumentos. Esses exemplos tentarão analisar se há uma apropriação das novas estruturas legais em relação a diferentes áreas reguladas. TEUBNER, Gunther Teubner. *The Transformation of Law in the Welfare State*. In: **Dilemmas of Law in the Welfare State**, Berlin/New York, De Gruyter, 1985, p. 2.
  20. Jordana e Levi-Faur, nota 314 supra, p. 336.

reguladoras atuais gozassem de diferentes níveis de independência<sup>21</sup> em face do Poder Executivo e agissem de acordo com um senso de transparência sem precedentes<sup>22</sup>.

**78.** Nesse contexto, variações não só nacionais, mas também setoriais, foram identificadas em nossos casos de estudo. Num primeiro momento, as boas práticas recomendavam a construção de agências reguladoras padronizadas como um ideal que deveria prevalecer sobre o processo institucional de destruição criativa<sup>23</sup>. Apesar disso, nenhum movimento de imaginação institucional era previsível ou suscetível à uma classificação definitiva. O único padrão estável comum a Chile, Brasil e Argentina tem sido a tentativa constante de adaptar a ação estatal às demandas contextuais contemporâneas. Uma lógica institucional “copia-e-cola” está longe de revelar como agências reguladoras têm transformado tal funcionamento estrutural<sup>24</sup>. Dado o objetivo de moldar as estruturas do Estado às demandas contextuais, é difícil identificar arquétipos homogêneos. Como resultado, o direito administrativo tem se tornado um instrumento “personalizador” para se alcançar as especificidades referentes a cada setor de regulação. Estudiosos do Direito Administrativo, junto aos seus pares do Direito Constitucional<sup>25</sup>, têm se esforçado para lidar

- 
21. Há um debate acadêmico sobre a distinção entre as noções de autonomia e independência. Nós não ignoramos as características técnicas que cada termo pode evidenciar, mas, neste capítulo, utilizaremos ambos como equivalentes. Isto é, nos preocupamos em compreender como as agências reguladoras estão organizadas e empoderadas por competências funcionais, independentemente da coloração política no poder.
  22. Ao analisar o modelo normativo brasileiro, Gelis descobriu que as agências atuais são mais independentes e transparentes do que órgãos reguladores mais antigos. Gelis Filho, nota 316 supra, p. 589.
  23. Pistor, nota 310 supra, p. 98.
  24. Na Colômbia, por exemplo, a lei nº 142 de 1994 criou comissões reguladoras para exercerem as funções normativas sobre água, eletricidade e telecomunicações, mas somente um organismo para controlarem todos os setores (*Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*). MATA, Ismael. Los Entes Reguladores de los Servicios Públicos. In: **El Derecho Administrativo Hoy**, Buenos Aires, 1996, p. 117.
  25. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agencias Reguladoras Independientes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*, vol.73, 2005. Por outro lado, não

com o debate sobre autoridades reguladoras independentes. Modelos, porém, tiveram de ser testados sem serem totalmente compreendidos<sup>26</sup>. O processo massivo de privatização não só tornou necessária a existência de um órgão independente que desse credibilidade às políticas, mas também exigiu que tal órgão consolidasse um diálogo intersetorial numa economia globalizada<sup>27</sup>. No final das contas, os três Estados têm reconsiderado seus funcionamentos estruturais para produzir políticas mais eficazes e fornecer regulamentações especializadas.

**79.** Neste capítulo, argumentaremos que a Reforma do Estado promove uma mudança institucional que cria um sistema de racionalidades contingenciais. Utilizando o mesmo rótulo das agências reguladoras, uma variedade de arranjos institucionais surgiu às custas da coerência do regime jurídico *como um todo*. Nesse sentido, a Reforma do Estado introduziu agências reguladoras que têm seguido parâmetros bastante heterogêneos, já que o objetivo principal é conquistar maior eficiência na ação pública. Para construir este argumento,

---

devemos ignorar o criticismo de alguns professores, que desconsideraram a relevância das agências reguladoras, entendendo-as como simples unidades administrativas. No Brasil, Eros Grau foi um representante dessa resistência com o seu artigo: GRAU, Eros. Agências, essas repartições públicas. In: Regulação e Desenvolvimento 25-28, 2002.

26. Diversas questões permanecem sem resposta, independentemente da longa tradição de um dado país quanto a agências reguladoras. Nos Estados Unidos, advogados das áreas constitucional e administrativa falharam em estabelecer um diálogo sério a respeito do tema. Ainda deve-se responder como a legitimidade democrática de ministros e a expertise profissional da burocracia deveriam ser administradas por um sistema confiável de participação popular e revisão judicial. Ackerman, nota 306 supra, p. 697.
27. Não há consenso sobre a principal razão pela qual países de todo o mundo implementaram agências reguladoras, apesar de que a busca por credibilidade apresenta-se como uma razão sólida. MAJONE, Giandomenico. The Regulatory State and Its Legitimacy Problems. In: West European Politics, vol. 22, n. 1 (janeiro de 1999), p. 1-24. Dentre as possíveis razões, há a ideia de "troca de culpa", de acordo com a qual o governo intencionaria delegar algumas competências para não ser responsabilizado por decisões impopulares. Pacheco, nota 311 supra, p. 530.

analisaremos quatro variáveis<sup>28</sup>. As duas primeiras destacam supostas incoerências atribuídas a agências reguladoras, no que se refere à relação destas com o governo. Essas variáveis são (i) independência formal do Poder Executivo e (ii) legitimidade política. Na sequência dessas considerações, as duas últimas variáveis avaliarão supostas incoerências atribuídas às agências reguladoras, na medida em que estas utilizam seu desenho institucional para implementar políticas públicas setoriais. Essas variáveis são (iii) heterogeneidade de modelos organizacionais e (iv) continuidade institucional.

**8o.** Durante a análise da nossa primeira variável, isto é, independência formal (i), nos preocuparemos com os elementos jurídicos funcionais e organizacionais que visam a tornar a agência independente. Nosso olhar não se voltará para a aplicação prática desses elementos. Nosso objetivo principal, aqui, é fornecer uma visão geral sobre as principais características jurídicas que atribuem um certo nível de independência a tais agências. Em segundo lugar, por legitimidade política (ii) nos referimos à capacidade de representantes no poder persuadirem, formal ou informalmente, as agências reguladoras a seguir suas orientações no que se refere a políticas de regulamentação. Nesse sentido, independentemente do nível de autonomia de que uma agência possa gozar, a influência de representantes pode ser capaz de conformar as políticas de regulamentação à cadeia tradicional de legitimidade política. Ademais, por sistemas reguladores heterogêneos nos referimos ao nível de diversidade institucional (iii) que organiza o que chamamos de agências reguladoras. Em cada um dos países, verificaremos o esforço para inserir a pluralidade de elementos organizacionais e funcionais numa mesma categoria<sup>29</sup>. A questão a ser formulada sobre essa variável é

---

28. Nesta obra, não utilizamos um raciocínio econométrico ou qualquer tipo de ferramenta estatística para pontuar, por exemplo, o grau de continuidade institucional em cada um dos casos de estudo. É a *comparação* das características institucionais e a análise de exemplos concretos que dão suporte à nossa caracterização do Chile como um país com alta continuidade institucional. Essa caracterização é, portanto, insignificante, em termos absolutos.

29. Um exemplo deste esforço foi bem visto na Espanha, com a promulgação da Lei nº 2 de 2011, que tentou harmonizar as autoridades reguladoras

a seguinte: em que medida as agências reguladoras diferem umas das outras? Em quarto lugar, por continuidade institucional (iv) nos referimos à frequência de interrupções e substituições institucionais que ocorreram no setor regulatório de cada país para fornecer um equilíbrio institucional compatível com as demandas contemporâneas. Aqui avaliaremos quão profundamente os países têm tentado redesenhar suas instituições.

**81.** Ao realizarmos uma análise comparativa das nossas variáveis, na primeira parte do capítulo, nós (2) discutiremos os significados dos dois elementos que têm inquietado estudiosos do Direito Público no que se refere às agências: independência e legitimidade política. Nós destacaremos que (2.1) o debate sobre a independência das agências tem ignorado o conteúdo diversificado da própria independência. Nesse sentido, exploraremos as inúmeras formas institucionais de se caracterizar independência, em cada um dos casos estudados. Como resultado, a principal conclusão à qual chegaremos, nesta seção, é a de que a independência formal pode estar institucionalizada num nível muito baixo, mas isso não necessariamente compromete a credibilidade das agências reguladoras. Em seguida, (2.2) desafiaremos a teoria que defende ser o déficit de legitimidade uma característica das agências. De acordo com nosso argumento, a legitimidade não deve ser compreendida como uma característica estável das agências, mas sim como uma capacidade circunstancial dessas de justificar o exercício de seus poderes<sup>30</sup>. A análise comparativa

---

econômicas e, conseqüentemente, torná-las mais inteligíveis e coerentes. O objetivo do governo era aperfeiçoar os métodos de ação pública e eventualmente auxiliar o país a encontrar uma saída para a crise econômica. DELZANGLES, Hubert. L'indépendance des autorités de régulation économique et financière en Espagne: l'intérêt de la clarification du droit public. In: **Revue française d'administration publique**, vol. 3, n. 143, 2012, p. 721.

30. Argumentaremos que a legitimidade das agências não é um conceito nem único, nem estático. Defenderemos que há dois tipos de legitimidade: (i) a legitimidade derivada (política) e (ii) a legitimidade própria (institucional). Isso significa que as agências podem desfrutar de uma capacidade politicamente derivada para justificar o seu exercício de poder e/ou de uma capacidade institucional para justificar, por si mesmas, o seu exercício de poder. Ver a seção 2.2, abaixo.

demonstrará que a legitimidade política das agências pode ser forte mesmo onde haja uma elevada independência formal do poder executivo. Como consequência, desafiaremos o entendimento do déficit de legitimidade das agências enquanto uma falha persistente, e esclareceremos que, em alguns casos, as agências podem, inclusive, ser *super legítimas*.

**82.** Na segunda parte deste capítulo, trabalharemos com a seguinte hipótese: as agências não só representam unidades heterogêneas, como também tendem a se tornar cada vez mais heterogêneas. Para isso, (3) analisaremos os diversos arranjos institucionais visando a desafiar a importância de uma coerência geral do setor regulatório. Nós *deslocaremos* o locus da coerência de uma compreensão ampla do Estado regulador para os perímetros limitados das agências. Nesse sentido, argumentaremos que (3.1) as agências reguladoras inauguraram um sistema de *racionalidades contingenciais*. Estas levam em consideração as características de cada setor regulatório, como credibilidade, custo, sensibilidade política e intensidade do controle judicial. Por conta dessas características setoriais diversas, dificilmente haveria uma coerência unitária de todas as diferentes agências setoriais. Em segundo lugar, para examinar a construção dessas racionalidades contingenciais, (3.2) voltaremos a nossa atenção para os padrões de mudança promovidos dentro das agências. No decorrer da análise, questionaremos se a busca pela eficiência tem prevalecido sobre a coerência, o que estimulou as agências a gradualmente se adaptarem às especificidades de seus respectivos setores e, portanto, a se tornarem cada vez mais heterogêneas.

## **2. DESCONSTRUINDO A INCOERÊNCIA DO ESTADO REGULADOR**

**83.** O debate acerca do Estado regulador suscitaria certa incoerência. Por um lado, para constituir o Estado regulador que desejamos, as agências teriam de ser independentes. A independência das agências devolveria ao Estado a legitimidade que este perdeu durante os anos de crise econômica e de políticas ineficientes. Por outro lado, a independência das agências aprofundaria o déficit de legitimidade, uma vez que

interromperia a cadeia política tradicional de expectativas populares para, no lugar destas, confiar em ilhas de *expertise*. Por conseguinte, nesta seção questionaremos a existência dessa incoerência por meio de dois argumentos. Em primeiro lugar, (2.1) há diversas maneiras de atribuir independência, que não necessariamente impactam na credibilidade da agência. Em segundo lugar, (2.2) a legitimidade não é uma característica permanente ou indivisível, e sim uma capacidade dupla e contingente de justificar o exercício de poder.

## 2.1. Qual independência para as Agências Reguladoras?

**84.** Nesta seção, argumentaremos que (i) os diferentes significados para a independência das agências têm sido negligenciados, (ii) o que promove uma fictícia associação automática entre independência e credibilidade<sup>31</sup>. É necessário identificar sobre qual independência estamos falando para somente então verificarmos se a qualidade de ser independente atribui credibilidade às agências. Certamente, o discurso sobre a independência de agências reguladoras, seja ele coercitivo ou normativo<sup>32</sup>, tem sido eficiente, uma vez que essas unidades devem se situar de modo equidistante entre a sociedade e seus representantes políticos. De um lado, as agências devem ser politicamente e funcionalmente independentes da estrutura

---

31. A literatura destaca a importância de se separar as funções dos Ministérios e das Agências para reforçar a credibilidade do sistema regulatório. De fato, essa separação pode reduzir o risco de captura e esclarecer os objetivos das agências dentre objetivos múltiplos e contraditórios. Um certo grau de competências interligadas, contudo, nos permite lidar melhor com situações imprevisíveis e evitar abusos. GONZÁLEZ, Aldo. Análisis y Propuestas para el Rediseño Institucional en Telecomunicaciones. In: **Telecomunicaciones: Convergencia y Nuevos Desafíos**, Governo do Chile e Faculdade de Economia e Negócios da Universidade do Chile, Santiago, Chile, 2008, p. 99.

32. Ao debruçar-se sobre a independência do Banco Central, Costa argumentou que (i) a pressão formal e informal exercida por instituições transnacionais e (ii) modelos conceitualmente persuasivos que são compartilhados em redes profissionais e em instituições educacionais ao redor do mundo são a explicação mais plausível para a atribuição de independência às agências. COSTA, José Ignacio. Why Have Elected Politicians Established Independent Central Banks?. In: Res Publica, n. 2 e 3, 2009, p. 5.

tradicional de governo; de outro, elas pertencem à administração pública e, no final das contas, dependem da estrutura operacional desta para a execução de suas políticas regulatórias. Como fóruns tecnicamente especializados para a conciliação de interesses conflitantes, e como último recurso contra a mentalidade política de “curto prazo” da governança democrática<sup>33</sup>, agências reguladoras devem ser independentes. A autonomia para orientar os caminhos que as políticas públicas devem seguir parece ser a própria condição de existência dessas agências. Nesse sentido, seria inútil criar novas unidades administrativas que não seriam capazes de interromper a cadeia tendenciosa de interesses políticos que vulnerabiliza cidadãos e grupos de interesse, face à ação estatal. A independência das agências coloca-se, assim, como uma espécie de escudo contra o jogo político que influencia todos os níveis de governo.

**85.** A ideia de independência das agências, contudo, não quer dizer muito se não identificamos as características organizacionais e procedimentais que a conformam. Os níveis de controle sobre a independência das agências surgem a partir de questões acerca do design institucional<sup>34</sup>. De fato, a independência das agências está longe de ser um mito intocável, o que significa que as agências têm sido sempre submetidas a algum grau de controle organizacional e procedimental<sup>35</sup>. A independência das agências nada tem a ver com a ausência de controle institucional. É o conjunto de mecanismos institucionais para o exercício de controle que varia de um país para outro (e também de um setor para o outro). Além disso, a busca por credibilidade tem demonstrado que outras variáveis, para além da organização interna, devem complementar a performance independente das agências. Tem-se discutido, por exemplo, que o poder discricionário das agências deve ser contrabalanceado por meio de instrumentos de controle social, para consolidar essa credibilidade<sup>36</sup>.

---

33. Majone, nota 328 supra, p. 6.

34. *Ibid.*, p. 8.

35. *Ibid.*, p. 11.

36. MONTOYA, Miguel Á. E TRILLAS, Francesc. The Measurement of the Independence of Telecommunications Regulatory Agencies in Latin America and the Caribbean. In: **Utilities Policy**, vol. 15, n. 3, setembro de 2007, p. 183.

**86.** Nesse sentido, ao revisitar os elementos que conferem independência às agências, tem-se empreendido um esforço para desafiar suposições “lugar comum” e estressar a necessidade de se expandir os traços jurídicos de tal independência<sup>37</sup>. A compreensão dos “*degrés d’indépendance*”, ou graus de independência, por exemplo, nos permitiria escapar de uma compreensão meramente estatística das agências reguladoras e associar os níveis de independência com a sensibilidade política de cada setor<sup>38</sup>. No Reino Unido, por exemplo, devido às duas abordagens, pragmática<sup>39</sup> e de improviso, que caracterizam a formação e a reformulação das agências, haveria uma lacuna entre a percepção generalizada sobre a independência destas e os instrumentos jurídicos existentes para salvaguardá-la<sup>40</sup>. Além disso, não há clareza para definir, em termos comparativos, se um critério de independência é mais relevante do que outro. Por um lado, a direção das agências francesas tem sido sempre composta por comissões, em lugar de apenas um diretor, o que tornaria as agências francesas potencialmente mais independentes do que as inglesas. Por outro lado, o conjunto de competências conferidas às agências inglesas tem se demonstrado muito maior<sup>41</sup>. Esta é razão pela qual o nosso objetivo será ir além dessa associação

---

37. Não há uma definição jurídica monolítica de “independência”. Nesse sentido, seria incorreto definir se uma agência é independente ou não de acordo com um critério único, a exemplo da estabilidade dos diretores em seus cargos. PRADO, Mariana Mota. *Agências Reguladoras, Independência e Desenho Institucional*. In: **Agências Reguladoras - Mercado De Capitais, Energia Elétrica e Petróleo**, Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005, p. 129.

38. Delzangles, nota 30 supra, p. 708.

39. Perroud afirma que a implementação progressiva das agências reguladoras inglesas foi orientada, primordialmente, por um raciocínio jurídico pragmático, que terminou por constituir uma “*table de désordre*” e um alto grau de instabilidade institucional. PERROUD, Thomas. *L’indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni*, 143<sup>a</sup> Revue Française d’Administration Publique, n.735, 2012.

40. *Ibid.*, p. 745.

41. Somente a partir dos anos 2000 as agências inglesas passaram a instituir comissões como órgãos de direção. Como resultado, os modelos francês e inglês tornaram-se mais semelhantes. *Ibid.*, p.743.

automática entre independência e credibilidade, no que se refere às agências reguladoras. Agências podem ser consideradas muito independentes, enquanto, ao mesmo tempo, suas políticas podem não ser tidas como confiáveis. Isso se dá justamente porque o parâmetro para determinar a independência das agências é variável e o caráter de “confiabilidade” se relaciona mais com a continuidade institucional. Afinal, um dos principais objetivos de conferir independência às agências foi assegurar a continuidade do Estado independentemente das descontinuidades dos governos.

**87.** Para sustentar nosso argumento, escolhemos analisar, primeiramente, fatores visíveis<sup>42,43</sup> que impediriam, formalmente, que Presidentes intervissem politicamente nas agências reguladoras. Esses fatores constituem o regime jurídico sob o qual os diretores das agências podem exercer seus poderes. A lógica funciona da seguinte maneira: quanto mais o poder executivo desempenha um papel formal nesse regime, menos independentes são as agências. A extensão na qual o Presidente encontra-se juridicamente empoderado para influenciar este regime fornece uma ideia formal dos níveis de independência das agências chilenas, brasileiras e argentinas, em face de seus respectivos governos. Nesse sentido, o que faremos é investigar o conteúdo e os níveis relativos dessa variável, e não procurar por uma resposta definitiva para a questão sobre se as agências são, de fato, independentes<sup>44</sup>.

- 
42. Como já mencionamos, há diversos fatores institucionais que atribuem autonomia às agências. Acreditamos, contudo, que conhecer as regras que conformam a relação entre os diretores das agências e o Presidente será um primeiro e decisivo passo em direção à configuração da performance independente das agências.
43. Poderíamos também ter denominado esse fator visível de design normativo que regula a relação entre as agências e o Poder Executivo, como faz Gelis, em sua obra. Gelis Filho, nota 316 supra.
44. Em 1997, a constitucionalidade da independência administrativa da ANATEL (a agência reguladora brasileira de telecomunicações) foi questionada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). O Supremo Tribunal Federal refutou seus argumentos e declarou tal independência em harmonia com a Constituição. Para maiores detalhes, ver a injunção temporária referente à ADI-1668/DF.

**88.** Num dos extremos do espectro, há o Chile, que apresenta um nível de independência de agências reguladoras em face do poder executivo consideravelmente baixo<sup>45</sup>. De fato, no Chile a própria distinção entre os regulamentos emitidos pelo governo e aqueles emitidos pelas agências reguladoras é bastante sutil. Além disso, devido ao princípio constitucional do Estado subsidiário, a intervenção setorial acontece dentro de parâmetros tímidos<sup>46</sup>. Como resultado, as “*superintendencias*”, que são o equivalente mais próximo das agências reguladoras, no Chile<sup>47</sup>, ao seguirem uma lógica de coordenação, ao invés de se comportarem como unidades independentes<sup>48</sup>, acabam por confundir suas funções com as dos Ministérios e das Secretarias. No Chile, a maioria das lideranças das agências<sup>49</sup> é apontada pelo Presidente e permanece no poder enquanto o Presidente a julgar confiável. Junto à reforma do sistema de serviço público<sup>50</sup>, algum progresso tem sido feito no sentido de reduzir o poder discricionário do Presidente. Entretanto, as “*superintendencias*”, em alguma medida, permanecem sendo entidades de perfil técnico que não gozam de qualquer garantia para exercerem suas funções com autonomia em face do governo<sup>51</sup>.

---

45. A exceção frequentemente mencionada é o Banco Central.

46. O princípio da livre iniciativa parece estar consolidado nas estruturas jurídica e política chilenas. BLANCO, Alejandro Vergara. Una Tríada Económica y Jurídica: Recursos Naturales, Bienes Públicos y Servicios Públicos Conexos para un Balance de 30 Años de Liberalización Económica en Chile (1980-2010). In: **Derecho Administrativo y Regulación Económica**, 1041-1074, ed. 2011, p. 1053.

47. GARCIA, José Francisco. ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. In: **Revista Actualidad Jurídica**, Tomo I, n. 19, 2009, p. 329.

48. Nesse sentido, durante a entrevista, Heidi Berner afirmou que as agências trabalhavam inseridas num sistema híbrido de serviço público e agentes públicos politicamente nomeados.

49. As lideranças das agências são chamados “*superintendentes*”.

50. Sistema de Alta Dirección Pública.

51. García G, nota 348 supra, p. 351

**89.** Além disso, os Ministérios funcionam como superiores no que se refere aos seus “*superintendentes*”<sup>52</sup>, que conduzem as agências individualmente e não sob um *diretório colegiado*. No setor da eletricidade<sup>53</sup>, por exemplo, a “*Superintendencia de Electricidad y Combustible*” é competente para controlar as atividades dos agentes no mercado e aplicar eventuais sanções. É o Ministério da Energia, porém, que mantém a orientação política, o planejamento técnico e o poder regulatório das medidas<sup>54</sup>. Para além disso, o artigo 14 da lei nº 18.410 de 1985 prevê que o “*Superintendente*”, e não um órgão colegiado, é o chefe superior da autoridade, sendo apontado pelo Presidente de acordo com o critério de alinhamento político, ou “*confianza*”. Além disso, apesar de a “*Superintendencia de Servicios Sanitarios*” também ser reconhecida como uma autoridade descentralizada, ela se submete a uma estreita supervisão (“*supervigilancia*”) do Presidente, por meio do Ministério de Obras Públicas<sup>55</sup>. É o Ministério quem controla, em verdade, as companhias e exerce as funções de regulação do setor. Nesse mesmo sentido, apesar de a SUBTEL<sup>56</sup> (“*Superintendencia de Telecomunicaciones*”) fornecer a informação técnica e das empresas poderem produzir seus próprios estudos para comparar seus resultados com as sugestões feitas pela agência<sup>57</sup>, o estabelecimento e as revisões de tarifas no setor de telecomunicações dependem integralmente do trabalho coordenado entre o Ministério das Telecomunicações e o Ministério da Economia. De modo semelhante, apesar de a SUBTEL ser competente para aplicar sanções, o Ministério de Telecomunicações possui competência para revisar suas decisões, agindo, em última instância, como

---

52. González, nota 332 supra, p. 92.

53. Além do Ministério de Energia e da “*Superintendencia de Electricidad y Combustible*”, o setor conta com o trabalho da Comissão Nacional de Energia e da Comissão Chilena de Energia Nuclear, que são responsáveis por estudos, análises técnicas e informação.

54. Vergara Blanco, nota 347 supra, p. 1054.

55. *Ibid.*

56. A SUBTEL foi criada em 1977.

57. González, nota 332 supra, p. 82.