

ACORN-REDECOM Conference 2009 Mexico City

A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil

Gabriel Boavista Laender
Universidade de Brasília
gblaender@gmail.com

ABSTRACT

This paper analyses the way in which separation of powers and checks and balances have influenced the process of institutionalization of telecommunication regulation in the USA and in Brazil, leading to the creation of the American *Federal Communications Commission* (FCC) and the Brazilian *Agência Nacional de Telecomunicações* (Anatel). The essay focuses on the regulatory problems brought especially by the sector of telephony and confront them with the search of institutional solutions that could uphold the implementation of telecommunication public policies in the paradigm countries. When evaluating the search of institutional solutions, the relations among the three powers and among federal entities are identified. At last, the paper addresses the implications between the characteristics of the institutionalization of the present regulatory agencies and the principle of separation of powers, referring to the process of conformation of those characteristics vis-à-vis the role as institutional guarantee played by that principle.

Keywords

INDEPENDENT REGULATORY AGENCY. INDEPENDENT COMMISSION. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION – FCC. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. SEPARATION OF POWERS. CHECKS AND BALANCES. USA. BRAZIL..

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é avaliar as características de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil à luz do princípio da separação de poderes. Para tanto, primeiro será oferecido um marco teórico para a análise, em que serão explorados os conceitos de espaço regulatório e de regulação de resposta compreensiva. Em seguida, o processo de institucionalização das agências será contraposto à atuação em concreto da separação de poderes, de modo a identificar de que modo esta influenciou aquelas. Serão então avaliados os resultados dessa interação nas características das agências reguladoras e à luz desse processo, qual o posicionamento institucional das agências reguladoras de telecomunicações.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS DENTRO DO ESPAÇO REGULATÓRIO

Segundo Hancher e Moran (1989), os entes governamentais não agem sobre as firmas como meros agentes externos. As sociedades empresárias modernas são centros de expertise, e o conhecimento nelas produzido afeta o próprio resultado da regulação que sobre elas incide. A adesão das empresas reguladas é, no mais das vezes, condição para o sucesso da regulação. Outro aspecto a ser considerado é o de que as modernas empresas são em si hierarquias sociais e administrativas, que contemplam processos complexos de interação entre grupos e indivíduos com posições e opiniões diversas entre si. Essa multiplicidade de interesses que se articula dentro da empresa, segundo os autores, impede que se identifique um interesse privado que pautar sua motivação, ou tampouco que se identifique um antagonismo entre firma e regulador. Ao contrário, há

integração entre regulador e regulado, e essa integração é necessária para que a própria regulação funcione. Desse modo, a regulação econômica de mercados, no que os autores chamam de capitalismo avançado, pode ser retratada como uma atividade conformada pela interdependência de organizações poderosas que dividem características públicas relevantes.

A compreensão da natureza desse espaço compartilhado é, portanto, central para a análise regulatória. E, com essa finalidade, os autores propõem o que chamam de um construto analítico: a noção de espaço regulatório. Este seria definido pelo espectro de assuntos regulatórios submetidos à decisão pública. A conexão entre assuntos e o caráter da regulação econômica é conformada por fatores estruturais e ideológicos. Segundo os autores, os assuntos regulatórios, que pautam o surgimento de espaços regulatórios, surgem a partir de uma visão de mundo particular dos atores sociais envolvidos – são, desse modo, uma construção ideológica. Mas o reconhecimento desses assuntos depende da ação das forças estruturais que atuam na economia. A mais importante dessas forças resulta do caráter dinâmico do capitalismo avançado, que constantemente cria novos problemas regulatórios, novas arenas regulatórias e novas organizações prontas e disponíveis para competir nessas arenas.

Todavia, embora admitam que a cultura jurídica constitua uma variável importante para determinar a capacidade dos excluídos de desafiar a distribuição de poder no espaço regulatório, Hancher e Moran afirmam que o status organizacional é a condição mais importante de acesso a esse espaço. Por esse motivo, os autores consideram que indivíduos que não desempenhem funções organizacionais, ou que não representem interesses de organizações, apenas ocasionalmente podem ser bem sucedidos em participar do processo regulatório – e, ainda assim, essa participação seria apenas pontual. Os autores, no ponto, são enfáticos: os cidadãos são tomadores da regulação feita e moldada pelas organizações. Logo, o jogo de poder que determina o domínio do espaço regulatório, segundo Hancher e Moran, é jogado pelas organizações, especialmente pelo ente regulador e pelas firmas envolvidas. E a regulação é resultado desse jogo.

Outro ponto de vista sobre a regulação é fornecido por Ayres e Braithwaite (1992). Enquanto Hancher e Moran se propõem a superar a dicotomia público-privado, Ayres e Braithwaite buscam superar a dicotomia estado-mercado, ou, mais especificamente, regulação-desregulação. Segundo esses autores, a análise de políticas públicas não se pode cingir a escolher entre mercado ou regulação estatal. Os autores partem do reconhecimento da interdependência entre a regulação privada – por associações industriais, firmas, consciências individuais – e a regulação estatal. E, a partir dessa interdependência, identificam possibilidades interessantes abertas à mistura entre regulação pública e privada. É uma questão de gradação: a consecução de políticas públicas será tanto mais eficaz quanto for a habilidade de uma dada sociedade de aquilatar a participação pública e a participação privada na implementação daquelas políticas. A partir dessa afirmação, Ayres e Braithwaite propõem a noção de *responsive regulation*, não como um teoria da regulação, mas como uma estratégia regulatória, elaborada com base em princípios da teoria dos jogos.

Portanto, Ayres e Braithwaite, assim como Hancher e Moran, identificam uma pluralidade de atores e processos que determinam a regulação. Nesse sentido, é possível compatibilizar a noção de espaço regulatório com a estratégia de regulação de resposta compreensiva, desde que algumas adaptações sejam efetuadas. Em primeiro lugar, Ayres e Braithwaite não identificam a complexidade estrutural das firmas modernas, a abrigo, nelas próprias, interesses difusos e contrastantes. A noção de espaço regulatório, nesse ponto, é mais precisa e é a que será adotada neste trabalho. Contudo, a análise de Hancher e Moran não fornece instrumental adequado para a compreensão do objetivo prospectivo da regulação. O espaço regulatório, como visto, é identificado a partir de assuntos surgidos da interação entre os atores sociais que atuam no mercado. Mas seria possível conformar esse espaço regulatório, adaptá-lo de modo a incluir assuntos levantados pelo debate político? As idéias que permeiam a *responsive regulation* permitem identificar um caminho estratégico possível. Se identificamos o Estado não como o produtor isolado da regulação, mas como um dos agentes que integram o espaço regulatório, a consecução de políticas públicas pressupõe uma estratégia para que o ente regulador domine o jogo de poder e assuma o protagonismo do espaço regulatório.

Nesse ponto, a questão não deixa de assumir um viés ideológico: por que a regulação gerada no seio do Estado deve prevalecer? Uma vez que se reconhecem as sociedades empresárias como dotadas de um certo aspecto público, qual a razão para não simplesmente deixar o espaço regulatório ser regido pela conjuntura de poder que melhor se adequar à realidade em um dado momento? A resposta passa pela identificação do caráter republicano do Estado. O Estado republicano é uma instituição voltada à superação da arbitrariedade na fixação de políticas públicas. Se o espaço regulatório é dominado por organizações, e se os indivíduos nele conseguem falar apenas se ocuparem uma posição institucional, é na atuação estatal que se viabiliza a possibilidade de ação individual sobre a regulação. A partir das formulações do John Locke, Montesquieu e dos Federalistas, é pressuposto deste trabalho que essa participação individual é protegida pelas garantias estatais à liberdade pública. A separação de poderes, tanto no direito americano, como no direito brasileiro, assume essa função.

A ATUAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES NOS EUA E NO BRASIL

O surgimento de um espaço regulatório para o setor ferroviário motivou, nos EUA, o surgimento de uma instituição estatal específica para ocupar esse novo espaço: as comissões estaduais. Antes das comissões, o espaço regulatório do setor ferroviário foi dominado pelas ferrovias, que, embora sujeitas a normas fixadas pelas legislaturas estaduais – e ao instituto da regulação de *common carrier* fixado pela *common law* – eram hábeis ao se evadir de cumpri-las (STONE, 1991). O fracasso das primeiras tentativas estatais de assumir o protagonismo do espaço regulatório fez com que se buscassem alternativas, o que por fim se verificou com a inserção de uma nova organização no espaço regulatório. Com o surgimento das comissões estaduais, a Administração Pública americana presenciou o surgimento de uma de suas primeiras estruturas organizacionais tecnicamente especializadas. A partir da criação das comissões, tanto os interesses do chamado Movimento Granger e o dos comerciantes de cidades como Nova Iorque passaram a ser referência na pauta regulatória do setor, antes dominada exclusivamente pelo setor ferroviário (Cushman, 1941; Alexis, 1982). Nesse sentido, a criação das comissões significou a inclusão de novos interesses, mediados pelos novos entes estatais.

Todavia, a questão ferroviária em pouco tempo não se cingia mais aos estados. A malha ferroviária era interestadual, as empresas do setor se organizavam regionalmente ou nacionalmente. Surgiu um espaço regulatório nacional. E esse espaço era ocupado por firmas supra-estatais, de um lado, e por comissões estaduais, de outro. As comissões disputavam a supremacia dessa arena regulatória e, por vezes, fixavam normas que exorbitavam de sua competência territorial. Mas se antes a atuação do Judiciário serviu de legitimação à ocupação de um novo espaço regulatório, agora serviria de limitação à ocupação desse espaço. Foi por força de uma ação individual, traduzida no caso *Wabash*¹, que se expurgou do espaço regulatório ferroviário nacional as comissões estaduais. Essa decisão, por sua vez, forçou o consenso político que deu origem à primeira configuração da *Interstate Commerce Commission* (ICC). Esta, porém, não estava imune a preocupações quanto à concentração de poderes. Ainda que destituída de poderes normativos mais amplos, a ICC assumiu uma função anteriormente reservada ao Judiciário: a fixação de tarifas justas e razoáveis. Além disso, imputou-se à ICC a tarefa de auxiliar o Congresso na formulação de políticas públicas para o setor. Tal como ocorrera na esfera estadual, a estrutura organizacional federal se ressentia de uma organização com especialização técnica para ocupar o espaço regulatório. E o Congresso, preocupado que a ocupação desse espaço significasse o investimento de poderes excessivos nas mãos de um único ente, cuidou de conferir a esse ente características que evitassem a arbitrariedade no uso desses poderes. Nesse intuito, fixou parâmetros gerais de conduta na legislação que criou a ICC e buscou dotar a comissão de independência para o exercício de suas funções. O importante detalhe, que por vezes passa despercebido nos debates sobre agências reguladoras, é que essa independência não era técnica, mas política (Cushman, 1941). A intenção do Legislativo foi fixar condições de escolha dos dirigentes da ICC que garantissem que não haveria o domínio de um partido sobre outro. E o requisito para tanto não foi a ausência de vinculação política: ao contrário, metade dos comissários da ICC deveria ter sido escolhida por um partido, e metade por outro – o presidente da comissão seria escolhido pelo Presidente dos EUA. Além disso, buscava-se, com o pagamento de altos salários, garantir a probidade e a capacidade técnica dos reguladores. Dotada de independência política, o que não significa independência da política, essa ICC pretendia-se defensora do público e dos usuários afretadores. Mas sua atuação ainda seria casuística, pois lhe cabia dizer, caso a caso, quando os critérios fixados pela lei seriam aplicáveis – como no caso de discriminação entre fretes de curta e longa distância, ou na verificação de quando um dado preço não era justo ou razoável.

Os poderes conferidos à ICC, desse modo, não foram tantos e tão amplos como se pensara inicialmente. A nova agência reguladora não conseguiu atrair a cooperação das empresas ferroviárias, e o Judiciário foi o constante alçó de diversas de suas competências. A atuação do Judiciário em parte encontrou fundamento na ausência de uma política pública para o setor ferroviário. Essa política deveria ter sido fixada na lei, mas as divergências no Congresso americano impediram o consenso (cf. Cushman, 1941; Martin, 1974). A solução foi deixar uma carta branca à ICC em diversos aspectos. O problema, porém, é que a ICC não havia sido concebida como instância de fixação de políticas públicas – sua competência era de auxiliar o Congresso nesse fim. A ICC era uma organização de atuação casuística, não possuía poderes para fixar normas gerais. Em resultado, o espaço regulatório ferroviário nacional permaneceu sob o domínio das empresas ferroviárias, agora reforçadas com o caixa de novos investidores financeiros. A situação assim permaneceu até a revitalização da ICC pelo Governo de Theodore Roosevelt, quando uma política pública clara, pró-usuário, foi definitivamente fixada pela lei (Cushman, 1941). Diante de uma política pública clara, o Judiciário passou a cancelar a atuação da ICC. Esta, reforçada em seus poderes de fixação de preços e combate à discriminação entre rotas, conseguiu força o suficiente para mudar o jogo de forças do espaço regulatório e garantir o protagonismo do Estado americano. Sua atuação, contudo, era ainda casuística e dependente da existência de uma política pública específica fixada em lei.

¹ *Wabash, St. L. & P. Ry. Co. v. State of Illinois*, 118 U.S. 557.

Foi essa ICC que assumiu a competência para regular o setor de telecomunicações com o Mann-Elkings Act de 1910. Entretanto, nessa época a AT&T de Theodore Vail já havia firmado sua supremacia sobre o espaço regulatório das telecomunicações. A ausência de especialização técnica da ICC limitou sobremaneira sua interação com o setor, o que ajudou a reforçar a posição da AT&T. Além disso, a telefonia era ainda um negócio majoritariamente local, e que por isso atraiu pouca atenção federal. A arena regulatória mais relevante era a estadual, e a AT&T foi extremamente bem sucedida em articular um regime de cooperação com as *Public Utility Commissions* (PUCs) estaduais. Organizou-se assim uma política regulatória calcada no monopólio natural como meio de provimento do acesso universal e que, do ponto de vista nacional, era coordenada e planejada pelo Sistema Bell (cf. Huber, Kellogg e Thorne, 1999). O sucesso do diálogo institucional entre Bell e os governos estaduais se espalhou também para a seara federal. Essa mesma postura cooperativa continuou a pautar as relações entre AT&T e agência reguladora quando, por ocasião do *Communications Act* de 1934, a *Federal Communications Commission* (FCC) tomou o lugar da ICC e passou a ocupar a posição estatal no espaço regulatório federal.

A FCC, porém, tinha característica diversa da ICC que assumira o setor de telecomunicações em 1910. Sua atuação não havia de ser casuística, pois ela havia herdado as características normativas de sua antecessora, a *Federal Radio Commission* (FRC), sem que houvesse a vinculação a uma política pública específica pré-estabelecida. Enquanto a FRC ganhou suas competências normativas por uma opção consciente do Legislativo, que não sabia muito bem como normatizar o cada vez mais povoado espectro de radiofrequências, a FCC adquiriu essa competência por herança (cf. Huber et al., 1999; Robinson, 1989; Cushman, 1941). Assim, a FCC possuía as características institucionais para normatizar o setor de telecomunicações, porém não se deu conta de imediato dessa sua capacidade. E, sem uma pauta clara de políticas públicas para as telecomunicações, o caminho estava aberto para que a FCC se constituísse no espaço de formulação dessas políticas públicas. Inicialmente, porém, a FCC estava mais preocupada com o setor de radiodifusão do que com o de telefonia. As telecomunicações interestaduais eram ainda muito insipientes, e a AT&T havia assumido o protagonismo de uma bem sucedida regulação calcada na idéia de monopólio natural. E se a FCC não exercia influência sobre a holding do Sistema Bell, a possibilidade de o Congresso estatizar as telecomunicações era o suficiente para assegurar a cooperação da AT&T na consecução das políticas regulatórias. Foi assim que, durante os primeiros anos de atuação da FCC, esta conseguiu obter grandes descontos nos preços praticados na longa distância. O espaço regulatório estava ocupado, e não havia pressões para a alteração da composição de forças.

A situação mudou de figura quando as telecomunicações interestaduais ganharam maior importância econômica. O que antes era uma receita periférica, se tornou um negócio extremamente lucrativo. Com o aumento do tráfego interestadual de telefonia e a amortização dos investimentos realizados nas linhas de longa distância, a AT&T lucrava cada vez mais com o serviço. Ao mesmo tempo em que possibilitou a obtenção de grandes descontos pela FCC, as progressivas margens de lucro do serviço interestadual chamaram a atenção dos reguladores estaduais, que passaram a exigir que parte dos lucros fosse revertida em subsídios para a telefonia local. O espaço regulatório, que antes era dividido entre local e nacional, passou a cada vez mais se tornar um só: as PUCs passaram a interagir com a FCC, que por sua vez passou a normatizar a distribuição de subsídios e, assim, intervir na esfera estadual. O surgimento de novas tecnologias fez surgir novos atores, dispostos a competir com a AT&T nos serviços de longa distância. Nesse cenário, o protagonismo do espaço regulatório acabou sendo assumido não pela FCC – que foi relutante em assumir a postura de fixação de políticas públicas – mas pelo Judiciário, provocado pelos novos agentes econômicos do setor. Durante anos, as políticas de telecomunicações nos EUA ficaram a cargo do gabinete do Juiz Greene, responsável por aprovar a transação entre o *Department of Justice* e a AT&T no início dos anos 80, de que resultou a conhecida cisão do Sistema Bell. A situação se alteraria apenas com o *Telecommunications Act* de 1996, que consolidaria as telecomunicações em um espaço regulatório nacional, agora liderado pela FCC.

Como se percebe das linhas acima, a separação de poderes atuou nos EUA não como um constrangimento na configuração teórica de um projeto de FCC, mas como uma limitação prática de sua atuação e da conformação de suas características. Foi em decorrência da divisão do poder político em diversos entes que foi viabilizada a alternância do jogo de poder do espaço regulatório federal de telecomunicações. A possibilidade de intervenção via Judiciário foi essencial para que novos agentes, antes excluídos do espaço regulatório, pudessem nele ingressar. A alternância entre Legislativo, Judiciário e agência reguladora no papel de fixação de políticas regulatórias revela, ainda, a natureza política das atribuições da FCC. É precisamente porque se cuida de uma atividade política que ela pode ser exercida pelos três poderes, em momentos alternados. E é precisamente o reconhecimento dessa natureza que permite admitir a FCC como uma instância na produção de uma decisão política e, por isso, sujeita aos constrangimentos da separação de poderes.

Contudo, a história da evolução institucional da FCC revela efetivamente uma participação pouco relevante de cidadãos no desenvolvimento do processo regulatório. Não obstante, essa mesma história revela a separação de poderes como o fator determinante para a organização do espaço regulatório – este, nos diversos momentos retratados acima, foi definido ou alterado decisivamente pela atuação quer do Legislativo, quer do Judiciário, quer da própria FCC. Ou seja, se não foi

suficiente para garantir o acesso dos cidadãos às instituições para que fosse efetivada sua participação, a separação de poderes atuou como um fator de instabilidade que evitou o completo domínio do espaço regulatório por uma única organização.

No Brasil, por sua vez, o final do século XIX e a primeira metade do século XX revelam a ausência de políticas públicas para o setor, e não uma busca. Apesar do reconhecimento temporário de que a telefonia se tratava de um serviço público, o que houve foi a mera divisão do território de exploração em monopólios geográficos. As normas do serviço, que significariam a efetiva presença estatal no setor, não foram formuladas ou, quando existiam, não foram fiscalizadas (cf. Iachan, 2006; Aranha, 2005). A divisão federativa de competências atuou como um impedimento a qualquer política, exceto a pressão populista por tarifas mais baixas. A garantia do monopólio acomodou os agentes privados, e as baixas tarifas tornaram mais interessante simplesmente explorar as redes já existentes. Se era possível caracterizar a presença de um espaço regulatório, este era apenas esparsamente povoado, e não ocupado.

Quando, na década de 60, surgiu no âmbito federal o desejo político de desenvolver o setor, a divisão federativa deixou a União de mãos amarradas – o pouco desenvolvimento das telecomunicações federais não permitia sequer avançar sobre a competência estadual. Foi necessária a implementação de uma nova ordem institucional, que empurrou uma nova competência federal goela abaixo dos estados (especialmente do Estado da Guanabara de então, cuja capital era a cidade do Rio de Janeiro). Essa nova ordem institucional foi estabelecida pelo Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, que, entre outras disposições, criou a Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel), uma empresa pública federal, para cuidar da telefonia nacional. A Embratel rapidamente se tornou o centro de formulação de políticas públicas, ombreada pela breve existência do Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel). Pouco depois, por meio de alteração das competências constitucionais, veio a federalização absoluta, e toda a política passou a ser formulada por uma nova empresa pública, a Telecomunicações Brasileiras S.A (Telebrás), e pela Embratel. Inspirada no modelo da AT&T, a Telebrás se tornou o centro articulador da política nacional de telecomunicações, e todas as demais empresas do setor, inclusive a Embratel, passaram a compor o Sistema Telebrás, sob controle estatal (cf. Brandão, 1999). Na década de 70, o já inoperante Contel deixou de existir, e assumiu seu lugar o Ministério das Comunicações. Esse movimento foi promovido pelo governo militar, em um período de recrudescimento do regime de exceção instalado em 1964. O espaço regulatório, então, foi absolutamente dominado pelo Executivo federal.

Houve, em decorrência, centralização do poder político regulatório no corpo técnico (não-eleito) do Executivo federal. A ausência de limitações ao exercício do poder explica o porquê de a política setorial ter entrado em decadência quando foi modificado o comando. Sem mecanismos de contenção do poder, este ficou dependente da qualidade de quem o exercia – não havia mecanismos institucionais que garantissem uma política pública para o setor. Quando o comando das estatais passou a ser moeda no jogo de poder político-partidário, deixou de existir uma política pública para as telecomunicações. Essa ausência provocou a derrocada prematura do Sistema Telebrás. Não foi a Telebrás, por ser pública, que entrou em fase falimentar. No final da década de 70 e início da década de 80, o Estado brasileiro, falido em decorrência da má-gestão macroeconômica em seguidas crises internacionais, loteou a Telebrás – suas tarifas se converteram em mecanismos de controle inflacionário e os tributos criados para financiá-la, ironicamente, se converteram no seu maior ônus financeiro. Os cargos de direção dessa Telebrás combatida financeiramente foram, a partir da gestão de Antônio Carlos Magalhães no Ministério das Comunicações, distribuídos politicamente (Vianna, 1993). Não havia nenhum mecanismo institucional que exigisse uma política pública de telecomunicações, não havia parâmetros para limitar a ação do Poder Executivo. Assim, quando mudaram os ocupantes do poder, e os novos governantes não mais se preocupavam com alguma coerência técnica para o desenvolvimento do setor, nenhum mecanismo institucional havia para bloquear esse movimento. O poder sobre as telecomunicações não tinha freio – era herdeiro de um período de centralização extrema. E, por isso, estava à mercê do bom caráter de quem o ocupasse.

Esse cenário somente iria se modificar no final da década de 90. Após a Constituição Federal de 1988 e a consequente retomada do processo democrático, diversas tentativas de privatização do Sistema Telebrás culminaram com a aprovação da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que permitiu a privatização e criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para regular o setor (cf. Aranha, 2005). A criação da Anatel, todavia, significou uma nova divisão do poder. Sua formulação original não se destinava à preservação de uma política pública de telecomunicações, mas à preservação de um ambiente estável o suficiente para atrair investimento estrangeiro direto. Não que estivesse ausente qualquer forma de preocupação democrática, mas sua conformação como agência independente observou a imperativos pragmáticos de captação de investimentos e inserção no mercado internacional liberalizado de bens e serviços. Não obstante, a atuação do Supremo Tribunal Federal² introjetou, a partir de uma formulação racional da separação de poderes, o valor de proteção à liberdade pública na agência. Ao lado do componente de formulação racional, a atuação prática da Anatel, segundo a formulação teórica desenvolvida no Supremo, é permeada e constrangida pela separação de poderes, forçando-a a um diálogo institucional e evitando seu isolamento.

CONCLUSÃO

A criação de uma agência se mostra vinculada a uma política pública, porém seu desenvolvimento institucional faz com que suas características se adaptem a novas políticas. Esse processo de desenvolvimento institucional é pautado pela interação entre os poderes, em que a agência aparece como ponto de confluência dessa interação: o surgimento de políticas públicas no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário (cisão da AT&T, por exemplo) repercute na atribuição de novas características ou na modificação das características já existentes da agência.

A possibilidade de normatizar o setor regulado foi essencial para que se pudesse efetuar uma política de ordenação sistêmica. A ordenação sistêmica, por sua vez, foi necessária para a implementação de políticas de qualidade do serviço (no início) e para a criação de condições para a competição (a partir dos anos 90). Nos EUA, ordenação sistêmica foi protagonizada pela AT&T e no Brasil, pela Telebrás. A quebra da AT&T significou, de certo modo, a publicização das telecomunicações nos EUA. No Brasil, a privatização significou uma mudança de mecanismos estatais de exercício do poder político nas telecomunicações, substituindo-se o controle com ênfase nas pessoas (nomeação política dos dirigentes da empresa pública) pelo controle com ênfase na interação institucional.

A experiência de criação de um núcleo com especialização técnica no seio da Administração Pública se deu como uma opção para a gestão e execução de políticas públicas em setores especializados como o de transportes ou o de telecomunicações. A questão é pragmática: sem uma expressão organizacional adequada, que sirva de filtro das opiniões individuais e permita a adoção de opções técnicas eficazes, torna-se impraticável a promoção de políticas públicas efetivas. Isso porque, sendo o espaço regulatório um espaço de interação entre instituições organizadas funcionalmente, a ausência de uma organização estatal técnica inviabiliza o necessário diálogo, e abre espaço à dominação privada. Essa organização institucional estatal, representada pela agência reguladora, permite ao Estado ocupar o espaço regulatório.

Se a ocupação do espaço regulatório pelo Estado pressupõe a criação de uma estrutura institucional técnica, a configuração desse espaço regulatório, e as regras do jogo de poder de seus atores, poderão ser mediados pela separação de poderes. A agência autônoma, na medida em que é instrumento de realização de políticas públicas, terá seu processo de inserção institucional marcado pela atuação concreta da separação de poderes, ao mesmo tempo em que a própria agência configura, por si, um *check* contra a dominação de um dos poderes sobre os demais. A agência reguladora não é exceção ao princípio da separação de poderes e ao modelo de freios e contrapesos, mas uma instituição cujo desenvolvimento foi pautado justamente pela interação entre os poderes. Constituiu-se, assim, como um espaço sujeito aos *checks* do Judiciário, Legislativo e Executivo.

Ademais, a experiência americana não permite identificar as agências com um modelo específico de atuação estatal. Ao contrário, a agência se mostrou uma instituição flexível, com grande grau de permeabilidade frente às opções políticas de atuação estatal. Essa permeabilidade em grande parte se explica pela interação da agências com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O mecanismo de freios e contrapesos torna a agência uma instituição fluida, cujas características podem se adaptar às opções políticas manifestadas nos demais foros institucionais.

A separação de poderes, assim, atua como garantia institucional de proteção à liberdade pública institucionalizada, mas apenas potencialmente como proteção ao direito subjetivo de liberdade política. A divisão de poderes entre instâncias diversas do aparelho estatal impede que a agência se torne um espaço tecnocrático insular e, desse modo, a torna permeável a

² Vide o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0/RS.

novas posições políticas. Além disso, sua inserção no modelo de freios e contrapesos permite que se torne um espaço de deliberação de políticas públicas mediado pelo conhecimento técnico.

Todavia, se a experiência americana mostra que essa permeabilidade a novas opções políticas não é decorrência direta da separação de poderes – esta funciona apenas potencialmente como tal -, a experiência brasileira com o Sistema Telebrás mostra que, sem mecanismos de contenção do poder político, este pode fazer dominar o espaço regulatório por apenas uma instituição, com o risco de que o aviltamento dessa única instituição resulte na inabilidade para a produção de uma opção política setorial.

BIBLIOGRAFIA

1. Alexis, Marcus. (1982) *The Applied Theory of Regulation: Political Economy at the Interstate Commerce Commission*. *Public Choice*. Vol. 39, pp. 5-27.
2. Aranha, Márcio Iorio. (2005) *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese de Doutorado. Brasília : CEPAC/UnB.
3. Ayres, Ian e Braithwaite, John. (1992) *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York : Oxford University Press.
4. Brandão, Carlos Antônio. (1999) *A política de telecomunicações no Brasil: do monopólio público ao recente processo de privatização e regulamentação*. Anais do III Congresso Brasileiro de História Econômica e 4ª Conferência Internacional de História de Empresas.
5. Cushman, Robert E. (1941) *The Independent Regulatory Commissions*. New York : Oxford University Press.
6. Huber, Peter W., Kellogg, Michael K. e Thorne, John. (1999) *Federal Telecommunications Law*. 2nd. ed. New York : Aspen Publishers.
7. Hancher, Leigh e Moran, Michael. (1989) *Organizing Regulatory Space*. In: Hancher, Leigh e Moran, Michael (orgs.). *Capitalism, Culture and Economic Regulation*. Oxford : Oxford University Press, pp. 271-300.
8. Iachan, Ana Christina Saraiva. (2006) *Fios e Fibras: vivendo a privatização das telecomunicações do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro : CPDOC.
9. Martin, Albro. (1974) *The Troubled Subject of Railroad Regulation in the Gilded Age - A Reappraisal*. *Sept. of 1974*, Vol. 61, n. 2, pp. 339-371.
10. Montesquieu. (2001) *The Spirit of Laws*. [trad.] Thomas Nugent. Kitchener : Batoche Books, 2001.
11. Robinson, Glen. (1989) *The Federal Communications Act: An Essay on Origins and Regulatory Purpose*. In: Paglin, Max. *A Legislative History of the Communications Act of 1934*. New York : Oxford University Press, pp. 3-24.
12. Stone, Richard D. (1991) *The Interstate Commerce Commission and the Railroad Industry: A History of Regulatory Policy*. New York : Praeger Publishers.
13. Vianna, Gaspar. (1993) *Privatização das telecomunicações*. Rio de Janeiro : Notrya.