



REGULAÇÃO NO BRASIL: de onde e por onde já caminhamos

Rafael Silveira e Silva
Victor Marcel Pinheiro
Liziane Angelotti Meira
Hadassah Laís De Souza Santana

REGULAÇÃO NO BRASIL: de onde e por onde já caminhamos

Rafael Silveira e Silva¹

Victor Marcel Pinheiro²

Liziane Angelotti Meira³

Hadassah Laís De Souza Santana⁴

- 1 Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Professor nos cursos de Graduação, Pós-Graduação Lato Sensu, Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor de pós-graduação no Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: rssilva@senado.leg.br.
- 2 Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Foi pesquisador da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e do Centro Universitário de Brasília (UniCeub). É Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: victormp@senado.leg.br.
- 3 Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público, da Escola de Administração Fazendária e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: lizianemeira@gmail.com.
- 4 Doutora em Educação (UCB). Mestre em Direito Tributário (UCB). Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas (ESAF). Graduação em Direito (UniCEUB). Assessora Legislativa em Matéria Tributária na Câmara Federal. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogada e Consultora. E-mail: hadassah.santana@gmail.com.

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

SILVA, Rafael Silveira e; PINHEIRO, Victor Marcel; MEIRA, Liziane Angelotti; SANTANA, Hadassah Laís De Souza. **Regulação no Brasil: de onde e por onde já caminhamos.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho 2020 (Texto para Discussão nº 282). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 13 jul.2020.

REGULAÇÃO NO BRASIL: DE ONDE E POR ONDE JÁ CAMINHAMOS

RESUMO

Este estudo pretende discorrer sobre a situação do fenômeno da agencificação no Brasil. A partir de algumas lições sobre os pressupostos que justificam a criação das agências reguladoras no País, examina-se a trajetória desses órgãos sob a ótica do desenvolvimento e da evolução de suas regras em três fases distintas: *(i)* a criação do modelo de agencificação; *(ii)* a fase dos questionamentos e da inércia do modelo e *(iii)* a fase da renovação do arcabouço legal. O estudo aponta a relevância do Poder Executivo na fase de implementação do modelo regulatório de agências, mas que, relativamente ao aprimoramento dos marcos legais, coube ao Congresso Nacional, especialmente ao Senado Federal, a liderança e o protagonismo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Agencificação. Agências regulatórias. Administração Pública. Autonomia administrativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 CONCEPÇÃO DO ESTADO REGULADOR CONTEMPORÂNEO	2
1.1. AGÊNCIAS INDEPENDENTES NOS ESTADOS UNIDOS	6
1.2. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NA FRANÇA.....	8
2 A PRIMEIRA FASE REGULATÓRIA: O PROCESSO DE AGENCIFICAÇÃO	9
3 A SEGUNDA FASE REGULATÓRIA: QUESTIONAMENTOS E INÉRCIA	17
3.1. TRANSFERÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES	20
3.2. INFLUÊNCIA POLÍTICA: MANDATOS E RECONDUÇÕES AOS CARGOS DIRIGENTES	21
3.3. MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	23
3.3.1. CONTRATO DE GESTÃO E DESEMPENHO	23
3.3.2. CONSULTA PÚBLICA	26
3.3.3. OUVIDORIAS	27
3.4. OPÇÃO PELA INÉRCIA	28
4 A TERCEIRA FASE REGULATÓRIA: O CONGRESSO RETOMA A AGENDA	30
4.1. EVOLUÇÃO DO DEBATE NO SENADO FEDERAL – PRIMEIRA RELATORIA .	31
4.2. EVOLUÇÃO DO DEBATE NO SENADO FEDERAL – SEGUNDA RELATORIA..	36
4.3. VETOS PRESIDENCIAIS	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O Direito, seus institutos e a própria concepção de Estado não são estanques, nem descolados da história, da realidade social, política e econômica, da cultura e das influências ou pressões internacionais.

Necessária, por seu turno, cautela, no sentido de entender que o Estado e o Direito devem seguir no fluxo inafastável da modernidade, da globalização e da busca por mais eficiência, mas com um viés crítico, evitando o mimetismo e analisando as inovações, as mudanças do perfil do Estado e das políticas públicas com a lupa do interesse público, nacional, e considerando o jogo de forças que compõe a sociedade pluralista.

Uma das maiores evoluções que notamos na história recente do Direito Brasileiro, notadamente o Administrativo, foi observada no fenômeno da Regulação e da Agencificação. A regulação se fundamenta na ideia de uma “razão” que visa garantir a permanência, a estabilidade e a manutenção de uma determinada ordem social e política. Os autores também fazem remissão a uma dimensão “esquecida” da regulação, a política, sendo que a regulação busca o equilíbrio de diferentes atores, com poderes desiguais e ideologias diferentes.

Este artigo pretende percorrer três importantes momentos da regulação e da agencificação no Brasil, registrados em diferentes governos e épocas. Cada uma dessas fases que, inicialmente podem ser confundidas com mandados dos Presidentes da República, na verdade, representam períodos de consolidação e de amadurecimento do direito regulatório, mudando, inclusive, a chave de registro do protagonismo e da liderança em cada momento, iniciando-se com o Executivo até transitar para a liderança do Congresso Nacional na mais recente atualização do modelo de agencificação.

Iniciaremos com alguns aspectos teóricos e históricos das mudanças do papel do Estado, passando de uma intervenção forte na economia e na prestação de serviços, para uma proposta de regulação e de indução. Trataremos de dois exemplos internacionais que tratam do direito administrativo relativamente ao aparato regulatório. Em seguida iniciaremos as abordagens sobre cada fase que selecionamos.

A primeira fase trata do período de reformas do governo Fernando Henrique Cardoso, com a introdução e o início do funcionamento do modelo de agencificação no Brasil, procurando explicar os pressupostos e princípios para o funcionamento ideal desse modelo.

Com a mudança de governo, temos o início de uma fase de questionamentos e controvérsias sobre o funcionamento e o relacionamento das agências reguladoras com a administração direta. Foi um momento muito interessante do ponto de vista das ideias que fomentariam o aprimoramento do sistema, no entanto, politicamente, observou-se que foi uma fase marcada pelo declínio das agências.

As críticas que se somaram ao longo do segundo período deram força para que o Congresso Nacional, especialmente o Senado Federal, dessem importantes passos para aprimorar o sistema e tirá-lo da inércia do período anterior. Com a mudança de governo, deu-se início a uma terceira fase do modelo de agencificação, aproveitando-se de uma importante janela de oportunidade para, a partir de um conjunto de ideias e propostas que já vinham amadurecendo no Legislativo, renovar o arcabouço regulatório.

1 CONCEPÇÃO DO ESTADO REGULADOR CONTEMPORÂNEO

No curso da história, podemos vislumbrar o Estado, em termos socioeconômicos, em três formas: o Estado liberal clássico, o Estado de Bem-Estar Social e o Estado neoliberal, composto segundo novos paradigmas, como eficiência, transparência e participação social, mas também permeado de conceitos liberais.

A primeira forma, o Estado Liberal clássico, tem como princípio basilar a legalidade e a coibição do arbítrio dos governantes e oferecendo segurança jurídica para os governados. Trata-se do Estado contido pela lei, absenteísta, concebido para trazer segurança jurídica, garantir liberdade, garantir os direitos civis e políticos, e, assim, criar o substrato necessário para o desenvolvimento econômico dessa burguesia.

Após as Grandes Guerras e a Crise de 1929, passou-se a acreditar, com supedâneo nas ideias Keynesianas, que não bastava um Estado que garantisse os direitos de primeira dimensão. O Estado deveria suprir o cidadão com os

meios necessários para usufruir da liberdade, intervindo sensivelmente na economia, mesmo mediante emissão de moeda sem lastro. O Estado passou a atender às necessidades sociais, assumiu, em menor ou maior grau (dependendo do País), um papel de provedor de serviços públicos e de realizador da função distributiva ou redistributiva de recursos. Dessa forma, na função intervencionista de agente de desenvolvimento e de justiça social, surge o Estado do Bem-Estar Social.

Nesse cenário, o Estado cresceu, o intervencionismo econômico se intensificou. Contudo, ao passo que as necessidades a serem supridas pelo Estado aumentaram, diversificaram-se e se tornaram mais complexas, os recursos, contudo, continuaram limitados. Vieram novas crises mundiais, especialmente a crise do petróleo da década de 70, e se estabeleceu um sentimento de insatisfação com o modelo do Estado. Nesse sentido, trazemos as palavras de Saravia (2019):

Em outras épocas a legitimidade do Estado decorria de outras fontes, tais como o respeito à dinastia real, ou ao fato de a autoridade ser exercida pelos fundadores da nação, ou por se considerar ao Estado como o representante das tradições históricas e do patrimônio nacional. Em outros contextos contemporâneos essa legitimidade – mesmo que discutida provém do papel desempenhado pelo grupo governante na independência ou na consolidação do país, ou da aprovação dos que interpretam os livros sagrados.

Mas no Brasil de hoje, o Estado só será considerado bom se satisfizer as necessidades legítimas da população, conforme ao que a Constituição e as leis determinam, mas principalmente no que a população exigir e precisar para exercer plenamente a cidadania.

Daí que a crise de legitimidade do Estado radique, principalmente, no fato de o Estado não cumprir adequadamente essa função. Na percepção da cidadania, o Estado é uma estrutura lenta e pesada, exageradamente cara e que cumpre mediocrementemente suas funções. Para a maioria da população o Estado não é garantia. E os cidadãos pagam para ele uma carga tributária que está entre as maiores do mundo.

A sensação geral é que o Estado exige pesados sacrifícios da população para depois dar em troca serviços precários, difíceis e custosos, o que leva à frustração do cidadão e ao desânimo dos funcionários que desejam cumprir corretamente com seus deveres e ajudar a resolver os problemas da comunidade.

De um lado, pairava a ideia de que as leis da economia, sem o controle do Estado, poderiam resultar em crises e injustiças, de outro, a experiência mais recente demonstrava que o Estado – em razão de sua natureza, da escassez dos bens econômicos, das amarras jurídicas e do próprio Direito Administrativo – era lento, burocrata e não obtivera êxito em suprir o bem-estar social.

Nos anos 1980, com o crescimento da perspectiva neoliberal, surgiu no Reino Unido um movimento denominado *New Public Management* (NPM), que visava à organização administrativa do Estado. Segundo Guerra (2014, p.185-186), o programa pode ser resumido nas seguintes medidas:

(a) diminui o tamanho do Estado, inclusive do efetivo pessoal; (b) privatização de empresas e atividades; (c) descentralização de atividades para os governos subnacionais; (d) terceirização de serviços públicos; (e) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado; (f) transferência de atividades sociais para o terceiro setor; (g) desconcentração de atividades do governo central; (h) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; (i) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; (j) automatização de serviços e responsabilização de dirigentes; (l) adoção de formas de contratualização de resultados; (m) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização da relação de trabalho no serviço público.

Nesse contexto, houve o choque entre diferentes concepções. A do Estado poder interferir na economia de forma direta, indireta ou mediante parceria. Na intervenção direta o Estado atua como agente econômico, explorando a atividade econômica mediante absorção ou participação. No primeiro caso, o Estado atua de forma exclusiva, no segundo, explora em regime de competição com a iniciativa privada. Na forma indireta, cumpre ao Estado regular, fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica.¹

Desde os anos 80 firmou-se o ideal de menor intervenção do Estado, com intensificação de sua atividade regulatória. O Direito Administrativo passou abrigar as ideias de privatização, parcerias, concessões de serviços e obras ao

¹ Vide a nossa própria Constituição quando estabelece no seu art. 174 que “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.”

setor privado e, também, a teoria da Regulação. Em vez de suprir a sociedade de serviços básicos ineficientes, como transporte, telecomunicações, energia elétrica, essas funções seriam privatizadas, aliviando o Estado de investimento, mas exigindo-lhe intensa atividade mediante o exercício dos seus poderes de controle e regulatório. Assim, surgiram diversas entidades regulatórias, entidades diferentes do modelo clássico piramidal da Administração Pública, com especial autonomia.

Na atividade regulatória, entende-se que a contribuição do Estado é mais útil ao retirar-se da intervenção econômica direta para sua função de organizador das relações sociais e econômicas.

A regulação implica a integração de diversas funções no sentido de impor à atividade econômica regras estáveis que visem ao devido desenvolvimento da atividade, considerando os interesses das diversas forças sociais envolvidas. Normalmente, há algum antagonismo entre os prestadores, os consumidores e o próprio interesse público. Cabe ao Estado estabelecer as regras, trazer estabilidade, previsibilidade, eficiência e, também, estabelecer equilíbrio dos interesses envolvidos.

A regulação estatal da economia, como assevera Aragão (2013), é constituída pelo conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva ou indutiva da autonomia empresarial, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lese os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.

Aragão (2013) indica os poderes inerentes à atividade de regulação: “aquele de editar a regra, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações”.

O poder regulatório é, portanto, composto de competência de normatizar (normalmente regras voltadas ao caso concreto, com respeito a aspectos técnicos e por meio de atos infralegais), competência coercitiva e judicante (no âmbito do contencioso administrativo, podendo, naturalmente, sofrer controle judicial) e competência coercitivo-penal (reprimir as infrações e, em alguns casos, impor diretamente sanções, como a suspensão de atividades ou

cassação de autorização). Essas funções envolvem atribuições dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que se deslocam para o Poder Executivo, especificamente para as entidades denominadas agências reguladoras.

No que tange à atividade regulatória, chama a atenção as experiências norte-americanas e francesa, o primeiro caso, por ser a experiência precursora, e o segundo, por se tratar de país que influenciou consideravelmente o Direito Administrativo brasileiro.

1.1. AGÊNCIAS INDEPENDENTES NOS ESTADOS UNIDOS

Em razão da *common law* e da tradição liberal, nos Estados Unidos, as agências independentes foram criadas e consolidadas muito antes do que nos demais países (Aragão, 2013).

Em países como França e, também, Brasil, as agências reguladoras surgiram efetivamente em um processo de contenção, redução do Estado intervencionista, situação em que o Estado, diante de suas limitações e dificuldades em prestar os serviços públicos, transferia essa atribuição ao setor privado, conservando a função de regulação.

Nos Estados Unidos, a concepção de agências veio em diverso momento histórico, quando se verificou que o setor privado, movido pelas leis do mercado, não dava conta das falhas e desequilíbrios, necessitando a intervenção do Estado para trazer equilíbrio, eficiência e para corrigir deficiências do mercado.

A primeira agência independente de que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission*, criada nos EUA em 1887, com o objetivo de disciplinar a fixação de tarifas e tabelamento preços no setor ferroviário, em razão dos abusos cometidos pelos empresários desse setor, ferindo os interesses dos usuários.

Contudo, o fenômeno da agencificação se intensificou nos EUA na década de 1930, quando o Estado teve que regular a atividade econômica para responder à grande depressão decorrente da crise de 1929. Ou seja, as agências independentes foram o instrumento para o Estado interferir na economia e tentar corrigir as falhas inerentes ao liberalismo econômico.

As agências foram se multiplicando nos EUA, de tal forma que, hoje, o Direito Administrativo norte-americano é praticamente confundido com o direito das agências. Tais Agências americanas, portanto, estabeleceram-se nessa tentativa de equilibrar interesses de quem oferta e de quem demanda bens e serviços e foram delineadas pela jurisprudência.

Para conseguirem atingir esse objetivo, construíram como modelo de boas práticas: (i) o distanciamento dos interesses do Poder Executivo; (ii) o funcionamento observando-se critérios estritamente técnicos; (iii) corpo técnico especializado e revestido de garantias contra a ingerência de poder;² e (iv) poderes normativos com reservas para o controle judicial. Características que foram se consolidando e se fortalecendo com a jurisprudência.

Conforme anotou Andrade (2012), a criação por lei própria (em alguns casos por *Executive Order*), a autonomia funcional (essas agências não podem receber diretrizes, ordens ou instruções do Presidente¹) e a autonomia financeira compõem a independência das agências norte-americanas.

O Direito americano enfrentou a questão das agências terem atribuições administrativas (Poder Executivo), normativas (Poder Executivo e de composição de conflitos (Poder Judiciário),³ a ponto de alguns defenderem que se trataria de um quarto poder. No entanto, tendo em conta que as agências, nos Estados Unidos, efetivamente executam o Direito Administrativo e as políticas públicas, firmou-se entendimento que elas compõem o “Poder Executivo Unitário”.

Cumprir anotar, por sua vez, que, apesar de comporem o Poder Executivo, visando à estabilidade e demais objetivos das agências, o Presidente não é livre na nomeação, sujeitando-se à aprovação do Legislativo, nem na exoneração dos dirigentes das agências independentes, condicionando-se às justas causas enumeradas na lei.

² Houve certa dúvida, mas consolidou-se o entendimento de que o Poder Legislativo, por meio de lei, deve estabelecer os limites à exoneração dos administradores da agência (cf. ANDRADE, Marília Carla Gomes de. **A autonomia das agências reguladoras brasileiras: uma análise da possível captura desses entes pelo poder político.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

³ Atualmente se afirma que as agências têm poderes quase legislativos (pois suas regras estão adstritas à Lei) e quase judiciais (porque suas decisões podem ser levadas a controle judicial).

Conforme observou Aragão (2013), em decorrência da evolução da jurisprudência da Suprema Corte, a relação das agências independentes tem se aproximado bastante do perfil existente nos países de tradição do Direito Administrativo, como França e Brasil.

1.2. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NA FRANÇA

A organização administrativa francesa é do tipo napoleônico, centralizada e hierarquizada. Nesse país, até mesmo o contencioso administrativo concentra-se na Administração Pública, de forma unitária.

Nesse contexto, verificou-se que houve na França maior resistência ao estabelecimento das agências independentes (denominadas na França, autoridades administrativas independentes), que corporificam justamente a ideia contrária: forma difusa de organizações públicas não sujeitas ao poder hierárquico nem ao controle do Poder Executivo.

O processo de estabelecimento das agências ocorreu de forma bem mais tardia na França, se comparado aos Estados Unidos, aponta-se como a *primeira autorités administratives indépendantes a Commission nationale de l'Informatique et des Libertés* (Comissão Nacional de Informática e Liberdades) – CNIL. Essa agência foi criada por lei em de 6 de janeiro 1978.

Cumprе anotar uma característica francesa: as agências independentes não têm personalidade jurídica, ou seja, a Lei garante certo grau de independência, mas não concede personalidade jurídica distinta do Estado. Outra especificidade é que nem todas as agências independentes exercem funções regulatórias, algumas se destinam a outras funções, como proteger os direitos fundamentais do cidadão perante a Administração Pública.

Por sua vez, os dirigentes das agências administrativas são nomeados por prazo determinado, em caráter irrevogável.

Aragão (2013, p.240) aponta alguns traços das autoridades administrativas independentes identificados pela doutrina francesa:

- (a) autoridades no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem atividades meramente consultivas;
- (b) administrativas, “exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer

'as regras do jogo' entre os atores socioeconômicos – missão mais ampla do que aquela de comando”; (c) independentes já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo Central. “Apesar de serem desprovidas de personalidade jurídica, sendo orçamentariamente ligadas às estruturas ministeriais, escapam a todo poder hierárquico ou de tutela.

Cumprido anotar que o sistema francês aceita os poderes atípicos das autoridades independentes. Em relação ao poder normativo, entende-se que pode ser exercido, desde que não inove no sistema jurídico, ou seja, deve ser exercido dentro do contorno da Lei. Além disso, a Administração central pode, inclusive, editar regulamentos na área de competência da autoridade independente, que a vincula.

Conforme aponta Wald (2005, p. 93):

Entendeu o Conselho de Estado que essa atribuição poderia ser exercida pela autarquia, desde que: (i) esse poder de regular, geral e abstrato, seja subordinado ao poder normativo do Primeiro Ministro; e (ii) o poder de regular não impeça a fixação, pelo Executivo, de “medidas com porte limitado, tanto na sua atuação como no seu conteúdo”.

2 A PRIMEIRA FASE REGULATÓRIA: O PROCESSO DE AGENCIFICAÇÃO

Motta (2003) descreve que a reforma do Estado brasileiro começou com o presidente Fernando Collor de Mello, por meio da medida provisória nº 155, de 15 de março de 1990, que criou o “Programa Nacional de Desestatização”. Destaca o autor que se pretendia transferir para a iniciativa privada atividades *indevidamente* exploradas pelo setor público, visando ao saneamento das contas públicas e retomada do investimento pelos particulares e também que o Estado pudesse concentrar esforços nas atividades que sua atuação fosse fundamental para a consecução da prioridade nacional.

No mandato do Presidente de Fernando Henrique Cardoso o modelo de agências foi finalmente instituído no Brasil, como parte da revisão do papel do Estado na economia brasileira. As Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995, introduziram a permissão para que serviços públicos pudessem ser ofertados por empresas privadas (SALGADO, 2003, p. 1). Até então os serviços de

infraestrutura eram fornecidos por empresas estatais. É difícil imaginar um órgão do Estado – uma agência – regulando um outro órgão de Estado – uma empresa estatal. Com a privatização, a situação mudou. Tornou-se necessário regular empresas privatizadas para lhes garantir uma rentabilidade adequada e para proteger os consumidores.

Dessa forma, foi finalmente aprovada e sancionada a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, fruto de uma medida provisória ainda do Governo Itamar Franco. Destacam-se como seus objetivos fundamentais:

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Observa-se, então, um predomínio do enfoque da regulação especialmente no lado econômico. Tal aspecto também pode ser explicado pela necessidade imposta pelas circunstâncias de adoção da regulação para os setores de infraestrutura econômica e serviços de utilidade pública, tendo em vista o processo de privatização. Esses setores, por sua vez, apresentam características peculiares, a saber:

(i) seus investimentos não são facilmente recuperáveis. Há nesses setores custos não recuperáveis, tendo em vista as tecnologias usadas por esses setores são bastante específicas;

(ii) há, em grande parte dos casos, aquilo que os economistas chamam de monopólio natural, ou seja, o mercado comporta poucas firmas. Se houver uma grande quantidade de firmas no mercado, seus custos unitários e, conseqüentemente, seus preços serão muito altos porque elas não serão capazes de explorar as economias de escala;

(iii) os produtos fornecidos pelas empresas são essenciais para grande parte dos consumidores, sendo que eles não encontram com facilidade, no mercado, produtos ou empresas prestadoras de serviços substitutos.

Estabelecido o marco regulatório, até o final dos dois mandatos do Presidente Fernando Henrique, foram criadas as seguintes agências de âmbito federal:

1. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada em 1997
2. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada em 1997;
3. Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), de 1997;
4. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada em 1999;
5. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), foi criada em 1999:
6. Agência Nacional de Águas (ANA), criada no ano 2000;
7. Agência Nacional do Cinema (Ancine), de 2001;
8. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), de 2001;
9. Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), de 2001.

Observa-se que, gradualmente, a atuação do poder público na área regulatória passou a ser também objeto de atividades cujo exercício é muitas vezes atribuído aos setores público e privado, bem como a múltiplos atores, exigindo uma forma de articulação institucional mais ágil e eficaz. Dessa maneira, desponta o interesse em regular atividades de relevância social, ampliando-se o escopo da atividade regulatória para além do setor de

infraestrutura, principalmente quando os agentes não são ainda capazes de disciplinar suas condutas pautando-se no equilíbrio entre interesses público e privado⁴.

Muito embora a esfera econômica seja um espaço importante, ela somente pode ser colocada com êxito, na prática, caso outras dimensões como o embasamento legal do modelo, a estrutura institucional das agências, a ampla participação da sociedade civil organizada, entre outras, sejam levados em consideração (PECI; BIANOR, 2000, p. 2). Assim, a noção da intervenção estatal também no âmbito das relações sociais não foi colocada no seu devido destaque, mormente em se tratando do patamar de relevância dado na própria Constituição aos chamados “direitos sociais”, entre os quais se insere a educação, a saúde e a previdência (Constituição Federal, art. 6^º, *caput*).

Assim como no restante do mundo, de modo geral, as legislações que criaram as agências reguladoras brasileiras indicam as seguintes características para essas autarquias especiais:

- Relacionadas ao propósito de atribuir ao setor privado a prestação de serviços públicos, desafogando o Estado e o erário público de atividades que o setor privado pode prover;
- Forma independente, buscando distanciamento do poder, especialmente do Poder Executivo, como forma de trazer ao setor regulado estabilidade, previsibilidade, confiança e segurança jurídica (de forma a induzir o investimento privado);
- A forma independente está relacionada à criação por lei, com determinação da finalidade, estabilidade no mandato de seus dirigentes;
- Caráter técnico, ou seja, nas agências deve se buscar a competência técnica, tanto na composição do corpo funcional quanto efetivamente nas políticas adotadas, afastando-se a ingerência política e o nepotismo;
- Funções administrativas, normativas e também de solução de litígios.

⁴ Exemplo dessa atuação é a criação da Anvisa e da ANA, a qual foi delegada a tarefa de regular as atividades concernentes à saúde.

Segundo Guerra (2014, p.186):

com o processo de agencificação seria possível, ao menos em tese, obter a separação entre a política e a economia, de modo que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores) e modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório; o favorecimento do profissionalismo e neutralidade política mediante o recrutamento de especialistas profissionais em vez de correligionários políticos dos governantes; a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados; a blindagem contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrições próprias das lutas partidárias e do ciclo eleitoral...

Nesse contexto, o regime jurídico das agências reguladoras e também a *praxis* devem ser construídos para trancar as possibilidades da denominada “captura”, que ocorre se algum dos envolvidos, seja o Poder Público ou, pior, os políticos, sejam os prestadores de serviço, sejam os consumidores influenciam e determinam seu proveito (em prejuízo dos demais e do interesse público) a atuação das agências reguladoras. Assim, as agências reguladoras devem ser estabelecidas e empoderadas para atuarem de forma independente e equidistante em relação aos interesses envolvidos.

Villela e Maciel (1999, p. 17) listam mais algumas condições para que as agências tenham de fato independência. São elas:

- a) que os reguladores tenham mandatos, para que sejam extintas ou limitadas as pressões políticas;
- b) que os reguladores sirvam por prazos fixos;
- c) que os reguladores tenham competência profissional ou outras qualificações e que sua nomeação envolva os poderes Executivo e Legislativo;
- d) que os mandatos dos reguladores não sejam coincidentes, para que se reduza a relação com um governo em particular;

- e) que as agências sejam isentas das escalas salariais dos servidores públicos, atraindo profissionais de mercado;
- f) que se estipulem padrões elevados de transparência nos atos regulatórios.

Barroso (2002) destaca dentre as funções das agências reguladoras: controle das tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; universalização dos serviços; fomento da competitividade; fiscalização do cumprimento do contrato; arbitramento de conflitos.

Desse modo, as agências reguladoras no Brasil possuem além de competências administrativas típicas do Poder Executivo, funções normativas e funções relativas ao contencioso. As funções administrativas não trazem grandes dilemas, pois são próprias da Administração Pública, à qual pertencem as agências, como parte da administração indireta na forma de autarquia especial, dotada de personalidade jurídica e autonomia.

As funções normativas despertam certa dúvida. Em uma concepção clássica de separação dos poderes com observância do princípio da legalidade, entende-se que a liberdade dos particulares somente pode ser limitada por lei e a atuação do Estado deve ser no limite da lei. Nesse sentido estrito, caberia à agência reguladora exercer sua atribuição normativa somente na forma e nos limites estabelecidos por lei. Ou seja, não poderia ocorrer inovação jurídica.

A prática, por seu turno, está bem distante dessa concepção clássica e restritiva. As agências reguladoras, tendo em conta especialmente sua *expertise* técnica e aspectos tecnológicos, estabelecem extenso e complexo corpo de normas, com muita frequência inovando o sistema jurídico por meio de atos infralegais.

Além disso, esse corpo normativo regulador e técnico não têm, em si, sido considerado inconstitucional ou ilegal. Observada a razoabilidade, a proporcionalidade, os propósitos e funções da entidade reguladora, o Judiciário não tem afastado esse corpo normativo e nem lhe substituído em questões técnicas. As normas costumam ser afastadas se violam a Constituição, a lei, os direitos fundamentais dos privados, incluindo as questões de processualidade e transparência.

Quanto ao poder de solução de contencioso, as agências atuam aplicando as regras, especialmente as suas normas, determinando sanções, como multas, e até mesmo impondo efetivamente algumas penalidades, como suspensão ou cassação de habilitações e autorizações. Mas uma vez, a jurisprudência não tem afastado essa competência de forma geral, mas somente em casos que se verifique inconstitucionalidades, ilegalidades, falta de proporcionalidade, razoabilidade ou desrespeito a direitos fundamentais.

As agências reguladoras aproveitaram no Brasil uma figura jurídica já existente, estabelecida pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967, as autarquias, vejamos:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I – Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

As autarquias se caracterizam como entes administrativos autônomos, com personalidade jurídica de direito público e voltadas à consecução das atividades típicas do Estado. Integram a administração pública indireta.

Apesar de as autarquias conceitualmente ostentarem personalidade jurídica e autonomia, não sendo subordinadas, mas vinculadas ao Poder Executivo, elas foram perdendo suas características, de forma que, na prática, subordinam-se ao Executivo.

Assim, as agências reguladoras, por meio das leis que as criaram, ganharam mais um adjetivo, tornando-se “autarquias especiais”. O intuito foi diferenciá-las das simples autarquias e lhes atribuir a independência necessária à realização de seu mister.

Araújo (2002, p. 39) indica os aspectos que conformam o regime jurídico das agências reguladoras:

... suas características podem envolver: (1) serem constituídas como autarquias de regime especial, afastando-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência; (2) serem dotadas de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; (3) possuírem poderes amplos de

fiscalização, operar como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência; (4) possuírem controles de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores dos serviços, segundo as diretrizes do governo e em defesa da coletividade, às quais se acrescentam; (5) possuírem direção colegiada, sendo os membros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal; (6) seus dirigentes possuírem mandato com prazo de duração determinado; (7) após cumprido o mandato, seus dirigentes ficarem impedidos, por um prazo certo e determinado, de atuar no setor atribuído à agência...

Cumpra discorrer sobre o aspecto da autonomia das agências reguladoras. Naturalmente não se confunde com soberania e nem com a autonomia dos entes da Federação, ambas garantidas pela Constituição Federal. A atividade das agências reguladoras até tem um fulcro constitucional, art. 174, mas sua autonomia decorre de lei.

Conforme observou Barroso (2002), as autarquias especiais são dotadas de um

conjunto de privilégios específicos que a lei lhes outorgou, tendo em vista a consecução de seus fins. No desempenho de suas atribuições, as agências precisam ver preservado seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem em sua missão e arruinares o ambicioso projeto nacional de melhoria de qualidade dos serviços públicos.

Todos esses aspectos revelam que a autonomia decisória e financeira é fundamental para as agências regulatórias. No caso do Brasil, o desenho institucional inicialmente adotado, previa que as agências ficariam dispensadas de subordinação hierárquica, embora fossem vinculadas aos ministérios setoriais, o que lhes conferia agilidade operacional. A independência teria ficado mais assegurada pelo fato de que o regime regulatório foi estabelecido sob a forma de leis, tornando difícil a sua alteração sem que um debate ocorra no Congresso (Pires e Goldstein, 2001).

Mas esse assunto, definitivamente, nunca foi bem resolvido pelos diferentes governos. Mesmo com Fernando Henrique, as agências sempre tiveram suas fontes específicas de receitas sujeitas a contingenciamentos

orçamentários. Ao longo de toda a trajetória das agências, o contingenciamento orçamentário e outras interferências de ordem orçamentária e financeira reforçaram a sensação de uma redução “branca” da autonomia das autarquias especiais destinadas à regulação de serviços públicos.

3 A SEGUNDA FASE REGULATÓRIA: QUESTIONAMENTOS E INÉRCIA

Antes de descrevermos essa fase, é importante destacar que todos os modelos institucionais passam por fase de implementação, amadurecimento e reavaliações. Por mais bem planejados que tenham sido, os normativos que criaram as agências reguladoras não são autômatos, não podem prescindir da “agência humana”, seja do ponto de vista de quem ocupa a função de regulador, seja de quem ocupa o lado do regulado!

Desse modo, mesmo se assegurando haver independência em relação a pressões políticas, não há garantias de que os reguladores atuarão com isenção em processos envolvendo empresas reguladas e consumidores. Há os que defendem que isso ocorre porque as empresas reguladas podem capturar o regulador e levá-lo a agir em seu interesse (Teoria da Captura)⁵. A resultante do desenvolvimento e integração destes dois conceitos – grupos de interesse e *rent seeking* – foi que o Estado deixou de ser visto, no papel de agente regulador, como uma entidade cuja atuação econômica estava fundamentalmente voltada para o bem público.

Segundo Salgado (2003, p. 6), grupos compactos e bem organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos. Os grupos de produtores geralmente são mais bem organizados que o conjunto dos consumidores e por isso se beneficiam mais da regulação. Ainda segundo a mesma autora, a Teoria da Captura dá ênfase aos resultados do processo e não aos procedimentos. A maneira pela qual as firmas capturam os reguladores não é levada em consideração.

⁵ As primeiras versões da Teoria da Captura apresentavam, contudo, uma grave deficiência: a simetria em relação às teorias do regulador benevolente. Se antes o agente regulador era visto como essencialmente voltado para o bem-estar social, agora ele passava a ser visto como órgão que apenas sancionava passivamente os interesses privados das empresas reguladas. Obviamente, como o processo regulatório é bastante complexo, envolvendo vários grupos de interesse, não foi difícil encontrar evidências empíricas que contrariassem essa interpretação mais superficial do processo de captura.

Salgado (2003, p. 7) também discute a *Teoria da Escolha Pública*, segundo a qual é um erro supor que as políticas públicas são conduzidas por motivações alheias ao interesse pessoal dos envolvidos – políticos e burocratas – e em nome de alguma entidade abstrata chamada de “interesse público”. Para o caso em discussão, isso significa que os reguladores podem agir em interesse próprio.

Por outro lado, os agentes reguladores não são eleitos, o que torna a discussão da independência particularmente relevante ao debate democrático. Nesse sentido, os formatos de regulação praticados no Brasil e em outros países europeus têm apresentado falhas, especialmente no que tange à insuficiente responsabilização política das agências regulatórias independentes (MELO, 2001, p. 55). Assim, a questão do controle democrático dessas agências passou a ocupar papel relevante na agenda de debates no âmbito do governo e do Congresso Nacional, uma vez que as relações entre representação e responsabilização são essenciais para o desenlace da temática da independência de agências.

Para manter o equilíbrio entre a autonomia dos reguladores e sua responsabilização, Villela e Maciel (1999, p. 17) indicam ser conveniente que a normatização das agências permite:

- a) Demitir o regulador em caso de irregularidade comprovada;
- b) Estipular claramente os deveres na lei;
- c) Estabelecer elevados padrões de transparência nos procedimentos regulatórios;
- d) Exigir rigor na elaboração de relatórios, inclusive um relatório anual;
- e) Prever escrutínio legislativo das propostas orçamentárias da agência.

Embora não eliminem o risco de que os reguladores ajam em interesse próprio ou sejam capturados pelas empresas reguladoras, os itens apontados por Villela e Maciel (1999) servem como bons princípios a serem seguidos.

Boa parte dessas questões foram objeto de preocupação logo que se iniciou o mandato do Presidente Lula. A questão regulatória e a autonomia das agências reguladoras foi um assunto particularmente polêmico, pois demarcou uma divisão de posturas em relação à fase anterior. A postura do partido do

Presidente revelou divergências em relação ao modelo vigente, causando grande discussão e principalmente desconforto nas administrações das agências reguladoras e nos diversos segmentos de mercados afetados, uma vez que esses órgãos foram idealizados dentro de uma estrutura que inviabilizasse influências políticas.

As possíveis falhas detectadas nas ações das agências, muitas delas eventualmente extrapolando suas funções e dificultando a separação funcional com as competências dos ministérios⁶, como o planejamento de políticas públicas, colocou na agenda de discussões do governo possíveis reavaliações do modelo regulatório.

As agências faziam parte de um modelo de Estado já implantado em diversos países do mundo. Logo, em razão de ser um modelo recente, ainda em implementação no Brasil, tais dificuldades também decorrem do período natural de maturação de uma nova estrutura, que necessita de algum tempo até oferecer resultados positivos⁷. Talvez por isso, apesar de algumas vezes divergentes, o Governo Lula conviveu com as agências, entretanto, dentro de moldes diferenciados.

Em março de 2003, foi criado, por determinação do Presidente da República, um Grupo Interministerial de Trabalho para (i) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliar o papel das agências reguladoras; e (iii) propor medidas corretivas ao modelo adotado. A partir das propostas do referido Grupo, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional uma proposição legislativa, o Projeto de Lei (PL) nº 3.337, de 2004, com a preocupação fundamental de uniformização e unificação de regras para todas as agências reguladoras. Recordando que cada agência ⁸foi criada por uma lei específica, não existindo até então nenhuma “Lei Geral” das agências

⁶ Eventualmente, podem ter ocorrido falhas de planejamento, o que provocou um vácuo institucional. Nesse caso, as agências preencheram esse vazio, realizando o trabalho que deveria ter sido desenvolvido pelos ministérios.

⁷ Mesmo em países com forte experiência em regulação, como os Estados Unidos, problemas e deficiências ainda existem, merecendo constantes revisões e ajustes.

⁸ Como espécie de Lei Geral houve a sanção da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Essa lei sofreu várias alterações mais recentes, das quais comentaremos a seguir.

reguladoras. O arcabouço legal dessas autarquias era formado essencialmente por normas infraconstitucionais avulsas e tópicas.

O PL nº 3.337, de 2004, trazia em seu bojo várias alterações de vulto em relação à legislação vigente. Destacaram-se as seguintes propostas de mudanças:

- I – Do ponto de vista das atribuições, a transferência do poder de concessão das agências reguladoras para o Poder Executivo, ou seja, para os Ministérios setoriais;
- II – Do ponto de vista da influência política, a alteração e a uniformização dos mandatos dos diretores das agências (tanto os mandatos como as formas de escolha dos dirigentes passariam a ser os mesmos para todas as agências);
- III – Relativamente ao controle sobre as agências:
 - a) Introdução do Contrato de Gestão entre as agências e os ministérios setoriais;
 - b) Ampliação das hipóteses de atos das agências reguladoras nos quais caberia submissão à consulta pública antes de sua adoção;
 - c) Introdução da obrigatoriedade da figura do Ouvidor, que passa a existir em todas as agências, com a ampliação e o fortalecimento do seu poder, sendo enfatizado o seu papel de “representante dos usuários”.

Constituída uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para debater o projeto, rapidamente percebeu-se o interesse do Legislativo em opinar sobre aquele relevante conjunto de propostas, por meio de um texto substitutivo apresentado pelo relator designado para a matéria, o Deputado Leonardo Picciani.

3.1. TRANSFERÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES

De acordo com a nova regra proposta no Substitutivo, a concessão e a expedição de normas para outorgas de exploração de serviços seriam atribuições dos Ministérios setoriais. Estes também editariam os atos de outorga e de extinção de direito de exploração e celebração de contratos de concessão de serviços. Os Ministérios setoriais poderiam delegar essa tarefa para as agências reguladoras. Pela regra vigente, essa é uma atribuição das agências.

Segundo a exposição de motivos do Governo, uma das principais distorções do papel das agências detectadas foi o seu exercício de competências de governo, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. Nesse sentido fica claro que, com a nova regra, há o objetivo de explicitar a divisão de trabalho entre as agências reguladoras e os Ministérios setoriais. Aquelas apenas implementariam as políticas públicas regulatórias definidas pela lei e pelo Poder Executivo.

Para Oliveira Júnior e Silva (2004) a proposta não representava uma completa ruptura com o modelo de Estado adotado no Brasil nos anos 90, mas estabelecia importantes modificações. Tinha a preocupação de colocar novamente a administração direta como o locus que formula políticas públicas regulatórias e outorga concessões para que os serviços de utilidade pública sejam prestados por empresas privadas, tarefas que ficavam a cargo das agências reguladoras. Para os autores, tal aspecto ia ao encontro de críticas feitas à independência das agências reguladoras: (i) a coerência de políticas no conjunto do governo pode ser reduzida, dado que elas são “desenhadas” pelo Poder Executivo e implementadas por um órgão independente deste; (ii) a agência pode se tornar tão forte que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado; (iii) as agências replicariam um “Estado dentro do Estado”, com funções legislativas, executivas e judiciárias.

Mas a crítica poderia se converter em um remédio amargo e nocivo, desencadeando um movimento de “captura regulatória” por parte dos Ministérios setoriais. Relembrando Salgado (2003), essa iniciativa inspira-se no conceito de agências de atuação executiva, na medida em que coloca a autarquia na condição de executora de políticas traçadas mediante diretrizes ministeriais. Mais adiante comentaremos a figura do contrato de gestão, que fortalece essa noção.

3.2. INFLUÊNCIA POLÍTICA: MANDATOS E RECONDUÇÕES AOS CARGOS DIRIGENTES

Outra mudança contida no Substitutivo dizia respeito aos mandatos dos diretores das agências reguladoras. Não havia uma regra única para todas elas. Para a Anatel, os mandatos são de cinco anos, sem recondução. Nos casos da Anvisa e da ANS, os mandatos eram de três anos, permitida uma única

recondução por igual período. Para a ANP, a ANA, a ANTT e a ANTAQ, os mandatos eram de quatro anos, admitida uma recondução por igual período. Os mandatos na Aneel e na Ancine eram são de quatro anos, vedada a recondução.

De acordo com o texto do Substitutivo, os mandatos dos diretores de todas as agências passariam a ser de quatro anos, vedada a recondução. O texto do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, admitia uma única recondução por igual período. O dispositivo ainda determinava que os mandatos se encerrem entre os dias 10 de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República.

A regra proposta tinha o mérito de padronizar os mandatos dos diretores das agências. No entanto, Oliveira Júnior e Silva (2004) asseveram que ela pode ser considerada parcialmente nociva à sua independência, principalmente se for permitida a recondução dos diretores ao cargo para um segundo mandato. Isso se deve ao fato de que os diretores tenderão a não contrariar o Poder Executivo, que teria a prerrogativa de reconduzi-los ao cargo. Em tese, apenas no segundo mandato os diretores agiriam com independência em relação ao Executivo.

Note-se que o Substitutivo vedava a possibilidade de recondução dos dirigentes das agências. Prevalecendo seu texto, as críticas de perda de independência em um primeiro mandato estariam afastadas.

É necessário observar que a regra em discussão tornaria mais difícil a demissão dos dirigentes das agências, garantindo-lhes estabilidade por quatro anos e limitando a perda dos mandatos somente aos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. Oliveira Júnior e Silva (2004), porém, indicam que esse dispositivo não anula a redução da independência dos dirigentes se supusermos que eles desejarão a recondução a um segundo mandato.

A análise acima trata da independência somente em relação ao Poder Executivo. No entanto, é desejável que as agências também tenham independência em relação às empresas reguladas. Nesse sentido, cabe observar que a redução da independência em relação ao governo pode ser um contrapeso à possibilidade de captura das agências por parte das firmas reguladas. Haveria, pois, maior equilíbrio, já que os dirigentes das agências teriam que prestar

contas ao Executivo, as firmas reguladas teriam que influenciar não somente a agência, mas também os Ministérios setoriais.

A proposta também estabelecia a sincronização dos mandatos dos dirigentes das agências ao determinar que eles se encerrem entre os dias 10 de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República. Esse dispositivo se mostrava inoportuno ao levar à perda de parte da memória da hierarquia superior do órgão, o que comprometeria a estabilidade das políticas regulatórias. Seria desejável manter na diretoria pessoas que conhecem bem os problemas que tiveram origem no período anterior, e que ainda são objeto de análise pelas agências.

3.3. MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Manifestando de forma evidente o desconforto em relação à pressuposta independência das agências, o projeto do Governo sugeriu diferentes mecanismos de controle, estabelecido pelos próprios ministérios e, outro, de corte predominantemente vertical, inserindo aprimoramentos de perfil social.

3.3.1. Contrato de gestão e desempenho

Segundo a proposição, a Agência Reguladora deveria firmá-lo com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal. O referido Contrato seria negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular do respectivo Ministério.

O próprio Projeto de Lei era claro quanto ao objetivo da adoção do contrato de gestão: aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o poder público, em particular no cumprimento de políticas públicas definidas em lei. Ao estabelecer que houvesse compatibilização entre as ações das agências e as políticas públicas definidas em lei, determinava-se um padrão mais objetivo para a avaliação do desempenho das agências a ser definido em audiências no Congresso.

Assim, para prevenir que as mudanças de governo impliquem modificações bruscas nas ações das agências, os contratos de gestão deveriam ter como base a aderência das atividades das agências a uma diretriz estável. Em vez de avaliar se as agências estão agindo de acordo com políticas públicas

definidas em lei, dever-se-ia avaliar se elas agem de acordo com as próprias leis que as criaram.

Contudo, mesmo a aderência à lei não suprimiria os problemas que poderiam colocar em risco a qualidade da regulação. É complexo traduzir comandos legais em metas objetivas, uma vez que nelas reside a base para empreender avaliações. Essa complexidade pode ser observada pelo problema de assimetria de informações entre o Ministério setorial e o regulador. Aquele pode não saber quais as informações que este possuía quando tomou as suas decisões. Quando o Ministério tiver acesso às informações, pode ser que estas já tenham mudado em função da própria ação do regulador. Outros elementos que traduzem essa complexidade são os choques exógenos entre a decisão do regulador, baseada em informações *ex ante*, e a avaliação do Ministério, feita *ex post*. Esses choques devem ser levados em conta quando as agências fossem avaliadas, o que torna difícil apreciar suas decisões. Por conseguinte, a avaliação envolveria elementos de subjetividade, o que pode transformar esse processo em um instrumento indesejável de influência política do Executivo.

A tentativa da proposição deixava evidente que o Poder Executivo da época julgava que as diretrizes das políticas setoriais deveriam ser definidas pelo governo eleito, demonstrando um evidente desconforto⁹. Oliveira Júnior e Silva (2004) indicam que a legislação não esclarecia se a definição das políticas setoriais havia mesmo sido transferida para as agências reguladoras. Os textos legais que tratam do assunto (a Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo) se referem às obrigações do “poder público”, sem especificar se é a agência ou o Ministério. Nesse sentido, o objetivo do Projeto de Lei do governo era estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica, sendo que aquela prerrogativa ficará com os Ministérios. O contrato seria uma forma de garantir que as agências implementem as políticas formuladas pelo Poder Executivo.

Ademais, não haveria garantias de que os dirigentes das agências não agiriam de acordo com seus próprios interesses, contrariando não somente as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, mas também os objetivos da

⁹ Sobre o caso, consultar Silva e Costa Júnior (2011).

regulação. Por isso é útil ter algum mecanismo que os faça prestar contas de suas ações.

Relativamente ao contrato de gestão, o Substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados garantia maior controle social sobre as agências e sua maior transparência, mas também traz algumas alterações que reduzem o risco de ingerência do Poder Executivo. Em primeiro lugar, o Substitutivo delimitava melhor o escopo do contrato de gestão, destacando que as metas de desempenho administrativo e operacional dizem respeito apenas aos aspectos organizacionais da agência e às ações relacionadas à promoção: (i) da qualidade dos serviços prestados pela agência; (ii) do fomento à pesquisa no setor regulado; e (iii) da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência. Ademais, as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas no contrato de gestão não interferirão na autonomia das agências, em seus aspectos regulatórios e nem terão caráter disciplinar.

Foi também adotada no Substitutivo uma importante modificação. O Relator atribuiu ao Poder Legislativo um controle mais efetivo sobre as atividades das agências, incluindo dispositivo segundo o qual o controle externo das agências reguladoras seria exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU). Esse controle será especialmente usado para verificar a compatibilidade das ações adotadas pelas agências com as políticas definidas para os setores regulados.

A necessidade de um maior controle social sobre as agências é defendida por alguns autores, mesmo que implique uma possibilidade de perda de autonomia regulatória. Pode-se dizer que o Substitutivo tinha o mérito de preservar o controle social das agências e aumentar a transparência de suas ações, determinando a prestação de contas ao Congresso Nacional e, ao mesmo tempo, de reduzir o risco de que o Poder Executivo cometesse ingerências no que concerne às atividades de regulação das agências.

Finalmente, como comentado anteriormente, os contratos de gestão firmados entre as agências e o governo é uma maneira de aproximá-las do modelo de agência executora de políticas públicas. Em última instância, pode-se afirmar que o estabelecimento do contrato de gestão qualifica as agências re-

guladoras em agências executivas, ou seja, ao instituto criado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Agências executivas não mais são que autarquias ou fundações pré-existentes, diplomadas por intermédio de um Decreto do Poder Executivo, que celebram contrato de gestão com a Administração Direta. No entanto, diferentemente da concepção dada originalmente ao contrato de gestão, a proposta do PL nº 3.337, de 2004, e Substitutivo, concebe esse instrumento com menores metas de desempenho e, como se observou, aproximando-se mais de um instrumento de controle (social e político).

3.3.2. Consulta pública

Uma terceira mudança proposta dizia respeito à consulta pública. De acordo com o texto do Substitutivo, serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores das agências, os pedidos de revisão de tarifas e as minutas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.

O texto ampliava os casos em que atos das agências reguladoras devem ser submetidos à consulta pública, o que aumenta a sua transparência. Nesse sentido, contribuía para que a regulação fosse efetiva e encontrasse o equilíbrio entre a proteção aos consumidores e a garantia de uma taxa de retorno adequada às empresas reguladas.

Oliveira Júnior e Silva (2004) ponderam que o ganho de transparência, no entanto, não ocorre sem custos. O dispositivo poderia trazer morosidade às decisões gerenciais das agências. Firms, consumidores e outras instituições que se sentissem prejudicados por alguma ação das agências poderiam requerer a sua submissão à consulta para adiar decisões.

Não obstante, a mudança sugerida pelo Relator no Substitutivo teria resolvido esse problema na medida em que, por um lado, restringia as matérias que seriam objeto de consulta pública e, por outro, estendia os prazos para os pedidos de revisão tarifária. Este último ponto é importante para garantir a transparência das agências a respeito de um assunto que interessa diretamente aos consumidores: os valores das tarifas. Ao tornar público o processo de

alteração dos preços cobrados pelos serviços, diminui-se o risco de que o regulador seja benevolente com o regulado. Nota-se, porém, que a visão de agencificação ainda está predominantemente vinculada à mediação de prestação de serviços públicos.

3.3.3 Ouvidorias

As regras até então vigentes determinam apenas que o Ouvidor seja nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução, com acesso a todos os assuntos da agência.

De acordo com o Substitutivo, haveria, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor que atuaria junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exerceria suas atribuições, sem acumulação com outras funções, com mandato de quatro anos, vedada a recondução. O Ouvidor teria acesso a todos os processos da agência e contaria com o apoio administrativo de que necessitasse, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da agência. São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência e acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

O texto fortalece a posição do Ouvidor dentro das agências e o seu papel de representante dos usuários. Em adição à regra atual, o Ouvidor contará com uma estrutura administrativa e, dessa maneira, não teria subordinação hierárquica em relação às diretorias e, por outro lado, teria acesso pleno aos processos das agências e atribuições específicas. A transparência das agências e o controle social sobre elas serão beneficiados com a medida.

Contra o fortalecimento do papel do Ouvidor, pode-se argumentar que, sendo ele indicado pelo Poder Executivo, este poderia usá-lo para cercear as agências reguladoras. É duvidoso que isso ocorra, dado que o mesmo critério de escolha dos diretores será usado para escolher o Ouvidor. A influência poderia ocorrer diretamente por meio dos diretores nomeados pelo Executivo. Diante disso, pode-se dizer que a independência das agências não é afetada.

3.4. OPÇÃO PELA INÉRCIA

A busca por um certo grau de delegação torna-se um imperativo nas sociedades modernas e complexas. Normalmente isso ocorre por meio de transferência do poder decisório a um agente externo. Governos podem escolher limitações ao exercício de sua vontade, recorrendo à delegação por meio de legislação que exige folgada maioria para ser alterada. Existe, no entanto, uma relação dicotômica, na medida em que qualquer delegação demanda controles, pois sempre haverá alguma perda ou deficit de responsabilização, um *trade-off* (MELO, 2001). Nesse sentido, o problema da responsabilização passa a ser duplo: de responsabilização dos políticos e governantes pelos cidadãos e de responsabilização dos burocratas em relação aos políticos eleitos.

É o que ocorre com o modelo de regulação por intermédio de agências reguladoras como arranjo institucional (agencificação) escolhido e a moldura legal como limitação auto imposta pelo governo. Esse contexto tornaria fértil o terreno das iniciativas legislativas, tanto do Poder Executivo, quanto do Legislativo, suscitando debates importantes.

Ocorre que tais debates não ocorreram. A discussão do PL nº 3.337, de 2004, tiveram o fôlego de um velocista de 100 metros rasos, mas precisava ter o de um maratonista, dada a complexidade das questões e a relevância da matéria em termos de eficácia da ação estatal e evolução normativa.

A agencificação na época do Governo Lula era um instrumento de delegação recente no Brasil. Sendo assim, era natural que apresentasse falhas, como a ausência de uma lei orgânica, dificultando um tratamento homogêneo para agências que regulam e fiscalizam serviços. A inconformidade do Governo Lula com o modelo de agencificação em vigor, trazendo a proposição em discussão, não ofereceu campo de negociações suficientes para avançar no texto. Ao mesmo tempo em que outras prioridades surgiram, a base de apoio do governo foi rapidamente desmobilizada para avançar na agenda de reformas do sistema regulatório. A proposição ainda teve chance de ser votada no Plenário da Câmara em julho de 2004, com um requerimento de urgência assinado pelos líderes, mas acabou sendo deixada de lado, terminando melancolicamente com seu pedido de retirada por parte do Governo Dilma Rousseff, já nos idos de

2013. Segundo a Presidente, a legislação atual já bastaria: “Dá para fazer muita coisa com o que existe. A gente tem que fazer com o que já existe, muito mais.”¹⁰

Como as tentativas de alteração nunca mais foram retomadas, será que os Governos Lula e Dilma teriam se conformado com o modelo do agenciamento inicialmente por Fernando Henrique Cardoso?

Inegável ressaltar que o PL nº 3.337, de 2004, pelo nível de detalhamento, apresentou elementos mais evidentes em relação à preocupação com o excesso de independência das agências reguladoras, em conformidade com vários argumentos das escolas da Teoria da Escolha Pública e da Teoria da Captura, bem como na Reforma Administrativa, que introduziu para a matriz institucional do Estado a figura das agências executivas e dos contratos de gestão. Mas com as mudanças de prioridades, durante os governos Lula e Dilma houve muitas denúncias de enfraquecimento das agências reguladoras.

Em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU)¹¹, houve fragilidades na escolha de dirigentes, comprometendo a capacidade decisória dos órgãos reguladores, com excessiva subjetividade de critérios usados para o preenchimento das vagas de comando das agências, possibilitando, assim, “a indicação de diretores que não possuem os conhecimentos imprescindíveis para o exercício de cargos de natureza técnica”.

Outra estratégia adotada foi a de deixar cargos de direção sem provimento, muitas vezes por longos períodos. Segundo o TCU, por exemplo, a ANTT atuou durante 26% do tempo com quórum mínimo e a ANP só teve a diretoria integralmente preenchida durante 48% do período.

Por fim, como também aponta o TCU, apesar da autonomia operacional e financeira, não foram detectados mecanismos formais que garantissem maior estabilidade dos recursos orçamentários a elas destinados. Também não há tratamento diferenciado em relação a outras unidades orçamentárias, persistindo um sério problema desde o governo de Fernando Henrique Cardoso.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/398430-parlamentares-criticam-retirada-de-projeto-sobre-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

¹¹ Acórdão TCU nº 2261/2011.

Em síntese: as agências foram constrangidas pelo contexto político a serem mais dóceis relativamente aos interesses do Executivo ou, de outro modo, menos operantes, satisfazendo a preferências dos governos da ocasião de retomada do protagonismo regulatório diretamente defendido pelos Ministérios. Problemas sérios permaneceram, como o contingenciamento de recursos das agências, e a frágil autonomia foi efetivamente colocada em xeque.

Se não houve expropriação regulatória, houve, certamente, um forte desincentivo para o protagonismo das agências reguladoras, embora setores técnicos daqueles governos procurassem caminhos para retomar a agenda de aperfeiçoamentos nos modelos¹². A questão residiu na tão repetida frase “faltou vontade política”.

4 A TERCEIRA FASE REGULATÓRIA: O CONGRESSO RETOMA A AGENDA

Antecipando o desinteresse do Poder Executivo na agenda de aprimoramentos no modelo de agencificação regulatória, alguns parlamentares iniciaram um movimento de condução dessa agenda no Congresso. Abordaremos a análise das discussões referentes à proposta que foi a mais bem-sucedida, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 52, de 2013, do ex-Senador Eunício Oliveira.

Esse projeto propôs novo marco regulatório geral para as agências reguladoras federais. As principais diretrizes eram aprimorar o processo decisório, com regras mais transparentes e participativas para a sociedade, estabelecer critérios mais claros e rígidos para a indicação de dirigentes e conceder maior autonomia a essas entidades, para que fossem menos influenciadas pela dinâmica política em suas atividades.

Os principais eixos do PLS, em sua versão original, eram:

- 1) previsão da participação de diversos agentes públicos na composição dos órgãos diretivos das agências reguladoras;
- 2) padronização do sistema de tomada de decisões, mediante os procedimentos de consultas e audiências públicas;

¹² Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/223772-governo-espera-que-lei-geral-das-agencias-reguladoras-seja-votada-neste-ano/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

- 3) fixação de regras mais claras e rígidas de prestação de contas, inclusive com a elaboração de relatórios anuais a serem publicados na internet e em jornais de grande circulação;
- 4) regulamentação do contrato de gestão, a ser celebrado entre a Agência e o Ministério Supervisor, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, a fim de aumentar sua autonomia orçamentário-financeira;
- 5) previsão de regras uniformes para as Ouvidorias das agências reguladoras, como órgãos de auxílio de controle interno;
- 6) estabelecimento de regras para a cooperação institucional entre as agências reguladoras federais e outros órgãos e entidades da Administração Pública, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as agências reguladoras e de fiscalização de estados, Distrito Federal e municípios.

Observa-se que boa parte das propostas dialogava com a tentativa de avanço nos períodos anteriores.

4.1. EVOLUÇÃO DO DEBATE NO SENADO FEDERAL – PRIMEIRA RELATORIA

O Projeto inicialmente foi despachado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e à Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle (CMA). A CCJ demorou a deliberar sobre o projeto, aprovando o parecer nos termos de substitutivo apresentado pelo Relator da matéria, Senador Walter Pinheiro apenas em setembro de 2015.

Embora demorada, a matéria conseguia avançar no Senado, mas apenas depois de um encadeamento de circunstâncias, esta agenda tomou impulso.

Logo após a deliberação, a Presidência do Senado Federal determinou que o Projeto fosse examinado, em decisão terminativa, pela Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), a pedido do Presidente daquela Comissão, Senador Otto Alencar. Esse fato merece alguns registros para compreendermos o desenrolar da proposta.

A criação dessa Comissão Especial fez parte da tentativa de estabelecimento de uma “agenda positiva” por parte do então Presidente do

Senado, Senador Renan Calheiros, e de alguns líderes partidários, com predominância do antigo PMDB e do PSDB. Essa lista de proposições foi intitulada no Senado de “Agenda Brasil”, com vistas à melhoria do desenvolvimento de negócios e da infraestrutura. Por meio dela, tramitaram com mais velocidade os projetos de lei, dando um *bypass* por todas as comissões permanentes que em tese deveriam deliberar sobre as matérias.

Também é interessante observar que essa proposição foi amplamente influenciada pelas discussões realizadas sobre dois outros projetos de lei do Senado: (i) no PLS nº 555, de 2015, que depois se converteu na chamada “Leis das Estatais”, sancionada em 30/06/2016; e (ii) pelo PLS nº 78, de 2015, que visava aprimorar os mecanismos de controle e de governança dos fundos de pensão das estatais; este projeto foi aprovado no Senado, mas ainda se encontra até o momento sem deliberação na Câmara dos Deputados. Ambas as agendas foram fundamentadas em ajustes estruturantes na máquina pública, especialmente dos inúmeros casos de uso político das estatais e dos fundos de pensão. Além disso, as duas propostas foram amplamente conduzidas por parlamentares do PSDB, de oposição aos Governos Lula e Dilma Rousseff. Como se viu, no ambiente das agências reguladoras permanecia a nítida sensação de que havia muita influência política e pouca autonomia, perturbando o funcionamento daquelas autarquias. Portanto, é fácil compreender porque essa agenda foi carregada por parlamentares não alinhados aos governos da época.

Desta forma, o PLS nº 52, de 2013, que constou na lista da “Agenda Brasil”, ganhou um significativo impulso. Ainda sob a relatoria do Senador Walter Pinheiro, o texto do projeto foi objeto de novo substitutivo, introduzindo importantes alterações.

Introduziu-se a previsão geral de repartição de competências entre ministério supervisor e agência reguladora, de modo que ao primeiro cabe a definição de políticas públicas, inclusive o Plano de Outorgas, e à segunda, suas execuções. A ideia aqui seria reforçar as competências da Administração Pública direta para que as agências reguladoras sigam as diretrizes e os comandos formulados pelos ministérios supervisores.

Foi reforçada a **autonomia orçamentário-financeira** das agências reguladoras no sentido de constarem como órgãos orçamentários no Sistema de Planejamento e Orçamento Federal.

O substitutivo estabelece **regras sobre a “Avaliação de Impacto Regulatório”** a serem seguidas por todas as agências reguladoras, inclusive em relação aos procedimentos de consultas e audiências públicas e publicização desses procedimentos. Entre as regras previstas, dispõe-se que a Avaliação de Impacto Regulatório deverá conter informações a respeito dos efeitos do ato normativo a ser editado, sendo precedida de apreciação por órgão técnico da agência reguladora e submetido à decisão do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada.

São fixados prazos para as decisões das agências reguladoras. Nesse sentido, salvo disposição específica em lei ou regimento interno, as agências deverão decidir as matérias submetidas à sua apreciação em trinta dias, prorrogáveis por igual período.

É fixado o prazo de noventa dias após a abertura da sessão legislativa do Congresso Nacional para as **agências reguladoras enviarem seus relatórios** aos órgãos de controle interno e externo e também é previsto o comparecimento anual de seus dirigentes máximos perante o Senado Federal para prestar contas das atividades da agência.

Houve a **substituição do contrato de gestão pelo Plano Estratégico de Trabalho e Plano de Gestão e Desempenho**. O Plano Estratégico de Trabalho deverá ser coincidente com o período de vigência do Plano Plurianual (PPA) e deverá conter as metas, objetivos e resultados esperados da atividade da agência reguladora nesse período, bem como a descrição dos recursos a serem utilizados para tanto, indicação de fatores externos relevantes e cronograma de revisão do Plano. Já o Plano de Gestão e Desempenho tem vigência anual e estabelecerá as metas anuais, estimativa de recursos orçamentários necessários, descrição dos processos operacionais a serem executados e sistemática de acompanhamento e avaliação. Ressalta-se que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) deverá dispor sobre a execução orçamentária e financeira conforme o cumprimento das metas fixadas no Plano de Gestão e Desempenho. Cada agência reguladora deveria aprovar a Agenda

Regulatória, em que serão expostos os temas prioritários a serem regulamentados no exercício seguinte.

Foram previstas **regras detalhadas para as ouvidorias** das agências reguladoras. Fica estabelecido que cada agência reguladora terá um ouvidor que atuará de modo independente e sem subordinação hierárquica com competência para apurar eventuais irregularidades e eficiência dos serviços prestados pela agência, tendo acesso a todos os processos da agência. O ouvidor seria escolhido pelo Presidente da República para mandato de dois anos e deverá ter amplo conhecimento na área de atuação da agência, somente podendo perder o cargo em razão de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, condenação em processo administrativo disciplinar ou exoneração, por iniciativa do Presidente da República.

O substitutivo também previa regras para a cooperação das agências reguladoras, entre si, e com órgãos de defesa da concorrência, defesa do meio ambiente e defesa do consumidor, bem como com as agências reguladoras de estados, Distrito Federal e municípios.

Quanto à cooperação com os órgãos de defesa da concorrência, as agências reguladoras deveriam informar as autoridades competentes sobre eventuais ilícitos identificados. Fica estabelecido que as agências reguladoras deverão solicitar parecer prévio, a ser proferido em até trinta dias, ao órgão de defesa de concorrência do Ministério da Fazenda sobre propostas de atos normativos para avaliação de efeitos concorrenciais.

Também foram fixadas **regras para a cooperação das agências reguladoras federais entre si**, possibilitando a edição de atos normativos conjuntos, aprovados pelo Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada de cada agência envolvida. O substitutivo estabelecia a possibilidade de as agências reguladoras firmarem Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória para suspensão de sanções administrativas de sua competência e cria a obrigação de oitiva prévia das agências, no caso de outros órgãos ou entidades públicas celebrarem o Termo de Ajustamento de Conduta em matéria de natureza regulatória.

O substitutivo disciplinava a **articulação das atividades das agências reguladoras federais e os órgãos e entidades de regulação**

estaduais, distritais e municipais. Para tanto, o substitutivo prevê a possibilidade de convênios para delegação de competência normativa, fiscalizatória, sancionatória e arbitral para órgãos e entidades com competências locais pertinentes e com estrutura administrativa adequada. Nesse caso, parte da receita arrecadada pelas atividades da agência reguladora federal será repassada ao órgão ou entidade conveniada.

O substitutivo alterava a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, no ponto em que estabelecia **regras para as indicações dos dirigentes das agências reguladoras.** O Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada será composta por até cinco membros, sendo um deles o Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral, com mandatos de quatro anos não coincidentes. É criado um procedimento seletivo público de interessados por um comitê *ad hoc* mediante análise de currículos e entrevistas, com composição fixada em regulamento, que formará uma lista tríplice de candidatos, dos quais um será indicado pelo Presidente da República.

Criava-se uma nova modalidade de perda do cargo pelos dirigentes das agências reguladoras, no caso de descumprimento injustificado e manifesto de suas atribuições por decisão do Senado Federal, provocado pelo Presidente da República.

Foram estabelecidas vedações aos Conselheiros e Diretores de exercício de qualquer outra atividade profissional, exceto magistério, e de ter interesse direto ou indireto em empresa que atue no setor regulado pela agência.

Quando houvesse vacância nos cargos de Diretor ou Conselheiro das agências reguladoras, será formada lista sêxtupla pelos servidores da agência respectiva para que o Presidente da República nomeie um dirigente interinamente; se não houver essa nomeação, o superintendente ou cargo equivalente da agência com maior tempo de exercício na função ocupará a função no Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada.

Finalmente, o substitutivo atualizava e harmonizava diversos dispositivos das leis de criação de cada agência reguladora federal em face das propostas acima elencadas. Desse modo, são alteradas as Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel); nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel); nº 9.478,

de 6 de agosto de 1997 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP); nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa); nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS); nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997 e nº 9.984, de 17 de julho de 2000 (Agência Nacional de Águas – ANA); e nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); nº 11.182 de 27 de setembro de 2005 (Agência Nacional de Aviação Civil – Anac) e a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001 (Agência Nacional do Cinema – Ancine).

4.2. EVOLUÇÃO DO DEBATE NO SENADO FEDERAL – SEGUNDA RELATORIA

Com a licença do exercício do mandato do Senador Walter Pinheiro, foi designada a Senadora Simone Tebet para a relatoria. Não obstante o refinamento técnico do parecer do Senador, foi com a nova relatora que a proposição conseguiu chegar a termo no Senado, parecendo apresentar maior consenso e apoio dos parlamentares.

O trabalho da Senadora deu continuidade às discussões e acabou de promover alterações significativas no texto original, tendo seu substitutivo sido aprovado em caráter terminativo na CEDN, no dia 23/11/2016.

Destacamos, de modo sucinto, os seguintes avanços presentes neste Substitutivo aprovado.

Em primeiro lugar, acabou-se por aperfeiçoar a **concessão de maior autonomia orçamentário-financeira às Agências Reguladoras**. As Agências Reguladoras foram tratadas como órgãos orçamentários no Sistema de Planejamento e Orçamento Federal. Desse modo, podem articular-se diretamente com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para realizar sua gestão orçamentária, sem a necessidade de contar com o aval dos Ministérios supervisores. Isso traria melhorias quanto à independência e à eficiência na atuação das Agências.

No dia a dia das agências é comum que decisões administrativas importantes, como a elaboração de proposta orçamentário-financeira ou a

realização de concursos públicos, requeiram a intervenção do Ministério supervisor para serem efetivadas. Com as modificações propostas, as Agências Reguladoras terão maior liberdade e flexibilidade para atingirem seus objetivos com autonomia e foco na obtenção dos resultados delas esperados.

Outros dispositivos que acabaram mais aperfeiçoados foram os que estabeleciam **regras mais claras para o processo decisório das Agências Reguladoras, mediante a chamada “Análise de Impacto Regulatório”**. Trata-se de procedimento destinado a avaliar os custos e benefícios econômicos e sociais dos atos normativos e decisões regulatórias a serem adotados pelas Agências Reguladoras. A adoção dessas regras é fruto de sugestões formuladas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Tribunal de Contas da União.

A terceira modificação que passou por aperfeiçoamento da relatora foi o **fortalecimento e maior transparência no controle interno e externo das atividades das Agências Reguladoras**. Ficou previsto o dever de todas as Agências Reguladoras apresentarem relatório anual em que suas atividades serão apresentadas, inclusive quanto às metas e aos objetivos de sua atuação. Além disso, é prevista a figura do Ouvidor em todas as agências reguladoras, como uma autoridade que auxilia no controle interno dessas entidades mediante a fiscalização de todas as suas atividades e elaboração dos relatórios pertinentes.

Outro mecanismo aprimorado relativamente ao texto do Senador Walter Pinheiro foi a **fixação de regras comuns para o Plano Estratégico e Plano de Gestão Anual**. Houve maior detalhamento dos instrumentos de planejamento de atividades quadrienal e anual, respectivamente. No Plano Estratégico, deverão estar expostas as grandes linhas e metas de atuação da Agência Reguladora pelo período de quatro anos, em conformidade com o Plano Plurianual da União. Já o Plano de Gestão Anual é o instrumento anual de planejamento operacional da Agência Reguladora, no qual deverão constar os recursos necessários para o desempenho de suas atividades, bem como a sistemática de acompanhamento e fiscalização das metas a serem atingidas durante a sua vigência.

O texto da Senadora Simone Tebet também aperfeiçoou a **previsão da articulação das Agências Reguladoras com outros órgãos e entidades da Administração Pública**, com a criação de regras abrangentes para expressamente permitir que as Agências Reguladoras firmem convênios com outros órgãos e entidades da Administração Pública responsáveis, por exemplo, pela defesa da ordem econômica, do consumidor e do meio ambiente. Além disso, também foi prevista a cooperação das Agências Reguladoras federais entre si, permitindo-se, inclusive, a edição de atos normativos conjuntos.

Outros dispositivos que também passaram por ajustes foram os que estabeleciam **mecanismos de transparência e de eficiência para o processo de indicação de dirigentes das Agências Reguladoras**.

Foi proposto um processo seletivo simplificado, por meio de análise de currículos e entrevistas, em que uma comissão de seleção – cuja composição e modo de funcionamento será fixado em regulamento – formula uma lista tríplice de candidatos a ser enviada ao Presidente da República¹³.

Esses mecanismos têm expressão em algumas experiências internacionais. Para fins de ilustração, pode-se mencionar o exemplo de dois países que em período recente têm feito esforços para selecionar melhor seus quadros de pessoal para cargos de direção e chefia em sentido semelhante ao feito pelos dispositivos vetados.

A Inglaterra criou a figura do Comissário para Nomeações Públicas (*Commissioner for Public Appointments*). Trata-se de autoridade nomeada pela Coroa para estabelecer regras para as nomeações de posições de destaque da Administração Pública e para fiscalizar sua aplicação.

Nesse sentido, em 2012, foi editado pelo Comissário para Nomeações Públicas o Código de Conduta para Nomeação Ministerial para Órgãos Públicos, em que foi fixada a responsabilidade do Ministro respectivo pela nomeação, bem como três princípios centrais para tanto: *a)* mérito, *b)* igualdade e *c)* publicidade. O Código ainda prevê a existência de um comitê específico, designado pelo Ministro, responsável por uma pré-seleção de candidatos.

¹³ O PLS nº 78, de 2015, sobre a governança dos fundos de pensão das estatais foi pioneiro nessa agenda de melhoria dos processos seletivos dos gestores e impulsionou essa discussão para as agências reguladoras.

O comitê formula lista com um número determinado de candidatos a serem selecionados pelo Ministro. O Código não estabelece um procedimento detalhado específico, remetendo a cada Ministério a responsabilidade de definir essas regras.

Em Portugal, com a Lei nº 64, de 22 de dezembro de 2011, foi criada a Comissão para o Recrutamento e Seleção da Administração Pública (Cresap), composta por representantes dos Ministérios. A Comissão tem basicamente três competências: *a)* realização de concurso público para cargos de direção superior, *b)* avaliação curricular de gestores públicos e *c)* atividades de apoio e cooperação para boas práticas de governança e gestão pública. Para apoio das atividades da Comissão, há uma “bolsa de peritos”: de 20 a 50 pessoas que atuam em comitês para seleção de pessoal, indicadas pelos ministérios com reconhecida experiência profissional na área.

O procedimento da seleção segue este rito: *a)* etapa de abertura pelo membro do Governo competente com identificação do cargo, *b)* formulação de proposta de perfil do candidato pela Cresap, *c)* aprovação do perfil pelo membro de Governo, *d)* publicação do edital. As regras mínimas de seleção são compostas por uma fase inicial de avaliação curricular (*online*) e posteriormente entrevista curricular de, no mínimo, 6 pessoas. Ao final, é formada uma lista tríplice a ser enviada ao membro do Governo.

A sexta alteração realizada pela relatora foi sobre a **previsão dos impedimentos e casos de conflito de interesse dos dirigentes das agências reguladoras**. De forma semelhante à recente Lei das Estatais (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016), veda-se a indicação de titulares de mandatos eletivos ou sindicais, pessoas que não tenham a “ficha limpa”, conforme a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, ou que tenham participação direta ou indireta em alguma empresa que atue no respectivo setor regulado.

O único conjunto de dispositivos que apresentou divergências entre os relatores que cuidaram da matéria foi sobre a **divisão de competências entre Poder Concedente e agências reguladoras**. No Substitutivo da Senadora Simone Tebet, optou-se por retirar alterações das leis específicas de cada uma das agências reguladoras que deslocariam as principais competências

para os ministérios supervisores, como a celebração dos contratos de concessão e aplicação de sanções mais graves.

A razão alegada pela relatora foi a de que esse era um dos poucos pontos em que é inviável uma orientação geral predefinida em favor da concentração de competências seja na agência reguladora, seja no ministério supervisor. As competências específicas das autoridades de cada setor devem ser examinadas de modo profundo e individualizado – uma tarefa inviável em um projeto de lei geral como o presente.

A intenção foi justamente fortalecer o regime jurídico das agências reguladoras, consideradas como autarquias de natureza especial, que exercem funções da alta relevância no exercício de poder normativo, fiscalizatório e sancionatório.

Trata-se novamente do tópico que demarcou a divergência durante os governos Lula e Dilma. A discordância desse modelo jurídico que atribui a corpos técnicos a decisão sobre questões complexas e específicas da regulação econômica, de modo a diminuir eventual pressão do cotidiano político-eleitoral. A visão da relatora parece-nos racional e coerente: pouco adiantaria, de um lado, reforçar esse regime jurídico, mas, de outro lado, retirar as principais competências das agências reguladoras.

Desse modo, optou-se por reforçar a intenção do modelo do agenciamento para garantir um regime jurídico mais uniforme e estável para as agências reguladoras, de forma que os setores regulados tenham mais previsibilidade e confiança nos atos normativos por elas editados, beneficiando o cidadão com uma atividade regulatória mais eficiente e transparente.

Seguindo para a Câmara dos Deputados, em dezembro de 2016, a proposição tramitou como Projeto de Lei nº 6.621, de 2016. Por tratar de matérias atinentes a mais de três comissões daquela Casa, foi determinada a criação de Comissão Especial para apreciação terminativa do projeto, nos termos do art. 34, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Apenas no dia 17 de julho de 2018, a matéria foi apreciada terminativamente pela Comissão Especial, tendo sido objeto de emenda

substitutiva, produzida pelo Deputado Márcio Forte, e encaminhada ao Senado Federal para fase final de tramitação. Infelizmente, a proposta acabou por ser aprovada logo antes de iniciado o período das campanhas eleitorais, durante o qual o Congresso acaba se reunindo com menos frequência para os trabalhos legislativos. A proposição ainda deveria tramitar pela CCJ da Câmara, para avaliação da sua constitucionalidade e redação final. Isso apenas ocorreu após as eleições, tendo sido finalmente encaminhada de volta ao Senado no dia 5 de dezembro daquele ano.

No Senado Federal, o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 10, de 2018, foi despachado à CCJ e à Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC). Em ambas comissões, os relatores (Senador Antônio Anastasia e Senador Márcio Bittar) opinaram de modo idêntico pela rejeição de todas as modificações propostas pela Câmara dos Deputado, exceto alguns ajustes pontuais, considerados, em si, avanços oferecidos pela Câmara dos Deputados.

Nota-se dois aspectos interessantes. O primeiro, que o Senado Federal levou a efeito o seu poder de “casa iniciadora”, tal como fez em relação à Lei das Estatais, tomando um espaço da agenda que frequentemente é ocupado pelo Poder Executivo ou pela própria Câmara. O segundo aspecto reside no fato de que, já em 2019, mesmo o Brasil sob nova Presidência da República e nova Legislatura, a agenda de reformas para as agências reguladoras permaneceu aquecida, vindo a ser aprovada no Senado em 29/05/2019, sancionada como Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

4.3. VETOS PRESIDENCIAIS

No entanto, foram apresentados dois vetos que indicaram pontos de divergência com o Executivo e que diminuiriam um pouco a força normativa proposta pelo Legislativo.

Entre os dispositivos vetados que destacam tal divergência, destacamos dois, na ordem apresentada na Mensagem nº 266, de 2019:

- a) § 3º do art. 15;

- b) §§1º ao 4º e § 6º do art. 5º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, na forma do art. 42;

Abaixo examinam-se os dispositivos vetados e as razões de veto.

Segundo dispositivo vetado:

§ 3º do art. 15

“§ 3º Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, observado o disposto no regimento interno dessa Casa do Congresso Nacional, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências.”

Razões do veto

“O dispositivo prevê o comparecimento anual no Senado Federal dos dirigentes máximos das agências reguladoras para prestação de contas, o que viola o princípio da separação de poderes. Ademais, a convocação de titulares do Poder Executivo para prestar contas ao poder legislativo possui assento constitucional, sendo vedado ao legislador ordinário ampliar as hipóteses previstas pelo constituinte.”

Existem argumentos a favor e contrários ao veto.

Como argumento favorável, pode-se confrontar o dispositivo vetado com o art. 50 da Constituição Federal, que estabelece competência das Mesas e das Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal de *convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.*

O dispositivo constitucional refere-se expressamente somente a Ministros e titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República. Ao se interpretar literalmente esse dispositivo, pode-se afirmar que não é possível a convocação de dirigentes de agências reguladoras pelo Congresso Nacional, uma vez que elas são autarquias vinculadas a Ministérios. Desse modo, somente poderia ser convocado o Ministro de Estado respectivo.

Como argumento contrário ao veto, pode-se afirmar que esse dispositivo não deve ser interpretado literalmente, uma vez que as agências reguladoras apresentam grande grau de independência em face do Ministério a que vinculadas. Seus dirigentes são nomeados diretamente pelo Presidente da República e não podem ser exonerados imotivadamente. Além disso, as agências têm mais autonomia orçamentária. Ressalta-se que com a publicação da Lei nº 13.848, de 2019, elas poderão formular suas propostas orçamentárias com reduzido grau de intervenção do Ministério a que vinculadas.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta julgado em que declarou a inconstitucionalidade de normas de Constituição estadual que previam o afastamento de dirigentes de autarquias e empresas estatais por decisão do Poder Legislativo. Veja-se a ementa do julgado:

“PROCESSO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DESCABIMENTO DE ADITAMENTO. II – PROCESSO LEGISLATIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE PREVÊ AFASTAMENTO DE MEMBROS DA ALTA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. I – Não conhecimento da ação quanto à pretendida declaração de inconstitucionalidade do art. 111, §§ 1º e 2º, da Carta Estadual de Roraima, por não indicação dos fundamentos jurídicos do pedido (Lei nº 9.868/1999, art. 3º, I). II – Não conhecimento do aditamento à inicial quanto à nova redação do inciso XVIII do art. 33 da Constituição Estadual, dada pela EC nº 30/2012, haja vista que o dispositivo original está em debate na ADI 2.167 e não foi impugnado na inicial. III – Procedência do pedido quanto aos incisos XXXI e XXXII do art. 33 da Constituição Estadual, por tratarem de regime jurídico de servidores públicos sem observar a iniciativa privativa do Chefe do Executivo. IV – Ação conhecida em parte, e, na parte conhecida, julgada procedente.” (ADI nº 4.284, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/04/2015)

Da ementa do julgado e das razões apresentadas no acórdão, percebe-se que a principal razão para a identificação da inconstitucionalidade era a possibilidade de afastamento do titular de cargo de autarquia ou empresa pública por decisão do Poder Legislativo estadual. Essa modificação do regime jurídico foi considerada formalmente inconstitucional, pois deveria ter sido

iniciada pelo chefe do Poder Executivo estadual. Além disso, também se identificou vício de inconstitucionalidade material, uma vez que haveria uma extrapolação do regime constitucional de separação dos poderes.

Não é o caso do dispositivo vetado. Ele não modifica o regime jurídico de servidores públicos, nem prevê a possibilidade de afastamento dos dirigentes das agências reguladoras por meio de decisão do Poder Legislativo federal.

Desse modo, pode-se afirmar que há, apenas, um desdobramento de competência constitucional já fixada pelos arts. 49, inciso X, e art. 50, ambos da Constituição Federal. Além disso, o próprio Regimento Interno do Senado Federal (RISF) contém disposição semelhante:

Art. 96-A. Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. O comparecimento de que trata o *caput* ocorrerá em reunião conjunta da comissão temática pertinente e das Comissões de Assuntos Econômicos e de Constituição, Justiça e Cidadania.

O outro dispositivo vetado:

§§ 1º ao 4º e § 6º do art. 5º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, alterados pelo art. 42 do projeto de lei

Art. 5º

“§ 1º A escolha, pelo Presidente da República, de Conselheiros, Diretores, Presidentes, Diretores-Presidentes e Diretores-Gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal, será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento.

§ 2º O processo de pré-seleção será amplamente divulgado em todas as suas fases e será baseado em análise de currículo do candidato interessado que atender a chamamento público e em entrevista com o candidato pré-selecionado.

§ 3º O Presidente da República fará a indicação prevista no *caput* em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da lista tríplice referida no § 1º.

§ 4º Caso a comissão de seleção não formule a lista tríplice nos prazos previstos no § 1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no *caput*.”

“§ 6º Caso o Senado Federal rejeite o nome indicado, o Presidente da República fará nova indicação em até 60 (sessenta) dias, independentemente da formulação da lista tríplice prevista no § 1º.”

Razões do veto

“Os dispositivos preveem processo público de formação de lista tríplice para a escolha, pelo Presidente da República, de Conselheiros, Diretores, Presidentes, Diretores-Presidentes e Diretores-Gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal.

Tal procedimento prévio obrigatório é inconstitucional por perpetrar violação ao princípio da separação dos poderes, por excluir a atuação do chefe do Poder Executivo na iniciativa de livre indicação dos dirigentes das agências reguladoras, subvertendo a própria natureza de autarquia especial, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (v.g. ADI 1.949, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 17.09.2014).”

Como consta das razões do veto, entendeu-se que há vício de inconstitucionalidade nos mencionados dispositivos, pois violariam a discricionariedade do Poder Executivo em nomear livremente os dirigentes das agências reguladoras, citando o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI nº 1.949 como fundamento.

Especificamente sobre a possibilidade de nomeação de pessoas para cargos em comissão, estabelece a Constituição Federal:

Art. 37.

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;**

..... (destacado)

Diante desse dispositivo, deve-se questionar: pode a legislação criar requisitos para nomeação ou exoneração para cargos em comissão ou, em interpretação literal do texto constitucional, não podem ser fixados quaisquer requisitos para tanto?

O principal julgado do STF a respeito do tema é justamente a ADI nº 1.949, citada nas razões do veto. Veja-se a ementa desse julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). **Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes.** Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. 1. O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorra após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **A Constituição Federal permite que a legislação condicione a nomeação de determinados titulares de cargos públicos à prévia aprovação do Senado Federal, a teor do art. 52, III. A lei gaúcha, nessa parte, é, portanto, constitucional, uma vez que observa a simetria constitucional.** Precedentes. 2. São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. **O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entres os poderes estatais constituídos sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo-se, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes.** 3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse

Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia. 4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão ad nutum com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. Em razão do vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97 e tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), deve a Corte estabelecer, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade. 5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. (destacado)

Da leitura da ementa do julgado fica claro que a legislação pode estabelecer requisitos para a nomeação e exoneração de dirigentes de agências

reguladoras, justamente em razão de sua natureza jurídica de autarquias de natureza especial, que devem desempenhar funções regulatórias, fiscalizatórias e sancionatórias, entre outras, como entidades de Estado e não meramente de Governo. Tanto é assim que diversas leis federais – como a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos servidores civis da União), e a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 (Gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras federais) – estabelecem requisitos para nomeação de ocupantes de cargos em comissão como, por exemplo, nível de escolaridade exigido pelo cargo.

Na ADI nº 1.969, houve a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que determinava que os dirigentes de agência reguladora seriam exonerados por decisão do Poder Legislativo, em razão de violação ao princípio da separação de poderes. O STF entendeu que fere a independência do Poder Executivo a possibilidade de um dirigente de uma autarquia especial ser exonerado por decisão exclusiva e unilateral do Poder Legislativo.

Não é o caso presente nesses dispositivos vetados.

Os dispositivos vetados tratam de processo público de seleção de interessados em exercer a função de dirigentes das agências reguladoras por meio de lista tríplice elaborada por comissão, nos termos de regulamento editado pelo Poder Executivo federal. Isso significa que o próprio Poder Executivo, mediante decreto regulamentar, irá fixar como serão indicados os membros da comissão de seleção e como serão seus trabalhos. Não há aqui interferência do Poder Legislativo.

Além disso, os dispositivos estabelecem que, caso a comissão perca o prazo para elaboração de lista tríplice ou o nome indicado pelo Presidente da República seja rejeitado pelo Senado Federal, poderá haver a indicação de pessoa que cumpra os requisitos legais de modo discricionário.

A intenção do legislador era clara: evitar que os cargos ficassem desocupados por um período muito longo, tal como estava ocorrendo em várias agências, pautada esta, inclusive, um dos argumentos de origem da proposição apresentada no Senado.

Em razão disso, havia fortes argumentos técnicos para o não reconhecimento de vícios de inconstitucionalidade nos dispositivos vetados uma vez que:

- a) não há interferência do Poder Legislativo no processo de formulação da lista tríplice de interessados a exercer o cargo de dirigente das agências reguladoras – afastando as razões de decidir da decisão do STF na ADI n° 1.949;
- b) o próprio Poder Executivo federal estabeleceria as condições de funcionamento da comissão de seleção, incluindo sua composição e forma de organização.

Nota-se nos dispositivos vetados a mesma orientação das experiências internacionais de que mencionamos, de modo a permitir maior publicidade e, conseqüentemente, imparcialidade e eficiência nas nomeações a cargos de direção das agências reguladoras federais.

Ao final o Congresso acabou confirmando os vetos. No entanto, as reformulações para o setor das agências reguladoras foram finalmente aprovadas, inaugurando uma nova fase da regulação, mas que deve ser devidamente monitorada pelo próprio Legislativo e demais órgãos de controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, discorreremos inicialmente sobre a estreita relação entre o Estado, o Direito Administrativo e os aspectos históricos, sociais, políticos econômicos e culturais de um país, inclusive as influências externas.

Verificamos que a concepção do Estado se altera no curso da história e que, no mesmo passo, alteram-se suas funções e também os contornos do Direito Administrativo.

Podemos vislumbrar, no curso da recente história, os passos dos marcos legais que disciplinam a regulação no Brasil, dividimos o percurso em três fases distintas. A primeira fase, durante os governos de Fernando Henrique Cardoso, da introdução ao modelo do agencificação, na qual foi criada a maior parte das agências sob a nova perspectiva de atuação do Estado, ou seja, com uma

participação mais indutora e menos direta na prestação e de serviços, especialmente no campo da infraestrutura. Esse período foi riquíssimo tendo em vista o desbravamento de um terreno ainda pouco explorado pelo Brasil, um país com tradição muito forte de atuação direta do Estado em diferentes mercados. Muito trabalho foi realizado e as diferentes agências iniciaram suas atividades. No entanto, como em qualquer processo de implementação de políticas, o funcionamento das agências ainda precisava de um processo de maior amadurecimento, especialmente na sua relação com os próprios governos. Mesmo durante o governo de Fernando Henrique, muitas questões ainda ficaram pendentes, especialmente em relação à autonomia financeira das agências reguladoras.

A segunda fase pode ser atribuída aos governos de Lula e de Dilma Rousseff. De orientações políticas bem diferentes dos governos anteriores, os governos liderados pelo Partido dos Trabalhadores viam com muita desconfiança o modelo de autonomia das agências reguladoras, e encararam a relação desses órgãos com a administração direta mais com caráter de subordinação do que cooperação. Na visão daqueles governos, a liderança e a elaboração das políticas regulatórias deveriam ser papel dos ministérios, entrando, assim, as agências como órgãos auxiliares. Nesse sentido, uma extensa proposta legislativa foi apresentada contendo muitos elementos que fortaleciam essa visão, não obstante também apresentar muitos pontos interessantes que ampliavam o controle democrático e a transparência das agências, buscando também uniformizar os dispositivos legais aplicáveis a todas aquelas autarquias.

No entanto, o que vimos, foi a perda de vigor dessa agenda determinada predominantemente pelo Poder Executivo, demonstrando outras prioridades. Notou-se que o Legislativo terminou por se interessar particularmente por essa agenda, trazendo elementos adicionais à proposta da Presidência, o que demandaria mais esforço de negociação em torno de um modelo que ainda estava em processo de consolidação. O que se fez desse modelo, então, foi torná-lo durante aquele período muito dependente da gestão Presidencial do momento, tirando o eventual protagonismo das agências por meio de indicações questionáveis para os cargos de direção, tempos excessivamente longos para as

mesmas indicações, deixando as agências com problemas decisórios, e ignorando completamente um dos problemas mais sérios deixados em aberto que era a questão da autonomia financeira. Foi um período que introduziu no campo das ideias um forte questionamento, importantíssimo do ponto de vista do debate para o aprimoramento de ideias e da agencificação, mas que terminou por se estabelecer um movimento inercial e de declínio do papel das agências na estrutura de decisões da regulação.

Na esteira das críticas e da crise do governo Dilma Rousseff, o Congresso Nacional, especialmente o Senado Federal, tomou a iniciativa de continuar o processo de aprimoramento do modelo de agencificação. Nessa Casa houve uma confluência sem precedentes no ponto de vista da necessidade de melhorias na governança estatal de diferentes setores como as empresas estatais e os fundos de pensão – a agenda de reformas nas agências reguladoras também fez parte desse movimento. De 2015 a 2019, ou seja, mesmo na gestão de um novo Presidente da República, o Congresso não esmoreceu o debate, vindo a concluí-lo por meio de um conjunto de propostas que surgiu na segunda fase regulatória, amplamente inspirado em experiências internacionais.

Concluimos que o Brasil, devido a suas peculiaridades econômicas e políticas, depende, mais do que outros países, de um marco regulatório claro, com agências regulatórias independentes e fortes, de forma a atrair a confiança e o interesse do investidor, inclusive estrangeiro. Não obstante, tal autonomia deve vir respaldada por uma série de mecanismos que asseguram o controle externo e social dessas autarquias, trazendo pluralidade e ampliação dos espaços de compartilhamento decisório com o público interessado.

Se ao Legislativo competiu colocar nos trilhos o desenvolvimento e o aprimoramento dos marcos legais das agências, o desafio é acompanhá-las e supervisioná-las, exercendo o seu papel ainda volátil na fiscalização dos atos dos órgãos do Poder Executivo.

Já sabemos de onde partimos como País relativamente à agencificação, e também os caminhos pelos quais já percorremos. Resta saber para onde caminharemos a partir das renovações mais recentes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marília Carla Gomes de. **A autonomia das agências reguladoras brasileiras: uma análise da possível captura desses entes pelo poder político**. 2012 Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O Conceito Jurídico de Regulação da Economia. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba: Juruá, n. 6, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

COSTA, Juvenal Guilherme. As agências reguladoras e as modalidades de intervenção do Estado na atividade econômica. **Revista Acadêmica FEOL**, v. 1, n. 1, 2011.

CUNHA, Bruno Queiroz. As agências reguladoras brasileiras e seu hibridismo burocrático. In: PIRES, R.; LOTTA, G.; OLIVEIRA, V. E. (Orgs.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília: Ipea, 2018a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 4, n. 2, p. 69-90, 2017.

GUERRA, Sergio. Agencificação no Brasil, causa e efeito no modelo regulatório. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, ano 2, vol. 12, p. 183-204, set.2014.

_____. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

_____. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, 2017.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Gazeta Jurídica, 2017.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol.16, n..46, p.5668, jun.2001.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. As agências reguladoras e o modelo constitucional brasileiro. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**. Brasília, v. 4, n. 1, p. 131-150, mai. 2018.

OLIVEIRA, Marcio Caldas de; TELES, Carlos André Coutinho. O processo de regulação e agencificação no brasil: fundamentos históricos, jurídicos e econômicos. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília – DF, 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio; SILVA, Rafael Silveira e. Mudanças no arranjo institucional regulatório: comentários sobre as propostas em tramitação no Congresso Nacional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n.164, out./dez., 2004.

PECI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sergio (org). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

PECI, Alketa e BIANOR, Scelza Cavalcanti. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v.34, n.5, p.99-118, set./out., 2000.

PIRES, J. C. L. e GOLDSTEIN, A. Agências Reguladoras Brasileiras: avaliação e desafios. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, 2001.

SALGADO, L. H. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. IPEA, Texto para Discussão no 941, Rio de Janeiro (2003).

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARAVIA, Enrique. **Governança Global no Brasil Contemporâneo**. Disponível em https://www.academia.edu/491560/GOVERNANCA_SO_CIAL_NO_BRASIL_CONTEMPORANEO. Acesso em: 26 jan.2020.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. Regulação e aspectos institucionais brasileiros. In: GUERRA, Sérgio (org). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

SILVA, Rafael Silveira e; COSTA JÚNIOR, Álvaro P. S.. Judiciário e política regulatória: instituições e preferências sob a ótica dos custos de transação. **Revista de Economia e Política**, vol. 31, n. 4, 2011.

STUCKERT, Gabriel Fliege de Lucena. As políticas públicas e o papel das agências reguladoras. In; XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. **Revista Dialogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, v.. 1, n.. 2, mai. 2001.

_____. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens Reversíveis nas Concessões Públicas: a inviabilidade de uma Teoria Geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, v.61, n.2, p. 149 – 174, 2016.

VILLELA, A. V. e MACIEL, C. S. **A Regulação do Setor de Infraestrutura Econômica: uma comparação internacional**. IPEA, Texto para Discussão nº 684, Brasília,1999.

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645