

Agências Reguladoras:

**A Experiência Internacional e a Avaliação
da Proposta de Lei Geral Brasileira**



PRESIDENTE

ARMANDO DE QUEIROZ MONTEIRO NETO

1º VICE-PRESIDENTE DA CNI

CARLOS EDUARDO MOREIRA FERREIRA

VICE-PRESIDENTES

FRANCISCO RENAN ORONÓZ PROENÇA

ROBSON BRAGA DE ANDRADE

JOSÉ DE FREITAS MASCARENHAS

JOSÉ FERNANDO XAVIER FARACO

ABELÍRIO VASCONCELOS DA ROCHA

FRANCISCO DE ASSIS BENEVIDES GADELHA

FERNANDO CIRINO GURGEL

DANILO OLIVO CARLOTTO REMOR

ANTONIO JOSÉ DE MORAES SOUZA

ALFREDO FERNANDES

JOSÉ NASSER

1º SECRETÁRIO DA CNI

LOURIVAL NOVAES DANTAS

2º SECRETÁRIO DA CNI

JOSÉ CARLOS LYRA DE ANDRADE

1º TESOUREIRO DA CNI

ALEXANDRE HERCULANO COELHO DE SOUZA FURLAN

2º TESOUREIRO DA CNI

PAULO AFONSO FERREIRA

DIRETORES

FERNANDO ANTONIO VAZ

JOÃO OLIVEIRA DE ALBUQUERQUE

CARLOS SALUSTIANO DE SOUSA COELHO

JORGE PARENTE FROTA JÚNIOR

JORGE MACHADO MENDES

IDALITO DE OLIVEIRA

SIVALDO DA SILVA BRITO

DAGOBERTO LIMA GODOY

OSVALDO MOREIRA DOUAT

LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL FILHO

CARLOS ANTÔNIO DE BORGES GARCIA

FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO

ANTONIO FÁBIO RIBEIRO

JORGE ALOYSIO WEBER

OLAVO MACHADO JÚNIOR

JORGE WICKS CÔRTE REAL

CONSELHO FISCAL

EFETIVOS

JULIO AUGUSTO MIRANDA FILHO

RONALDO DIMAS NOGUEIRA PEREIRA

JOSÉ BRÁULIO BASSINI

SUPLENTES

ADALBERTO DE SOUZA COELHO

FERNANDO FERNANDES DE OLIVEIRA

JORGE ANTÔNIO PEREIRA LOPES DE ARAÚJO



Confederação Nacional da Indústria

Agências Reguladoras:

**A Experiência Internacional e a Avaliação
da Proposta de Lei Geral Brasileira**



© 2004. CNI Confederação Nacional da Indústria

Este documento foi desenvolvido por iniciativa do Conselho de Infra-estrutura da Confederação Nacional da Indústria – CNI.

Elaboração: Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado

Ficha Catalográfica

048a

Oliveira, Gesner

Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira / Gesner Oliveira, Bruno Werneck, Eduardo Luiz Machado. – Brasília : CNI, 2004.

127 p. : il.

ISBN: 85-88566-50-8

1. Agências Reguladoras 2. Legislação 3. Projeto de Lei I. Título II. Bruno Werneck III. Eduardo Luiz Machado IV. Confederação Nacional da Indústria.

CDU:35.078.2(81)

CNI - Confederação Nacional da Indústria

Setor Bancário Norte, Quadra 1, Bloco C

Edifício Roberto Simonsen

70040-903-Brasília

Tel.(0XX61) 317-9001

Fax. (0XX61) 317- 9994

sac@cni.org.br

www.cni.org.br



| | |
|--|-----------|
| Apresentação | |
| Sumário Executivo | 9 |
| 1 Introdução | 17 |
| 2 Aspectos Relevantes da Experiência Internacional | 21 |
| 2.1. Breve histórico da criação e do desenvolvimento das agências reguladoras nos EUA | 23 |
| 2.2. Experiências internacionais | 28 |
| 2.2.1 Recomendações da OCDE | 29 |
| 2.2.2 Lições do Banco Mundial | 32 |
| 2.2.3 Experiência Americana | 37 |
| 2.2.4 Experiência Francesa | 42 |
| 3 Agências Reguladoras no Brasil | 45 |
| 3.1. Elementos necessários a uma Lei Geral das Agências | 63 |
| 4 Comentários sobre as Propostas do Poder Executivo | 75 |
| 4.1. Desenho institucional ótimo de uma agência reguladora e a importância de sua independência | 75 |
| 4.2. A transferência do poder concedente para os ministérios | 77 |
| 4.3. Os mecanismos de prestação de contas e de transparência | 78 |
| 4.4. A articulação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência | 78 |
| 4.5. A distinção entre agências reguladoras e agências de fomento | 82 |
| 4.6. Propostas ao projeto de lei geral das agências reguladoras | 83 |
| Referências | 85 |
| Anexo – Comentários ao Substitutivo Realizados até o dia 01/09/2004 | 87 |

Lista de Quadros

| | |
|---|----|
| Quadro 1.1: Do Estado empreendedor ao Estado regulador | 17 |
| Quadro 1.2: Abertura e novo marco regulatório | 18 |
| Quadro 2.1: Categorias de regulação segundo a OCDE | 29 |
| Quadro 2.2: Recomendações do Banco Mundial | 33 |
| Quadro 2.3: Office of Management and Budget – OMB | 39 |
| Quadro 3.1: Agências reguladoras brasileiras | 47 |
| Quadro 3.2: Independência das agências reguladoras | 48 |
| Quadro 3.3: Dirigentes das agências | 49 |
| Quadro 3.4: Estrutura de direção das agências | 51 |
| Quadro 3.5: Quarentena nas agências | 52 |
| Quadro 3.6: Fontes de receita próprias das agências | 53 |
| Quadro 3.7: Orçamento das agências | 55 |
| Quadro 3.8: Quadro de funcionários das agências | 56 |
| Quadro 3.9: Número de funcionários das agências | 57 |
| Quadro 3.10: Instrumentos de transparência e participação nas agências | 57 |
| Quadro 3.11: Objetivos das agências | 59 |
| Quadro 3.12: Direitos concedidos pelas agências | 60 |
| Quadro 3.13: Articulação das agências | 62 |
| Quadro 3.14: Características principais de uma Agência Reguladora | 63 |
| Quadro 3.15: Antes de criar uma agência reguladora | 68 |
| Quadro 4.1: Regulação <i>versus</i> defesa da concorrência | 78 |
| Quadro 4.2: Possíveis configurações institucionais – Modelo 1 (Isenção Antitruste) | 79 |
| Quadro 4.3: Possíveis configurações institucionais – Modelo 2 (Competências Concorrentes) | 80 |
| Quadro 4.4: Possíveis configurações institucionais – Modelo 3 (Competências Complementares) | 80 |
| Quadro 4.5: Possíveis Configurações Institucionais – Modelo 4 (Regulação Antitruste) | 81 |
| Quadro 4.6: Possibilidades de escolha, economias de escopo e custos burocráticos de transação | 82 |
| Quadro 4.7: Agências são úteis diante de falha de mercado | 83 |



Apresentação

Uma arquitetura institucional adequada para as agências reguladoras é fundamental para o crescimento econômico. Sem regras claras e confiança, o investimento privado não se materializa.

A crise fiscal do Estado Brasileiro não permite indefinições. Sem instituições que garantam a segurança do investidor será difícil para o país enfrentar o seu déficit de infra-estrutura. É esta uma das principais motivações que estimularam o Conselho de Infra-estrutura da Confederação Nacional da Indústria a desenvolver um trabalho de avaliação da lei geral das agências reguladoras e a analisar as lições da experiência internacional.

Este trabalho contém lições e alertas. Investimentos de longo prazo requerem estabilidade de regras e confiança nas instituições reguladoras. Dispositivos que ameaçam a independência das agências e conferem incertezas sobre sistemas de decisão têm contrapartidas: a retração do investidor.

Gerar confiança no investidor e a garantia de transparência a todos os agentes, inclusive os consumidores, deve ser o principal objetivo da legislação das agências reguladoras. A CNI convida os empresários, os parlamentares, os membros do Executivo e a sociedade brasileiras a se dedicarem ao aperfeiçoamento do projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. Com a criação de agências independentes e tecnicamente capacitadas, o Brasil estará modernizando o Estado, estabelecendo um ambiente institucional seguro e criando condições favoráveis ao crescimento sustentável.

Armando Monteiro Neto
Presidente CNI

José de Freitas Mascarenhas
Presidente do Conselho de Infra-estrutura



Sumário Executivo

1. A criação de uma lei geral para as agências reguladoras é fundamental para o crescimento econômico sustentado na medida em que impõe regras claras e estimula o investimento privado. A proposta do Executivo para tal lei é analisada quanto à sua capacidade de estimular o investimento e a competitividade, bem como de aperfeiçoar o sistema de agências reguladoras.

2. A experiência internacional constitui marco referencial importante para o desenho do sistema nacional, especialmente quando se considera que a tradição de regulação independente no Brasil é embrionária. Assim, foram discutidos inicialmente aspectos enfatizados pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Banco Mundial em trabalhos produzidos a partir das experiências internacionais que analisam os diferentes marcos institucionais das agências reguladoras.

3. As avaliações internacionais sobre os Estados Unidos da América e a França destacam que o controle da discricionariedade das agências reguladoras é alcançado por meio da padronização e da transparência de seus procedimentos de formulação, implementação e alteração das regulações. As análises das práticas mais bem-sucedidas (*best-practices*) referentes à atuação das agências reguladoras indicam que sua atividade deve guiar-se pelos seguintes princípios: abertura e objetividade, justiça, não-discriminação, promoção de livre concorrência e garantia de um equilíbrio justo entre os interesses de consumidores, governo e agentes econômicos do setor regulado.

4. O sucesso das agências reguladoras está associado a:

- i. definição clara de sua jurisdição e independência;
- ii. transparência no processo de atuação, seus princípios e abordagens;
- iii. otimização do modelo regulatório, da capacidade e dos recursos limitados para a realização das atividades de regulação;
- iv. definição de uma estrutura das agências reguladoras competente, equilibrada, independente e orientada para a formulação de políticas;

- v. efetiva utilização de habilidades técnicas e administrativas para execução das tarefas; e
- vi. um conjunto claro e racional de políticas e procedimentos na formulação de decisões.

5. As principais características da atuação das agências reguladoras nos Estados Unidos da América (EUA) são a documentação do processo decisório, a fundamentação das decisões adotadas, a participação de setores da sociedade interessados no processo de formulação de decisões, a fiscalização pelo Congresso e a coordenação e orientação exercida pelo Poder Executivo, vinculativa para as agências dependentes e indicativa para as agências independentes, com ênfase na análise custo-benefício de cada regulação a ser adotada.

6. Na França, embora possa haver algumas variações, as agências que têm poderes regulatórios usualmente detêm competência jurídica para editar regras e fiscalizar o cumprimento de tais normas, aplicando sanções nas hipóteses de descumprimento. No entanto, o poder regulamentar está subordinado ao do Primeiro-Ministro, que o centraliza na França. Não obstante essa limitação, as agências influem de forma relevante no processo de regulação também por meio de sua participação consultiva no processo de elaboração de normas aplicáveis aos setores de atuação pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, em razão de sua capacitação e especialização técnica.

7. Em seguida, o trabalho descreve e analisa a criação e o funcionamento das agências reguladoras brasileiras, que ocorre a partir de meados da década de 1990, em meio ao processo de privatização e de redefinição dos contornos da atuação do Estado brasileiro. As agências reguladoras ocupam lugar de destaque hoje no governo e na sociedade, influenciando de maneira decisiva na atração de investimentos, na expansão da oferta e na melhoria de serviços e produtos regulados, bem como nos preços praticados nesses mercados. As agências reguladoras seguiram a forma jurídica de autarquia em regime especial, vinculadas administrativamente, mas não subordinadas hierarquicamente aos respectivos ministérios.

8. A criação das agências reguladoras como autarquias em regime especial foi importante para assegurar a sua independência financeira e gerencial, e a ausência de subordinação a um dado ministério, permitindo a independência política e decisória, conferindo às agências o *status* de órgão de Estado.

9. Entre os aspectos pertinentes ao funcionamento independente das agências, destacam-se os mandatos conferidos pela legislação aos seus dirigentes. A outorga de mandato aos dirigentes das agências contribui para que eles não sejam capturados pelo poder político e/ou econômico e busquem cumprir os objetivos previstos na legislação que criou a agência reguladora.

10. Além da independência funcional, a independência financeira tem papel fundamental, visto que a sua ausência subjugaria as agências à vontade do controlador do orçamento, que no caso brasileiro é fortemente influenciado pelo Poder Executivo. Deve-se mencionar ainda o controle que o Poder Legislativo pode exercer sobre a atuação das agências reguladoras por meio da aprovação do orçamento federal. Sem prejuízo do devido controle do uso dos recursos públicos, a autonomia financeira é imprescindível, especialmente em relação ao Poder Executivo, sob pena do total esvaziamento da atuação de determinada agência em razão de motivações políticas ou exclusivamente em resposta à pressão de *lobbies*.

11. É preciso analisar os instrumentos de transparência e de participação da sociedade nas agências reguladoras. Tais elementos conferem *accountability* às agências reguladoras e contribuem para a sua atuação eficaz, sobrepondo os diversos interesses conflitantes na busca do interesse público.

12. Apesar dos avanços ocorridos no sistema de regulação de infra-estrutura do país, persistem limitações que inibem o investimento e dificultam o crescimento da economia brasileira. Destacam-se a falta de regra definidora de competências, a ausência de *locus* de coordenação, a morosidade dos processos decisórios e a inexperiência do Poder Judiciário.

13. É oportuna a iniciativa do Executivo no sentido de harmonizar o funcionamento das agências por meio de uma lei geral que as discipline e crie um mecanismo específico dentro do Congresso Nacional para auxiliar na atividade de fiscalização.

14. Uma lei geral que discipline as agências reguladoras não deve engessar demasiadamente o seu funcionamento, nem tampouco eliminar os incentivos para que as agências reguladoras criem mecanismos adicionais de participação social e

transparência. Essa lei deve estabelecer procedimentos mínimos a serem observados pelas agências reguladoras, que poderão ser: (i) afastados em hipóteses específicas que justificadamente o tornem prescindíveis; e (ii) complementados por cada agência reguladora. Uma lei geral que discipline a atuação das agências reguladoras no Brasil deve conter os seguintes elementos:

- i. processo de indicação e nomeação dos dirigentes das agências reguladoras e outorga de mandatos, sendo específicas e estritas as hipóteses de destituição dos dirigentes;
- ii. duração do mandato dos dirigentes e impossibilidade de recondução;
- iii. quarentena dos diretores das agências reguladoras;
- iv. requisitos técnicos para exercer a função de dirigente das agências reguladoras;
- v. previsão da figura do procurador-geral;
- vi. obrigatoriedade de as agências reguladoras prepararem e divulgarem relatório anual;
- vii. criação de um órgão no Congresso encarregado da fiscalização das agências reguladoras;
- viii. estabelecimento de um procedimento para a adoção de regulação;
- ix. exigência de justificação das regulações adotadas pelas agências reguladoras;
- x. obrigatoriedade de análise custo-benefício;
- xi. exigência de realização de audiência pública pela agência em certos casos;
- xii. obrigatoriedade de transparência dos atos das agências reguladoras;
- xiii. obrigatoriedade de as agências reguladoras adotarem linguagem clara e direta;
- xiv. independência das decisões das agências reguladoras;
- xv. articulação das agências reguladoras;
- xvi. articulação das agências reguladoras com as autoridades de defesa da concorrência;
- xvii. simplificação das exigências feitas pelas agências;
- xviii. resolução dos óbices legais à estruturação de quadro de funcionários;
- xix. definição clara das competências das agências reguladoras;
- xx. fortalecimento dos poderes de investigação das agências;

- xxi. criação de uma *vacatio legis* de 30 dias para aplicação das regulações adotadas pelas agências;
- xxii. criação e divulgação de um banco de dados contendo o corpo de regulações das agências;
- xxiii. previsão de um mecanismo de disputa de controvérsias nas agências reguladoras;
- xxiv. capacitação do Poder Judiciário; e
- xxv. participação das agências reguladoras na formulação de políticas públicas.

15. As principais sugestões para alterações ao projeto de lei geral para as agências reguladoras são:

- i. **Substituição do contrato de gestão por mecanismo mais eficaz de fiscalização da atuação das agências reguladoras:** a fiscalização da atuação das agências reguladoras por meio do contrato de gestão pode permitir a ingerência política, prejudicando o predomínio técnico que deve guiar o trabalho das agências. A experiência internacional, especificamente a prática adotada nos Estados Unidos, sugere que a fiscalização da atuação das agências, sem prejuízo ao controle social, seja feita por comissão do Senado Federal, podendo ser utilizada a Comissão de Infra-Estrutura.
- ii. **Aperfeiçoamento da figura do ouvidor:** o ouvidor necessita de instrumentos que o permitam atuar com independência, como mandato e impossibilidade de recondução. Do mesmo modo, a função deve limitar-se ao papel de fiscalização do procedimento das agências reguladoras e não sobre o mérito das decisões adotadas.
- iii. **Manutenção do poder de realizar os processos de outorga no âmbito das agências reguladoras:** o processo de outorga de uma concessão divide-se em cinco fases: (i) elaboração do plano geral de outorgas; (ii) realização de estudos técnicos; (iii) elaboração do edital de licitação; (iv) realização da licitação e (v) edição de atos de outorga e assinatura do contrato. Podem ficar a cargo dos órgãos da administração direta as etapas (i) e (ii) aqui descritas, que envolvem o planejamento do setor. No entanto, a transferência do poder de realizar licitações para a outorga de concessões nos setores regulados para os ministérios reflete retrocesso em diversos planos.

Do ponto de vista da estruturação da máquina do governo federal, representa necessidade de duplicação de esforços, pois os ministérios terão de preparar novos quadros para realizar essa tarefa. Além disso, haverá conflito de interesses em segmentos como os de Minas e Energia em virtude da presença de grandes estatais vinculadas ao ministério que doravante passa a conceder outorgas. Por fim, é razoável supor que a medida seja mal recebida pelos investidores uma vez que permite maior influência política em decisões que deveriam seguir critérios estritamente técnicos. Ressalve-se que em segmentos nos quais a lei já prevê que o poder concedente seja do ministério, como é o caso da lei dos portos (Lei nº 8.630), não haveria razão para alteração.

- iv. **Defesa da autonomia financeira das agências reguladoras:** é importante que a lei que regula a atuação das agências reguladoras assegure a sua autonomia financeira, sem a qual a independência técnica das agências ficará prejudicada.
- v. **Criação de mecanismo claro e previsível para aprovação pelas agências reguladoras da transferência de concessões, permissões e autorizações:** a transferência de uma concessão depende de aprovação da agência reguladora encarregada de regular determinado setor. Para estimular a concessão de crédito aos entes regulados, é imprescindível que esse processo seja claro e previsível, respeitando-se as exigências técnicas necessárias para a prestação de serviço ou para a oferta de um produto de qualidade.
- vi. **Exigência de análise custo-benefício para as normas a serem adotadas pelas agências reguladoras:** é importante que a atividade das agências reguladoras não signifique um ônus demasiado, tanto para o setor público como para o setor privado, sem benefício que o justifique. Nesse sentido, a lei deve exigir que a adoção de novas normas pelas agências reguladoras seja precedida de uma análise quantitativa que contenha os custos públicos e privados da adoção e que preveja o cumprimento da norma proposta e os seus benefícios. Essa análise deve também expressar a razão pela qual outras formas de regulação, que não a regulação direta, não foram consideradas.
- vii. **Criação de varas e câmaras especializadas em matérias regulatórias:** em razão da importância social, dinamismo e profundidade técnica das questões relacionadas à atuação das agências reguladoras, é necessário que a lei crie varas e câmaras especiais para a apreciação no Poder Judiciário das decisões das agências reguladoras. O respeito ao tempo econômico e o aparelhamento técnico são essenciais para o bom funcionamento desses juízos especiais.

Quadro: Resumo de Avaliação do Projeto da Lei Geral de Agências Reguladoras

I – Independência

| Itens relevantes | Projeto substitutivo | Ações requeridas |
|---------------------------------------|----------------------|---|
| Indicação dos dirigentes | ★★★★★ | |
| Duração do mandato | ★★★ | Ampliar mandato para cinco anos |
| Quarentena | ★★★★ | |
| Requisitos técnicos | ★★★★ | |
| Procurador-geral | ★★★ | Também criar mandato |
| Independência das decisões | ★★★★ | |
| Escopo das decisões: poder concedente | ★ | Eliminar alterações das legislações específicas que retiram poder concedente das agências |

★★★★★ Ótima ★★★★ Boa ★★★ Regular ★★ Deficiente ★ Péssima

II – Controle Externo

| Itens relevantes | Projeto substitutivo | Ações requeridas |
|--|----------------------|--|
| Relatório anual | ★★★★★ | |
| Fiscalização das agências pelo Congresso | ★★★★ | Suprimir menção ao Tribunal de Contas da União |
| Fiscalização pelo Executivo | ★★ | Eliminar a obrigatoriedade do contrato de gestão |
| Transparência das agências | ★★★★ | |
| Análise custo-benefício | ★★ | Instituir análise de custo-benefício para novas normas adotadas pelas agências |
| Audiência e consulta pública | ★★★★★ | |
| Ouvidor | ★★ | Limitar a participação do ouvidor, transformando-o em genuíno <i>ombudsman</i> |

★★★★★ Ótima ★★★★ Boa ★★★ Regular ★★ Deficiente ★ Péssima

III – Articulação com outras políticas públicas

| Itens relevantes | Projeto substitutivo | Ações requeridas |
|--|----------------------|--|
| Articulação com outras agências | ★ | Definir formas de interação com outras áreas de política pública. Delimitar as diferenças entre política regulatória e política de fomento e estabelecer as formas de articulação necessárias para implantação sem choques de ambas. |
| Articulação com defesa da concorrência | ★★★★★ | Necessário reformar a lei de defesa da concorrência |
| Articulação com agências de fomento | ★ | |
| Articulação com a defesa do consumidor | ★★★★★ | |

★★★★★★ Ótima ★★★★★ Boa ★★★ Regular ★★ Deficiente ★ Péssima

IV – Outras questões

| Itens relevantes | Projeto substitutivo | Ações requeridas |
|----------------------------------|----------------------|--|
| Capacitação do Judiciário | ★ | Criação de varas e câmaras especializadas para assuntos regulatórios |
| Definições gerais sobre agências | ★ | É preciso estabelecer uma definição daquilo que é agência reguladora |

★★★★★★ Ótima ★★★★★ Boa ★★★ Regular ★★ Deficiente ★ Péssima



1. Introdução

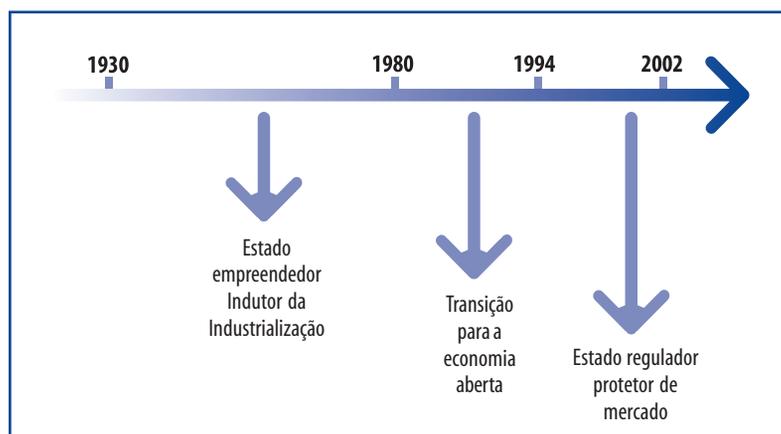
Este trabalho tem dois objetivos principais:

- i) avaliar a proposta do Executivo de lei geral das agências reguladoras, analisando sua capacidade de estimular o funcionamento do mercado privado mediante política adequada de tarifas, investimentos e regras estáveis; e
- ii) sugerir medidas de aperfeiçoamento para o sistema de agências reguladoras.

A constituição de um novo marco regulatório é um dos temas centrais da agenda de reforma no Estado no Brasil e em várias economias emergentes. Durante muitas décadas, o Estado brasileiro teve papel de participação direta na produção de bens e serviços e de indução do processo de industrialização.

O papel de Estado empreendedor é mais claro entre as décadas de 1930 e 1980, embora o esgotamento do modelo de substituição de importações já se manifestasse desde meados dos anos 1970. No entanto, é a partir da década de 1990 que ocorre uma mudança sensível, aumentando a importância do papel regulador do Estado relativamente à sua presença na esfera da produção de bens e serviços.¹

Quadro 1.1: Do Estado empreendedor ao Estado regulador



¹ Como seria previsível em uma economia diversificada e complexa como a brasileira, esse processo é parcial. Em segmentos importantes como o financeiro e a cadeia de petróleo, o Estado mantém posição proeminente.

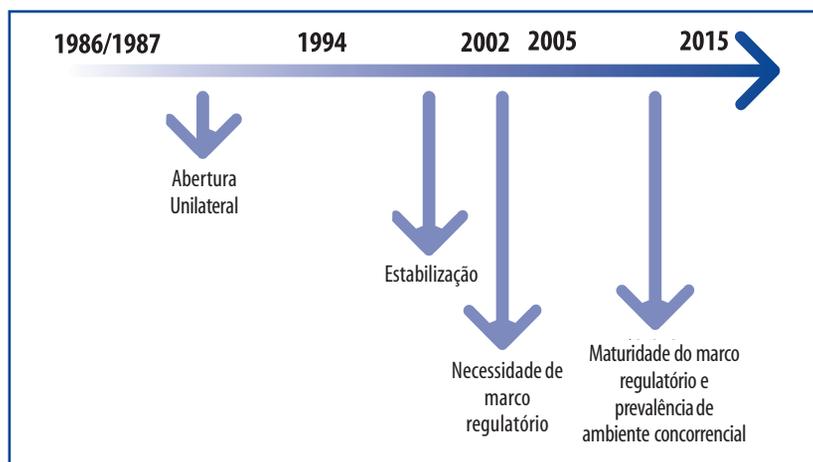
Note-se que esse processo deverá continuar nas próximas décadas, com a maior integração do Brasil na economia mundial. A definição de um marco regulatório estável constitui um dos quesitos para o aprofundamento das negociações no âmbito da Organização Mundial do Comércio, da Área de Livre Comércio das Américas e do próprio Mercado Comum do Sul. Da mesma forma, a qualidade da regulação constitui um dos principais fatores determinantes do investimento privado estrangeiro ou nacional.

A Lei Federal nº 8.031/1990² – Programa Nacional de Desestatização – representou marco na redução da intervenção direta do Estado brasileiro na economia. Essa primeira fase de transformação foi caracterizada somente pela privatização de empresas públicas atuantes em mercados que não requerem o estabelecimento de um marco regulatório específico, como os setores siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes.

O Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, começou o processo que resultou na construção do Estado regulador e promoveu a redução do Estado interventor no domínio econômico. O seguinte trecho do referido plano é ilustrativo:

O grande desafio histórico que o País se dispõe a enfrentar é o de articular um novo modelo de desenvolvimento que possa trazer para o conjunto da sociedade brasileira a perspectiva de um futuro melhor. Um dos aspectos centrais desse esforço é o **fortalecimento do Estado para que sejam eficazes suas ações reguladoras, no quadro de uma economia de mercado**, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar (grifo nosso).

Quadro 1.2 – Abertura e novo marco regulatório



²Editada em 12 de abril de 1990.

Esse movimento foi acompanhado da privatização, como ocorreu nos setores de telefonia e transporte ferroviário; privatização parcial, como em energia; ou somente permissão para o ingresso de entes privados sem a privatização da empresa estatal, como no caso do petróleo. Em mercados como o de transportes rodoviários e aéreos, nos quais já não se presenciava a participação direta estatal, o movimento ocorreu no sentido de permitir o ingresso de novos competidores, introduzindo ou fortalecendo a concorrência.

As agências reguladoras, criadas a partir da segunda metade da década passada³ em meio ao processo de privatização e de redefinição dos contornos da atuação do Estado brasileiro, ganharam importância e influência na atração de investimentos, na expansão da oferta e melhoria de serviços e produtos regulados e nos preços praticados nesses mercados.

O sistema de regulação de infra-estrutura avançou no país nos últimos anos. No entanto, várias limitações inibem o investimento, constituindo entrave ao crescimento da economia:

- i. falta de regra definidora de competências dos reguladores setoriais;
- ii. ausência de *locus* de coordenação;
- iii. morosidade dos processos decisórios; e
- iv. inexperiência no Poder Judiciário.

O presente trabalho está organizado da seguinte forma. O capítulo 2 apresenta aspectos relevantes da experiência internacional, descrevendo a criação das agências reguladoras nos Estados Unidos, e a sua evolução histórica. Adicionalmente, discutem-se pontos enfatizados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Banco Mundial, bem como pelas agências reguladoras dos Estados Unidos e pelas Autoridades Administrativas Independentes (AAIs) – na França, tendo em vista a forte influência do direito administrativo francês sobre o brasileiro.

O capítulo 3 analisa a criação e o funcionamento das agências reguladoras no Brasil e formula propostas de aperfeiçoamento da atuação desses órgãos, que passam pela aprovação de legislação geral que discipline a harmonize a atuação das agências.

³ Anteriormente a este período foram criados órgãos no Estado Brasileiro com caráter regulador, como o Banco Central e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, mas que não apresentavam as características, que serão descritas neste trabalho, encontradas nas agências reguladoras criadas na segunda metade da década de 90 no Brasil.

O capítulo 4 formula críticas aos principais pontos do projeto de lei que visam disciplinar a atuação das agências reguladoras, preparados por grupo de trabalho criado no Poder Executivo. Por fim, elabora-se uma proposta de reforma da legislação referente à atuação das agências reguladoras que contemple: maior coordenação e integração de agências de setores interdependentes; delimitação clara de competências de cada agência; dotação de recursos humanos e materiais; ação conjunta com órgãos de defesa da concorrência de forma a coibir abusos de poder de mercado; fortalecimento da defesa do consumidor; transparência e previsibilidade jurídica na atuação das agências e eficiência na atuação das agências; e preocupação com os custos sociais das regras adotadas.

As propostas de alteração no projeto de lei enviado pelo Executivo encontram-se anexas em quadro especial.



2. Aspectos Relevantes da Experiência Internacional

Os governos modernos exercem grande variedade de funções: regulam comportamentos privados, tributam indivíduos e pessoas jurídicas, estabelecem regimes de aposentadoria, desenvolvem programas assistenciais e de distribuição direta de renda e, ainda, em alguns países, ofertam produtos e serviços. Contudo, a tendência mundial, que se fortificou com a derrubada do muro de Berlim e o fim dos Estados socialistas do Leste Europeu, é de um governo predominantemente regulador, que reduza ao máximo a sua intervenção direta na economia, representada por empresas públicas.

A substituição do investimento público pelo investimento privado em setores altamente intensivos em capital, como as áreas de infra-estrutura, que exigem longos prazos de maturação de investimento, requer regras claras e estáveis, que justifiquem o ingresso de agentes privados.

Uma forma de regular a atuação de agentes econômicos em setores de importância para o Estado é por meio de contratos de concessão, que delegam autorização para determinada(s) empresa(s) atuar(em) em um dado mercado e estabelecem os termos básicos para essa atuação.

No entanto, a complexidade da atividade econômica moderna, o incessante desenvolvimento de novas tecnologias e a importância de assegurar a sua introdução nos mercados, bem como a necessidade de garantir a concorrência e a oscilação constante das variáveis que determinam a política de preços são alguns dos fatores que tornam necessário que a regulação da atuação dos agentes econômicos não ocorra somente de forma estática, por meio da execução de contrato de concessão, mas também de forma dinâmica, por meio de ente governamental que se encarregue continuamente da edição das regras que disciplinam a atuação dos agentes econômicos nos setores regulados e sua fiscalização.⁴

⁴ Entre essas funções que precisam ser exercidas, e que vão além da celebração do contrato de concessão, incluem-se avaliar as ofertas feitas pelos agentes econômicos para obter a concessão para oferecer o serviço ou produto: calcular os índices de correção dos preços praticados pelos agentes *vis-à-vis* os custos do setor, os índices inflacionários e os ganhos de eficiência; e monitorar o comportamento dos agentes econômicos assegurando obediência à política de preços, às regras referentes à qualidade do serviço ou produto e às demais obrigações estabelecidas pelo contrato de concessão e pela regulação do setor, bem como decidir acerca da aplicação de sanções em caso de descumprimento.

Nesse contexto de atração de investimentos privados para setores de importância para o desenvolvimento econômico de um país, nos quais geralmente estão presentes falhas de mercado como monopólios naturais, assimetria de informações e existência de externalidades e bens públicos, foram criadas as agências reguladoras, encarregadas de aplicar e regulamentar as regras legais, segundo as quais se deve pautar a atuação dos agentes econômicos presentes nos mercados regulados.

A regulação pode ser definida como a imposição de regras que disciplinam a atuação dos agentes econômicos em um dado mercado. E as agências reguladoras podem ser definidas como instituições dotadas do poder de formular regras que disciplinam a conduta dos agentes econômicos,⁵ com vistas a aperfeiçoar o desempenho do setor regulado, contribuindo para o desenvolvimento do país.⁶

As agências reguladoras disciplinam o comportamento dos agentes econômicos em um primeiro momento por meio da edição de normas gerais (regulação) e, em um segundo momento, pela aplicação dessas normas a casos concretos, em que é julgada a conduta de um determinado agente ou de um grupo determinado de agentes econômicos (adjudicação).

É por essa razão que se costuma dizer que as agências reguladoras exercem uma função *quasi* legislativa e uma função *quasi* judiciária, o que leva às críticas daqueles que acreditam serem essas prerrogativas exclusivas, respectivamente, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Parece, contudo, superada a fase em que se discutia com veemência no Brasil a legalidade das agências reguladoras. Tais agências são uma realidade da administração pública brasileira, como de resto ocorre na maioria dos países ao redor do mundo e, no Brasil, regulam os mercados de telecomunicações, energia, petróleo e gás, transportes, medicamentos e planos de saúde.⁷

Em razão das especificidades do mercado a ser regulado e do momento em que é criada, é comum que cada agência reguladora apresente peculiaridades no que diz respeito

⁵ As agências reguladoras são definidas nos Estados Unidos, nos termos da *Executive Order* nº12.866, como autoridades governamentais, que não um juiz ou tribunal ou órgão legislativo, com o poder de formular e implementar normas.

⁶ Entre as funções exercidas pelas agências reguladoras nos diferentes países, encontram-se fortalecer o sistema de saúde, proteger o meio ambiente, promover o cumprimento dos requisitos de segurança, assegurar um sistema financeiro sólido, assegurar a livre concorrência, garantir a qualidade de produtos e serviços e controlar os preços de produtos e serviços.

⁷ Apesar da nomenclatura, a Ancine não deve ser considerada uma agência reguladora objeto da presente análise, uma vez que se destina somente ao fomento do mercado de cinemas, setor que de resto não apresenta as justificativas aqui descritas para a constituição de uma agência reguladora e edição de um marco regulatório.

ao seu tamanho, estrutura, funções, orçamento e outros componentes importantes, que são definidos na legislação que a institui.

Entretanto, a existência de características que devem nortear a atuação de todas as agências reguladoras, independentemente do mercado regulado, bem como a necessidade de coordenar e harmonizar a sua atuação e o seu relacionamento com as autoridades de defesa da concorrência, além da importância de se garantir mecanismos de controle social, recomendam a criação de um marco legal que discipline a atuação de todas as agências reguladoras.⁸

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não almeja ser o diploma legal que disciplina e harmoniza a atuação das agências reguladoras, pois se limita a estabelecer regras específicas para o trâmite de processos administrativos.

Antes de passar à análise da experiência estrangeira, empreendida no capítulo 4, é preciso ter em mente que alguns países, como os Estados Unidos, usam o termo “agência” para denominar tanto as agências dependentes equivalentes aos órgãos da Administração Direta Brasileira como as agências independentes equivalentes às agências reguladoras brasileiras. Embora adotem a mesma terminologia, os Estados Unidos, cuja experiência, tanto histórica como atual, será apresentada, reservam tratamento distinto para esses dois tipos diferentes de organismos.

O próximo capítulo destaca o histórico da criação e desenvolvimento das agências reguladoras, que ocorreu nos Estados Unidos; e o seguinte retrata a experiência internacional nos dias de hoje, incluindo lições da OCDE e do Banco Mundial.

2.1 Breve histórico da criação e do desenvolvimento das agências reguladoras nos EUA⁹

A criação e o desenvolvimento das agências reguladoras nos Estados Unidos constituem processo de interesse para países em desenvolvimento como o Brasil, os quais têm se inspirado no desenho institucional daquele país.

⁸ Um exemplo nesse sentido é o *Administrative Procedure Act*, editado nos Estados Unidos em 1946 e a seguir detalhado.

⁹ Este capítulo foi baseado em Breyer e Stewart (1993).

O primeiro passo para o desenvolvimento da regulação nos EUA ocorreu no fim do século XIX. Em contraste com a experiência brasileira, na qual o governo federal teve papel pioneiro, o processo iniciou-se nos estados¹⁰ e desenvolveu-se para o plano federal, culminando com a criação em 1887 da *Interstate Commerce Commission*, primeiro ente administrativo destinado exclusivamente a esse fim.

Embora haja controvérsia acerca das motivações políticas específicas que induziram à criação da *Interstate Commerce Commission*, do ponto de vista normativo, a idéia geral que norteou a constituição de inúmeras agências reguladoras ao longo do século seguinte nos Estados Unidos foi a de remediar falhas de mercado e, em particular, o abuso de poder de mercado detido por alguns agentes econômicos. Em reforço a essa preocupação e na esteira do *Sherman Act* de 1890, em 1914 foi criada a *Federal Trade Commission* com o objetivo de combater práticas desleais de concorrência.¹¹

A atuação dessas agências reguladoras recém-criadas levou empresas insatisfeitas a questionarem seu poder e desempenho junto ao Poder Judiciário, e foi exatamente a apreciação dessas questões por aquele Poder que definiu os contornos da atividade das agências reguladoras nos Estados Unidos e sua interação com os demais poderes, bem como estimulou, posteriormente, a adoção de legislação federal acerca do tema. Esse fator disciplinou e, em certa medida, harmonizou a atuação desses organismos.

Nesse período inicial de criação das agências reguladoras e questionamento de sua competência junto aos Tribunais, o Poder Judiciário impôs às agências reguladoras a observação de quatro princípios:

- a imposição de penalidades pela agência somente poderia ocorrer quando autorizada pela legislação que a criou;
- o processo de decisão da agência deveria estar de acordo com as diretrizes estabelecidas pela legislação que a criou;
- a revisão judicial dos atos da agência poderia ser invocada a fim de assegurar a adoção pela agência de um processo de decisão imparcial, correto e em conformidade com as diretrizes legais; e
- os procedimentos adotados no processo de decisão da agência deveriam facilitar o exercício da revisão judicial (por meio da realização de um processo escrito, apresentação das razões que motivaram a decisão e conclusões legais que ampararam as suas ações).

¹⁰O poder dos Estados de regular a atividade econômica foi confirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1876, no julgamento do caso *Munn v. Illinois*.

¹¹A *Federal Power Commission* foi criada em 1920 e a *Federal Radio Commission* (precursora da *Federal Communications Commission*) foi criada em 1929.

No entanto, a visão tradicional do Poder Judiciário e a sua desconfiança em relação a esses entes independentes fizeram que esse Poder interpretasse, paulatinamente, de forma bastante restritiva os poderes concedidos às agências pelas leis que as criaram, reduzindo-as basicamente à função de investigação, na medida em que o Judiciário passou a realizar, em grande número de casos, a revisão das decisões adotadas pelas agências.

O advento do *New Deal*, em resposta à profunda crise econômica de 1929, expandiu a intervenção do Estado Americano na economia, sendo esta acompanhada do crescimento do número de agências reguladoras,¹² amparado na crença de que o mercado desregulamentado produziria repetidas crises econômicas como a de 1929.

Embora a criação da agência mais ambiciosa do governo Roosevelt, a *National Recovery Administration*, tenha sido considerada inconstitucional, o poder das agências cresceu nesse período,¹³ sendo constitucionalmente fundamentado na competência do Congresso para legislar sobre o comércio.¹⁴

Essa expansão da atividade reguladora, por meio da criação de novas agências e fortalecimento de seus poderes, continuou a provocar reações contrárias, especialmente por parte dos agentes econômicos e da ordem dos advogados. A maior parte das críticas dizia respeito à concentração, em único órgão, dos poderes de acusar e julgar (*prosecutorial and adjudicatory functions*).

No entanto, as agências resistiram aos ataques, fortalecidas pela idéia dominante à época de que o bom funcionamento da economia dependia da intervenção por parte do Estado, exercida por meio de entes especializados no assunto, dotados de amplos poderes e discricionariedade técnica.

Assim, os mecanismos de estrito controle judicial da atuação das agências foram amenizados em prol da confiança em sua especialidade técnica, que asseguraria a justiça e a eficiência de suas decisões.

¹² Foram criadas, dentre outras agências, a *Securities and Exchange Commission* e o *Civil Aeronautics Board*.

¹³ O *National Labor Relations Board* foi autorizado a encorajar a formação de sindicatos.

¹⁴ A Constituição Americana confere ao Congresso a prerrogativa de regular o comércio em sua seção 8, cláusula 3 ("to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes").

O terceiro período da história das agências reguladoras nos Estados Unidos tem como marco a aprovação de uma espécie de lei geral das agências, o *Administrative Procedure Act (APA)*. À medida que foram sendo superados os efeitos da crise de 1929, e em razão dos amplos poderes e discricionariedade que estavam se concentrando nas agências, tomou corpo o movimento para a aprovação de legislação que harmonizasse e delimitasse a atuação desses organismos.

Após vetar o *Walter-Logan Bill*, que imporria um procedimento padrão na atuação das agências e estipularia uma revisão judicial mais ampla de suas ações, o então Presidente Roosevelt determinou a criação de um comitê dentro do governo para estudar o assunto, resultando na aprovação em 1946 do APA.

O APA definiu os contornos da atuação das agências, promovendo harmonização e assegurando maior transparência e participação da sociedade no seu processo decisório. Um dos deveres conferidos às agências foi o de disponibilizar ao público os documentos utilizados no seu processo decisório. Além disso, o APA distinguiu as duas formas de atuação das agências, o processo de elaboração da regulação (*rulemaking*) e o processo de julgamento de casos específicos, envolvendo a aplicação da regulação (*adjudication*).

No que se refere ao processo de elaboração da regulação, o APA estipulou que as agências deveriam publicar no Diário Oficial daquele país as propostas de regulação a serem adotadas, dando a oportunidade para as partes interessadas apresentarem comentários orais ou escritos a essas propostas. E, nos casos em que a lei que criou a agência determinava a realização de decisões “*on the record after opportunity for agency hearing*” (nos autos com a realização de audiência), o APA determinou a realização de audiência aberta à participação do público, garantindo contraditório semelhante ao processo judicial.

Nas hipóteses de julgamento de casos concretos pelas agências, quando a lei que criou a agência estipulava que a decisão deveria ser “*on the record after opportunity for agency hearing*” (nos autos com a realização de audiência), o APA determinou a realização de processo semelhante ao processo judicial, conduzido por julgadores independentes – hoje denominados *administrative law judges* (juizes de direito administrativo), nos quais cabe sempre apelação à direção da agência.

O APA também determinou a separação das funções de investigar e processar (*prosecution*) das funções de julgar (*decision-maker*), buscando assegurar a imparcialidade do julgador, princípio consagrado pelos ordenamentos jurídicos modernos.

No que se refere à revisão judicial das decisões das agências, o APA determinou que o Poder Judiciário deveria avaliar se a agência estava atuando de acordo com o mandato legal e se a ação da agência era arbitrária, por mero capricho ou se caracterizava abuso de discricionariedade (*arbitrary, capricious or an abuse of discretion*), hipóteses nas quais deveria ser revertida pelos tribunais. Nas hipóteses de processos em que o APA fazia exigências de procedimentos semelhantes ao processo judicial (decisão “*on the record after opportunity for agency hearing*”), o Poder Judiciário deveria também verificar se os fatos levados em consideração pela agência para adotar a decisão *in questio* – tanto de elaboração de uma regulação como de julgamento de um caso concreto – haviam sido baseados em evidência substantiva (*substantial evidence*) contida nos autos do processo.

Nos vinte anos que sucederam a aprovação do APA, presenciou-se uma acomodação cooperativa entre os tribunais e as agências. Apesar da existência de críticas pontuais pelos juízes, não havia ataques frontais à existência das agências. Predominava a idéia de que eram necessários apenas ajustes marginais no funcionamento das agências, que iriam contribuir para uma maior eficiência em seu desempenho.

Entre esses ajustes, destacavam-se a necessidade de maior controle presidencial sobre as agências independentes, maior uso de princípios de eficiência administrativa, formulação de políticas mais claras e consistentes pelas agências, redução dos altos custos e longa duração dos procedimentos administrativos e eliminação da opacidade na forma de influência dos agentes regulados sobre as decisões das agências.

A partir de 1965, no entanto, começaram a erodir a confiança popular na atuação das agências e o espírito de cooperação que havia prevalecido entre estas e o Poder Judiciário. A atuação das agências começou a ser questionada em vários aspectos, e os tribunais começaram a impor controles mais amplos e rígidos sobre suas atividades.

As críticas referiam-se à captura das agências pelas empresas reguladas, fazendo que as agências deixassem de agir na proteção dos consumidores e do interesse público. Os críticos clamavam por maior participação do público no processo decisório das agências, maior participação de defensores dos interesses dos consumidores, do meio ambiente e de outros direitos coletivos, pelo estabelecimento de um processo de decisão mais formal e documentado, e maior escrutínio pelo Congresso das políticas adotadas.

Essas observações foram em grande medida incorporadas ao marco institucional atual que permeia a atuação das agências reguladoras nos Estados Unidos, que será

aprofundado no capítulo seguinte, embora talvez ainda não tenham sido suficientemente adotadas por outros países que se espelharam no modelo americano das agências reguladoras.

Este breve relato histórico da criação e do desenvolvimento das agências reguladoras ajuda a entender algumas das dificuldades que permearam a sua atuação e afirmação, bem como apresenta alguns dispositivos úteis na superação, ou pelo menos atenuação, dos principais problemas enfrentados.

Destaque-se, nesse sentido, *a importância da adoção de uma lei geral disciplinando e harmonizando a atuação das agências reguladoras*, como fizeram os Estados Unidos por meio do *Administrative Procedure Act*, aprovado em 1946.

Note-se também que, ao contrário daquilo que se argumenta com frequência, a intervenção do Poder Judiciário, procedendo à revisão das decisões das agências reguladoras, é normal. Entretanto, *o envolvimento do Poder Judiciário acentua, no caso brasileiro, a urgência de uma reforma desse Poder, conferindo-lhe mais agilidade e eficiência, sob pena de retirar a eficácia do marco regulatório instituído.*

No próximo capítulo, serão apresentadas as lições da OCDE e do Banco Mundial acerca da atuação das agências reguladoras e a experiência desses institutos nos dias de hoje tanto nos Estados Unidos como na França.

2.2. Experiências internacionais

Em razão da importância da atuação das agências reguladoras para a consecução dos objetivos visados pelas reformas econômicas estruturais empreendidas ao longo dos anos 1990 nas economias de países desenvolvidos e em desenvolvimento, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial produziram uma série de documentos que analisam o marco institucional referente às agências reguladoras, compilando lições que podem ser incorporadas por países, sem que se deixe de considerar as peculiaridades nacionais.

Cumprir notar que o trabalho dessas instituições, especialmente o trabalho do Banco Mundial, tem por base não só as experiências de países desenvolvidos como também de

países em desenvolvimento. A seguir serão apresentadas as principais lições apresentadas por essas instituições e, em seguida, descritas as experiências atuais das agências reguladoras nos Estados Unidos e na França.

2.2.1 Recomendações da OCDE¹⁵

A OCDE divide a regulação em três categorias, conforme o quadro a seguir:

Quadro 2.1: Categorias de regulação segundo a OCDE

| | |
|---------------------------------|---|
| Regulação econômica | Intervenção direta nas decisões de mercado, tais como preço, concorrência, condições de entrada e saída do mercado. |
| Regulação social | Proteção dos interesses públicos como saúde, segurança, meio ambiente e coesão social. |
| Regulação administrativa | Exigência de formulários e outros documentos necessários e formalidades administrativas, por meio das quais governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais. |

A OCDE adota o termo “reforma regulatória” (*regulatory reform*) exatamente para se referir às mudanças que melhoram a qualidade da regulação, ou seja, aperfeiçoam a sua execução, a relação entre seu custo e efetividade ou, ainda, a sua qualidade e adequação legal.

A primeira preocupação da OCDE, ao tratar dos requisitos necessários para o bom funcionamento do marco institucional regulatório, refere-se ao suporte político. Demonstra a Organização que o bom funcionamento de agências reguladoras requer liderança política sustentada e consistente, que reafirme continuamente o objetivo do Estado de fortalecer a atuação das agências reguladoras e o marco regulatório estabelecido.

É importante que as agências reguladoras possam focar suas energias no alcance de sua missão, qual seja, o estabelecimento e a fiscalização de um marco regulatório eficiente, sem que seja necessário, nesse processo, desperdiçar recursos humanos e materiais na defesa e na justificação de sua existência. Devem o Poder Executivo e o Poder Legislativo angariar suporte popular durante o processo de criação das agências e durante a sua atuação, especialmente no momento inicial.

¹⁵ As recomendações da OCDE foram extraídas de relatórios contidos no site dessa entidade, com destaque para o trabalho do *Ad Hoc Advisory Group on Regulatory Reform: The OECD Report on Regulatory Reform, 1997; The OECD Report on Government Capacity to Assure High Quality Regulation, 1999; Apec Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform – resultado da Apec-OECD Cooperative Initiative on Regulatory Reform, 2001-2002.*

Além disso, a afirmação e a apresentação clara dos objetivos da política regulatória e de sua integridade criam um aparato que permite a melhor fiscalização dos diretores das agências, facilita a coordenação entre as diversas agências e, ao tornar os objetivos transparentes, aumenta a credibilidade do governo junto ao público, acelerando a obtenção de resultados.

É preciso que a reforma regulatória, preconizada pela OCDE, ataque as causas de aumento da indisposição dos agentes privados em cumprir a regulação, que podem ser assim descritas:

- cumprimento do marco regulatório é muito dispendioso;
- existem regulações em excesso (regulações sem razoabilidade e imposição de normas em situações totalmente desnecessárias);
- excesso de regulação direta;¹⁶
- regulação sem efetividade ou que falha em considerar suficientemente argumentos formulados pelos entes regulados;
- falhas de monitoramento e de *enforcement*;
- injustiça nos procedimentos adotados pela agência;
- insuficiente grau de conhecimento e compreensão da regulação pelo público-alvo;
- baixo grau de intenção do público-alvo de cumprir a regulação – em razão de desrespeito aos incentivos econômicos, institucionais e culturais, ou ausência de atitudes positivas decorrentes do senso de cidadania e aceitação dos objetivos de política pública; e
- colapso da crença na atuação das agências.

O combate ao não-cumprimento da regulação depende então, em primeiro lugar, do entendimento pela agência reguladora das falhas existentes naquele mercado, das atividades das empresas reguladas, das necessidades dos consumidores e dos demais interesses públicos que devem ser buscados, e da utilização dessas informações na configuração do marco regulatório.

A participação da sociedade no processo de formulação da regulação:

- insere no processo de preparação da norma diferentes experiências e perspectivas e facilita o alcance de ações alternativas mais eficazes;

¹⁶ Constatou a OCDE que a regulação direta, ou seja, aquela que dita de forma direta a conduta dos agentes e, uma vez não cumprida, enseja a aplicação de sanções, tem sido tradicionalmente a primeira opção dos reguladores. No entanto, tendo em vista a característica coercitiva desse mecanismo, o seu índice de cumprimento tende a ser menor que o desejado, o que levou a OCDE a propor que as agências reguladoras contemplem alternativas à regulação direta tradicional, buscando encorajar o comportamento almejado dos agentes e não desencorajar o comportamento indesejado.

- ajuda os reguladores a manter certo equilíbrio entre interesses opostos;
- identifica efeitos indesejados da regulação e problemas práticos de sua implementação e cumprimento anteriormente à sua adoção;
- promove um teste de qualidade na avaliação feita pelas agências dos custos e benefícios decorrentes da promulgação de uma dada regulação; e
- facilita a interação entre as agências reguladoras.

É também importante que, sempre que isso não entre em contradição frontal com outros interesses públicos, a regulação se alinhe aos incentivos econômicos dos agentes regulados. O cumprimento do marco regulatório pelos agentes econômicos será dificultado em grande medida quando ele se chocar com os incentivos institucionais, econômicos e culturais dos agentes regulados. E, quando algum interesse público justificar essa situação, é preciso que esta e suas razões sejam claras e transparentes.

Ainda conforme a OCDE, uma agência reguladora deve buscar:

- impor um ônus aos agentes regulados proporcional à magnitude do problema;
- criar regimes de *enforcement* que tenham um custo razoável (*cost effective*) vis-à-vis sua eficiência (*cost efficient*);
- estimular a concorrência (exceto quando um benefício claro, que possa ser demonstrado, puder ser alcançado com a restrição da concorrência, e desde que seja mínima e temporária);
- permitir a liberdade de escolha dos consumidores;
- ser suficientemente flexível para antecipar mudanças tecnológicas e respeitar as mudanças de comportamento dos agentes regulados e da sociedade de modo geral; e
- limitar-se ao que é necessário e consistente com o interesse público.

Isso posto, o desafio na elaboração de uma legislação que discipline a atuação das agências reguladoras passa também pelo processo de seleção e consolidação de procedimentos que possam assegurar as práticas mencionadas anteriormente sem engessar as agências.

Uma das medidas concretas que a OCDE recomenda é que as agências reguladoras reduzam o excesso de licenças e autorizações exigidas dos agentes econômicos atuantes em um dado mercado. Agindo-se dessa maneira, são reduzidas as barreiras à entrada nos diversos mercados, bem como os custos da atividade econômica, gerando-se a concorrência e todos os conhecidos benefícios que dela decorrem (diversidade da oferta, melhoria da qualidade dos produtos e serviços ofertados e redução dos preços). Essa medida é ainda mais relevante uma vez que os efeitos maléficis decorrentes do alto número de licenças e autorizações exigidas são sentidos com maior extensão pelas micro e pequenas empresas, grandes empregadoras e peças-chave para o desenvolvimento.

A Organização afirma, ainda, que a legislação que define a atuação das agências reguladoras deve determinar que a atividade regulatória das agências deve ser transparente e não discriminatória. A transparência encoraja a adoção de um melhor conjunto de normas pelas agências, ajuda a reduzir o impacto das regulações promulgadas e evita a adoção de decisões arbitrárias. Além disso, melhora o seu gerenciamento reduzindo os custos das agências reguladoras – na medida em que facilita a implementação e o cumprimento da regulação, uma vez que a compreensão das razões para a adoção da regulação e de seus efeitos estimula os agentes a cumpri-las de forma espontânea.

A clareza regulatória também tem função importante na medida em que a edição de normas claras e de fácil compreensão evita conflitos longos e custosos acerca dos reais objetivos da norma, facilitando a sua correta aplicação.

Conclui a OCDE destacando que *o controle da discricionariedade das agências reguladoras é alcançado por meio da padronização e da transparência de seus procedimentos de formulação, implementação e alteração das regulações*, o que também resulta em maior participação e confiança do público.

2.2.2 Lições do Banco Mundial¹⁷

O Banco Mundial também detém experiência útil na análise do tema. O quadro 2.2 sintetiza algumas das recomendações, apontando medidas a serem adotadas com vistas a fortalecer a atuação das agências reguladoras.

¹⁷ As recomendações do Banco Mundial foram extraídas de documentos disponíveis no site dessa instituição: *How to Strengthen Regulatory Framework/Agencies; Concession for Infrastructure: A Guide to their Design and Award; Regulatory Trade-offs in the Design of Concession Contracts*.

Quadro 2.2: Recomendações do Banco Mundial

| Problema | Medidas | Requisito |
|--|--|--|
| Marco legal inadequado para as agências reguladoras funcionarem. | Aperfeiçoar o marco existente por meio de melhores mecanismos de resolução de conflitos e assegurando-se a independência das agências. | O governo precisa identificar e enfrentar essas questões. |
| Indefinição ou definição inadequada do papel das agências reguladoras e do escopo da regulação. | Formulação de diretrizes que melhor definam o papel das agências reguladoras e o escopo da regulação. | O governo precisa ter uma estratégia clara desde o início do processo. |
| Necessidade de <i>benchmarking</i> . | Países grandes com múltiplos prestadores de serviços devem considerar estabelecer sistema de informação no nível central. Melhor definição das informações requisitadas das empresas reguladas. | O governo deve tomar a iniciativa na criação de um <i>benchmarking</i> . |
| Necessidade de estabelecer legitimidade e <i>accountability</i> ¹⁸ dos reguladores frente ao público. | Comunicação clara, pelo governo, do papel dos reguladores quando da criação das agências reguladoras. | Comprometimento do governo com a política regulatória e a promoção da conscientização social acerca do papel das agências reguladoras. |
| | Divulgação para o público do desempenho das empresas reguladas e das agências reguladoras. | |
| | Estabelecimento de um mecanismo eficaz para participação do usuário do serviço no processo de atuação das agências reguladoras. | |
| Falta de capacidade da agência reguladora. | Treinamento dos funcionários das agências reguladoras. Estabelecimento de manuais e <i>guidelines</i> de atuação das agências reguladoras, disponíveis também para o público. | O governo deve assegurar o financiamento adequado das agências. |
| | Fornecimento de material humano, equipamento adequado e espaço físico. | |
| | Autonomia financeira das agências reguladoras. | |
| Falta de independência e autonomia das agências. | Autonomia política das agências no processo de tomada de decisões. | Comprometimento do governo com o modelo de agências reguladoras. |
| Determinação das tarifas (pressão para estabelecimento de tarifas sociais) | Transparência na formulação dos preços e na concessão de subsídios. | |
| Dificuldade de comunicação das atividades e das políticas adotadas pelas agências. | Estímulo aos instrumentos de comunicação das agências e à participação popular. | |

Fonte: Apresentação intitulada “How to Strengthen Regulatory Framework/Agencies”, disponível em: <www.worldbank.org>.

¹⁸ *Accountability* é o termo que reflete o processo pelo qual a performance das agências reguladoras, ou de qualquer pessoa ou instituição de modo geral, é avaliada. A *accountability* de uma agência reguladora pode ser prejudicada quando se está diante de conflitos de competência e de coordenação entre diversas agências, considerando que essa situação limita a sua autonomia e dilui o seu papel e responsabilidade.

Ainda com relação à questão da comunicação pelas agências reguladoras, o Banco Mundial ressalta que a comunicação não é somente uma forma de convencer as pessoas de que a medida adotada pela agência é a correta, mas deve ser entendida como um *processo consultivo permanente que determina a medida a ser adotada*. No contínuo esforço de comunicação, é preciso que as agências utilizem-se das mais variadas tecnologias existentes, como a internet, e saibam trabalhar com a mídia, deixando de ter uma abordagem meramente passiva.

Também vale a pena citar as lições do Banco Mundial contidas em *Background Note* acerca da governança regulatória, preparada por ocasião do quarto encontro do *African Forum for Utility Regulation*.

A análise das práticas mais bem-sucedidas (*best-practices*) referentes à atuação das agências reguladoras indica que sua atividade deve guiar-se pelos seguintes princípios: *abertura e objetividade, justiça, não-discriminação, promoção de livre concorrência e garantia de um equilíbrio justo entre os interesses de consumidores, do governo e dos agentes econômicos do setor regulado*. Em particular, o sucesso das agências reguladoras decorre:

- i) da definição clara e do respeito à autoridade e à independência das agências reguladoras;
- ii) da transparência no processo de atuação das agências reguladoras, seus princípios e abordagens;
- iii) do reconhecimento, na configuração do modelo regulatório, da capacidade e dos recursos limitados para a realização das atividades de regulação;
- iv) da definição de uma estrutura das agências reguladoras competente, equilibrada, independente e orientada para a formulação de políticas;
- v) da efetiva utilização de habilidades técnicas e administrativas para execução das tarefas das agências reguladoras; e
- vi) de um conjunto claro e racional de políticas e procedimentos na formulação de decisões pelas agências reguladoras.

Conforme aponta o Banco Mundial, a governança das agências reguladoras apresenta um elemento interno e um externo. O elemento interno da governança regulatória refere-se às funções internas da agência: estrutura e composição da instituição, estrutura de governança, administração e quadro de funcionários, combate aos conflitos de interesse, mecanismos de controle e auditoria e respeito ao devido processo legal.

Embora não existam fórmulas consagradas, dada a peculiaridade de cada país, os seguintes princípios devem orientar a estrutura de governança interna das agências reguladoras:

- ampla representatividade dos diferentes grupos de interesse na estrutura de governança da agência;
- equilíbrio entre especialistas externos e internos à agência na estrutura de governança, assegurando que o corpo da agência seja devidamente representado, mas sem que este monopolize o processo de decisão da agência; e
- estabelecimento de processo bem definido e documentado de decisão pelas agências e de comunicação das decisões aos interessados, incluindo clara definição de políticas para lidar com conflitos de interesse.

É importante também que uma agência reguladora detenha separação clara entre sua estrutura de governança (focada na formulação da política regulatória) e sua estrutura de gerência (orientada para a execução das políticas). *Agências reguladoras somente são eficazes quando as suas estruturas de governança e de gerência são fortes e respondem aos consumidores por seus atos (accountability).*

Para fortalecer a estrutura de governança das agências, é preciso: **i)** limitar a nomeação de funcionários por critérios políticos; **ii)** incluir administradores do setor privado competentes e representantes de grupos de consumidores; **iii)** tornar a estrutura de governança a fim de garantir a sistemática prestação de contas por seu desempenho; **iv)** dar à estrutura de governança o poder de apontar e substituir quadros administrativos da agência; **v)** estabelecer índices de avaliação dos objetivos e do desempenho da agência (tanto para a estrutura de governança quanto para a estrutura de gerência); e **vi)** rever o método de indicação e substituição dos membros da estrutura de governança das agências, estabelecendo mandatos para os dirigentes por períodos suficientes para a consecução dos objetivos traçados e que não coincidam com as eleições do Poder Executivo.

É também necessário que o quadro de funcionários das agências seja remunerado em níveis compatíveis com os do setor privado a fim de assegurar o recrutamento e a permanência de profissionais competentes. Ao mesmo tempo, devem ser implementadas técnicas de avaliação do quadro de funcionários com o intuito de

estimular a produtividade, como, por exemplo, a fixação de metas de produtividade individuais ou departamentais e a existência de remuneração variada atrelada às metas alcançadas.

Os aspectos externos da governança das agências reguladoras referem-se à sua relação com autoridades políticas e reguladoras, como o Poder Executivo, o Poder Legislativo e outras agências reguladoras.

Nesse campo, a principal preocupação diz respeito à independência da agência reguladora. É essencial que uma agência reguladora seja estabelecida mediante regras claras e detenha autoridade e independência para assegurar que os interesses dos consumidores, das empresas reguladas e de outros grupos de interesse sejam considerados apropriadamente.

Reforçam a independência da agência:

- i)** a sua criação por lei e não por decreto;
- ii)** a sua direção por um colegiado;
- iii)** mandatos não-coincidentes de seus diretores (*staggered directors*);¹⁹
- iv)** hipóteses restritas e pré-determinadas nas quais os diretores das agências possam ser removidos;
- v)** controle de seu orçamento, dotado de fontes independentes de fundos, tais como taxas pagas pelos usuários ou pelas empresas (a fim de evitar que as taxas sejam elevadas continuamente, a legislação que as cria deve estipular limites);
- vi)** disponibilidade de capital humano suficiente para a realização de suas funções; e
- vii)** liberdade para promover audiências públicas no processo de tomada de decisões.

Um dos grandes desafios das agências reguladoras, também reconhecido pelos estudos do Banco Mundial (e que, até mesmo justificou a sua criação) é resistir a pressões políticas no seu processo de tomada de decisões, o que envolve edição de regulação, aplicação do marco regulatório e julgamento de casos concretos.

Para enfrentar esse problema, o Banco Mundial sugere: **i)** definição do mandato dos dirigentes da agência em lei; e **ii)** a redução da discricionariedade do Poder Executivo na

¹⁹ Idéia semelhante permeia o mecanismo de indicação pelo Presidente da República dos membros dos tribunais superiores.

nomeação dos dirigentes das agências por meio de previsões legais que exijam determinada qualificação técnica de seus diretores.

Cumpra reconhecer, no entanto, que a batalha para a preservação da independência das agências reguladoras não é ganha simplesmente com adoção dessas medidas. Trata-se de esforço permanente que envolve fiscalização e participação popular e governamental contínuas.

Outra preocupação legítima aventada pelo Banco Mundial é que medidas estruturais que visam assegurar a independência das agências reguladoras e a sua não-submissão a pressões políticas não causem uma independência das agências também em relação ao interesse público que visam defender. Esse risco é presente e significativo e pode gerar conseqüências desastrosas, a partir do momento em que medidas ineficientes, defendidas por um determinado grupo de interesses passam a ser adotadas pelas agências reguladoras.

No esforço de evitar tal desfecho, o Banco Mundial destaca a importância de se assegurar:

- i) que a decisão dos reguladores possa ser submetida a recurso;
- ii) a possibilidade de remoção dos diretores da agência em casos de comprovada incompetência ou má conduta;
- iii) transparência no processo de decisão da agência (decisões devem conter fundamentação); e
- iv) exigência de que as agências reguladoras publiquem relatório anual.

Apresentadas as lições da OCDE e do Banco Mundial, convém examinar os contornos atuais da atuação das agências reguladoras nos Estados Unidos, onde foram criadas e tiveram seu desenvolvimento, e na França, país cujo direito administrativo exerce significativa influência no direito administrativo brasileiro.

2.2.3 Experiência Americana

As principais características da atuação das agências reguladoras nos Estados Unidos são a documentação do processo decisório, a fundamentação das decisões adotadas, a

participação de setores da sociedade interessados no processo de formulação de decisões, a fiscalização pelo Congresso e a coordenação e orientação exercida pelo Poder Executivo – vinculativa para as agências dependentes e indicativa para as agências independentes, com ênfase na análise custo-benefício de cada regulação a ser adotada.

Como descrito no capítulo anterior, o *Administrative Procedure Act*, que rege a atuação das agências reguladoras, exige a documentação e a fundamentação das decisões das agências reguladoras – tanto na adoção de regulações como no julgamento de casos concretos –, a disponibilização desses documentos ao público e a participação popular no processo de adoção de uma regulação, por meio de um processo conhecido como *notice and comment*.

Conforme estabelecido pelo APA, uma notificação que inclui o texto da regulação proposta pela agência e uma parte introdutória que explica as razões da agência para propor a regulação deve ser publicada no Diário Oficial (*Federal Register*). A partir dessa publicação qualquer interessado, nacional ou estrangeiro, tem a oportunidade de se manifestar, fornecendo informações, opiniões e argumentos acerca da proposta de regulação formulada pela agência.

O APA determina que os comentários do público devem ser registrados pela agência e devem receber a devida consideração de sua parte antes da adoção da regulação final.

O processo de participação popular é reforçado pelo fato de que a agência não pode se basear, para a adoção de regulação, em informações que não constam dos autos do processo decisório e não foram disponibilizadas ao público, o que permite a todos os grupos interessados acesso aos subsídios necessários para que possam se manifestar da forma mais completa possível no processo de formulação de regulação, contestando os fundamentos acolhidos pela agência e os dados utilizados, quando for o caso.

No que se refere à fiscalização da atuação das agências pelo Congresso, o *General Accounting Office* (GAO) é o braço de auditoria, avaliação e investigação do Congresso Americano. Sua função é dar suporte ao Congresso no cumprimento de suas prerrogativas constitucionais. O GAO examina o uso de recursos públicos, avalia programas e ações federais e fornece análises, opções, recomendações e outros tipos de assistência para ajudar o Congresso a desempenhar suas funções.²⁰

²⁰ Informações disponíveis em: <www.gao.gov>.

Nesse contexto, o GAO fornece subsídios técnicos para que as diversas comissões do Congresso fiscalizem de maneira eficiente a atuação das agências reguladoras.

A atuação do Poder Executivo em relação às agências tem caráter vinculativo quando se trata das agências dependentes e caráter meramente indicativo no que se refere às agências independentes. Contudo, ainda que tenha esse caráter indicativo, a atuação do Poder Executivo é relevante no sentido de facilitar a coordenação das agências e auxiliar na formulação das linhas mestras de atuação e princípios a serem seguidos, razão pela qual, a seguir, será detalhada como ocorre essa participação do Poder Executivo no processo de atuação das agências.

O Poder Executivo atua por meio do *Office of Management and Budget (OMB)*, cuja missão predominante é auxiliar o presidente na supervisão da preparação do orçamento federal e supervisionar a ação das agências. Ao ajudar na formulação de tal orçamento, o OMB avalia a eficácia dos programas, políticas e procedimentos adotados pelas agências, avalia as demandas de recursos formuladas por elas e estabelece prioridades que devem receber maiores dotações orçamentárias.²¹ O quadro 2.3 sintetiza os contornos da atuação do OMB:

Quadro 2.3: Office of Management and Budget – OMB

| | |
|-------------------------------|--|
| Missão | Auxílio ao presidente na formulação e na implementação do orçamento e dos programas da administração e na supervisão das políticas regulatórias. |
| Atuação | <p>Formulação do orçamento anual submetido ao Congresso e sua implementação após aprovação pelo Congresso.</p> <p>Auxílio ao presidente na administração do Poder Executivo, no posicionamento do Poder Executivo em relação a projetos legislativos em andamento no Congresso e na execução de leis.</p> <p>Análise das propostas de regulação formuladas pelas agências.</p> |
| Políticas regulatórias | <p>Revisão da regulação editada pelas agências dependentes.</p> <p>Alinhamento das ações, políticas, afirmações e propostas das agências dependentes para refletir a política da presidência.</p> |

²¹ Cumpre ainda ao OMB ajudar a aperfeiçoar o gerenciamento da Administração Federal, desenvolver melhores índices de avaliação de performance e mecanismos de coordenação, e reduzir ônus desnecessários impostos ao público.

A atuação do OMB na área regulatória fica a cargo do *Office of Information and Regulatory Affairs* (Oira), criado em 1981 com o objetivo de supervisionar a regulação adotada pelas agências reguladoras dependentes.

O Oira revisa as regulações mais relevantes adotadas pelas agências e suas análises de impacto com vistas a: **i)** identificar decisões, regulações e políticas que não são consistentes com a lei; **ii)** coordenar as agências para dirimir quaisquer inconsistências; e **iii)** sugerir alternativas. A revisão exercida pelo Oira também permite que sejam garantidas a consistência, a credibilidade e a qualidade das regulações adotadas pelas agências dependentes.

A base que permite a fiscalização por parte do Oira é a exigência de que as agências elaborem análise de impacto regulatório – *Regulatory Impact Analysis* (RIA) – das regulações que tenham impacto social superior a 100 milhões de dólares por ano. Nesse estudo, a agência deve demonstrar: **i)** que os benefícios da regulação justificam seus custos; e **ii)** que a agência adotou o método que tem a melhor relação custo-benefício para resolver o problema diagnosticado.

O RIA deve ser divulgado ao público, permitindo que as partes interessadas manifestem-se acerca das premissas adotadas pelas agências. Reconhece-se, assim, que setores da sociedade detêm conhecimento e experiência que lhes permitem fornecer importantes contribuições às regulações a serem adotadas pelas agências.

O Oira estabeleceu diretrizes para orientar as agências na preparação das análises de impacto regulatório.²²

Ademais, a *Executive Order* nº 12.866, editada pelo Presidente Clinton em 1993, determina que as agências dependentes adotem somente regulações: **i)** requeridas pela legislação; ou **ii)** necessárias para interpretar a legislação ou para atender ao interesse público. Ainda mais importante, essa *Executive Order* estabelece um roteiro de trabalho para as agências dependentes, que consiste nas seguintes etapas a serem adotadas no processo de elaboração da regulação:

- i)** *identificar o problema* a ser resolvido pela regulação e avaliar a sua importância;
- ii)** *identificar e avaliar alternativas à regulação direta pela agência*, incluindo a estipulação de incentivos econômicos ao comportamento desejado dos agentes econômicos;

²² Disponíveis em: <www.whitehouse.gov/omb/inforeg/riaguide.html>. O site <www.whitehouse.gov/omb/memoranda/m00-08.pdf> traz memorando explicando o primeiro documento.

- iii) caso venha a ser necessária a adoção de regulação, buscar alinhá-la na medida do possível aos padrões (*standards*) de atuação dos agentes econômicos no mercado;
- iv) adotar a regulação somente após uma determinação razoável de que os benefícios decorrentes da adoção e do cumprimento da regulação superam os custos por ela acarretados²³;
- v) basear as decisões da agência e a análise dos custos e benefícios da regulação nas melhores informações disponíveis que possam, de forma razoável, ser obtidas pela agência;
- vi) evitar regulações inconsistentes ou repetitivas (que tratem do mesmo objeto de outra regulação editada pela própria agência ou por outra agência); e
- vii) adotar regulações simples e de fácil compreensão.²⁴

Nas etapas descritas, a serem seguidas pelas agências dependentes, resta clara a preocupação das autoridades com a busca de alternativas à regulação direta (*command-and-control regulation*) que estabelece o comportamento a ser adotado pelos agentes econômicos, como a adoção de regulação baseada no desempenho dos agentes econômicos (*performance-based regulation*), nas quais a regulação estabelece as metas a serem alcançadas pelos agentes econômicos, permitindo uma discricionariedade na escolha dos meios.

A *Executive Order* nº 12.866 reafirma essa orientação, estipulando expressamente que cada agência deve identificar e avaliar formas alternativas de regulação e deve, na medida do possível, especificar objetivos de desempenho, em vez de especificar o comportamento exato desejado dos agentes econômicos.²⁵

É razoável supor que as empresas conhecem melhor que ninguém as atividades que exercem, sendo mais eficiente do ponto de vista econômico e social que tenham a liberdade de tomar decisões microeconômicas individualmente, desde que não prejudiquem a inovação e o desenvolvimento industrial.

²³ A *Executive Order* determina que cada agência avalie tanto os custos como os benefícios decorrentes da adoção da regulação pretendida e, reconhecendo que alguns custos e benefícios são de difícil mensuração, indica que a agência deve somente propor ou adotar uma regulação quando puder obter uma conclusão razoável de que os benefícios da regulação pretendida justificam seus custos.

²⁴ A *Executive Order* nº 12.044, adotada em 1978, estabelecia que as regulações deveriam ser o mais simples e claras possíveis (*"regulations shall be as simple and clear as possible"*). A *Executive Order* nº 12.866, atualmente em vigor, determina que cada agência deve formular suas regulações para serem simples e de fácil compreensão, com o objetivo de minimizar o potencial de incerteza e litígio decorrente de sua interpretação (*"each agency shall draft its regulations to be simple and easy to understand, with the goal of minimizing the potential for uncertainty and litigation arising from such uncertainty"*).

²⁵ *"Each agency shall identify and assess alternative forms of regulation and shall, to the extent feasible, specify performance objectives, rather than specifying the behavior or manner of compliance that regulated entities must adopt"*.

Destaque-se a preocupação americana em limitar a ânsia regulatória das agências dependentes, por meio da exigência de análise detida, refletida no RIA, que também exige a análise pela agência de formas alternativas à adoção da regulação direta de conduta pela agência (*command and control regulation*).

Embora a *Executive Order* e a atuação do OMB só sejam de cumprimento obrigatório para as agências diretas, é inegável a sua influência também em relação às agências independentes, contribuindo para o aperfeiçoamento como um todo do sistema regulatório, na medida em que estabelecem princípios e mecanismos que influenciam a participação da sociedade e a análise dos tribunais relacionada às agências independentes, influenciando o comportamento destas últimas.

Existe também movimento significativo para que a exigência de análise custo-benefício passe a ser incorporada na legislação, aplicando-se de forma obrigatória às agências reguladoras independentes. Existem, aliás, projetos de lei nesse sentido em trâmite no Congresso. Esse é mais um traço da presença da escola de Chicago e da análise econômica do direito.²⁶

Em seguida, analisaremos a experiência francesa referente às autoridades administrativas independentes, que também sofreram significativa influência do modelo regulatório americano. Ademais, o direito administrativo francês exerce papel predominante na formação do direito administrativo brasileiro.

2.2.4 Experiência Francesa²⁷

Em 1978, começou a germinar na França a figura das Autoridades Administrativas Independentes (AAIs), com o objetivo de diminuir não só o peso da intervenção direta do Estado em setores da economia, mas também a influência de agentes econômicos privados sobre as decisões de interesse público adotadas pelo Poder Executivo. Nesse sentido, a criação das AAIs foi justificada pela competência técnica, especialização, maior poder de persuasão e maior proximidade em relação aos destinatários das decisões emanadas pelo Estado.

²⁶ Os críticos desse movimento apontam para a necessidade de serem contemplados outros valores, que não podem ser quantificados, na formulação da regulação pelas agências, e que seriam fatalmente desconsiderados caso se impusesse a análise custo-benefício. No entanto, a análise custo-benefício também pode contemplar valores de mais difícil mensuração.

²⁷ Este capítulo foi baseado nos artigos escritos por Luiz Armando Badin e Denise Auad, intitulados, respectivamente, "As Autoridades Administrativas Independentes na França: Finalidades Institucionais e Meios de Atuação" e "Autoridades Administrativas Independentes na França", publicados no livro "Direito Regulatório: Temas Polêmicos", organizado por Maria Sylvia Z. Di Pietro. Editora Fórum, 2003.

Essas autoridades, criadas por leis esparsas, agem em nome do Estado em atribuições tradicionalmente exercidas diretamente pelo Poder Executivo. Contudo, elas não se submetem ao poder hierárquico do Poder Executivo ou à sua tutela governamental, sendo os seus dirigentes dotados de mandatos estáveis, que lhes garantem independência.

As AAIs não detêm autonomia financeira. Algumas delas expressamente receberam mandato legal para estabelecer normas gerais em seus setores de atuação e aplicar sanções. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário francês e o Conselho de Estado (jurisdição administrativa) tiveram participação relevante na definição mais precisa das prerrogativas das AAIs.

Existem dois grandes grupos nos quais as 34 AAIs atualmente existentes podem ser divididas. Aquelas com amplos poderes regulatórios (poderes para estabelecer regras gerais e aplicar sanções)²⁸ e aquelas que exercem o que se convencionou chamar “magistratura de influência moral”, uma vez que estas últimas não possuem poderes coativos e a sua atuação tem por base o alcance de consensos entre os diversos grupos envolvidos, valendo-se de seu prestígio moral e seu poder de persuasão.²⁹

Embora possa haver algumas variações, as AAIs que têm poderes regulatórios usualmente detêm competência jurídica para editar regras e fiscalizar o cumprimento dessas normas, aplicando sanções nas hipóteses de descumprimento. No entanto, o poder regulamentar das AAIs está subordinado ao poder regulamentar do Primeiro-Ministro, que centraliza o poder regulamentar na França.

Não obstante essa limitação, as AAIs influem de forma relevante no processo de regulação também por meio de sua participação consultiva no processo de elaboração de normas aplicáveis aos seus respectivos setores de atuação pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, em razão de sua capacitação e especialização técnica.

Algumas AAIs, como o Conseil Supérieur de l’audiovisuel, detêm o poder de outorgar as autorizações exigidas para o exercício da respectiva atividade econômica – nesse caso autorização para utilização do espectro de radiofrequências.

²⁸ São exemplos dessas autoridades o Conseil Supérieur de l’audiovisuel (CSA), responsável pela regulação do setor de radiodifusão; a Commission des Opérations de Bourse (COB), responsável pela regulação do mercado de capitais; a Commission Nationale de l’informatique et des Libertés (CNIL), responsável pela regulação da informatização de dados cadastrais; o Conseil de la Concurrence, autoridade de defesa da livre concorrência; o Comité de Réglementation Bancaire, o Comité des Établissements de Crédit e a Commission Bancaire, responsáveis pela regulação do setor bancário.

²⁹ São exemplos destas autoridades o Mediatéur de la République, que atua como um ombudsman da Administração; a Commission des Sondages, a Commission de Contrôle de la Campagne Électorale, a Commission Nationale des Comptes de Campagne et des Financements Politiques, que regulam e fiscalizam o processo eleitoral; a Commission d’accès aux Documents Administratifs (Cada), que atua em defesa da transparência na Administração Pública; o Comité National d’évaluation des Établissements Publics à Caractère Scientifique, Culturel et Professionnel, responsável pela fiscalização de instituições de ensino e pesquisa.

Quanto ao exercício de poderes fiscalizatórios, como busca e apreensão de documentos, as AAIs em grande medida dependem de autorização do Poder Judiciário e são controladas por este. No entanto, um número significativo de AAIs detém poder para aplicar sanções, incluindo sanções restritivas de direito e imposição de multas, excetuando-se obviamente as penas restritivas de liberdade. Como consequência desse poder de aplicar sanções, foi desenvolvido um procedimento que assegura o contraditório e o devido processo legal.

No que tange ao controle das decisões promulgadas pelas agências na França, cabe destacar a existência de uma jurisdição administrativa, chefiada pelo Conselho de Estado, o que permite uma abordagem com muito mais conhecimento de causa das matérias revisadas, que incluem a revisão da própria estrutura das AAIs e da extensão de seus poderes regulatórios.

Entretanto, não há na França uma lei específica disciplinando a atuação das AAIs, sendo os contornos da sua atuação, como dito, definidos pela legislação específica que criou cada uma destas autoridades, e, em grande medida, pelo Conselho de Estado (jurisdição administrativa) e pelo Poder Judiciário, que, por muitas vezes, limitam os seus poderes.

Os exemplos apresentados das agências reguladoras nos Estados Unidos e das autoridades administrativas independentes na França servem para desmitificar o conceito de agência reguladora. A independência, o conhecimento técnico e a eficiência das agências reguladoras asseguram maior qualidade na intervenção do Estado na economia, e a transparência e a participação popular em seu desempenho promovem a defesa do interesse público.

É natural que a introdução de qualquer novo instituto gere conflitos, mas é igualmente natural, e importante, que os conflitos sejam superados e que se promova o aprimoramento do instituto introduzido, como se pode constatar com a análise das experiências americana e francesa. Esse é precisamente o desafio que enfrenta o Brasil, cuja experiência relativa às agências reguladoras será apresentada no capítulo seguinte.



3. Agências Reguladoras no Brasil

Já existiam no Brasil entidades governamentais dotadas de poder regulatório, como o Banco Central (Bacen),³⁰ a Superintendência de Seguros Privados (Susep),³¹ e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).³² No entanto, tais órgãos não detinham as características que marcam as agências reguladoras criadas no Brasil a partir da segunda metade da década de 1990, no processo de transformação do papel do Estado na esfera econômica.

A Lei Federal nº 8.031/1990³³ – Programa Nacional de Desestatização – representou o início do processo de redução da intervenção direta do Estado brasileiro na economia. Essa primeira fase de transformação do papel do Estado na economia foi marcada somente pela privatização de empresas públicas atuantes em mercados que não requerem o estabelecimento de marco regulatório específico, como os setores de siderurgia, fertilizantes, petroquímico e hoteleiro.

Conforme assinalado na introdução, foi com a edição do Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, que começou a tomar corpo o processo que resultou na construção do Estado regulador e na redução significativa do Estado interventor no domínio econômico.

A criação das agências reguladoras acompanhou o processo de abertura de certos mercados a entes privados e conferiu maior independência técnica ao marco regulatório, estimulando novos investimentos e a introdução ou fortalecimento da livre concorrência.

³⁰ Criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

³¹ Criada pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

³² Criada pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

³³ Editada em 12 de abril de 1990.

Esse movimento foi acompanhado da privatização – como ocorreu no setor de telefonia e transportes ferroviários –, da privatização parcial de energia – ou somente da permissão para o ingresso de entes privados sem a privatização da empresa estatal – petróleo. Em mercados, como o de transportes rodoviários e aéreos, nos quais já não se presenciava a participação direta estatal, o movimento foi no sentido de permitir o ingresso de novos competidores, introduzindo ou fortalecendo a livre concorrência³⁴.

Em 1994, foi editada a Lei nº 8.884,³⁵ que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia, dotando de mandato fixo seus dirigentes, e fortaleceu os poderes do órgão, instituindo, até mesmo, o controle de fusões e aquisições, conforme ocorre hoje em quase uma centena de países.

Do ponto de vista teórico, a corrente que divide os setores regulados em: serviços públicos (como telefonia e energia) e atividades econômicas (como petróleo e gás) é predominante nos meios jurídicos brasileiros. Não é objetivo deste estudo aprofundar tal tema, sendo certo que esta distinção é irrelevante do ponto de vista das agências reguladoras, de sua atuação e seu aperfeiçoamento. A única exceção pode referir-se à defesa da universalização dos serviços públicos, característica que, supostamente, deve estar presente na prestação de serviços públicos. No entanto, esse é um dos objetivos da política regulatória, e não uma das características das agências reguladoras, que pode ser buscado também naqueles mercados que não são classificados como serviços públicos.

Antes de serem analisadas as características das agências reguladoras no Brasil e propostos os aperfeiçoamentos, é importante deixar clara a distinção entre os objetivos mediatos das agências reguladoras – garantir o bom funcionamento dos mercados regulados – e os objetivos mais amplos do Estado, refletidos na legislação, que podem referir-se à universalização de um serviço ou produto, seja por medidas que envolvem a agência mais diretamente, como estabelecimento de metas de investimento nos contratos de concessão ou regulação de tarifas, ou por meio de

³⁴ O freio que sofreu o processo de privatização em alguns mercados, como o de energia, pode ser atribuído a pressões de corporações, como a pressão dos sindicatos dessas empresas públicas visando manter seus privilégios, amparadas na incapacidade governamental em clarificar para a população os objetivos e as virtudes da privatização e do novo modelo de Estado em implantação. A existência de empresas públicas controladas por governos estaduais também pode ser indicada como um dos empecilhos à conclusão desse movimento. É importante notar que a convivência de empresas privadas e empresas públicas, tendo em vista as maiores prerrogativas das empresas públicas, tem o condão de distorcer o funcionamento dos mercados e atrapalhar a consecução dos objetivos visados pelo marco regulatório; característica presente no setor de energia no Brasil. Esse perigo não foi devidamente esclarecido para a população.

³⁵ Em 11 de junho de 1994.

medidas que independem do envolvimento direto das agências, como a concessão de subsídios diretos aos agentes econômicos ou à parte da população, como na experiência do “vale-gás”.³⁶

É útil nesse ponto distinguir os diferentes tipos de agência. As agências criadas nos anos 1990 têm como objetivo promover mecanismos de superação de falhas de mercado. São órgãos de Estado que se tornam instâncias de implementação e fiscalização regulatória. Distinguem-se nesse sentido das agências preponderantemente de fomento de natureza executiva que são órgãos de governo.³⁷

Feitas essas considerações iniciais acerca das agências reguladoras no Brasil, analisam-se suas características, sempre de forma comparativa, tendo em vista o objetivo visado pelas autoridades governamentais de estabelecer legislação que harmonize o funcionamento das agências reguladoras.

O quadro 3.1 ilustra em ordem cronológica as agências reguladoras independentes, criadas no Brasil na segunda metade da década de 1990, e os diplomas legais que as instituíram.

Quadro 3.1: Agências reguladoras brasileiras

| Agência Reguladora | Diploma legal |
|--------------------|--|
| Aneel | Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. |
| Anatel | Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. |
| ANP | Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. |
| Anvisa | Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. |
| ANS | Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. |
| ANA | Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. |
| ANTT | Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. |
| Antaq | Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. |

³⁶ O Programa “vale-gás”, criado em Janeiro de 2002, contempla o pagamento bimestral pelo Governo Federal de R\$15,00 a famílias de baixa renda, para que as mesmas possam suportar o preço do gás de cozinha. Esse programa foi instituído como forma de proteger as famílias de baixa renda do fim do controle tarifário existente no Brasil sobre os derivados de petróleo, que resultou no fim de subsídios cruzados entre os derivados e conseqüente aumento do preço do gás.

³⁷ Esta distinção é feita com maior detalhe no capítulo 4.

As agências reguladoras seguiram a forma jurídica de autarquia em regime especial, vinculadas e não-subordinadas a um respectivo Ministério, conforme ilustra o quadro 3.2.

Quadro 3.2: Independência das agências reguladoras

| Agência Reguladora | Forma jurídica |
|--------------------|--|
| Aneel | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia. |
| Anatel | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério das Comunicações. |
| ANP | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia. |
| Anvisa | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. |
| ANS | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. |
| ANA | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. |
| ANTT | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério dos Transportes. |
| Antaq | Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério dos Transportes. |

O primeiro diploma legal brasileiro a prever a figura da autarquia foi o Decreto-Lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943. No entanto, a Caixa Econômica Federal, criada em 1861, é considerada por muitos a primeira autarquia instituída no Brasil.

A independência financeira, estrutural e funcional das agências reguladoras permite a sua independência decisória, tão importante para a adoção de decisões técnicas, e não políticas, como freqüentemente ocorre com os Ministérios e os órgãos a eles subordinados. Isso confere às agências o *status* de órgão de Estado.

A seguir, serão apresentados os aspectos pertinentes ao funcionamento das agências que lhes conferem independência. Nesse conjunto de elementos, destacam-se os mandatos conferidos pela legislação aos dirigentes das agências. Como já mencionado no presente estudo, a outorga de mandato aos dirigentes das agências contribui para que eles não sejam influenciados pelas pressões políticas e busquem cumprir os objetivos previstos na legislação que criou a agência reguladora.

No entanto, as agências reguladoras não são entes a par do Estado. O processo de indicação dos dirigentes, descrito no quadro 3.3, estabelece que o Presidente da República e o Congresso Nacional, mais especificamente o Senado, indiquem os dirigentes das agências reguladoras para seus postos.

Uma vez indicados para a direção da agência reguladora, são reduzidas e expressamente previstas em lei as hipóteses, também detalhadas abaixo, nas quais pode haver a destituição de um dirigente. Isso garante a autonomia técnica dos dirigentes, reforçando as características do mandato.

Percebe-se que os mandatos dos dirigentes das agências reguladoras são de três anos (Anvisa e ANS), quatro (Aneel, ANP, ANTT, Antaq e ANA) ou cinco anos (Anatel) sem razão aparente para tal diferença. Argumenta-se que a possibilidade de recondução, existente para os dirigentes da Anvisa, ANS, ANTT, Antaq e ANA, comprometeria a independência, uma vez que pode dar incentivo ao dirigente a conciliar com o governo a fim de barganhar uma possível recondução.

Quadro 3.3: Dirigentes das agências

| Agência Reguladora | Processo de indicação dos dirigentes da agência | Duração do mandato dos dirigentes | Possibilidade de recondução dos dirigentes | Possibilidade de exoneração dos dirigentes |
|--------------------|--|-----------------------------------|--|---|
| Aneel | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | quatro anos. | Não. | Por qualquer motivo nos quatro primeiros meses de mandato. Após esse prazo somente em razão: i) da prática de ato de improbidade administrativa; ii) condenação penal transitada em julgado; ou iii) descumprimento injustificado do contrato de gestão. |
| Anatel | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | cinco anos. | Não. | Somente em razão: (i) da prática de ato de improbidade administrativa, (ii) condenação penal transitada em julgado ou (iii) descumprimento injustificado do contrato de gestão. |
| ANP | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | quatro anos. | Não. | Somente em razão: i) da prática de ato de improbidade administrativa; ii) condenação penal transitada em julgado; ou iii) descumprimento injustificado do contrato de gestão. |
| Anvisa | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | três anos. | Uma única recondução. | Por qualquer motivo nos 4 primeiros meses de mandato. Após esse prazo, somente nos casos de: (i) prática de ato de improbidade administrativa, (ii) condenação penal transitada em julgado e (iii) descumprimento injustificado do contrato de gestão. |

continua

continuação

| Agência Reguladora | Processo de indicação dos dirigentes da agência | Duração do mandato dos dirigentes | Possibilidade de recondução dos dirigentes | Possibilidade de exoneração dos dirigentes |
|--------------------|--|-----------------------------------|--|--|
| ANS | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | três anos. | Uma única recondução. | Por qualquer motivo nos quatro primeiros meses de mandato. Após esse prazo, somente nos casos de: i) condenação penal transitada em julgado; ii) condenação em processo administrativo; iii) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e iv) descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão. |
| ANA | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | quatro anos. | Uma única recondução. | Por qualquer motivo nos quatro primeiros meses de mandato. Após esse prazo, somente nos casos de: i) condenação judicial transitada em julgado; ii) decisão definitiva em processo administrativo disciplinar; e iii) inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo. |
| ANTT | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | quatro anos. | Uma única recondução. | Somente em razão de: i) condenação judicial transitada em julgado; ii) condenação em processo administrativo disciplinar; ou iii) descumprimento manifesto de suas atribuições. |
| Antaq | Indicação pelo Presidente e nomeação pelo Presidente após aprovação do Senado. | quatro anos. | Uma única recondução. | Somente em razão de: i) condenação judicial transitada em julgado; ii) condenação em processo administrativo disciplinar; ou iii) descumprimento manifesto de suas atribuições. |

As legislações que criaram as agências reguladoras não conferiram mandato ao Procurador-Geral de cada agência. Considerando que as agências reguladoras detêm personalidade jurídica própria, o Procurador-Geral é o chefe do corpo de procuradores de cada agência reguladora, que se encarregam, no *front* externo, da defesa da agência reguladora em ações judiciais, e, internamente, da análise dos processos em trâmite na agência reguladora. Tais processos abrangem questões meramente internas à agência, como realização de processos de licitação, bem como emissão de opinião na edição de novas regulações e aplicação a casos concretos em processos de adjudicação.

Considerando que o Procurador-Geral funciona como o advogado da agência, é preciso que ele conte com a confiança de seus “clientes” – os dirigentes da agência – e esteja afinado aos seus interesses. Caso contrário, pode haver um choque de objetivos que impossibilite o funcionamento e a defesa de suas posições.

A criação das agências reguladoras no Brasil atentou para a importância de um órgão colegiado na sua direção, o que, como foi visto, dificulta a “captura” da agência. O quadro 3.4 destaca a estrutura de direção das agências reguladoras e sua forma de deliberação.

Quadro 3.4: Estrutura de direção das agências

| Agência Reguladora | Direção | Forma de deliberação da diretoria |
|--------------------|---|---|
| Aneel | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores. Integra a estrutura organizacional um Procurador-Geral. | Majoria |
| Anatel | Em regime colegiado, por um Conselho Diretor composto de um Presidente e quatro Conselheiros. Integram a estrutura organizacional um Conselho Consultivo, uma Procuradoria e uma Ouvidoria. | Majoria |
| ANP | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores. Integra a estrutura organizacional um Procurador-Geral. | Majoria |
| Anvisa | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Presidente e quatro Diretores. Integram a estrutura organizacional um Conselho Consultivo (formado por representantes da União, dos Estados, do Distrito federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários), um Procurador-Geral, um Corregedor, um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções. | Majoria |
| ANS | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Presidente e quatro Diretores. Integram a estrutura organizacional um Procurador-Geral, um Corregedor, um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções. Há também a Câmara de Saúde Suplementar ³⁸ de caráter permanente e consultivo. | Majoria |
| ANA | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Presidente e quatro Diretores. | Majoria |
| ANTT | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores. Integram a estrutura organizacional uma Procuradoria-Geral, um Ouvidor, ³⁹ uma Corregedoria (que tem como competência fiscalizar as atividades funcionais da agência e a instauração de processos administrativos e disciplinares). | Majoria, cabendo ao Diretor-Geral o voto de qualidade |
| Antaq | Em regime colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e dois Diretores. Integram a estrutura organizacional uma Procuradoria-Geral, um Ouvidor, ⁴⁰ uma Corregedoria (que tem como competência fiscalizar as atividades funcionais da agência e a instauração de processos administrativos e disciplinares). | Majoria, cabendo ao Diretor-Geral o voto de qualidade |

³⁸ A Câmara de Saúde Suplementar é integrada: **i)** pelo Diretor-Presidente da ANS, ou seu substituto, na qualidade de Presidente; **ii)** por um diretor da ANS, na qualidade de Secretário; **iii)** por um representante dos Ministérios da Fazenda, Previdência e Assistência Social, Trabalho, Justiça, Saúde; **iv)** por um representante do Conselho Nacional de Saúde, do Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde, do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde, do Conselho Federal de Medicina, do Conselho Federal de Odontologia, do Conselho Federal de Enfermagem, da Federação Brasileira de Hospitais, da Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas, Confederação Nacional da Indústria, da Confederação Nacional do Comércio, da Central Única dos Trabalhadores, da Força Sindical, Social Democracia Sindical; **v)** um representante de entidade de defesa do consumidor, associações de consumidores de planos privados de assistência à saúde, segmento de auto gestão de assistência à saúde, empresas de medicina de grupo, cooperativas de serviços médicos que atuam na saúde suplementar, empresas de odontologia de grupo, cooperativas de serviços odontológicos que atuam na área de saúde suplementar, entidades de portadores de deficiência e de patologias especiais.

³⁹ A Lei que criou a ANTT estabelece que o ouvidor tem competência para: **i)** receber pedidos de informações, esclarecimentos e reclamações afetos à respectiva agência, e responder diretamente aos interessados; **ii)** produzir semestralmente ou quando a Diretoria da Agência julgar oportuno, relatório circunstanciado de suas atividades.

⁴⁰ A Lei que criou a Antaq estabelece que o ouvidor tem competência para: **i)** receber pedidos de informações, esclarecimentos e reclamações afetos à respectiva agência, e responder diretamente aos interessados; **ii)** produzir semestralmente ou quando a Diretoria da Agência julgar oportuno, relatório circunstanciado de suas atividades.

A figura do Ouvidor, instituída em algumas agências reguladoras, foi criada com o objetivo de facilitar a comunicação entre a sociedade e a agência reguladora, atuando também como um fiscalizador. Ele também é dotado de mandato.

Uma última análise que cabe ser feita acerca da estrutura de direção das agências reguladoras, e na qual também há campo para harmonização, diz respeito ao cumprimento de quarentena. Esse tema, que atinge toda a máquina pública, pode e deve ser tratado com ainda mais vigor no âmbito das agências reguladoras, tendo em vista a sua independência e a importância de suas decisões, bem como o risco de captura. O quadro 3.5 descreve como a legislação que criou cada uma das agências reguladoras trata a matéria.

Quadro 3.5: Quarentena nas agências

| Agência Reguladora | Quarentena |
|--------------------|---|
| Aneel | Doze meses para prestar, direta ou indiretamente, serviços às empresas sob regulamentação ou fiscalização da agência, até mesmo controladas, coligadas ou subsidiárias, sob pena de incorrer em advocacia administrativa. Durante o impedimento, o ex-dirigente continuará prestando serviço à Aneel ou a qualquer outro órgão da Administração Pública Direta da União, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu. |
| Anatel | Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência. |
| ANP | Doze meses para prestar serviço à empresa integrante da indústria do petróleo ou de distribuição sob pena de incorrer em advocacia administrativa. Durante o impedimento, o ex-Diretor que não tiver sido exonerado nos termos do art. 12 poderá continuar prestando serviço à ANP ou a qualquer órgão da Administração Direta da União, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu. |
| Anvisa | Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-dirigente representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência. |
| ANS | Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-dirigente da ANS representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência, deter participação e exercer cargo ou função em organização sujeita à regulação da agência. |
| ANA | Não há previsão específica a este respeito. |
| ANTT | Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-Diretor representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência. |
| Antaq | Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-Diretor representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência. |

Tão importante quanto a independência funcional das agências reguladoras, assegurada pela outorga de mandato a seus dirigentes, é a sua independência financeira, sem a qual fatalmente as agências reguladoras teriam que se submeter à vontade do controlador do orçamento, no caso brasileiro fortemente influenciado pela Presidência da República. Não se está esquecendo do controle que o Congresso pode exercer sobre a atuação das agências reguladoras por meio da aprovação do orçamento federal. Entretanto, alguma autonomia financeira é imprescindível,

especialmente em relação ao Poder Executivo, sob pena do total esvaziamento da atuação de determinada agência em razão de motivações políticas ou exclusivamente em resposta à pressão de *lobbies*.

O quadro 3.6 descreve os recursos próprios das agências reguladoras (*funding*), excetuando-se os recursos advindos do orçamento geral da União, destacando a possibilidade, outorgada por lei em atendimento ao princípio tributário da legalidade, de algumas agências reguladoras instituírem tributos.

Quadro 3.6: Fontes de receita próprias das agências

| Agência Reguladora | Recursos das Agências (excetuando-se os tributos) | Tributos previstos na legislação que criou a Agência |
|--------------------|--|---|
| Aneel | <p>Produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, também para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público.</p> <p>Rendimentos de operações financeiras que realizar.</p> <p>Recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos.</p> <p>Doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados.</p> <p>Venda e aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.</p> | <p>Taxa de fiscalização de serviços de energia elétrica, anual, em razão da modalidade e proporcional ao porte do serviço, permitido ou autorizado, aí incluída a produção independente de energia elétrica e a autoprodução de energia.</p> |
| Anatel | <p>Recursos provenientes de convênios, acordos e contratos celebrados com entidades, organismos e empresas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras.</p> <p>Doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados.</p> <p>O produto dos emolumentos, preços ou multas, os valores apurados na venda ou na locação de bens, bem como os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas, até mesmo para fins de licitação.</p> <p>Decorrentes de quantias recebidas pela aprovação de laudos de ensaio de produtos e pela prestação de serviços técnicos.</p> <p>Rendas eventuais.</p> | <p>Taxa de fiscalização de instalação, cujo produto é destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), cobrado das concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações.</p> <p>Taxa de fiscalização de funcionamento, cujo produto é destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), cobrado de concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações.</p> |
| ANP | <p>Parcelas das participações governamentais consignadas no orçamento aprovado.</p> <p>Produto dos emolumentos, taxas e multas.</p> <p>Valores apurados na venda ou na locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade, bem como os decorrentes da venda de dados e informações técnicas, até mesmo para fins de licitação.</p> | <p>Bônus de assinatura do contrato de concessão para exploração de petróleo e gás natural.</p> <p><i>Royalties</i>.</p> <p>Participação especial na hipótese de grande volume de produção ou de grande rentabilidade dos campos de exploração de petróleo e gás natural.</p> <p>Pagamento pela ocupação ou pela retenção de área.</p> |
| Anvisa | <p>Retribuição por serviços prestados a terceiros.</p> <p>Produto da arrecadação das receitas das multas resultantes das ações fiscalizadoras.</p> <p>Valores apurados em aplicações no mercado financeiro.</p> | <p>Taxa de fiscalização de Vigilância Sanitária cobrada na realização de atos de competência da agência (registro de alimentos, bebidas, cosméticos; autorização para funcionamento de empresa).</p> |

continua

continuação

| Agência Reguladora | Recursos das Agências (excetuando-se os tributos) | Tributos previstos na legislação que criou a Agência |
|--------------------|--|---|
| ANS | Arrecadação das multas. Valores apurados em aplicações no mercado financeiro das suas receitas. | Taxa de Saúde Suplementar cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia. São sujeitos passivos as pessoas jurídicas, os condomínios ou consórcios, as cooperativas ou as entidades de autogestão que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir assistência à saúde, visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica. |
| ANA | Recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas nacionais ou internacionais. Doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados. Produto da venda de publicações e material técnico, até mesmo para fins de licitação pública. Cobrança de emolumentos administrativos e taxas de inscrição em concursos. Retribuição por serviços de qualquer natureza prestados a terceiros. Produto resultante da arrecadação de multas aplicadas. Valores apurados com a venda ou o aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade; Produto da alienação de bens, objetos e instrumentos utilizados para a prática de infrações, assim como do patrimônio dos infratores, incorporados ao patrimônio da agência nos termos de decisão judicial. Recursos decorrentes da cobrança de emolumentos administrativos. | Cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União. |
| ANTT | Recursos provenientes dos instrumentos de outorga e arrendamento administrados pela agência. Recursos provenientes de acordos, convênios e contratos, até mesmo os referentes à prestação de serviços técnicos e fornecimento de publicações, material técnico, dados e informações. Produto das arrecadações da agência decorrentes da cobrança de emolumentos e multas. Outras receitas, até mesmo as resultantes de aluguel ou alienação de bens, da aplicação de valores patrimoniais, de operações de crédito, de doações, legados e subvenções. (O superávit financeiro anual apurado pela agência deverá ser incorporado ao seu orçamento do exercício seguinte, não se aplicando o disposto no art. 1º da lei nº 9.530). | Taxas de outorgas e de fiscalização da prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura. |
| Antaq | Recursos provenientes dos instrumentos de outorga e arrendamento administrados pela agência. Recursos provenientes de acordos, convênios e contratos, inclusive os referentes à prestação de serviços técnicos e ao fornecimento de publicações, material técnico, dados e informações. Produto das arrecadações da agência decorrentes da cobrança de emolumentos e multas. Outras receitas, até mesmo as resultantes de aluguel ou alienação de bens, da aplicação de valores patrimoniais, de operações de crédito, de doações, legados e subvenções. (O superávit financeiro anual apurado pela agência deverá ser incorporado ao seu orçamento do exercício seguinte, não se aplicando o disposto no art. 1º da lei nº 9.530). | Taxas de outorgas e de fiscalização da prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura. |

O quadro 3.7 apresenta o orçamento de cada agência reguladora desde 1998 e a previsão de orçamento para 2004, com valores deflacionados de acordo com IPCA-IBGE. Nota-se a estabilidade no orçamento das agências, com a exceção da ANA, encarregada exatamente de regular um produto tão importante e que apresenta risco de escassez futuro – os recursos hídricos.

Quadro 3.7: Orçamento das agências

(R\$ mil, trazidos a valores de 2004 pelo IGP-M médio de cada ano)

| Agência Reguladora | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 ⁴¹ | 2004 ⁴² |
|--------------------|-----------|---------|---------|-----------|-----------|--------------------|--------------------|
| ANP | 422.183 | 318.851 | 434.870 | 874.917 | 1.420.919 | 1.680.931 | 2.189.439 |
| Anatel | 1.058.991 | 839.396 | 825.389 | 1.032.965 | 1.228.723 | 754.665 | 823.483 |
| Anvisa | — | 249.095 | 374.789 | 353.940 | 352.400 | 245.892 | 244.489 |
| Aneel | 406.102 | 322.381 | 323.602 | 393.247 | 303.129 | 240.076 | 219.041 |
| ANA | — | — | — | 454.691 | 483.500 | 236.204 | 146.948 |
| ANTT | — | — | — | — | 188.659 | 109.403 | 108.720 |
| ANS | — | — | 115.085 | 126.740 | 125.229 | 98.976 | 80.934 |
| Antaq | — | — | — | — | 44.340 | 35.549 | 35.892 |

Fonte: Execução do Orçamento da União, 1998-2002.

No entanto, dificuldades operacionais e medidas judiciais evitaram a formação de um quadro permanente de funcionários em cada agência reguladora. Tal situação, além de tornar o trabalho nas agências pouco atrativo, faz que seus membros fiquem ainda mais vulneráveis à captura, e que seja alta a rotatividade de funcionários. Isso impede que a agência reguladora desenvolva uma memória satisfatória que permita regular com maior propriedade os mercados que estão sob sua jurisdição.

Diante dessa situação, a saída encontrada foi o uso da contratação temporária, requisição de servidores a outros órgãos da União e preenchimento de cargos comissionados. O quadro 3.8 descreve como se dá a formação do quadro de funcionários em cada uma das agências reguladoras.

⁴¹ Orçamento previsto pela Lei Orçamentária para 2003.

⁴² Orçamento previsto pelo Projeto de Lei Orçamentária para 2004.

Quadro 3.8: Quadro de funcionários das agências

| Agência Reguladora | Autorização para contratação temporária | Prerrogativa de requisitar servidores da Administração Pública Federal | Cargos comissionados |
|--------------------|--|--|--|
| Aneel | Sim | Sim | 22 DAS 101.5, 1 DAS 101.4, 5 DAS 102.5, 5 DAS 102.4, 21 DAS 102.3, 12 DAS 102.1 e mais 130 cargos FCE, total de 196 cargos de confiança. |
| Anatel | Sim | Sim | 144 DAS e 25 funções comissionadas. |
| ANP | Sim | Sim | Absorção dos cargos em comissão e funções gratificadas existentes no DNC. |
| Anvisa | Sim | Sim | 5 DAS 102.5, 18 DAS 101.5, 42 DAS 101.4, 3 DAS 102.1 e 274 funções comissionadas. |
| ANS | Sim, por período não superior a 36 meses, sendo as contratações temporárias não superiores a 12 meses. A agência poderá ainda contratar especialistas para a execução de trabalhos nas áreas técnica, científica, econômica e jurídica, por projetos ou prazos limitados. | A ANS pode requisitar, com ônus e para a ocupação de cargos comissionados, servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal. | 5 cargos de Natureza Especial, 11 DAS 101.5, 6 DAS 102.5, 5 DAS 102.4, 1 DAS 101.4, 1 DAS 101.5, 31 DAS 101.4. |
| ANA | Sim | Sim, com ônus pelo prazo máximo de 24 meses para exercício em cargo sem comissão ou função de confiança. | Criação de 5 cargos de Natureza Especial, 9 DAS 101.5, 5 DAS 102.5, 17 DAS 101.4, 1 DAS 102.4, 8 DAS 101.3, 2 DAS 101.2 e 2 DAS 102.1; 150 cargos de confiança denominados Cargos Comissionados de Recursos Hídricos (CCRH). |
| ANTT | Sim, por prazo não excedente a 36 meses do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas atribuições institucionais (implementação, acompanhamento e avaliação de projetos e programas de caráter finalístico na área de transportes, imprescindíveis à implantação e à atuação da agência). | Absorção de servidores do Regime Jurídico Único, dos quadros de pessoal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e do Ministério dos Transportes. | 5 cargos comissionados de Direção CD, 62 de Gerência Executiva CGE, 23 de Assessoria CA e 56 de Assistência CAS; 483 Cargos Comissionados Técnicos (CCT). |
| Antaq | Sim, por prazo não excedente a 36 meses do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas atribuições institucionais (implementação, acompanhamento e avaliação de projetos e programas de caráter finalístico na área de transportes, imprescindíveis à implantação e à atuação da agência). | Absorção de servidores do Regime Jurídico Único, dos quadros de pessoal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e do Ministério dos Transportes. | 3 cargos comissionados de Direção – CD, 30 de Gerência Executiva – CGE, 13 de Assessoria – CA e 21 de Assistência – CAS; 143 Cargos Comissionados Técnicos (CCT). |

O quadro 3.9 indica, em ordem decrescente, o número de funcionários trabalhando atualmente em cada uma das agências reguladoras. Nota-se como algumas agências reguladoras, como é mais uma vez o caso da ANA, não detêm os requisitos necessários para o exercício apropriado de suas funções.

Quadro 3.9: Número de funcionários das agências

| Agência Reguladora | Número de Funcionários |
|--------------------|------------------------|
| Anatel | 1.486 |
| Anvisa | 724 |
| ANP | 657 |
| ANS | 515 |
| ANTT | 483 |
| Aneel | 325 |
| Antaq | 143 |
| ANA | 114 |

Apresentados os mecanismos que asseguram a necessária independência das agências reguladoras, é preciso analisar os instrumentos de transparência e participação da sociedade nas agências reguladoras. Como visto, são estes elementos que conferem *accountability* às agências reguladoras e contribuem para a sua atuação eficaz, sobrepesando os diversos interesses conflitantes na busca do interesse público.

Quadro 3.10: Instrumentos de transparência e participação nas agências

| Agência Reguladora | Participação organizada da sociedade | Transparência/Prestação de contas |
|--------------------|---|---|
| Aneel | O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da agência ou de anteprojeto de lei proposto pela Aneel, será precedido de audiência pública. | As reuniões da Diretoria da Aneel que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre estes e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições. A administração da Aneel será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, no qual servirá de peça de referência em auditoria operacional. ⁴³ |

continua

⁴³ Conforme a legislação que criou a ANEEL, o contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL, a que se refere o art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei. Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia e os procedimentos administrativos, o contrato de gestão deve estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do desempenho da agência. O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da agência, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

continuação

| Agência Reguladora | Participação organizada da sociedade | Transparência/Prestação de Contas |
|--------------------|--|---|
| Anatel | À agência compete implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações, expedir normas quanto a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, submetendo previamente à consulta pública as propostas a serem levadas ao Presidente. | As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicações serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições. |
| ANP | As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento. | As sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão públicas. |
| Anvisa | Existência de um Conselho Consultivo formado por representantes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários. | Contrato de gestão negociado entre seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado da Saúde, ouvidos previamente os Ministros da Fazenda e do Planejamento no prazo mínimo de 120 dias seguintes à nomeação do Diretor-Presidente. ⁴⁴ |
| ANS | Por meio da Câmara de Saúde Suplementar. | Compete à Diretoria elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades. E encaminhar os demonstrativos contábeis da ANS aos órgãos competentes. A Administração da ANS é regida por um contrato de gestão negociado entre seu Diretor-Presidente e o Ministro da Saúde e aprovado pelo Conselho de Saúde Suplementar, que estabelece os parâmetros para a administração interna da ANS e os indicadores que permitem avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho. ⁴⁵ |
| ANA | _____ | Dará publicidade aos pedidos de outorga de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, bem como aos atos administrativos que deles resultarem, por meio de publicação na imprensa oficial e em pelo menos um jornal de grande circulação na respectiva região. Compete à Diretoria: elaborar e divulgar relatórios sobre as atividades da agência e encaminhar tais demonstrativos contábeis da agência aos órgãos competentes. |

continua

⁴⁴ Conforme a legislação que criou a ANVISA, o contrato de gestão é o instrumento de avaliação da atuação administrativa da agência, estabelecendo os parâmetros para a administração interna da autarquia bem como os indicadores que permitam quantificar, objetivamente, a sua avaliação periódica.

⁴⁵ Conforme a legislação que criou a ANS, o contrato de gestão estabelecerá os parâmetros para a administração interna da agência, bem como os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho.

continuação

| Agência Reguladora | Participação organizada da sociedade | Transparência/Prestação de Contas |
|--------------------|---|---|
| ANTT | As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública. | As decisões da Diretoria da agência serão registradas em atas que ficarão disponíveis para conhecimento geral, juntamente com os documentos que as instruem, quando a publicidade não colocar em risco a segurança do País ou violar segredo protegido. |
| | Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos da agência, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização. | |
| Antaq | As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública. | As decisões da Diretoria da agência serão registradas em atas que ficarão disponíveis para conhecimento geral, com os documentos que as instruem, quando a publicidade não colocar em risco a segurança do país ou violar segredo protegido. |
| | Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos da agência, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização. | |

Analisados os elementos estruturais das agências reguladoras, cumpre também verificar a previsão legal acerca do seu relacionamento com as outras agências e os demais órgãos de governo. No entanto, antes disso, proceder-se-á à análise dos objetivos, que motivaram a criação de cada agência reguladora, conforme expressos nas respectivas legislações.

Quadro 3.11: Objetivos das agências

| Agência Reguladora | Objetivos |
|--------------------|--|
| Aneel | Promover a regulação e a fiscalização da produção, a transmissão, da distribuição e a comercialização de energia elétrica. |
| Anatel | Promover a regulação e a fiscalização das telecomunicações brasileiras. |
| ANP | Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. |
| Anvisa | Promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, até mesmo dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras. |
| ANS | Regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde. Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, até mesmo quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. |
| ANTT | Implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes. Regular ou supervisionar, em sua esfera, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: i) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e nas tarifas; ii) harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, de empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica. |

continua na próxima página

continuação

| Agência Reguladora | Objetivos |
|--------------------|--|
| Antaq | Implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes; Regular ou supervisionar, em sua esfera, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: i) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e nas tarifas; ii) harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, de empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica. |
| ANA | Implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos. |

No cumprimento de suas funções, cabe às agências reguladoras promover a concessão para a utilização de recursos públicos ou prestação de serviços. O quadro 3.12 indica os direitos cujo poder de concessão recai sobre cada agência reguladora e ainda informa a possibilidade de as agências reguladoras delegarem seus poderes a outras autoridades.

Quadro 3.12: Direitos concedidos pelas agências

| Agência Reguladora | Direitos concedidos | Possibilidade de delegação do poder de outorga da agência |
|--------------------|---|--|
| Aneel | Autorização para execução e exploração de serviços e instalações de energia elétrica. Autorização para centrais geradoras termelétricas. | A Aneel pode firmar convênios, para descentralizar as atividades, com os estados e o Distrito Federal. |
| Anatel | Concessão e autorização para exploração de serviço de telecomunicações no regime público e no privado. | Não. |
| ANP | Todos os direitos referentes às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural em território nacional. O acervo técnico constituído pelos dados e pelas informações sobre as bacias sedimentares brasileiras é também considerado parte integrante dos recursos petrolíferos nacionais, cabendo à ANP sua coleta, manutenção e administração. Autorização para a construção de refinarias e unidades de processamento de gás, bem como para ampliação de sua capacidade. Autorização para a construção de instalações e realização do transporte de petróleo, derivados e gás natural. Autorização para exercer a atividade de importação e exportação de petróleo, derivados, gás natural e condensado. | Não. |

continua

continuação

| Agência Reguladora | Direitos “concedidos” | Possibilidade de delegação do poder de outorga da agência |
|--------------------|--|--|
| Anvisa | Registro de produtos, autorização para funcionamento de empresas, certificado de boas práticas etc. | <p>A agência poderá delegar aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a execução das atribuições que lhe são próprias, excetuadas as previstas nos inc. I, V, VIII, IX, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX do art. 7 da Lei nº 9.782.</p> <p>A agência poderá assessorar, complementar ou suplementar as ações estaduais, municipais e do Distrito Federal para o exercício do controle sanitário.</p> <p>A agência poderá delegar a órgão do Ministério da Saúde a execução de atribuições previstas no art. 7º da Lei nº 9.782 relacionadas a serviço médico-ambulatorial-hospitalares, previsto nos 2º e 3º do art. 8º da mesma Lei, conservadas as vedações definidas no § 1º do art. 7º.</p> <p>A agência deverá pautar sua atuação sempre em observância às diretrizes estabelecidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dar seguimento ao processo de descentralização da execução de atividades para Estados, Distrito Federal e municípios, observadas as vedações relacionadas no § 1º do art. 7º da Lei nº 9.782.⁴⁶</p> |
| ANS | <p>Autorização para funcionamento dos planos privados de assistência à saúde.</p> <p>Autorização para oferta de produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde.</p> | O Presidente da República poderá determinar que os ajustes e as revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde sejam autorizados em ato conjunto dos Ministros de Estado da Fazenda e da Saúde (art. 4, § 3º). |
| ANA | Direito de uso de recursos hídricos de domínio da União. ⁴⁷ | Poderá delegar ou atribuir a agências de água ou de bacia hidrográfica a execução de atividades de sua competência nos termos do art. 44 da Lei nº 9.433 e demais dispositivos aplicáveis. |
| ANTT | <p>Concessão para a exploração das ferrovias e das rodovias e para o transporte de passageiros e cargas.</p> <p>Autorização para o transporte rodoviário de passageiros sob o regime de afretamento.</p> | Constitui diretriz geral do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes terrestres descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. |
| Antaq | <p>Concessão para a exploração das vias navegáveis e dos portos organizados.</p> <p>Autorização para a construção e a operação de terminais portuários privativos.</p> | Constitui diretriz geral do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviários descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. |

⁴⁶ O Ministério da Saúde poderá determinar a realização de ações previstas nas competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em casos específicos e que impliquem risco à saúde da população.

⁴⁷ Nos casos de empresas autorizadas ou concessionárias de serviços públicos de geração de energia elétrica o direito de uso de recursos hídricos é outorgado por um prazo coincidente com a duração dos atos de autorização ou contratos de concessão realizados pela ANEEL.

Não existe uma previsão legal geral que discipline a relação das agências entre si e com os demais órgãos de governo, especialmente com as autoridades de defesa da concorrência. O quadro 3.13 apresenta as previsões a esse respeito existentes em cada um dos diplomas legais que criaram as agências reguladoras, bem como os convênios celebrados entre as agências reguladoras e as autoridades de defesa da concorrência.

Quadro 3.13: Articulação das agências

| Agência Reguladora | Articulação |
|--------------------|---|
| Aneel | Articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos. Para licitar a concessão ou autorizar o uso de potencial de energia hidráulica em corpo de água de domínio da União, a Aneel deverá promover com a ANA a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica. Convênios celebrados entre a Aneel e as autoridades de defesa da concorrência visando à cooperação na defesa da livre concorrência. |
| Anatel | As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nessa Lei, e os atos de infração contra a ordem econômica são considerados de competência do Cade. |
| ANP | Quando no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Cade para que este adote as providências cabíveis. Convênios celebrados entre a ANP e as autoridades de defesa da concorrência visando à cooperação na defesa da livre concorrência. |
| Anvisa | _____ |
| ANS | _____ |
| ANA | Articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Articulação com o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) para a definição das condições de operação de reservatórios de aproveitamentos hidrelétricos. |
| ANTT | A agência articular-se-á com as demais agências para resolução das interfaces do transporte terrestre com os outros meios de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens. ⁴⁸ A agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Cade, à SDE ou à Seae. |
| Antaq | A agência articular-se-á com as demais agências para resolução das interfaces do transporte aquaviário com as outras modalidades de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens. ⁴⁹ A agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Cade, à SDE ou à Seae. |

⁴⁸ A agência deve ainda (i) harmonizar sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encarregados do gerenciamento de seus sistemas viários e das operações de transporte intermunicipal e urbano e (ii) articular-se com entidades operadoras do transporte dutoviário, para resolução de interfaces intermodais e organização de cadastro do sistema de dutovias do Brasil.

⁴⁹ A agência deve ainda harmonizar sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados e dos Municípios encarregados do gerenciamento das operações de transporte aquaviário intermunicipal e urbano.

Apresentadas as principais características que cercam a atuação das agências reguladoras no Brasil, serão expostos, a seguir, os elementos que devem constar em legislação que discipline e harmonize sua atuação.

3.1 Elementos necessários a uma Lei Geral das Agências

É urgente harmonizar o funcionamento das agências por meio de uma lei geral que as discipline e criar um mecanismo específico dentro do Congresso Nacional para auxiliar na atividade de fiscalização.

A harmonização da atuação das agências reguladoras, nos moldes do *Administrative Procedure Act* americano, facilitará o desenvolvimento dos instrumentos de participação popular, de transparência administrativa e de prestação de contas pelas agências reguladoras. Pode-se dizer que, além de reduzir os custos de transação dos agentes privados, essa medida permitirá uma *redução dos custos de participação do cidadão, bem como dos custos de fiscalização pelo Estado das atividades das agências reguladoras*.

Uma lei geral que discipline as agências reguladoras não deve engessar demasiadamente o seu funcionamento e não deve eliminar os incentivos para que as agências reguladoras criem mecanismos adicionais de participação social e transparência. Dessa forma, uma lei geral deve estabelecer procedimentos mínimos a serem observados pelas agências reguladoras, que poderão ser: *i)* afastados em hipóteses específicas que justificadamente o tornem prescindíveis; e *ii)* complementados por cada agência reguladora.

Quadro 3.14: Características principais de uma Agência Reguladora

| |
|----------------------|
| Independência |
| Transparência |
| Delimitação precisa |
| Autonomia financeira |
| Excelência técnica |

Uma lei geral que discipline a atuação das agências reguladoras no Brasil deve conter os seguintes elementos:

- Processo de indicação e nomeação dos dirigentes das agências reguladoras e outorga de mandatos, sendo específicas e estritas as hipóteses de destituição dos dirigentes.

O procedimento previsto para a totalidade das agências reguladoras no Brasil segundo o qual o Presidente indica o dirigente da agência e o nomeia após aprovação do Senado tem se mostrado adequado. As hipóteses de destituição dos dirigentes hoje existentes nas diversas legislações que criaram as agências reguladoras também são adequadas, devendo apenas ocorrer sua uniformização e a eliminação da possibilidade de destituição injustificada do dirigente da agência reguladora nos primeiros quatro meses de mandato, uma vez que não há nenhuma justificativa plausível para essa previsão.

É preciso também que reste incontroverso que o Diretor-Presidente da agência é nomeado para essa posição específica, e não pode ser destituído de sua posição, permanecendo como um Diretor da agência. A existência dessa possibilidade daria ensejo a pressões e manobras políticas.

Recomenda-se ainda que a lei estipule um mecanismo para evitar que as agências fiquem acéfalas em razão de demoras no processo de nomeação de seus novos dirigentes. Uma sugestão nesse sentido pode ser a de que o antigo dirigente permaneça na posição, por um período máximo de seis meses, até que o novo dirigente seja nomeado e tome posse.

- Duração do mandato dos dirigentes e impossibilidade de recondução.

Não há características específicas em um determinado mercado que motivem que os dirigentes de diferentes agências reguladoras tenham mandato de duração distinta. Assim, sugere-se uniformização da duração do mandato para todos os dirigentes das agências reguladoras. A possibilidade de recondução também deve ser vedada uma vez que ela diminui a independência política dos dirigentes.

- Quarentena dos diretores das agências reguladoras.

É importante que a legislação preveja, como ocorre atualmente com as legislações que criaram as agências reguladoras, à exceção da legislação da ANA, período de quarentena para os diretores após deixarem seus cargos. O prazo de um ano parece razoável e a extensão da limitação adotada na Lei nº 9.472, que criou a Aneel, cobre os riscos que se deseja evitar. Segundo essa previsão, durante o período de quarentena, o ex-dirigente da agência não pode prestar, direta ou indiretamente, serviços às empresas sob regulamentação ou fiscalização da agência, até mesmo controladas, coligadas ou subsidiárias.⁵⁰

Considerando a necessidade de recursos dos dirigentes nesse período, sugere-se que seja adotada a regra segundo a qual, durante o período de quarentena, o ex-diretor da agência reguladora faça jus à remuneração e preste serviços a outro órgão da Administração Federal. Entretanto, entende-se que essa regra deve ser facultativa, somente sendo aplicada quando o ex-dirigente da agência assim optar, uma vez que escolhendo por esse vínculo a pessoa estará impossibilitada de exercer qualquer outra atividade vedada a funcionários públicos regulares.

- Requisitos necessários para exercer a função de dirigente das agências reguladoras.

Além dos requisitos de reputação ilibada e conhecimento técnico, é importante que os dirigentes da agência reguladora não exerçam qualquer outra atividade durante o período em que atuarem na agência e não tenham vínculos com as empresas reguladas. A previsão da Lei nº 9.984, que criou a ANA, é um bom exemplo a ser seguido. Segundo essa legislação, é vedado aos dirigentes da agência o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária. É vedado ainda ao dirigente da agência ter interesse direto ou indireto em empresa regulada⁵¹.

⁵⁰ Também deve ser considerada a extensão da aplicação desta regra a outros dirigentes da agência além dos diretores, como supervisores, gerentes, etc.

⁵¹ Esta vedação não se aplica aos casos de atividades profissionais decorrentes de vínculos contratuais mantidos com entidades públicas ou privadas de ensino e pesquisa.

É imprescindível que a lei estabeleça critérios técnicos rigorosos para os dirigentes das agências, em razão do caráter técnico, e não essencialmente político, da função que desempenham.

- Previsão da figura do Procurador-Geral.

É importante que as agências reguladoras apresentem em sua estrutura legal um Procurador-Geral, uma vez que elas detêm personalidade jurídica própria.

- Obrigatoriedade de as agências reguladoras prepararem e divulgarem relatório anual.

Para facilitar a fiscalização das agências, bem como deixar claro as suas metas e planejamento, é importante que a legislação determine a obrigatoriedade das agências reguladoras em elaborar relatório anual que deve ser encaminhado ao Congresso Nacional e disponibilizado no *site* da agência na Internet e nos escritórios da agência.

O relatório deve descrever o trabalho realizado pela agência e indicam o seu planejamento e objetivos, bem como indicadores objetivos de suas ações regulatórias e daquelas que pretende adotar no futuro.⁵²

A elaboração de relatório anual pelas agências reguladoras também permite uma melhor comparação entre o trabalho das diferentes agências reguladoras e o estabelecimento e a fiscalização de metas concretas.

- Criação de um órgão no Congresso Nacional encarregado da fiscalização das agências reguladoras.

Conforme foi visto, é muito importante que seja assegurada a independência técnica das agências reguladoras. Isso não significa que as agências reguladoras devam ser independentes da fiscalização do Estado. A atuação das agências reguladoras é

⁵² Este relatório apresenta características comuns a um plano de negócios (*business plan*) preparado pelas empresas.

disciplinada pela legislação e foi em decorrência da complexidade dos assuntos que o Poder Legislativo optou por delegar a entes especializados a regulação de certos setores da atividade econômica. O Congresso Nacional tem competência para alterar a legislação e conseqüentemente, disciplinar a atuação das agências reguladoras. Assim, nada mais natural que um órgão do Congresso, e não do Poder Executivo, exerça em bases permanentes fiscalização sobre as agências reguladoras.

- Criação de varas e câmaras especializadas em matérias regulatórias.

Em razão da importância social, do dinamismo e da profundidade técnica das questões relacionadas à atuação das agências reguladoras, é necessário que a lei crie varas e câmaras especiais para a apreciação no Poder Judiciário das decisões das agências reguladoras. O respeito ao tempo econômico e o aparelhamento técnico são essenciais para o bom funcionamento desses juízos especiais.

- Estabelecimento de um procedimento para a adoção de regulação.

A legislação deve estipular um procedimento transparente e que envolva a participação dos diferentes agentes, incluindo os consumidores, para a edição de regulação.

Basicamente, tal procedimento deve determinar que as agências reguladoras publiquem no Diário Oficial da União e divulguem em sua página na Internet as regulações que pretendem adotar e as justificativas para tanto, conferindo aos interessados período mínimo para se manifestarem acerca das premissas e dos objetivos da agência reguladora e acerca da regulação proposta. Após esse período, a agência reguladora deve apresentar sua proposta final acompanhada de relatório no qual contempla as manifestações feitas. Essa fase também deve ser seguida de um período para que haja pronunciamento das partes interessadas, podendo em seguida a agência reguladora, após também contemplar essas manifestações, editar a regulação final.

- Exigência de justificação das regulações adotadas pelas agências reguladoras.

As justificativas utilizadas pelas agências reguladoras para a adoção de regulações deverão necessariamente informar as razões pelas quais formas alternativas à regulação direta estão sendo descartadas e ela está optando por esse instrumento⁵³.

Conforme foi apresentado neste estudo, a regulação direta deve ser o último recurso a ser lançado pelas agências reguladoras, especialmente em razão das distorções que podem gerar no funcionamento do mercado.

- Obrigatoriedade de análise custo-benefício.

É importante evitar que regulação exagerada gere ônus aos agentes e crie barreiras à entrada nos diferentes mercados. Dessa forma, a legislação deve exigir da agência, ao propor uma regulação e ao editar a regulação final, que se realize análise dos custos que serão gerados – tanto privados (em decorrência do cumprimento da regulação pelos agentes econômicos) quanto públicos (em razão do dispêndio de recursos da agência reguladora na fiscalização da regulação) – e dos benefícios sociais que a regulação acarretará.

Essa análise também deve ser levada em consideração na decisão de se criar ou não uma agência reguladora.

Quadro 3.15: Antes de criar uma agência reguladora

Há uma falha de mercado?

A regulação não acarreta uma falha de Estado maior do que a falha de mercado?

A regulação exige uma agência reguladora?

- Exigência de realização de audiência pública pela agência em certos casos.

Nas hipóteses em que a regulação da agência reguladora tenha maior impacto, a legislação deve exigir que no processo de adoção da regra seja realizada audiência pública.

⁵³ Mecanismo semelhante é exigido nos Estados Unidos, denominado *Regulatory Impact Analysis* (RIA), descrito no Capítulo 4.

- Obrigatoriedade de transparência dos atos das agências reguladoras.

A transparência é um princípio que deve pautar a atuação das agências reguladoras, como de resto toda a Administração Pública. A legislação deve determinar que, ressalvados os casos em que há interesse público ou privado que justifique a adoção da confidencialidade, os atos das agências reguladoras devem ser amplamente divulgados, até mesmo na Internet. As audiências realizadas pelas agências, incluindo as audiências de julgamento de processos administrativos, a exemplo do que ocorre atualmente com o Cade, também devem ser abertas ao público.

É igualmente importante que as agências reguladoras informem ao público a agenda de seus atos e eventos, como forma de facilitar e ordenar a participação popular.

A obrigatoriedade de transparência deve ser complementada pela obrigação de as agências reguladoras motivarem todos os seus atos, o que também corrobora a possibilidade de uma melhor fiscalização pela sociedade.

É natural que os diversos grupos de interesse tentem influenciar as regulações adotadas pelas agências. O que deve ser evitado é que a influência dos diferentes grupos de pressão ocorra de maneira não-transparente, comprometendo a imprescindível imparcialidade das agências reguladoras.

- Obrigatoriedade de as agências reguladoras adotarem linguagem clara e direta.

A legislação deve determinar expressamente que as agências reguladoras adotem linguagem simples e direta em todos os seus atos e documentos. Essa medida facilita o acompanhamento da atuação da agência e o cumprimento das regulações pelos consumidores e pelo conjunto da população.

- Independência das decisões das agências reguladoras.

Das decisões das agências reguladoras, tanto na edição de regulação como no julgamento de processos administrativos, não deve caber revisão pelo Poder Executivo, mas somente pelo Poder Judiciário.

- Articulação das agências reguladoras.

A complexidade da atividade econômica faz que muitos assuntos envolvam simultaneamente áreas de competência de diferentes agências reguladoras, criando um sério potencial de conflito, custoso tanto para os agentes privados quanto para as autoridades públicas. Para enfrentar essa questão, é preciso que a comissão do Congresso Nacional encarregada da fiscalização das agências estimule a articulação e a cooperação dos órgãos reguladores. Com vistas a facilitar a atuação dos agentes econômicos, a legislação deve determinar que atividades que exijam, em princípio, mais de uma autorização ou licença por parte de diferentes divisões da mesma agência reguladora ou de agências diferentes devem ser emitidas de forma conjunta.

A legislação deve estabelecer também que conflitos entre as agências reguladoras devem ser mediados no âmbito desse órgão a ser criado, e podem ser levantados tanto pelas próprias agências quanto por qualquer interessado.

- Articulação das agências reguladoras com as autoridades de defesa da concorrência.

Conforme será discutido em maior detalhe no próximo capítulo, a legislação deve determinar que as agências reguladoras informem às autoridades de defesa da concorrência as infrações à ordem econômica de que tiverem conhecimento nos respectivos mercados regulados e colaborem prontamente na análise de infrações à ordem econômica e de atos de concentração por essas autoridades envolvendo tais mercados.

Sugere-se que as agências, sem prejuízo da obrigação de notificar às autoridades de defesa da concorrência infrações à Lei nº 8.884, também detenham competência para instruir processos de infrações à ordem econômica e levá-los diretamente ao julgamento do Cade, com vistas a garantir maior agilidade e eficiência no processo.

Caberia predominantemente às agências setoriais as análises técnica e econômica e às autoridades de defesa da concorrência a aplicação final da lei de defesa da concorrência no âmbito administrativo.

- Simplificação das exigências feitas pelas agências.

Também com vistas a reduzir os custos da atividade econômica, sugere-se que as agências reguladoras busquem constantemente simplificar as exigências que são feitas dos agentes econômicos⁵⁴, evitando a duplicação das exigências ou as informações desnecessárias⁵⁵.

- Resolução dos óbices legais à estruturação de quadro de funcionários.

A nova legislação deve enfrentar os óbices legais que motivaram a adoção de decisões judiciais que vêm impedindo a estruturação de quadro permanente de funcionários nas agências reguladoras.

É importante também que as agências reguladoras sejam capazes de oferecer plano de carreira com incentivos semelhantes àqueles existentes na iniciativa privada, como bônus, a fim de manter profissionais gabaritados.

- Definição clara das competências das agências reguladoras.

Transparência aliada à definição clara das competências são dois aspectos importantes para assegurar a *accountability* das autoridades públicas. É preciso que restem claros as funções e os poderes de cada agência reguladora.

⁵⁴ Nos Estados Unidos, por exemplo, no que tange à autorização para armazenamento de lixos tóxicos, a agência reguladora está desenvolvendo uma autorização padrão por meio da qual uma empresa pode obter a autorização, sem a necessidade de avaliações específicas do lugar de armazenamento ou negociações individuais, se ela puder demonstrar que possui unidades de armazenagem de lixo tóxico que atendam aos critérios mínimos de funcionamento. Um outro exemplo se refere à agência que regula a pesca nos Estados Unidos, que permite que a licença necessária para a pesca do atum seja obtida pela internet de forma rápida. Por fim, cabe citar o exemplo, também americano, da agência que regula as exportações, que permite que os pedidos de licenças para a realização de exportações sejam submetidos pela internet gratuitamente.

⁵⁵ A exigência de informações desnecessárias na área de defesa da concorrência ficou conhecida como "curiosidade antitruste", e é comum em atividades novas, como a atividade regulatória.

Além da definição precisa, é necessário, no entanto, que à agência sejam conferidos poderes suficientes para o estabelecimento de um marco regulatório eficaz e do bom funcionamento dos mercados. Dessa forma, especialmente em razão da existência de empresas públicas em alguns setores regulados, é necessário que o poder das agências inclua o de realizar licitações para a outorga de concessões a agentes privados e o poder de regulá-las.⁵⁶

- Fortalecimento dos poderes de investigação das agências.

Além de atuar no estabelecimento do marco regulatório, as agências reguladoras fiscalizam as empresas que atuam no mercado regulado. Por essa razão, é importante que sejam fortalecidos seus poderes fiscalizatórios, incluindo a prerrogativa para convocar testemunhas, realizar vistorias, aplicar penalidades, visando tornar mais efetiva a fiscalização, que, em última análise, assegura a eficiência do marco regulatório.

- Criação de uma *vacatio legis* de trinta dias para aplicação das regulações adotadas pelas agências.

Essa medida, que obviamente poderá sofrer exceções quando o interesse público assim o exigir, tem o condão de conferir aos agentes regulados maior tempo para se adequarem às novas exigências do marco regulatório, muito embora a transparência presente no processo de adoção da regulação também contribua para a realização desse efeito.

- Criação e divulgação de um banco de dados contendo o corpo de regulações das agências.

Além da obrigação de que todas as regulações das diversas agências reguladoras sejam publicadas no Diário Oficial da União e disponibilizadas na página na Internet de cada agência, é útil que, assim como ocorre com as leis, seja criado pelo Poder Executivo ou pelo

⁵⁶ Para maiores justificativas a este respeito, ver item 2 do Capítulo 6 que comenta a proposta de legislação formulada pelo Governo.

Congresso Nacional um banco de dados contendo todas as regulações em vigor da totalidade das agências reguladoras.⁵⁷ Essa medida visa reforçar a transparência e facilitar a vida dos agentes econômicos, diminuindo o custo de acesso à informação. Sugere-se também que esse *site* divulgue as propostas de regulações que são objeto de consulta por parte das agências.

- Previsão de um mecanismo de disputa de controvérsias nas agências reguladoras.

A *expertise* das agências reguladoras também deve ser usada para a resolução de conflitos existentes na indústria regulada, seja entre as diferentes empresas, seja entre empresas e consumidores ou mesmo entre governo e empresas. A criação e o fortalecimento de um mecanismo efetivo de disputa de controvérsias dentro da agência reguladora permitem que se alcance uma solução técnica e satisfatória de forma mais rápida, ajudando a desafogar o Poder Judiciário. Esse mecanismo também deverá permitir uma solução em conformidade com o marco regulatório.

- Capacitação do Poder Judiciário.

A criação de um mecanismo eficaz de disputa de controvérsias dentro da estrutura da agência diminuirá o recurso ao Poder Judiciário, especialmente considerando a maior agilidade e o conhecimento técnico desse instrumento. No entanto, é inevitável que o Poder Judiciário venha a ser envolvido em algumas das disputas. Assim, torna-se necessário que tal Poder tenha a capacitação necessária para avaliar as questões suscitadas, incluindo a contratação de técnicos capacitados.

A criação de varas especializadas e o trâmite processual privilegiado, em respeito ao tempo econômico, também são duas medidas a serem consideradas em vista da especificidade das questões a serem analisadas.

- Participação das agências reguladoras na formulação de políticas públicas.

⁵⁷ Nos Estados Unidos existe o *Code of Federal Regulations*, que contém as regulações em vigor de forma indexada e também está disponível *on-line* no site www.gpo.gov/nara/cfr/index.html.

Embora as agências reguladoras sejam órgãos encarregados de regular e fiscalizar os mercados em que estão presentes, considerando a *expertise* das agências e a inegável relação entre decisões de investimento, concessão de subsídios e taxaço com o bom funcionamento do marco regulatório, é importante que opinem sobre as decisões de política industrial realizadas pelo Poder Executivo, respeitada, é claro, sua independência.

Igualmente importantes para o bom funcionamento das agências reguladoras são as seguintes medidas que não dependem de alteração do marco legal:

1. treinamento adequado dos reguladores, até mesmo em matérias como análise de negociação e relações com a mídia;
2. intercâmbio de experiências, de pessoal e de material com agências reguladoras de outros países, incluindo a celebração de convênios e de redes de cooperação formadas pelas agências;⁵⁸
3. contratação de auditoria externa para fiscalizar a atuação das agências;
4. realização de campanhas pelo governo para destacar os benefícios gerados pelas agências reguladoras e pelo cumprimento do marco regulatório, propiciando o suporte político e popular necessário às agências reguladoras.

Apresentados os elementos que devem constar de uma lei geral que discipline e harmonize o funcionamento das agências reguladoras no Brasil, cabe discutir a proposta formulada pelo Poder Executivo, por intermédio de Grupo de Trabalho Interministerial constituído pela Presidência da República, em março de 2003.

⁵⁸ Exemplos dessas redes de cooperação entre as agências reguladoras de diferentes países são a *Hemispheric Energy Regulations Conference* e o *International Forum for Utility Regulation*.



4. Comentários sobre as Propostas do Poder Executivo

O Poder Executivo colocou propostas sob consulta pública e mais recentemente enviou um projeto de lei geral sobre as agências reguladoras. O objetivo deste capítulo é resgatar os principais pontos desse debate. As proposições específicas de emendas estão no quadro anexo na parte final do trabalho

O governo federal colocou em consulta pública, em 23 de setembro de 2003, dois projetos de legislação que dispõem sobre a atuação das agências reguladoras, instituindo mecanismos de controle social sobre as decisões das agências, disciplinando o relacionamento entre os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras e entre as próprias agências, também no âmbito estadual e municipal, e redefinindo algumas competências atualmente detidas pelas agências reguladoras.

A elaboração desses dois projetos derivou de esforço realizado por Grupo de Trabalho Interministerial formado no governo federal em março de 2003 com o objetivo de analisar o marco institucional referente à atuação das agências reguladoras e propor aperfeiçoamentos legais. A seguir serão tecidas críticas fundamentadas a cinco dos principais pontos dos projetos.

4.1. Desenho institucional ótimo de uma agência reguladora e a importância de sua independência

De acordo com a discussão anterior, o desenho ideal de uma agência reguladora deveria conter seis elementos. Em primeiro lugar, essa agência ideal deveria ser independente, exigindo uma mudança da cultura de centralização administrativa que prevalece no país desde os gabinetes do Império.

A independência permite insular as instâncias de decisão técnica das pressões políticas de toda ordem. Suavizam-se, dessa forma, mudanças súbitas na regulação dos mercados ao sabor das conjunturas político-eleitorais.

Oscilações freqüentes nessa área em razão da natural alternância no poder aumentam a incerteza e resultam em maior custo de capital. No cálculo da taxa de risco de um projeto, o risco regulatório constitui componente importante. A instabilidade de regras encarece as inversões produtivas, inibindo dessa forma o crescimento.

Assim, a independência de agências reguladoras permite suavizar as mudanças na regulação dos mercados. Alterações súbitas nessa área em razão da natural alternância no poder aumentam a incerteza e resultam em maior custo de capital.

Ressalte-se que a independência dos reguladores não impede a implementação de políticas setoriais por parte dos governos eleitos. O Poder Executivo continua tendo papel essencial na escolha dos titulares das agências. Contudo, quando essa prerrogativa é exercida de forma desconcentrada no tempo, obtém-se maior estabilidade da regulação. Decorre daí a vantagem de mandatos fixos dos dirigentes de agências, não coincidentes com os dos titulares máximos dos executivos federal, estadual e municipal, conforme proposto no capítulo anterior.

Em segundo lugar, a atuação da agência deve ser pautada pela máxima transparência. Mecanismos como os da audiência pública e os recursos disponíveis pela Internet têm se revelado extremamente úteis em vários países, até mesmo no Brasil.

Em terceiro lugar, a sistemática prestação de contas à sociedade é essencial para o controle democrático desses organismos. Nos EUA, o Congresso exerce um papel decisivo nesse aspecto. O Legislativo brasileiro terá de realizar um sério esforço nessa matéria. A exigência de relatórios periódicos detalhados e claros tem se revelado útil em diversas jurisdições.

Em quarto lugar, é necessário, na mesma direção do controle social sobre as agências, definir com precisão os limites de sua competência. A independência desejável não é

aquela que permite a edição de vasto conjunto de normas, muito além daquilo que está previsto na legislação. Pelo contrário, tal propensão a legislar em vez de regular nos termos da Lei causa insegurança ao investidor, inibindo as inversões produtivas.

Em quinto lugar, cumpre assegurar autonomia financeira e gerencial, sem a qual não há naturalmente independência. E por último, cumpre assegurar perfil de excelência técnica dos quadros reguladores, sem o qual as decisões de âmbito administrativo carecem de legitimidade, especialmente no Judiciário. Cabe a este Poder, por seu turno, realizar esforço sistemático para se equipar e analisar questões crescentemente complexas.

O projeto apresentado compromete a independência das agências reguladoras nos seguintes três pontos:

- i) *Os contratos de gestão propostos objetivam compatibilizar as atividades regulatórias aos programas governamentais, confundindo a atuação técnica dos reguladores com a plataforma política do governo.*
- ii) *Cria-se uma comissão de acompanhamento e avaliação diretamente subordinada à administração direta com poderes que, na prática, deverão interferir nas decisões das agências reguladoras. Concentra-se, dessa forma, no Executivo uma função supervisora que seria típica de comissões especializadas do Congresso. No Brasil, tal função poderia ser executada pela Comissão de Infra-Estrutura do Senado.*
- iii) *Insiste-se na figura do Ouvidor, que conforme comentado antes já aparece em algumas agências reguladoras, sem conferir-lhe a necessária isenção e independência. Na forma proposta pelo projeto, o Ouvidor é um funcionário nomeado pelo Presidente da República com funções que se confundem com as atribuições dos próprios integrantes das agências.*

4.2. A transferência do poder concedente para os ministérios

Promove a transferência do poder concedente para os ministérios setoriais, gerando conflito de interesse nos casos de Minas e Energia que tem assento na administração da Eletrobrás e da Petrobrás. Embora a experiência internacional acerca desse assunto seja diversificada, o problema reputacional e o maior risco regulatório no caso brasileiro recomendariam deixar o poder concedente em órgãos de Estado, como as agências, e não de governo, como os ministérios.

4.3. Os mecanismos de prestação de contas e de transparência

No tocante à prestação de contas e ao controle social das agências, o projeto contém dispositivos úteis como a obrigatoriedade de relatório anual das atividades desses organismos. Esse relatório deveria ser amplamente divulgado e submetido a exame pela Comissão de Infra-estrutura do Senado e não à comissão interministerial proposta no projeto.

É possível elaborar indicadores de produtividade que permitam oferecer à opinião pública uma idéia de como andam os trabalhos das agências, podendo-se classificá-las mediante índices de qualidade com suas congêneres nacionais e internacionais.

Ressalta-se, ainda, a importância dos mecanismos de consulta pública e audiência pública devidamente fortalecidos na proposta governamental. Mereceria menção a importância de sessões públicas de julgamento a exemplo do Judiciário e daquilo que já ocorre no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

4.4. A articulação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência

O projeto aborda corretamente o problema da coordenação entre os diferentes tipos de reguladores e a administração direta. Contempla, da mesma forma, a articulação entre as agências federais e as estaduais, bem como a interação entre os reguladores setoriais e os órgãos de defesa da concorrência. No entanto, não se define o principal, isto é, quem tem competência para decidir sobre abusos do poder econômico e quem tem a palavra final sobre a aprovação de fusões e aquisições. Sem tal definição, persistirão áreas cinzentas que elevam o risco do negócio e, conseqüentemente, o custo do capital.

É preciso estabelecer como será a interação entre a agência antitruste e os reguladores setoriais. Nota-se que esses órgãos têm natureza e objetivos distintos, cumprindo papéis complementares para a constituição de um marco regulatório adequado.

Quadro 4.1: Regulação *versus* defesa da concorrência

Antitruste: defesa dos mecanismos de mercado (*ex-post*)

Regulação: substituição dos mecanismos de mercado (*ex-ante*)

Isso equivale a definir um critério para a divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Encontram-se, em seguida, quatro opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação, esquematizadas nos quadros 4.1 a 4.4.

Para o entendimento da divisão estabelecida, é necessário distinguir entre três funções:

- *Regulação Técnica (RT)*: estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado.
- *Regulação Econômica (RE)*: estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados.
- *Lei de Concorrência (LC)*: a principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência.

As alternativas ilustradas a seguir correspondem a diferentes distribuições das três funções descritas acima:

- Isenção antitruste: Agências Regulatórias (AR) aplicam legislação de defesa da concorrência, prevalecendo sempre a legislação específica sobre eventual comando geral da lei antitruste. Nesse caso, a Agência Regulatória realiza as três tarefas assinaladas acima, recaindo a ênfase sobre aspectos regulatórios, sem deixar espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência (AC). Pode-se mesmo conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica.

Quadro 4.2: Possíveis configurações institucionais – Modelo 1 (Isenção Antitruste)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | — | — | — |
| AR | × | × | × |

- Competências Concorrentes: tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias têm competência para aplicar sanções antitrustes, bem como para estabelecer normas de regulação econômica.

Quadro 4.3: Possíveis configurações institucionais – Modelo 2 (Competências Concorrentes)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | × | — | — |
| AR | × | × | × |

- iii) Competências complementares: as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho segundo a qual a Agência Regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulações técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.

Quadro 4.4: Possíveis configurações institucionais – Modelo 3 (Competências Complementares)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | × | — | — |
| AR | — | × | × |

- iv) Regulação Antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica. Trata-se de caso simétrico a i), em que a ênfase maior tipicamente recairia sobre a legislação antitruste, restringindo a regulação ao mínimo necessário.

Quadro 4.5: Possíveis Configurações Institucionais – Modelo 4 (Regulação Antitruste)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | × | × | × |
| AR | — | — | — |

A diversidade de uma economia moderna faz que as quatro situações anteriores, bem como algumas de suas variantes, possam ser identificadas simultaneamente em um mesmo país.

A decisão de modelo não é trivial e deve levar em consideração aspectos institucionais e históricos do país e as especificidades de cada setor regulado. O Modelo 3 parece ser mais apropriado em várias jurisdições, uma vez que a delimitação precisa de competências e evita custosos conflitos e a realização da mesma tarefa por dois órgãos distintos. Nota-se também que o Modelo 3 apresenta ganhos de menor risco de captura das agências, quando comparado ao Modelo 1, mas abre mão dos possíveis ganhos em economia de escopo que ocorreriam no primeiro modelo.

O Quadro 4.6 contém uma comparação entre as possibilidades de escolha do modelo institucional ótimo. Dois fatores merecem atenção especial: economias de escala e de escopo, e a magnitude dos custos burocráticos de transação. Se for verificado que os custos de transação e as economias de escala e escopo assumem uma grande importância relativa, os Modelos 1 e 4 teriam preferência. Se, por outro lado, se entender que os custos de transação e as economias de escala e escopo não têm grande importância, os Modelos 2 e 3 pareceriam vantajosos.

O Projeto substitutivo optou por um modelo mais próximo de M_3 . Para que tal modelo funcione, será necessário dotar os órgão de defesa da concorrência dos recursos necessários para assegurar rigor e agilidade nas decisões.

Quadro 4.6 – Possibilidades de Escolha, Economias de Escopo e Custos Burocráticos de Transação

| Economias de escopo \ Custos de transação | ALTO | BAIXO |
|---|------|--|
| | alto | M_1 – Isenção Antitruste M_4 – Regulação Antitruste |
| baixo | | M_2 – Competências Concorrentes M_3 – Competências Complementares |

4.5. A distinção entre agências reguladoras e agências de fomento

Antes de criar mais um organismo burocrático, como uma agência reguladora, conviria indagar se existem justificativas sólidas para sua existência.

Um exame simples de admissão pode contribuir para a desejável parcimônia na criação de novas agências. Antes de mais nada, é preciso saber se é o caso de regular o setor em análise. A regulação só é necessária quando na presença de alguma falha de mercado. Esta última, por sua vez, tem quatro origens. A primeira é a existência do chamado monopólio natural. Trata-se de uma situação na qual os ganhos de escala e/ou de escopo são tão elevados que é mais eficiente produzir mediante uma única empresa. Vários segmentos de infraestrutura, como o de transmissão de energia elétrica ou de transporte de gás, são caracterizados por monopólios naturais, requerendo alguma forma de regulação. A segunda fonte de falha de mercado está associada a externalidades que representam apenas custos ou benefícios de uma atividade que não são devidamente internalizados pelas empresas. A terceira fonte está ligada à existência de bens públicos, como a segurança nacional. E a quarta origem de insuficiência do mercado decorre do fenômeno de assimetria de informação.

Superado o teste da existência de falha de mercado, é preciso em seguida saber se o Estado tem condições de resolver o problema. A questão procede, pois, em determinados casos, a regulação do Estado é tão onerosa que é melhor conviver com a falha de mercado. Assim, cumpre verificar se esta última não acarreta danos menores que aquilo que ficou conhecido na literatura de desenvolvimento econômico como falha de Estado.

Resta, por fim, verificar se, em circunstâncias nas quais há de fato uma falha de mercado e nas quais a regulação não provoca falhas de Estado ainda mais custosas do que as de mercado, é realmente o caso de criar uma agência reguladora.

Quadro 4.7 Agências são úteis diante de falha de mercado que exija:

| |
|---|
| Custos irrecuperáveis |
| Alta probabilidade de comportamento oportunista |
| Resolução freqüente de litígios |
| Emissão sistemática de regulamentos |
| Conhecimento altamente especializado |
| Monitoramento permanente do mercado |

Segundo os critérios estabelecidos acima, a Ancine mencionada no projeto não deveria ser considerada uma agência reguladora típica.

4.6. Propostas ao projeto de lei geral das agências reguladoras

O quadro do Anexo sistematiza propostas de reformulações ao projeto de lei. Os parágrafos seguintes descrevem os principais pontos que deveriam ser alterados no projeto de lei formulado pelo governo para regular a atuação das agências reguladoras. O referido quadro contém propostas concretas de alteração do projeto de lei para refletir esses pontos e outras alterações.

i) Substituição do contrato de gestão por mecanismo mais eficaz de fiscalização da atuação das agências reguladoras

A utilização do contrato de gestão para fiscalizar a atuação das agências reguladoras pode permitir a ingerência política, prejudicando o predomínio técnico que deve guiar a performance das agências reguladoras. Na esteira da experiência internacional, com ênfase na prática eficaz adotada nos Estados Unidos, sugere-se que a fiscalização da atuação das agências, sem prejuízo do controle social, seja feita por comissão do Senado Federal, podendo ser utilizada a Comissão de Infra-Estrutura .

ii) Aperfeiçoamento da figura do ouvidor

É importante que a figura do Ouvidor seja dotada dos instrumentos de independência – mandato e impossibilidade de recondução – e limite-se a funcionar como mais um mecanismo de fiscalização da atuação das agências reguladoras .

iii) Manutenção do poder de realizar os processos de outorga no âmbito das agências reguladoras

A transferência do poder de realizar licitações para a outorga de concessões nos setores regulados para os Ministérios reflete retrocesso técnico, indo de encontro

às experiências internacionais mais bem-sucedidas. Essa medida inibe o investimento uma vez que permite maior influência política em decisões que devem seguir critérios estritamente técnicos.

iv) Defesa da autonomia financeira das agências reguladoras

É importante que a lei que regula a atuação das agências assegure a sua autonomia financeira, sem a qual a independência técnica das agências reguladoras ficará prejudicada.⁵⁹

v) Criação de um mecanismo claro e previsível para aprovação pelas agências reguladoras da transferência de concessões, permissões e autorizações

A transferência de uma concessão depende de aprovação da agência encarregada de regular determinado setor. A fim de que se estimule a concessão de crédito aos entes regulados, é imprescindível que este processo seja claro e previsível, respeitando-se as exigências técnicas necessárias para a prestação de um serviço ou oferta de um produto de qualidade.

vi) Exigência de análise custo-benefício para as normas a serem adotadas pelas agências reguladoras

É importante que a atividade das agências reguladoras não signifique um ônus demasiado tanto para o setor público quanto para o privado, sem benefício que o justifique. Nesse sentido, a lei deve exigir que a adoção de novas normas pelas agências reguladoras seja precedida de análise quantitativa que contenha os custos públicos e os privados da adoção e do cumprimento da norma proposta e os seus benefícios. Essa análise deve também expressar a razão pela qual outras formas de regulação, que não a direta, não foram consideradas.

vii) Criação de varas e câmaras especializadas em matérias regulatórias

Em razão da importância social, do dinamismo e da profundidade técnica das questões relacionadas à atuação das agências reguladoras, é necessário que a lei crie varas e câmaras especiais para a apreciação no Poder Judiciário das decisões das agências reguladoras. O respeito ao tempo econômico e o aparelhamento técnico são essenciais para o bom funcionamento desses juízos especiais.

⁵⁹O trabalho de Quintyn e Taylor (2004) fornece elementos que corroboram a idéia de independência financeira das agências reguladoras.



BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Boston: Harvard University, 2002.

BANCO MUNDIAL. *How to Strengthen Regulatory Framework/Agencies*. Disponível em: <www.worldbank.org>.

_____. *Background Note on Regulatory Governance*. Artigo apresentado no *African Forum for Utility Regulation*. Disponível em: <www.worldbank.org>.

_____. *Concession for Infrastructure: A Guide to their Design and Award*. Disponível em: <www.worldbank.org>.

_____. *Regulatory Trade-Offs in the Design of Concession Contracts*. Disponível em: <www.worldbank.org>.

BRASIL, *Anteprojeto de Lei que "Acresce e altera dispositivos das Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.472, de 16 de julho de 1997, no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências"*. Brasília: Presidência da República, 2003.

_____. *Anteprojeto de lei que "Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências"*. Brasília: Presidência da República, 2003.

_____. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995.

_____. *Tribunal de Contas da União. O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília: TCU, SEFID, 2003.

_____. *Ministério da Administração e Reforma do Estado. Cadernos Mare da Reforma do Estado n.9*.

BREYER, Stephen G. E STEWART, Richard B. *Administrative Law and Regulatory Policy*. 2ª Edição. Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1993.

CARMICHAEL, Jeffrey (Chairman da Australian Prudential Regulation Authority). *Regulatory Framework*. Artigo apresentado no *Regional Seminar on NBFIs in East Asia Region*. Bangkok, Setembro, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. São Paulo: Fórum, 2003.

EXECUTIVE ORDER n. 12866, publicada no Federal Register no dia 4 de outubro de 1993.

_____. n. 13258, publicada no Federal Register no dia 28 de fevereiro de 2002.

GIFFORD, Daniel J. *The Separation of Powers Doctrine and the Regulatory Agencies After Bowsher v. Synar*. *George Washington Law Review*. Março, 1987.

KONDO, Seiichi. *APEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform*. Apresentação feita no *APEC-OECD Cooperative Initiative on Regulatory Reform*. Cingapura, Fevereiro, 2001.

McGARITY, Thomas O. *Risk and Trust: The Role of Regulatory Agencies*. Artigo apresentado no *American Bar Association*

Standing Committee Symposium on Risk Assessment. Agosto, 1986.

OCDE, *Independent Regulators, Political Challenges and Institutional Design*. OCDE, 2003. Disponível em: <www.oecd.org>.

_____. *Regulatory Governance: Improving the Institutional Basis for Sectoral Key Issues in the Design of Economic Regulatory Institutions*. OCDE, 2001. Disponível em: <www.oecd.org>.

_____. *Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance*. OCDE, 2000. Disponível em: <www.oecd.org>.

_____. *Regulatory Reform in the United States: Government Capacity to Assure High Quality Regulation*. OCDE, 1999. Disponível em: <www.oecd.org>.

_____. *Reviews of Regulatory Reform: Regulatory Reform in the United States*. OCDE, 1999. Disponível em: <www.oecd.org>.

_____. *The OECD Report on Regulatory Reform*. OCDE, 1997. Disponível em: <www.oecd.org>.

OLIVEIRA, Gesner *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. e MULLER, Bianca. *Contribuição à Consulta Pública referente aos Anteprojetos de Lei que Visam Reformar a Legislação que Dispõe sobre as Agências Reguladoras no Brasil*. 2003

QUINTYN, Marc e TAYLOR, Michael. Should financial sector regulators be independent? *Economic Issues*, 32, FMI, 2004.

PARDINA, Martín R. *Setting the Regulatory Framework for Private Participation*. Apresentação feita no *Workshop on Promoting Private Sector Participation in Roads and Highways*. 2002. Disponível em: <www.worldbank.org>.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. Nova York: Aspen Publishers., 2002.

ROCHA, Bolívar Moura (organizador). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil Balanço e Propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. (organizador). *Behavioral Law & Economics*. Cambridge. Cambridge, 2003.

WILLIAMS, Julie L. *Increasing Involvement of Regulatory Agencies and Public Officials in Consumer Issues*. Practising Law Institute, Abril, 2001.



Anexo • Comentários ao Substitutivo Realizados até o dia 01/09/2004

| COMENTÁRIOS | PROPOSTAS | SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004 |
|---|---|--|
| | | <p>Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, n. 9.998, de 17 de agosto de 2000, n. 10.233, de 5 de junho de 2001, n. 10.871, de 20 de maio de 2004 e da Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.</p> |
| | | <p>O CONGRESSO NACIONAL decreta:</p> <p>Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, n. 10.871, de 20 de maio de 2004 e da Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.</p> |
| <p>A lei deve limitar a criação de Agências Reguladoras a situações em que elas são necessárias.</p> <p>A ANCINE não se caracteriza como uma Agência Reguladora, portanto, não deve estar</p> | <p>Art. 2º Poderão somente ser criadas Agências Reguladoras para regular setor econômico em que existam falhas de mercado as quais justifiquem a sua criação.</p> | <p>Art. 2º Consideram-se Agências Reguladoras, para os fins desta Lei, bem como para os fins da Lei nº 9.986, de 2000:</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>§ 1º A existência de falhas de mercado em um determinado setor econômico é caracterizada pela presença de:</p> <p>I - custos irrecuperáveis;</p> <p>II - alta probabilidade de comportamento oportunista pelos agentes econômicos;</p> <p>III - necessidade de resolução frequente de litígios entre os agentes econômicos e os consumidores ou entre os agentes econômicos e os reguladores;</p> <p>IV - necessidade de emissão sistemática de regulamentos;</p> <p>V - necessidade de conhecimento altamente especializado para regular o setor, e</p> <p>VI - necessidade de monitoramento permanente.</p> <p>§ 2º Consideram-se Agências Reguladoras, para os fins desta Lei, bem como para os fins da Lei n. 9.986, de 2000:</p> | sob a égide da lei geral das agências reguladoras. |
| I - a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; | I - a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; | |
| II - a Agência Nacional do Petróleo - ANP; | II - a Agência Nacional do Petróleo – ANP; | |
| III - a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL; | III - a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; | |
| IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; | IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; | |
| V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; | V – a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS | |
| VI - a Agência Nacional de Águas - ANA; | VI - a Agência Nacional de Águas – ANA; | |
| VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ; | VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; | |

| | |
|---|--|
| VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; | VIII – a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. |
| IX - a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. | |
| Art. 3º A natureza especial conferida às Agências Reguladoras é caracterizada por mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira e administrativa. | |
| CAPÍTULO I | |
| DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS | |
| Art. 4º O processo de decisão das Agências Reguladoras, atinente à regulação setorial, terá caráter colegiado. | |
| § 1º Os Conselhos Diretores das Agências Reguladoras deliberarão, por maioria absoluta dos votos, dentre eles o Presidente que, na sua ausência, deverá ser representado por seu substituto, definido em regimento próprio. | |
| § 2º É facultado à Agência Reguladora adotar processo de decisão monocrática, assegurado ao Conselho Diretor o direito de reexame das decisões monocráticas, na forma do parágrafo § 3º. | |
| § 3º Dos atos praticados no âmbito da Agência Reguladora, caberá recurso, ao Conselho Diretor, interposto por interessado ou por membro do Conselho Diretor. | § 3º Dos atos praticados no âmbito da Agência Reguladora, caberá recurso, ao Conselho Diretor, desde que interposto dentro do prazo estipulado no regimento da Agência Reguladora por interessado ou por membro do Conselho Diretor. |
| | Deve ser evitada interpretação em que recurso pode ser interposto a qualquer momento por interessado ou por membro do Conselho Diretor. |

| | | |
|--|--|---|
| <p>Art. 5º As reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores das Agências Reguladoras serão públicas e gravadas em meio eletrônico.</p> <p>§ 1º A gravação e a ata de cada reunião deliberativa do Conselho Diretor devem ser disponibilizadas aos interessados na sede da Agência e no seu sítio, na Internet, até dez dias úteis após o encerramento da reunião, devendo permanecer na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> | <p>Art. 5º As reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores das Agências Reguladoras serão públicas e gravadas em meio eletrônico.</p> <p>§ 1º A gravação e a ata de cada reunião deliberativa do Conselho Diretor devem ser disponibilizadas aos interessados na sede da Agência e no seu sítio, na Internet, até dez dias úteis após o encerramento da reunião, devendo permanecer na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> | |
| <p>Art. 6º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores, os pedidos de revisão de tarifas e as minutas e propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.</p> | <p>Art. 6º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores, os pedidos de revisão de tarifas e as minutas e propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.</p> | <p>A lei deve conter previsão estabelecendo exceção ao prazo de duração da consulta pública nas hipóteses de urgência e de interesse público.</p> <p>O despacho que contém a proposta de regulação deve conter estudo apresentando os custos públicos e privados da regulação e os seus benefícios, bem como os motivos pelos quais outras formas de regulação diferentemente da regulação direta não foram adotadas.</p> |
| <p>§ 1º O período de consulta pública terá início sete dias após a publicação de despacho motivado no Diário Oficial da União e terá a duração mínima de trinta dias.</p> | <p>§ 1º O período de consulta pública iniciará-se sete dias após a publicação de despacho motivado no Diário Oficial da União e terá a duração mínima de trinta dias, exceto nas hipóteses em que a urgência do assunto e a defesa do interesse público exigirem prazo menor, justificado em despacho da Agência Reguladora.</p> | |
| <p>§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, na sede e no respectivo sítio, na Internet, em até sete dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como fundamento para as propostas colocadas em consulta pública, inclusive aqueles relativos aos pedidos de revisão de tarifas encaminhados pelas</p> | <p>§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, na sede e no respectivo sítio, na Internet, em até sete dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como fundamento para as propostas colocadas em consulta pública, incluindo aqueles relativos aos pedidos de revisão de tarifas encaminhados pelas</p> | |

| | | |
|--|---|--|
| <p>empresas reguladas, devendo tais informações permanecerem disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> <p>§ 3º As críticas e sugestões encaminhadas pelos interessados, no prazo da consulta pública, deverão ser disponibilizadas na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até sete dias após o seu recebimento, devendo permanecer disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> <p>§ 4º O posicionamento da Agência sobre as críticas ou contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até três dias úteis antes da reunião do Conselho Diretor para deliberação sobre a matéria, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> | <p>empresas reguladas, devendo tais informações permanecerem disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano, bem como relatório descrevendo os custos públicos e privados da norma proposta e os seus benefícios, e as razões pelas quais outras formas de regulação menos custosas não foram adotadas.</p> <p>§ 3º As críticas e sugestões encaminhadas pelos interessados, no prazo da consulta pública, deverão ser disponibilizadas na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até sete dias após o seu recebimento, devendo permanecer disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> <p>§ 4º O posicionamento da Agência sobre as críticas ou contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até três dias úteis antes da reunião do Conselho Diretor para deliberação sobre a matéria, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> | |
| <p>§ 5º As Agências Reguladoras deverão estabelecer, nos regimentos próprios, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.</p> | <p>§ 5º As Agências Reguladoras deverão estabelecer, nos regimentos próprios, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.</p> | |
| <p>§ 6º É assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à defesa do meio ambiente ou à defesa dos recursos hídricos, cadastradas previamente junto à agência reguladora, o direito de receber o apoio técnico de até três especialistas com</p> | <p>§ 6º É assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à defesa do meio ambiente ou à defesa dos recursos hídricos, cadastradas previamente junto à agência reguladora, o direito de receber o apoio técnico de até três especialistas com</p> | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>notórios conhecimentos na matéria objeto da consulta pública, que acompanharão o processo e darão assessoramento qualificado às entidades e seus associados.</p> <p>§ 7º Caberá à Agência Reguladora, ouvidas as associações cadastradas, contratar o referido apoio técnico, preferencialmente junto a universidades, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 24, inciso XIII, 25, inciso II, e 26 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.</p> | <p>notórios conhecimentos na matéria objeto da consulta pública, que acompanharão o processo e darão assessoramento qualificado às entidades e seus associados.</p> <p>§ 7º Caberá à Agência Reguladora, ouvidas as associações cadastradas, contratar o referido apoio técnico, preferencialmente junto a universidades, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 24, inciso XIII, 25, inciso II, e 26 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.</p> | |
| <p>§ 8º O apoio técnico às associações cadastradas será proporcionado durante o período de consulta pública, estendendo-se até quinze dias após o seu encerramento.</p> | <p>§ 8º O apoio técnico às associações cadastradas será proporcionado durante o período de consulta pública, estendendo-se até quinze dias após o seu encerramento.</p> | |
| <p>Art. 7º As Agências Reguladoras, por decisão colegiada, poderão realizar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.</p> | | |
| <p>§ 1º A abertura do período de audiências públicas será precedida de despacho motivado publicado no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação, até quinze dias antes de sua realização.</p> | | |
| <p>§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, em local especificado e em seu sítio na Internet, em até quinze dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como embasamento para as propostas colocadas em audiência pública.</p> | | |
| <p>§ 3º As Agências Reguladoras deverão estabelecer, nos regimentos próprios, os proce-</p> | | |

| | | |
|--|---|---|
| dimentos a serem observados nas audiências públicas. | | |
| Art. 8º As Agências Reguladoras poderão estabelecer, nos regimentos próprios, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. | | |
| Art. 9º Os resultados da audiência pública e de outros meios de participação dos interessados nas decisões a que se referem os arts. 7º e 8º deverão ser disponibilizados na sede e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a indicação do procedimento adotado. | Art. 9º Os resultados da consulta, da audiência pública, de outros meios de participação dos interessados nas decisões a que se referem os arts. 7º e 8º como de quaisquer deliberações da Agência Reguladora que não envolvam assuntos classificados, justificadamente, como sigilosos deverão ser disponibilizados na sede e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a indicação do procedimento adotado. | A transparência deve estender-se a todas as deliberações da Agência Reguladora que não envolvam assuntos que recebam tratamento confidencial, visando assegurar a efetividade dos mecanismos de fiscalização. |
| CAPÍTULO II | | |
| DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL | | |
| Seção I | | |
| Do Controle Externo e do Relatório Anual de Atividades | | |
| Art. 10. O controle externo das Agências Reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, especialmente verificando a compatibilidade das ações adotadas pela agência com as políticas definidas para o setor regulado. | Art. 10. A fiscalização das Agências Reguladoras será exercido pela Comissão de Infra-Estrutura do Senado Federal, com auxílio do Tribunal de Contas da União. | É melhor que se defina qual órgão do Congresso Nacional se encarregará da fiscalização das Agências Reguladoras. A fiscalização das Agências Reguladoras não deve representar ingerência nos critérios técnicos adotados por ela. |
| Art. 11. As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o | Art. 11. As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o | É ruim a ingerência do Poder Executivo. Quem deve definir a política é o Poder Legislativo - ou até mesmo o Poder Executivo, mas por |

| | | |
|---|--|--|
| <p>cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo.</p> | <p>da política do setor definida pelo Poder Legislativo.</p> <p>Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, à Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União e disponibilizado aos interessados na sede da agência, suas unidades descentralizadas e no seu sítio na Internet, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> <p>Excluir parágrafo 2^o.</p> | <p>meio de projeto de lei. Histórica e internacionalmente as Agências Reguladoras existem e funcionam em razão da delegação do poder regulamentar (de legislar), do Poder Legislativo para elas.</p> <p>O Parágrafo 2^o deve ser excluído, já que o contrato de gestão não deve ter esta característica pretendida pelo projeto.</p> |
| <p>§ 1^o O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após a abertura da sessão legislativa do Congresso Nacional, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, e disponibilizado aos interessados na sede da Agência e no seu sítio, na Internet, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.</p> <p>§ 2^o No prazo de até quarenta e cinco dias após o encaminhamento do relatório anual, cada Agência Reguladora apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, para deliberação destas, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos, para o exercício anterior, no contrato de gestão, definido no art. 12 desta Lei, esclarecendo o impacto de suas operações e os resultados alcançados.</p> | | |

| | | |
|--|---|---|
| <p>§ 3º E do Presidente da Agência Reguladora o dever de cumprir os prazos estabelecidos neste artigo, sob pena de responsabilidade.</p> | | |
| <p>Seção II</p> | | |
| <p>Do Contrato de Gestão e de Desempenho</p> | | |
| <p>Art. 12. A Agência Reguladora deverá firmar contrato de gestão e de desempenho com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição.</p> | <p>Art. 12. A atuação da Agência Reguladora deverá ser fiscalizada pela Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal, que também deverá promover a articulação e cooperação entre as Agências Reguladoras.</p> | <p>O contrato de gestão pode funcionar como uma forma de pressão política indevida do Poder Executivo na atuação das agências, devendo, portanto, ser suprimido. A fiscalização das agências reguladoras, sem prejuízo do controle social, deve ficar a cargo da Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal.</p> <p>Da mesma forma, a ingerência deste conselho de política setorial gera risco de conflito de competência, insegurança jurídica – muito ruim para investimentos – e maior suscetibilidade de pressões políticas (captura), já que este Conselho não está protegido pelos mecanismos de independência de que são dotadas as agências reguladoras (mandato dos dirigentes, autonomia financeira etc).</p> |
| <p>§ 1º O contrato de gestão e de desempenho será firmado anualmente, no prazo máximo de noventa dias após a publicação da Lei Orçamentária Anual, pelos membros do Conselho Diretor da Agência Reguladora e o titular do Ministério a que estiver vinculada, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.</p> | <p>§ 1º Cada Agência Reguladora deverá enviar semestralmente à Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal, ou em prazo menor se assim vier a ser solicitada, relatório descrevendo as metas futuras estabelecidas pela Agência Reguladora e o índice de cumprimento das metas anteriores, bem como plano de atuação formulado pela Agência Reguladora.</p> | |
| <p>§ 2º O contrato de gestão e de desempenho deverá ser estabelecido a partir de Plano de</p> | <p>§ 2º A Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal poderá auxiliar a Agência Reguladora</p> | |

| | | |
|---|---|--|
| <p>Trabalho, compatível com o disposto na Lei Orçamentária Anual, na forma do art. 13 desta Lei, e submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da Agência Reguladora ou a uma das Câmaras do Conselho de Governo, na forma do regulamento.</p> | <p>no estabelecimento de metas futuras e políticas a serem adotadas.</p> | |
| <p>§ 3º O contrato de gestão e de desempenho será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da Agência Reguladora e da avaliação do seu desempenho e deverá integrar a prestação de contas da Agência Reguladora e do Ministério a que estiver vinculada, nos termos do art. 9º da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal.</p> | <p>§ 3º A Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal poderá convocar os dirigentes e membros da Agência Reguladora a qualquer momento, bem como requisitar qualquer informação da Agência Reguladora que entender necessária, respeitando a confidencialidade das informações.</p> | |
| <p>§ 4º São objetivos do contrato de gestão e de desempenho:</p> <p>I – aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social;</p> <p>II - aperfeiçoar as relações de cooperação da Agência Reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei.</p> | | |
| <p>§ 5º O extrato do contrato de gestão e de desempenho, bem como de seus aditamentos, deverão ser publicados no Diário Oficial da União, pela Agência Reguladora, no prazo máximo de vinte dias, contados da sua assinatura, condição indispensável para sua eficácia.</p> | | <p>Incluir prestação de contas para o Congresso.</p> |

| | | |
|--|---------------------------|--|
| <p>§ 6º A Agência Reguladora deverá, no prazo máximo de vinte dias, contados da sua assinatura, encaminhar cópias do contrato de gestão e de desempenho para o Senado Federal, para a Câmara dos Deputados e para o Tribunal de Contas, bem como disponibilizar, para os interessados, o documento na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, devendo o documento eletrônico permanecer disponível pelo prazo mínimo de quatro anos.</p> | | |
| <p>Art. 13. O contrato de gestão e de desempenho deverá observar as metas físicas associadas ao orçamento da Agência aprovado pela Lei Orçamentária Anual, especificando, no mínimo:</p> | <p>Excluir artigo 13.</p> | |
| <p>I – as metas de desempenho administrativo, as metas operacionais relativas às atividades delegadas pelos Ministérios e as metas de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance;</p> | | |
| <p>II – a estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas;</p> | | |
| <p>III - as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas;</p> | | |
| <p>IV - a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos;</p> | | |
| <p>V - as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e</p> | | |

| | | |
|---|--|--|
| obrigações pactuadas; | | |
| VI - o período de vigência. | | |
| VII - as condições para revisão e renovação. | | |
| <p>§ 1º As metas de desempenho administrativo e operacional referidas no inciso I dizem respeito, estritamente, aos aspectos organizacionais da Agência e ações relacionadas à:</p> <p>I - promoção da qualidade dos serviços prestados pela Agência;</p> <p>II - promoção do fomento à pesquisa no setor por ela regulado;</p> <p>III - promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência.</p> <p>§ 2º As medidas referidas no inciso IV não interferirão na autonomia da Agência em seus aspectos regulatórios, nem terão caráter disciplinar.</p> | | |
| Art. 14. Regulamento disporá sobre os instrumentos de acompanhamento e avaliação do contrato de gestão e de desempenho, bem como sobre os procedimentos a serem observados para a sua assinatura e a emissão periódica de relatórios de acompanhamento e avaliação da Agência Reguladora. | Excluir artigo 14. | . |
| Seção II | | |
| Da Ouvidoria | | |
| Art. 15. Haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor que atuará junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e | Art. 15. Haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor que auxiliará na fiscalização da Agência, sem acumular com outras funções, | A atuação do ouvidor deve limitar-se à fiscalização da atuação da Agência Reguladora |

| | | |
|--|---|--|
| <p>exercerá as suas atribuições, sem acumulação com outras funções, com mandato de quatro anos, vedada a recondução.</p> | <p>com mandato de quatro anos, vedada a recondução.</p> | |
| <p>§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela Agência Reguladora e acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.</p> <p>§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os processos da agência e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da Agência Reguladora.</p> <p>§ 3º Os relatórios do Ouvidor deverão ser encaminhados ao Conselho Diretor da Agência Reguladora que poderá se manifestar no prazo de quinze dias.</p> <p>§ 4º Transcorrido o prazo para manifestação do Conselho Diretor, o Ouvidor deverá encaminhar o relatório e, se houver, a respectiva manifestação do Conselho Diretor da Agência Reguladora, ao titular do Ministério a que a agência estiver vinculada, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, divulgando-os no sítio da Agência, na Internet.</p> | <p>§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela fiscalização da Agência Reguladora e acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.</p> <p>§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os processos da agência e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da Agência Reguladora.</p> <p>§ 3º Os relatórios do Ouvidor deverão ser encaminhados ao Conselho Diretor da Agência Reguladora que poderá se manifestar no prazo de quinze dias.</p> <p>Excluir parágrafo 4º.</p> | |
| <p>Art. 16. O Ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado,</p> | | |

| | | | |
|---|--|---|---|
| após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f", do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, devendo ter reputação ilibada e notório conhecimento em regulação de setores econômicos ou no campo de atividade da agência reguladora. | | | |
| § 1º O Ouvidor somente poderá perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, condenação em processo administrativo disciplinar, ou exoneração, por iniciativa do Presidente da República, precedida de autorização do Senado Federal. | | | |
| § 2º O processo administrativo contra o Ouvidor somente poderá ser instaurado pelo titular do Ministério ao qual a Agência está vinculada. | | | |
| § 3º Ocorrendo vacância no cargo de Ouvidor no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no <i>caput</i> , que o exercerá pelo prazo remanescente, admitida a sua recondução se tal prazo for inferior a dois anos. | | | |
| CAPÍTULO III | | | |
| DA INTERAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA | | | |
| Art. 17. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências. | | Art. 17. As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento, de fato, que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que adotem as providências admissíveis, sem prejuízo da adoção das medidas cabíveis e investigação | É necessário deixar claro que as Agências Reguladoras também detêm poder de investigar e punir condutas anticoncorrenciais relacionadas à regulação setorial. |

| | | |
|---|---|--|
| | <p>pela Agência Reguladora. Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pelo órgão de defesa da concorrência responsável pela instrução processual, se a análise preliminar deste ou da Agência Reguladora levantar indícios suficientes de prática anticoncorrencial, sem prejuízo da investigação e aplicação de penalidades pela Agência Reguladora.</p> | |
| <p>Art. 18. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.</p> | <p>Art. 18. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.</p> | |
| <p>§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes, conforme o disposto na Lei n. 8.884, de 1994, a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, observadas as competências do CADE.</p> | <p>§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes, conforme o disposto na Lei n. 8.884, de 1994, a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, observadas as competências do CADE.</p> | |
| <p>§ 2º Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos.</p> | <p>§ 2º Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos.</p> | |

| | | |
|---|---|--|
| <p>§ 3º Os pareceres de que trata o § 2º deverão ser encaminhados pelas Agências no prazo máximo de trinta dias, contados do recebimento do pedido.</p> | <p>§ 3º Os pareceres de que trata o § 2º deverão ser encaminhados pelas Agências no prazo máximo de trinta dias, contados do recebimento do pedido.</p> | |
| <p>§ 4º As Agências Reguladoras solicitarão parecer ao órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, quinze dias antes à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.</p> | <p>§ 4º Sem prejuízo de suas atribuições e competência, as Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até quinze dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.</p> | <p>O projeto acaba com a competência da ANATEL para instruir atos de concentração. Importância de estabelecer prazo mais rígido.</p> |
| <p>§ 5º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União e disponibilizar na sua sede e em seu sítio na Internet os pareceres emitidos em cumprimento ao § 4º deste artigo, pelo prazo mínimo de um ano.</p> | <p>§ 5º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União e disponibilizar na sua sede e em seu sítio na Internet os pareceres emitidos em cumprimento ao § 4º deste artigo, pelo prazo mínimo de um ano.</p> | |
| <p>Art. 19. As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.</p> <p>Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pelo órgão de defesa da concorrência responsável pela instrução processual, se a análise preliminar deste ou da Agência Reguladora levantar indícios suficientes de prática anticoncorrencial.</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>Art. 20. Sem prejuízo das suas competências legais, o CADE notificará às Agências Reguladoras do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.</p> |
| | | <p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV</p> <p style="text-align: center;">DA INTERAÇÃO OPERACIONAL ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO ESTADUAIS, DO DISTRITO FEDERAL E MUNICIPAIS.</p> |
| | | <p>Art. 21. As Agências Reguladoras de que trata esta Lei promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, promovendo, a seu critério, a descentralização de suas atividades, mediante convênio de cooperação, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde, que observarão o disposto em legislação própria.</p> |
| | | <p>§ 1º A cooperação de que trata o <i>caput</i> será instituída desde que as Agências Reguladoras ou órgãos de regulação da unidade federativa interessada possuam ser-<i>viços</i> técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento da Agência Reguladora Federal.</p> |

| | | |
|---|--|--|
| <p>§ 2^a A execução, pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela Agência Reguladora, nos termos do respectivo convênio.</p> | | |
| <p>§ 3^a Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal que receber a delegação observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.</p> | | |
| <p>§ 4^a Os atos de caráter normativo editados pelo órgão regulador estadual ou municipal que receber a delegação deverão se harmonizar com as normas expedidas pela Agência Reguladora.</p> | | |
| <p>§ 5^a É vedado ao órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal conveniado exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de fiscalização, obrigação não prevista previamente em contrato.</p> | | |
| <p>Art. 22. Em caso de descentralização da execução de atividades sob responsabilidade da Agência Reguladora, parte da receita arrecadada pela Agência, poderá ser repassada ao órgão regulador conveniado, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo instrumento de convênio.</p> <p>Parágrafo único. O repasse de que trata o caput deste artigo deverá ser compatível com os custos da Agência Reguladora local para realizar as atividades delegadas.</p> | | |

| | | |
|--|---|---|
| CAPÍTULO V | | |
| DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS | | |
| Art. 23. A Lei n. 9.472, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: | Suprimir o artigo 23. Art. 23. O orçamento anual da União deve destinar e assegurar às Agências Reguladoras os recursos necessários para garantir sua autonomia financeira e sua funcionalidade, bem como permitir à Agência Reguladora alcançar suas metas. | A transferência do poder de concessão das agências para o Poder Executivo suscita o risco de influência política indesejada na análise de questões que devem ser estritamente técnicas. O novo artigo proposto visa assegurar a autonomia financeira das Agências Reguladoras. |
| "Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações. | | |
| | | |
| § 2º Os atos de que trata o § 1º serão submetidos à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência. | | |
| " (NR) | | |
| "Art. 18..... | | |
| | | |
| V - expedir normas quanto à outorga dos serviços de telecomunicações no regime público." | | |
| " (NR) | | |
| "Art. 18-A. Cabe ao Ministério das Comunicações: I – formular e executar a política nacional de telecomunicações; II – representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, em coordenação com o Ministério das Relações Exteriores | | |

| | | | |
|--|--|--|--|
| e com o assessoramento da ANATEL; | | | |
| III - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; | | | |
| IV - celebrar contratos de concessão para a prestação do serviço no regime público. (NR) | | | |
| § 1º Os atos previstos nos incisos III e IV deste artigo: | | | |
| I - deverão ser precedidos de manifestação formal do Conselho Diretor da ANATEL; | | | |
| II - poderão ser delegados à ANATEL, a critério do Ministro de Estado das Comunicações. | | | |
| § 2º A edição de ato de extinção de direito de exploração no regime público dependerá de manifestação favorável do Conselho Diretor da ANATEL." (NR) | | | |
| "Art. 19..... | | | |
| | | | |
| IV - expedir normas quanto à prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; | | | |
| V - editar, mediante delegação do Ministro de Estado das Comunicações, atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; | | | |
| VI - celebrar, mediante delegação do Ministro de Estado das Comunicações, e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; | | | |
| | | | |

| | | |
|---|--|--|
| <p>XIX - atuar em estreita cooperação com os órgãos de defesa da concorrência, com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência no setor de telecomunicações.</p> | | |
| <p>....." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 22</p> | | |
| <p>V - mediante delegação, aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo.</p> | | |
| <p>....." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.</p> | | |
| <p>....." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 89. A licitação será disciplinada e seus procedimentos operacionalizados pela Agência, mediante delegação, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei, as diretrizes estabelecidas pelo Ministro de Estado das Comunicações e, especialmente:</p> | | |
| <p>....." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 93</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
|" (NR) | | |
| IX - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, do Poder Concedente, da Agência e da Concessionária. | | |
|" (NR) | | |
| "Art. 97 | | |
| Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o <i>caput</i> deste artigo o pretendente deverá: | | |
| I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e | | |
| II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. (NR) | | |
| "Art. 98. O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação do Ministro de Estado das Comunicações, ouvida a Agência, desde que, cumulativamente: | | |
|" (NR) | | |
| "Art. 99..... | | |
| § 1º A prorrogação do prazo da concessão implicará pagamento, pela concessionária, pelo direito de exploração do serviço e pelo direito de uso das radiofrequências associadas, e poderá, a critério do Ministro de Estado das Comunicações, mediante proposta da Agência, incluir novos condicionamentos, tendo em vista as condições vigentes à época. | | |
| | | |
| § 3º Em caso de comprovada necessidade de | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>reorganização do objeto ou da área da concessão para ajustamento ao plano geral de outorgas ou à regulamentação vigente, poderá o Ministro de Estado das Comunicações, ouvida a Agência, indeferir o pedido de prorrogação." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pelo Ministro de Estado das Comunicações, por proposta da Agência, nas hipóteses:" (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 116. A anulação será decretada pelo Ministro de Estado das Comunicações, por proposta da Agência, em caso de irregularidade insanável e grave do contrato de concessão." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 118. Será outorgada permissão pelo Ministro de Estado das Comunicações, mediante proposta da Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 211. § 1º Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações. § 2º A Agência poderá, por delegação do</p> | | |

| | | |
|--|---|--|
| <p>Ministro de Estado das Comunicações:</p> <p>I – editar atos de outorga e extinção;</p> <p>II – celebrar e gerenciar os contratos de concessão, bem como sua prorrogação, transferência, intervenção e rescisão;</p> <p>III – elaborar editais de licitação e homologar adjudicações;</p> <p>IV – elaborar normas técnicas e o licenciamento de estações dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;</p> <p>V – aplicar sanções e reprimir infrações dos direitos dos usuários.” (NR)</p> | | |
| <p>Art. 24. A Lei n. 9.478, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> | <p>Suprimir o artigo 24.</p> <p>Art. 24. A Agência Reguladora deverá criar mecanismo claro e previsível para aprovação da transferência de concessões, permissões e autorizações pelos entes regulados.</p> <p>§ 1º A Agência Reguladora deve criar um cadastro de empresas para as quais a transferência de concessões, permissões e autorizações será aprovada em ato vinculado que não envolve a discricionariedade da Agência Reguladora.</p> | <p>A transferência do poder de concessão das agências para o Poder Executivo suscita o risco de influência política indesejada na análise de questões que devem ser estritamente técnicas.</p> <p>O novo artigo proposto visa facilitar a concessão de crédito para as empresas reguladas, dotando de maior previsibilidade jurídica o processo de transferência das concessões.</p> |
| <p>“Art. 2º</p> <p>.....</p> | | |
| <p>§ 1º Para o exercício de suas atribuições, o CNPE e o Ministério de Minas e Energia contarão com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.</p> | | |
| <p>“Art. 2º -A. Cabe ao Ministério das Minas e Energia:</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>I - elaborar, em consonância com a política energética definida pelo CNPE, o plano de outorgas a ser observado nos procedimentos licitatórios para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural;</p> | | |
| <p>II - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural;</p> | | |
| <p>III – celebrar os atos deles decorrentes.</p> | | |
| <p>§ 1º Os atos previstos nos incisos II e III do caput poderão ser delegados à Agência, a critério do Ministro de Estado de Minas e Energia.</p> | | |
| <p>§ 2º No exercício das competências referidas nos incisos I e II, o Ministro de Estado das Minas e Energia ouvirá previamente a ANP.</p> | | |
| <p>§ 3º No exercício da competência referida no inciso I, o Ministro de Estado das Minas e Energia delegará à ANP a operacionalização dos procedimentos licitatórios, nos termos do regulamento.” (NR)</p> | | |
| <p>“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo e gás natural, cabendo-lhe:</p> <p>.....</p> | | |
| <p>IV - promover os procedimentos licitatórios para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção e, mediante delegação do Ministro de Estado de Minas e Energia, celebrar os contratos delas</p> | | |

| | | |
|---|--|--|
| decorrentes, nos termos do regulamento, e fiscalizar a sua execução; | | |
|" (NR) | | |
| "Art. 10. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência no setor de petróleo e gás, a ANP e os órgãos de defesa da concorrência atuarão em estreita colaboração, nos termos da lei. | | |
| Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no <i>caput</i> , o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada." (NR) | | |
| Art. 25. A Lei n. 9.961, de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: | | |
| "Art. 4º | | |
| | | |
| § 4º Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência no setor de assistência suplementar à saúde, a ANS e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, na forma da lei."(NR) | | |
| Art. 26. A Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: | | |

| | | |
|---|--|--|
| <p>“Art. 9º A ANA será dirigida por um Conselho Diretor, e contará com uma Procuradoria, uma Ouvidoria e uma Auditoria.” (NR)</p> | | |
| <p>Art. 27. A Lei n. 9.986, de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> | | |
| <p>“Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor composto por até quatro Diretores, e um Presidente, todos com mandatos não coincidentes de quatro anos, vedada a recondução. § 1º Integrarão a estrutura organizacional de cada Agência uma Procuradoria-Geral, que a representará em juízo, uma Ouvidoria e uma Auditoria. § 2º Cabe ao Presidente do Conselho a representação da Agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e os serviços, exercendo todas as competências administrativas correspondentes, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor.” (NR)</p> | <p>“Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor composto por até quatro Diretores, e um Presidente, todos com mandatos não coincidentes de cinco anos, vedada a recondução. § 1º Integrarão a estrutura organizacional de cada Agência uma Procuradoria-Geral, que a representará em juízo, uma Ouvidoria e uma Auditoria. § 2º Cabe ao Presidente do Conselho a representação da Agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e os serviços, exercendo todas as competências administrativas correspondentes, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor.” (NR)</p> | <p>O mandato de cinco anos confere maior estabilidade à agência.</p> |
| <p>“Art. 5º O Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, experiência comprovada e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. § 1º O membro do Conselho Diretor somente poderá perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em</p> | | |

| | | |
|---|--|--|
| <p>julgado ou de condenação em processo administrativo disciplinar.</p> <p>§ 2º Ocorrendo vacância no cargo de Diretor ou Presidente no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no <i>caput</i>, que o exercerá pelo prazo remanescente, admitida a sua recondução se tal prazo for inferior a dois anos.</p> | | |
| <p>§ 3º O regulamento de cada Agência disciplinará a substituição do Presidente em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou, ainda, no período de vacância que anteceder a nomeação de novo Presidente.</p> | | |
| <p>§ 4º O mandato do Presidente encerrar-se-á entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República.</p> | | |
| <p>§ 5º Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros do Conselho Diretor é vedado o exercício de cargo de direção político-partidária ou sindical." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 8º O ex-Presidente e os ex-Diretores ficam impedidos para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do respectivo mandato.</p> | | |
| <p>§ 2º Durante o impedimento, o ex-Presidente ou o ex-Diretor ficará vinculado à Agência, fazendo jus a remuneração equivalente à do cargo de direção que</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>exerceu e aos benefícios a ele inerentes.</p> <p>§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao ex-Presidente ou ao ex-Diretor exonerado a pedido, se este já tiver cumprido pelo menos seis meses do seu mandato.</p> <p>§ 4º Incorre na prática de crime de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-Presidente ou o ex-Diretor que violar o impedimento previsto neste artigo, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis.</p> <p>§ 5º Na hipótese de o ex-Presidente ou ex-Diretor ser servidor público, poderá ele optar pela aplicação do disposto no § 2º, ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse." (NR)</p> |
| | | <p>"Art. 16. As Agências Reguladoras poderão requisitar servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da administração pública.</p> <p>.....</p> <p>§ 4º Observar-se-á, relativamente ao ressarcimento ao órgão ou à entidade de origem do servidor ou do empregado requisitado das despesas com sua remuneração e obrigações patronais, o disposto nos §§ 5º e 6º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990." (NR)</p> |
| | | <p>"Art. 17.</p> <p>.....</p> |
| | | <p>II – 65% (sessenta e cinco por cento) da remuneração do cargo exercido na Agência Regu-</p> |

| | | |
|--|---------------------------|--|
| <p>ladora, para os cargos comissionados de Direção, de Gerência Executiva, de Assessoria e de Assistência." (NR)</p> | | |
| <p>Art. 28. A Lei n. 9.998, de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>"Art. 2º Caberá ao Ministério das Comunicações:</p> <p>I – formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que regerão as aplicações do Fust;</p> <p>II – definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fust, nos termos do art. 5º desta Lei;</p> <p>III – implementar e acompanhar os programas, projetos e atividades que aplicarem recursos do Fust;</p> <p>IV – elaborar e submeter, anualmente, a proposta orçamentária do Fust para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição federal, levando em consideração o estabelecido no art. 5º desta Lei, o atendimento do interesse público e a redução das desigualdades regionais, bem como as metas periódicas para a progressiva universalização dos serviços de telecomunicações a que se refere o art. 80 da Lei n. 9.472, de 16 de junho de 1997;</p> <p>V – prestar contas da execução orçamentária e financeira do Fust." (NR)</p> <p>"Art. 4º Compete à ANATEL arrecadar os recursos do Fust." (NR)</p> | <p>Excluir artigo 28.</p> | <p>Estas competências, pelas razões já expostas, não devem ser transferidas para o Ministério.</p> |
| <p>Art. 29. A Lei n. 10.233, de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>"Art. 15-A. O Ministro de Estado dos Transportes orientará o cumprimento das diretrizes de descentralização e deliberará sobre os segmentos da infraestrutura e das estruturas operacionais do Sistema Federal de Viação, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes, a serem administrados:</p> <p>I - diretamente por entidades públicas federais;</p> <p>II - por delegação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;</p> <p>III - mediante outorga de autorização, concessão ou permissão." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 16-A. O Ministério dos Transportes estabelecerá diretrizes, nos termos e nos limites da legislação vigente, sobre a política tarifária a ser exercida nas outorgas de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes.</p> <p>Parágrafo único. As diretrizes a que se refere o caput conterão, necessariamente, definições sobre:</p> <p>I - critérios uniformes para a cobrança de pedágio ao longo das rodovias federais;</p> <p>II - critérios para reajustamento e revisão de tarifas de prestação de serviços de transporte." (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 17-A. Cabe ao Ministério dos Transportes:</p> | | |
| <p>I - elaborar os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica</p> | | |

| | | |
|---|--|--|
| e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte; | | |
| II – promover as licitações destinadas à contratação de concessionários ou permissionárias de serviços de transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário; | | |
| III - editar atos de outorga de concessão e permissão e celebrar os contratos respectivos, bem como tomar as demais medidas administrativas necessárias a tais atos; | | |
| IV – promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção. | | |
| § 1º No exercício das competências referidas nos incisos I, II e III, o Ministro de Estado dos Transportes ouvirá previamente a ANTT ou ANTAQ, conforme o caso. | | |
| § 2º No exercício da competência referida no inciso II deste artigo, o Ministro de Estado dos Transportes delegará à ANTT ou à ANTAQ, conforme o caso, a operacionalização dos procedimentos licitatórios nos termos do regulamento; | | |
| 3º A celebração de contratos e a expedição de permissões de que trata o inciso III deste artigo poderá ser delegada à ANTT ou à ANTAQ, conforme o caso.” (NR) | | |
| “Art. 19-A. Cabe ao Ministro de Estado dos Transportes, como atribuição específica pertinente ao transporte aquaviário, indicar o presidente do Conselho de Autoridade Portuária, como referido na alínea “a” do inciso I do art. 31 da Lei nº 8.630 de 25 de | | |

| | |
|--|--|
| fevereiro de 1993." (NR) | |
| "Art. 22. | |
| | |
| § 1º A ANTT articular-se-á com o Ministério dos Transportes e as demais Agências, para resolução das interfaces do transporte terrestre com os outros meios de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens. | |
| | |
| "Art. 23..... | |
| | |
| § 1º A ANTAQ articular-se-á com o Ministério dos Transportes e as demais Agências, para resolução das interfaces do transporte aquaviário com as outras modalidades de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens. | |
| | |
| "Art. 24..... | |
| | |
| IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, em consonância com as políticas estabelecidas pelo Ministério dos Transportes, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição; | |

| | | |
|---|--|--|
| <p>V – editar, mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, conforme definido no art. 2º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, atos de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre e gerir os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>VII - proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após comunicação prévia, com antecedência mínima de dez dias úteis, aos Ministérios dos Transportes e da Fazenda;</p> <p>..... " (NR)</p> <p>"Art. 25.....</p> | | |
| <p>I - mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>III - mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados;</p> <p>..... " (NR)</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>"Art. 26....."</p> <p>.....</p> | | |
| <p>I - mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>VI - mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>§ 3º A ANTT articular-se-á com os Governos dos Estados para o cumprimento do disposto no inciso VII do caput, no tocante às rodovias federais por eles já concedidas a terceiros, podendo avocar os respectivos contratos e preservar a cooperação administrativa avançada.</p> <p>.....</p> | | |
| <p>..... " (NR)</p> | | |
| <p>"Art. 27</p> <p>.....</p> | | |
| <p>IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, em consonância com as políticas estabelecidas pelo Ministério dos Transportes, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>fomentando a competição entre os operadores;</p> <p>V - celebrar, mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, atos de outorga de permissão e autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos arts. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>VII - aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após comunicação prévia, com antecedência mínima de dez dias úteis, aos Ministérios dos Transportes e da Fazenda;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>XV - promover os procedimentos licitatórios, julgar as licitações e, mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, nos termos do art. 17-A, celebrar os contratos de concessão para a exploração dos portos organizados, em obediência ao disposto na Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;</p> <p>.....</p> | | |
| <p>XXV - celebrar, mediante delegação do Ministro de Estado dos Transportes, atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e</p> | | |

| | | |
|---|--|--|
| demais instrumentos administrativos. | | |
| " (NR) | | |
| "Art. 28. O Ministério dos Transportes, a ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstas nos arts. 13 e 14, visando a que: | | |
| " (NR) | | |
| "Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério dos Transportes ou pela respectiva Agência, no estrito âmbito de suas competências." (NR) | | |
| "Art. 30..... | | |
| § 1º A transferência da titularidade da outorga só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização do Ministério dos Transportes, mediante proposta da respectiva Agência de Regulação, observado o disposto na alínea "b" do inciso II do art. 20. | | |
| " (NR) | | |
| "Art. 31. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, a ANTAQ, a ANTT e os órgãos de defesa da concorrência devem | | |

| | | | |
|--|--|--|--|
| atuar em estreita cooperação, na forma da lei." (NR) | | | |
| "Art. 33. Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pelo Ministério dos Transportes, pela ANTT ou pela ANTAQ, cada qual no estrito âmbito de sua competência, obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares." (NR) | | | |
| "Art. 34-A. As concessões a serem outorgadas pelo Ministério dos Transportes, ou, mediante delegação, pela ANTT ou pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada pela legislação vigente." (NR) | | | |
| "Art. 38. As permissões a serem outorgadas pelo Ministério dos Transportes aplicar-se-ão à prestação regular de serviços de transporte de passageiros que independam da exploração da infra-estrutura utilizada e não tenham caráter de exclusividade ao longo das rotas percorridas, devendo também ser precedidas de licitação regida pela legislação vigente." (NR) | | | |
| "Art. 78-A. | | | |
| § 1º Na aplicação das sanções referidas no caput, a ANTAQ observará o disposto na Lei nº 8.630, de 1993, inclusive no que diz respeito às atribuições da Administração Portuária e do Conselho de Autoridade Portuária. | | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>§ 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV, quando se tratar de concessão, caberá ao Ministério dos Transportes, mediante proposta da ANTT ou da ANTAQ, em cada caso.”(NR)</p> | | |
| <p>Art. 30 O art. 33 da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 33 § 1º Ao ocupante de Cargo Comissionado Técnico será pago um valor acrescido ao salário ou vencimento, conforme tabela constante do Anexo II da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. § 2º Poderão ser designados para Cargos Comissionados Técnicos níveis CCT-IV e V, além dos servidores referidos no caput, servidores ocupantes de cargos efetivos ou de empregos permanentes da Administração Federal direta e indireta cedidos à Agência Reguladora, na forma do art. 93 da Lei n. 8.112, de 1990.” (NR)</p> | | |
| <p>Art. 31. O art. 8º da Medida Provisória n. 2.228-1, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 8º Integrarão a estrutura da ANCINE, além do Conselho Diretor, uma Procuradoria-Geral, que a representará em juízo, uma Ouvidoria e uma Auditoria.”(NR)</p> | | |
| <p>Art. 32. No prazo de até noventa dias da publicação desta Lei, o Poder Executivo providenciará a republicação atualizada das Leis n. 9.427, de 1996, 9.472, de 1997, n. 9.478, de 1997, n. 9.782, de 1999, n. 9.961, de 2000,</p> | | |

| | | |
|--|--|--|
| <p>n. 9.984, de 2000, n. 9.986, de 2000, n. 9.998, de 2000, n. 10.233, de 2001, e n. 10.871, de 20 de maio de 2004 com todas as alterações nelas introduzidas.</p> | | |
| <p>Art. 33. Fica criado, na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, na Agência Nacional do Petróleo – ANP, e na Agência Nacional de Águas - ANA, o cargo de Ouvidor.</p> | | |
| <p>Parágrafo único. Para o atendimento do disposto no <i>caput</i>, ficam criados, em cada uma das Agências Reguladoras ali referidas, um cargo de Gerência Executiva – CGE II, um Cargo Comissionado de Assistência – CAS-II e um Cargo Comissionado de Técnico – CCT-IV.</p> | | |
| <p>Art. 34. A apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência dos atos de que trata o § 1º do art. 7º da Lei n. 9.472, de 1997, observará o disposto nos art. 16 a 19 desta Lei.</p> | | |
| <p>Art. 35. O órgão máximo decisório das Agências Reguladoras passa a ser denominado Conselho Diretor.</p> | | |
| <p>§ 1º Os cargos de Diretor-Geral ou Diretor-Presidente, existentes nas Agências Reguladoras, passam a ser denominados Presidente.</p> | | |
| <p>§ 2º O cargo de Conselheiro existente nas Agências Reguladoras passa a ser denominado Diretor.</p> | | |
| <p>Art. 36. Ficam mantidos os prazos de encerramento dos mandatos dos atuais Diretores, e Presidentes de Agências Reguladoras.</p> | | |
| <p>Art. 37. Os mandatos dos Presidentes de Agências Reguladoras iniciados após a vigência desta Lei poderão ser fixados em</p> | | |

| | | |
|---|--|--|
| <p>período inferior a quatro anos, admitida uma única recondução, de modo a propiciar a aplicação do disposto no art. 5º da Lei n. 9.986, de 2000, com a redação dada por esta Lei.</p> | | |
| <p>Art. 38. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.</p> <p>Art. 39. Revogam-se o § 1º do art. 4º, e os arts. 5º e 22 da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, o inciso II do art. 19, o art. 24 e o art. 42 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, os §§ 2º e 3º do art. 11 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, o parágrafo único do art. 6º e o art. 7º da Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, o art. 10 da Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, o art. 6º da Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, o inciso II do parágrafo único do art. 24, o § 2º do art. 26, o § 3º do art. 27, os arts. 52 e 54, os §§ 1º e 2º do art. 53 e o inciso III do art. 58 da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001.</p> | | |

Confederação Nacional da Indústria – CNI

Conselho de Infra-estrutura da CNI

Presidente: *José de Freitas Mascarenhas*

Diretoria Executiva – DIREX

Diretor Executivo: *José Augusto Coelho Fernandes*

Diretoria de Desenvolvimento – DIRDES

Diretor: *Marco Antonio Reis Guarita*

Unidade de Competitividade Industrial – COMPI

Coordenador: *Maurício Mendonça*

Unidade de Assuntos Legislativos – COAL

Coordenador: *Carlos Alberto Cidade*

Colaboradores

O documento recebeu sugestões e contribuições de Federações e Associações de Indústrias, dos membros do Conselho de Infra-estrutura da CNI e de sua equipe técnica.

Superintendência de Serviços Compartilhados – SSC

Área Compartilhada de Informação e Documentação – ACIND

Normalização: *Sylena Alexandre*

Apoio

Pedro Silva Scazufca

Lucas Martins Novaes

Rafael Judar Vicchini

Revisão Gramatical

Sarah Pontes

Editoração Eletrônica

IMAGE UP

Impressão

Coronário Editora Gráfica