



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**O CERCEAMENTO DA AUTONOMIA
ADMINISTRATIVA DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

PAULO VITOR DE SOUSA LUCENA

Brasília, março de 2013.

O CERCEAMENTO DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de graduação em
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília

Orientador: **Prof. Mamede Said Maia Filho**

Brasília, março de 2013.

O CERCEAMENTO DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de graduação em
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Monografia defendida e aprovada em: 7/3/2013

BANCA EXAMINADORA

Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Othon de Azevedo Lopes

Jan Yuri Amorim

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

2013

Dedicatória

Àqueles que contribuíram na minha vida acadêmica para a construção deste trabalho.

Agradecimentos

Conforme reiteradas vezes já tive a oportunidade de dizer a alguns colegas de faculdade, tive a não agradável oportunidade de ter estudado em escola pública durante o meu ensino fundamental, primeiro e segundo anos do ensino médio. Acredito que essa expressão – não agradável – não poderia ser mais adequada, pois em muito pouco o ensino deficitário ali empreendido me proporcionou ao menos o básico para que pudesse conseguir adentrar àquilo que a época entendia como sendo a prestigiada Universidade de Brasília.

A despeito do trabalho quase insuficiente desempenhado pelos professores que tive ao longo do ensino médio e fundamental – com poucas exceções, é claro -, não poderia deixar de aqui consignar neste meu último trabalho de graduação os meus mais sinceros agradecimentos a eles, por terem me mostrado, em inúmeras oportunidades, um exemplo a não ser seguido, e também, porque foram fundamentais para que hoje eu pudesse ter a certeza de que, de alguma forma, tenho que contribuir para a elevação do espírito público na comunidade onde vivo.

Por sorte, recebi uma bolsa de estudos no meu terceiro ano de Ensino Médio, sem a qual, dificilmente teria logrado êxito no vestibular para o curso de direito desta Universidade. Aliás, foi graças ao empreendedorismo, profissionalismo, eficiência, competência, objetividade, foco, trabalho dos meus professores da escola particular, que passei a defender ferrenhamente a educação como mercadoria social, embora ao longo da faculdade tenha enfrentado algumas calorosas discussões contrárias, principalmente por parte daqueles que nunca experimentaram o que é ficar sem a menor perspectiva de obter sucesso, como eu experimentei ao longo da minha vida estudantil, dentro da escola pública.

Indubitavelmente foi graças a estes verdadeiros professores da Escola NDA Sênior, que hoje tenho a oportunidade de construir esse pequeno trabalho. Cito nominalmente os professores Gastão e César, os quais são exemplos a serem seguidos por aqueles que desejam seguir a carreira de mestres.

Não poderia deixar de citar algumas pessoas que contribuíram significativamente para a minha formação acadêmica, entre elas, os professores Carlos Frederico de Oliveira Pereira, conhecido por nós como Fredão, e Victor Russomano Júnior,

que me pareceram ser luzes de sensatez quando essa muitas vezes inexistia. Gostaria, também, de deixar consignados os meus mais sinceros agradecimentos aos professores Othon de Azevedo Lopes e Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, que me inspiraram a me tornar um advogado e, sobretudo, demonstraram e continuam demonstrando a importância de o bacharel em direito manter como objetivo na vida profissional a satisfação do valor transcendental da justiça.

Jamais poderia deixar de consignar meus agradecimentos também àqueles que considero a razão pela qual a Universidade de Brasília é tão prestigiada: meus colegas de faculdade. Conhecê-los foi de fundamental importância para a ampliação dos meus horizontes. Os debates sempre foram de elevado nível e, sem sombra de dúvida, contribuíram para essa pesquisa, que acaba por ser uma obra coletiva. Levo de cada um, um pouco e espero poder ter contribuído positivamente de alguma forma na formação de cada um.

Resumo

A autonomia das agências reguladoras é um assunto bastante intrigante, embora em tempos de prosperidade econômica, como o que vivenciamos nos últimos anos, seja até mesmo por essas um assunto bastante negligenciado. O objeto desse trabalho é demonstrar a importância de se manter a autonomia administrativa desses entes reguladores para que possam ser verdadeiramente independentes e desempenhem as tarefas de regulação que lhes foram conferidas.

A fim de tornar a exposição mais clara e objetiva, bem como mais didática, a presente monografia está dividida em seis partes: Introdução; 2 – A história da regulação por meio de agências; 3 – A autonomia das agências reguladoras; 4 – Evidências da diminuição da autonomia das agências reguladoras; Considerações finais e Referências.

Busca-se mostrar o contexto histórico no qual as agências foram criadas, a partir do processo de desestatização no governo de Fernando Henrique Cardoso. Não é demais lembrar que até aquela ocasião a iniciativa privada desempenhava um papel secundário nos rumos da economia, haja vista que as grandes empresas – Petrobrás, Vale do Rio Doce, Telebrás, Companhia Siderúrgica Nacional – eram, em sua maioria, empresas públicas.

Com a abertura de mercado ocorrida no governo de Fernando Collor, houve a necessidade de se transformar o cenário econômico brasileiro, a fim de oferecer segurança jurídica aos eventuais investidores, cujo capital era absolutamente necessário para o desenvolvimento do país. É nesse contexto que surgem as agências, dotadas de autonomia para tomar decisões técnicas, e não políticas.

A partir do governo Lula, no entanto, a autonomia das agências vem sendo seriamente abalada, em parte por responsabilidade dos próprios dirigentes desses entes, por nomeações políticas, por pressão dos ministérios a que se vinculam e principalmente - o que é objeto desse trabalho – pela não autonomia administrativa de que muitos desses importantes mecanismos de regulação necessitam.

Palavras-chave: Agências reguladoras; história da regulação; autonomia administrativa.

Abstract

The independence of regulatory agencies is a matter quite intriguing, although in times of economic prosperity, as what we experience in recent years, even by such a subject quite neglected. The object of this work is to demonstrate the importance of maintaining administrative autonomy of these regulatory bodies so that they can be truly independent and carry out regulatory tasks conferred to them.

In order to make the display more clear and objective, as well as more didactic, this monograph is divided into six parts: Introduction; 2-the history of regulation through agencies; 3-the autonomy of the regulatory agencies; 4-Evidence of reduced autonomy of regulatory agencies; Final thoughts and references.

We seek to show the historical context in which the agencies were created, from the privatization process in the Government of Fernando Henrique Cardoso. It's not too much to remember that until that time, the private sector played a minor role in the direction of the economy given that large companies - Petrobras, Vale do Rio Doce, Telebras, Companhia Siderúrgica Nacional – were mostly State-owned companies.

With the opening of the market which took place in the Government of Fernando Collor, there was the need to transform the Brazilian economic scenario, in order to provide legal certainty to investors, whose capital was absolutely necessary for the development of the country. It is in this context that the agencies endowed with autonomy to make decisions, not policies and techniques.

From Lula's Government, however, the autonomy of agencies has been seriously shaken in part by these leaders ' own responsibility loved, by political appointments, under pressure of the ministries to which they bind and mainly-and object of this work – for non-administrative autonomy that many of these important adjustment mechanisms.

Keywords: Regulatory agencies. History of regulation. Administrative Autonomy.

SUMÁRIO

Introdução	10
2. A história da regulação por meio de agências	
2.1. <i>História da regulação no Brasil</i>	15
2.2. <i>Breves considerações acerca das principais agências reguladoras</i>	18
3. A autonomia das agências reguladoras	
3.1. <i>Considerações gerais acerca da autonomia das agências reguladoras</i>	25
3.2. <i>Considerações comparativas acerca da autonomia das agências nos últimos 10 anos</i>	27
3.3. <i>Autonomia administrativa das agências reguladoras</i>	29
4. Evidências da diminuição da autonomia das agências reguladoras	
4.1. <i>Horário flexível na Anatel</i>	30
4.2. <i>Recurso hierárquico impróprio</i>	34
4.3. <i>Vinculação orçamentária ao ministério da área</i>	36
4.4. <i>Considerações do Tribunal de Contas da União</i>	37
4.5. <i>A questão das nomeações para os cargos de diretores das agências</i>	38
4.6. <i>Transparência no processo de tomada de decisões</i>	39
Considerações finais	41
Referências	44

1. Introdução

É sabido que as atividades administrativas do Estado podem se dar de quatro maneiras: por intermédio do fomento à iniciativa privada de interesse público; através do poder de polícia que esse ente detém; por meio dos serviços públicos e mediante a intervenção administrativa, sendo que essa última possui dois sentidos: a um, a prerrogativa conferida ao Estado de explorar atividades econômicas por meio de suas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e a outro, o poder conferido ao Estado de fiscalizar e regular determinadas atividades econômicas por meio das agências reguladoras.

É o último sentido para intervenção administrativa, acima exposto, que interessa à presente monografia. Na verdade, é da limitação a esse poder que o presente trabalho tratará, buscando abordar que nos últimos anos a autonomia das agências reguladoras tem sido fulminada por diversos instrumentos de controles políticos, como, a título exemplificativo, os cortes orçamentários, a não realização de concursos públicos, a falta de estruturação de carreiras de seus servidores, como as chamadas carreiras de Estado, entre outros.

O tema relativo às agências reguladoras no Brasil é ainda muito embrionário no campo jurídico, tendo em vista que a figura dessas entidades autárquicas somente apareceu no final da década de 90, no contexto das desestatizações (erroneamente chamadas de privatizações). Diferentemente de outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, no qual as agências reguladoras surgiram no final do século XIX, e tiveram um crescimento maior durante o século XX, no Brasil, somente após uma série de reformas promovidas no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso é que se pensou em fazer do Estado um agente fiscalizador da atividade privada, ao invés de promotor direto do desenvolvimento econômico por meio de suas empresas.

O propósito inovador dessas entidades, principalmente pelo fato de que legalmente possuiriam uma ampla autonomia administrativa e orçamentária, chamou a atenção de uma significativa parcela de servidores públicos, empresários, agentes econômicos, mas principalmente, garantiu um ambiente propício para investimentos por parte da iniciativa privada, haja vista que, aprioristicamente, as decisões a serem tomadas teriam caráter mais

técnico do que político, garantindo um ambiente de estabilidade para lucros e bons retornos econômicos.

Ao longo deste trabalho serão feitas algumas considerações sobre as principais agências reguladoras, dando ênfase no contexto histórico em que foram criadas, bem como nos aspectos que se diferenciam entre si.

Ademais, propedeuticamente se propõe analisar algumas considerações acerca do surgimento de tais entes reguladores, partindo de um momento na história do país em que o desenvolvimento econômico era caracterizado por uma forte intervenção estatal, sendo o Estado o maior (e muitas vezes, o único) empreendedor. Tal período é muito bem representado no governo de Getúlio Vargas com sua política de Estado Desenvolvimentista.

Após o final de Segunda Guerra Mundial, o que se percebeu foi a mitigação da política nacionalista empreendida por Vargas, e a adoção de financiamentos internacionais para o projeto desenvolvimentista de Juscelino Kubitschek. Tal guinada no modelo de desenvolvimento refletiu também a adoção de um embrionário Estado Regulador, em substituição ao Estado Empresa da época anterior.

Para acompanhar as mudanças adotadas, a Administração Pública esboçou, no Decreto-lei nº 200/67, uma tentativa de superação da rigidez burocrática. Durante o regime militar, não há muito desenvolvimento em relação ao modelo de Estado Regulador, vez que o desenvolvimento do período é patrocinado principalmente por empresas estatais.

A década de 80, conhecida como década perdida, é o momento em que países como os Estados Unidos e a Inglaterra adotam os modelos neoliberais representados à perfeição por Ronald Reagan e Margareth Thatcher. Na América Latina, faz-se necessário destaque histórico para o Chile, cujo liberalismo econômico ficou encarregado pelos monetaristas da Escola de Chicago.

No Brasil, o milagre econômico patrocinado pelo regime militar teve seu fim com a crise do petróleo. Com o retorno da democracia, percebeu-se que a economia brasileira era basicamente patrocinada por empresas estatais. Para que o país pudesse gerar riquezas e promover desenvolvimento social, necessários eram a presença do capital e investimento externo privado. Inicia-se, portanto, um amplo processo de desestatização no governo de Fernando Collor de Mello, que alcança seu auge no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Para que houvesse segurança jurídica nas relações privadas estabelecidas no Brasil, e com o propósito de afastar o temor que os investidores tinham em injetar capital em uma economia recém-democratizada, necessário seria criar entidades capazes de tomar decisões técnicas. Nasceram assim as agências reguladoras, dotadas de ampla autonomia, não subordinação, dirigentes com mandatos fixos e não coincidentes, tudo com o ideal de criar uma ambiente seguro para investimentos privados.

Na última década, o que se percebeu, entretanto, foi um enfraquecimento do modelo regulatório, com sinais perceptíveis de aparelhamento do Estado por meio de nomeações de dirigentes desses entes da Administração Indireta, sem que esses possuíssem conhecimentos técnicos suficientes para tomar decisões cuja repercussão gera significativos resultados para os investimentos nas áreas de atuação de cada um.

Alguns dos exemplos a serem abordados na monografia dizem respeito ao Acórdão do TCU nº 2261/2011, cujo conteúdo, apresentado no Senado Federal, versa acerca da auditoria sobre governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil e demonstra a preocupação do Tribunal de Contas da União em relação ao grau de autonomia financeira das agências. O Tribunal sugere, inclusive, a desvinculação dos orçamentos das agências dos respectivos ministérios de suas áreas de atuação.

Preocupa-se ainda o TCU com a ausência de autonomia das agências reguladoras para fazer campanhas em meios de comunicação, vez que a verba de publicidade está vinculada à Secretaria de Comunicação da Presidência da República, sem que as agências tenham orçamento próprio e independência para defender sua política. Para o ministro do Tribunal de Contas da União, José Jorge, quando de pronunciamento ao Senado em junho de 2012, as agências ficam sem possibilidade de utilizar os meios de comunicação para se comunicar com o público-alvo.

Ademais, destaca-se que, embora as agências reguladoras não tenham sido criadas para realizar políticas públicas, o que se vislumbra nos dias atuais, principalmente nos últimos 10 anos, é o controle interno exercido pelo Poder Executivo, que se materializa pela submissão das agências às políticas traçadas por esse Poder.

Como forma de subsidiar o argumento central, qual seja, a limitação da autonomia administrativa, abordaremos mais enfaticamente o recente caso ocorrido na Agência Nacional

de Telecomunicações – Anatel, no qual houve sinais de subordinação ao Ministério do Planejamento, quando esse ente regulador se viu obrigado a anular o despacho do presidente da agência que permitia a jornada flexível de trabalho, a despeito da Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97, de 16 de julho de 1997, em seu art. 8^o, § 2^o, prever a independência administrativa da agência.

De acordo com o que foi defendido pelo próprio presidente da agência e alguns outros servidores da autarquia, o argumento fundamental para a revogação do horário é de que o pagamento dos servidores é realizado pelo MPOG, fato que deixaria a agência subordinada a esse ministério, pelo menos no que diz respeito à folha de pagamento.

No presente projeto, defender-se-á que o argumento exposto no parágrafo anterior não procede. Do contrário, qualquer independência legalmente prevista estaria fatalmente fadada ao fracasso, tendo em vista que, ao fim, quem detém “a chave do cofre” é o ministério, e por essa razão a liberdade e autonomia de muitas outras entidades estariam afetadas pela limitação financeira, o que levaria à inutilidade da letra da lei.

Também será objeto da presente discussão o fato de que a não persistência na continuidade do horário flexível representou perda da autonomia legalmente prevista para a agência, bem como demonstrou, por parte daqueles que poderiam defender a manutenção do horário, falta de conhecimento dos modernos modelos de gestão de recursos humanos. Afinal, a flexibilização da jornada de trabalho possibilita, via de regra, maior produtividade e qualificação dos servidores, bem como proporciona um ambiente de motivação, na medida em que diminui a taxa de rotatividade do estabelecimento, incentivando, assim, a qualificação profissional e possibilitando a formação de um corpo de servidores altamente bem preparado para os desafios que o setor proporciona.

Além disso, o risco de se politizar as nomeações para os cargos de chefia da agência, principalmente para os cargos de diretores, também deve ser levado em consideração, pois a partir do momento em que o caráter técnico é suplantado ou eclipsado pelo caráter político, há um crescente risco de as entidades que foram criadas para tomar decisões técnicas passarem, conforme foi dito, a tomar decisões com fundamento no clamor dos acontecimentos, o que

¹ Art. 8^o Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 2^o A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

pode gerar um ambiente de extrema insegurança jurídica e administrativa para as empresas que atuam em cada setor regulado.

Entre outros exemplos a serem abordados no presente trabalho, também se inclui o “recurso hierárquico impróprio”, que, segundo Vicente Bagnoli, (em seu artigo, Autonomia e Independência das Agências Reguladoras), consiste em uma espécie de “revisão ministerial de decisões tomadas pelas agências”, sob a alegação de que “a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os ministérios que o auxiliam”.

Conforme se perceberá no momento adequado, a sustentação jurídica de um recurso desse tipo é de duvidosa procedência, além de ser extremamente frágil, vez que o conceito de política pública é muito vago e pode, caso se leve em consideração a fundamentação acima transcrita, ser um instrumento de redução da autonomia das agências reguladoras com o simples argumento de que determinadas atuações desses entes não estão de acordo com as políticas públicas adotadas pelo Executivo.

A vinculação orçamentária das agências ao ministério da área de atuação tem sido um ponto preocupante na autonomia das agências. Como as propostas orçamentárias dessas autarquias são inseridas na proposta dos respectivos ministérios vinculadores, esses acabam por ter grande poder de decisão na descentralização dos recursos, o que possibilita a interferência significativa por vias orçamentárias.

Dessa forma, buscaremos alguns exemplos de limitação das agências reguladoras, focando o projeto especificamente na experiência que adquirimos como servidor da Anatel. Voltam-se as preocupações para alertar acerca do risco de se abrir um precedente no âmbito administrativo, pois a autonomia da atividade fim da agência poderia ser fulminada, quando se sustenta a argumentação de que as agências reguladoras não têm independência para decidir como administrar suas atividades-meio.

2. A história da regulação por meio de agências

2.1 História da regulação no Brasil

Embora alguns autores encontrem as raízes da regulação econômica em datas anteriores ao século XX, para fins desse trabalho e para se evitar delongas na abordagem do tema a que a presente monografia se propõe, nos limitaremos à história da regulação no Brasil durante o século passado e início deste século.

O livro de Sérgio Guerra, “Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede”, é um excelente ponto de partida para contar a história da regulação da economia brasileira.

Exemplos desse intervencionismo são as inúmeras empresas e institutos criados ao longo do governo do presidente Getúlio Vargas, cuja função principal estava ligada ao desenvolvimento econômico e à necessidade de afirmação do país em relação aos países industrializados. São exemplos da política de Estado Desenvolvimentista, caracterizada pela forte intervenção estatal tanto no plano social quanto no econômico: a criação do Instituto do Açúcar e do Alcool, o Instituto Nacional do Mate, o Instituto Nacional do Sal, para citar algumas das primeiras iniciativas do governo getulista.

Também na Era Vargas e no período em que Juscelino Kubitschek foi presidente foram criados importantes entidades (empresas e sociedades de economia mista) para o desenvolvimento da infraestrutura do país. Alguns exemplos são o Banco do Nordeste do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES, as companhias de energia elétrica e as companhias de navegação.

Dessa forma, aos poucos o Estado brasileiro foi se tornando o maior motor da economia nacional, principalmente quando, após a Segunda Guerra Mundial, houve uma grande redução na oferta de artigos industrializados em consequência da destruição por bombardeios das zonas industriais europeias. Tal fato levou à substituição das importações,

fomentando o desenvolvimento das indústrias locais, que somente poderiam ser subsidiadas por intermédio do capital público, haja vista que não havia ainda no país, naquela ocasião, condições suficientes (e aí, inclui-se a infraestrutura) para a iniciativa privada promover uma forte industrialização, e nem mesmo existia um empresariado suficientemente forte e organizado para tal empreendimento.

A criação de todo esse aparato estatal não poderia ter ocorrido sem um modelo de Administração Pública possível para suportar toda a gestão desses inúmeros entes empresários. Tal modelo foi o burocrático hierarquizado, que prevaleceu durante toda a fase de forte intervenção estatal.

A estrutura adotada foi aquela proposta por Max Weber, cuja essência foi muito bem resumida por Sergio Guerra da seguinte forma:

O modelo racional-legal, pelo qual a dominação se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático (em vez de burocracia patrimonial), foi estruturado por Weber de modo que os funcionários: (a) são pessoalmente livres; isto é, devem obedecer apenas às obrigações objetivas de seu cargo; (b) são nomeados – e não eleitos – sob uma rigorosa hierarquia dos cargos; (c) têm competências funcionais fixas; (d) livre seleção por meio da qualificação profissional (contratação) mediante concurso (provas etc.); (e) são remunerados em dinheiro – compatível com a posição na hierarquia – com direito a aposentadoria; (f) devem exercer o cargo como profissão única; (g) devem ter um plano de carreira: progressão por tempo de serviço ou por merecimento, ou as duas; (h) devem seguir rigoroso sistema de controle administrativo disciplinar.

Por essa estrutura, Weber sustentou que se atingiria, de forma mais racional, o exercício de dominação. Nessa forma, se alcançaria tecnicamente o máximo rendimento (eficiência) em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas públicas.

A partir do quadro acima, compreende-se, em parte, as razões que levaram à atual estruturação da organização administrativa brasileira fortemente estruturada pela hierarquia, com decisões de cima para baixo. (GUERRA, 2012, p. 59)

Não há dúvida de que uma mudança na estruturação da organização administrativa brasileira se ensaiou no famoso Decreto-lei nº 200/67, o qual foi uma tentativa de superar a rigidez burocrática que prevalecia desde o período Vargas.

A partir de tal decreto, instituem-se formalmente, entre outras, entidades como as autarquias, que esboçaram, ainda que de maneira incipiente, a implantação do Estado Regulador da década de 90, no contexto da desestatização e abertura da economia brasileira.

A evolução do processo erroneamente chamado de “privatizações” no Brasil invariavelmente teve como consequência profundas reformas na estrutura da Administração Pública hierarquizada da década de 90. Tal processo teve início no governo de Fernando Collor de Melo e atingiu seu ápice no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Convém registrar o seguinte trecho citado por Sérgio Guerra, se referindo ao próprio discurso de Bresser Pereira:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. Com a finalidade de colaborar com esse amplo trabalho que a sociedade e o Governo estão fazendo para mudar o Brasil, determinei a elaboração “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, que define objetivos e estabelece diretrizes para a reforma da Administração Pública brasileira. 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 sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar. (GUERRA, 2012, pp.103 e 104)

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras, entidades concebidas (pelo menos teoricamente) para permitir uma maior estabilidade no cenário econômico brasileiro, com o propósito de alinhar a atuação do Estado à eficiência da iniciativa privada. Foram concebidas até o ano de 2002, basicamente 10 (dez) agências com o intuito de regular e fiscalizar a atuação da iniciativa privada nos campos de Transportes (terrestre, aquaviário, aéreo), Energia Elétrica, Petróleo, Telecomunicações e Saúde Suplementar.

Passa-se, portanto, a uma análise dessas principais agências com a intenção de demonstrar que, sem a necessária autonomia administrativa prevista nas leis criadoras de

quase todas elas, a atuação desses entes reguladores em suas atividades fins poderá ser seriamente comprometida.

2.2 Breves considerações acerca das principais agências reguladoras

2.2.1 A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

A Aneel foi a primeira autarquia em regime especial a surgir no contexto das desestatizações da década de 90. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a autarquia surgiu por meio da Lei nº 9.427, de 2 de dezembro de 1996.

A missão para essa autarquia é de extrema relevância, pois, com o processo de desestatização do setor elétrico brasileiro houve o fracionamento desse subsistema econômico, passando a se dividir em geração, transmissão, distribuição e comercialização. Duas dessas fases – transmissão e distribuição – como serviço público de competência da União Federal sofrem regulação direta da Aneel, incumbida de controlar os agentes desse setor.

A lei criadora da Aneel elenca uma série de competências que foram e são exaustivamente descritas por renomados autores do direito regulatório. Entre elas destacam-se a expedição de atos regulamentares necessários ao cumprimento de suas funções, como normalmente ocorre com as demais agências reguladoras.

Ademais, tendo em vista que a Agência Nacional de Energia Elétrica segue as diretrizes estabelecidas na Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, a qual estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, cabe a essa agência reguladora promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Não obstante as atribuições acima já representassem, por si mesmas, uma grande tarefa no contexto do direito regulatório e uma grande mudança de paradigmas do Estado empresa para o Estado Regulador, cabe também a essa autarquia celebrar e gerir os contratos

de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público; expedir autorizações, bem como, e evidentemente, como uma de suas principais tarefas, fiscalizar diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica

Aqui nos interessa observar o momento em que houve as alterações nas competências dessa agência, as quais vieram com a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. A partir do retrocitado diploma legal, houve uma considerável diminuição das atribuições conferidas a este ente, dentre os quais a perda da competência para promover diretamente licitações. A esse respeito, aduz Sérgio Guerra:

As alterações dessas competências vieram com a Lei nº 10.848, de 15.03.2004. Com efeito, por essa normativa foram reduzidas as competências da ANEEL. Por exemplo, a partir dessa normativa, a ANEEL não tem mais competência para promover, diretamente, as licitações. Esta só poderá promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente. A ANEEL não pode mais celebrar os contratos de concessão ou permissão, acima citados e, sim, apenas geri-los. (GUERRA, 2012, p.138)

Além da redução de suas atribuições, a Aneel vem descentralizando parte das suas atividades para gestores dos recursos elétricos nos Estados, em sua maioria agências reguladoras estaduais. Tal descentralização visa dar agilidade aos processos de regulação do setor, que se revela extremamente dinâmico.

Cumprе destacar ainda a judicialização das questões pertinentes às competências da Aneel, principalmente no que se refere aos reajustes tarifários. O Poder Judiciário tem se manifestado reiteradas vezes, ora por iniciativa dos concessionários, permissionários ou autorizados, ora por atuação do Ministério Público, no que diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. O tema é bastante sensível à coletividade, haja vista o impacto que as decisões podem gerar tanto nas atribuições da agência, quanto no “bolso” do consumidor. Via de regra, tem o Judiciário declarado que a Aneel executa atividade típica de Estado.

Embora o assunto possa ser objeto de um extenso trabalho, não havendo aqui a intenção de exauri-lo em sua totalidade, o que de mais importante convém destacar em relação ao setor regulado pela Aneel é a complexidade nele envolvido. A inexistência de uma lei geral sobre o setor, bem como o grande volume de normas editadas tanto pelo Ministério de Minas e Energia quanto pela própria agência, além das tratativas em nível estadual, transformam o arcabouço jurídico regulado em uma infinidade de normas que muitas vezes conflitam entre si, como normalmente ocorre em outras áreas jurídicas.

2.2 Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel

A Agência Nacional de Telecomunicações, juntamente com a Agência Nacional do Petróleo são os dois únicos entes reguladores que possuem expressa previsão constitucional, conforme dispõe o seguinte preceito da Carta de 1988:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Cumprê ressaltar que somente após o advento da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, é que os serviços públicos de telecomunicações deixaram de ser um monopólio do Estado. Com essa quebra de monopólio, a *holding* Telebrás foi privatizada em 29 de julho de 1998, no intuito de universalizar e ampliar os serviços de telecomunicações.

Antes de tal fato, porém, foi criada, como antes visto, em 16 de julho de 1997, por intermédio da edição da Lei nº 9.472, a qual é conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações.

“A ANATEL tem, como órgão máximo, um Conselho Diretor. A lei dispõe, expressamente, caracterizar-se como uma autoridade administrativa

independente, isto é: independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes (não podem ser demitidos ad nutum) e autonomia financeira.” (GUERRA, p. 142).

Em relação às atribuições da Anatel, vale a pena destacar os comentários de Sérgio Guerra, cujo teor é bastante didático:

Além da normatização, nos termos da sua lei de regência, compete à ANATEL implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais.

Na sequência da competência da ANATEL, cabe, ainda, a realização de busca e apreensão de bens; deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações; reprimir infrações dos direitos dos usuários; exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público, e, por fim, decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor (GUERRA, p.143)

Nos últimos anos a Anatel tem sido uma agência bastante visada pela mídia, algumas vezes de maneira positiva, como foi o caso da proibição de vendas de chips pelas operadoras de celular que não comprovavam capacidade para operação – medida, que de certa forma foi bastante bem vista pela população, e, outras vezes, de maneira negativa, em razão do grande volume de reclamações e conseqüente atraso na resolução dessas demandas.

Fato é que a Anatel é vista como uma agência inovadora, tendo sido pioneira na adoção do chamado pregão eletrônico, modalidade de licitação pela primeira vez utilizada em 1998, e que depois passou a ser frequentemente adotada em outras esferas do governo brasileiro.

Outro aspecto que contribui para a boa fama da agência é a universalização dos serviços de telecomunicações. As políticas adotadas pela agência no setor levaram a um significativo aumento no número de telefones públicos, o que indubitavelmente caracterizou o sucesso na desestatização do setor de telecomunicações. Prova desse êxito é a inexistência das chamadas “sombras” que havia no período anterior a fundação da agência. Consistiam em imensas áreas no interior do país sem qualquer tipo de comunicação por telefonia fixa. As

obrigações de universalização dos Telefones de Uso Público - TUPs imputadas às concessionárias fez com que essas áreas praticamente desaparecessem, inserindo no sistema de telecomunicações do país vastas regiões que antes se encontravam totalmente desprovidas desses serviços.

Assim como ocorre no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Telecomunicações vivencia uma intensa judicialização das matérias de sua competência. Via de regra, tais demandas judiciais se referem aos contratos de concessão e aos planos de tarifação que as prestadoras devem cumprir, bem como aos conflitos de competência entre a Anatel e os órgãos de defesa do consumidor.

2.3 Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis – ANP

Até o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituíam monopólio da Petrobrás, representante da União. Por força da flexibilização introduzida pela emenda constitucional em epígrafe, foi publicada, em 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.478, que dispõe sobre a Política Energética Nacional e previu a criação da Agência Nacional do Petróleo - ANP.

Assim como a Agência Nacional de Telecomunicações, a Agência Nacional do Petróleo (hoje conhecida como Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis) tem previsão constitucional. Ambas regulam talvez os mais importantes setores da economia, o que pode ser facilmente percebida pela participação, por exemplo, da riqueza gerada por telecomunicações e energia no Produto Interno Bruto do país.

“A ANP, órgão regulatório do setor, nos termos do art. 177, da Constituição Federal de 1988, é dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores. Esses dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f, do inc. III, do art 52 da Constituição Federal.” (GUERRA, p. 149)

Cumprе ressaltar que a atuação dessa autarquia tem início muito antes da exploração e da produção dos produtos por ela regulados. A ANP promove estudos geológicos e geofísicos

necessários para delimitar as áreas com potencial para produção. A partir de tais estudos, a agência subsidia o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE nas decisões sobre quais áreas são licitadas para concessão. Cabe destacar a seguinte observação de Guerra:

“Com a nova regulamentação do setor petrolífero energético, cabe à ANP, como entidade reguladora, delimitar os blocos para concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, elaborar os editais e realizar as licitações, para fins de avaliar a capacidade técnica e financeira dos futuros agentes concessionários, celebrando os respectivos contratos e fiscalizando sua execução e as participações governamentais sobre as referidas concessões.

Ademais disso, cabe também à ANP expedir autorizações para atividades de refino, processamento, transporte, importação e exportação, estabelecer critérios para o cálculo das tarifas de transporte por meio de condutos e instituir procedimentos com vistas a declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativas das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, seus derivados e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais.” (GUERRA, p. 150).

Evidentemente, o aspecto mais significativo a ser destacado em relação à Agência Nacional do Petróleo se refere à descoberta do pré-sal, em novembro de 2007, evento que provocou verdadeiras “revoluções” silenciosas, principalmente no mundo jurídico, quando da edição da Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009 e a adoção do contrato de partilha em substituição ao contrato de concessão previsto na Lei nº 9.478/97, bem como a edição da Lei 12.304/2010, de 2 de agosto de 2010, a qual criou a Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA, empresa que representa a União nos contratos de partilha.

Embora o assunto seja extenso, aqui nos interessa dar breves noções acerca de cada uma das principais agências, por intermédio de pequenas notícias, não havendo interesse em exaurir o assunto no que se refere às competências da Agência Nacional do Petróleo no marco regulatório do pré-sal ou no setor de etanol, as quais foram, nesse último caso, recebidas por intermédio da Lei nº 12.940, de 16 de setembro de 2011.

2.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, vinculada ao Ministério da Saúde. Assim como as demais agências reguladoras, a Anvisa é dirigida por uma Diretoria Colegiada composta por cinco membros,

sendo um deles o Diretor-Presidente (escolhido pelo Presidente da República entre os membros do órgão colegiado e após aprovação do Senado Federal).

“A Agência tem por finalidade institucional 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, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Compete à ANVISA, dentre outras atribuições, coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde.

Suas funções envolvem o poder-dever de intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional; autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação e anuir com a importação e exportação de produtos mencionados na sua lei de criação; conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação, exigir, mediante regulamentação específica, a certificação de conformidade no âmbito do Sistema Brasileiro de Certificação (SBC), de produtos e serviços sob o regime de vigilância sanitária segundo sua classe de risco; exigir o credenciamento, no âmbito do SINMETRO, dos laboratórios de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico e outros de interesse para o controle de riscos à saúde da população, bem como daqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias.” (GUERRA, p. 152)

Conforme se percebe, a agência é dotada de inúmeras atribuições, o que leva evidentemente a um complexo sistema de normas, resoluções, portarias, entre outros instrumentos normativos.

Nos últimos meses, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, assim como as demais agências reguladoras, não tem passado incólume à judicialização de matérias atinentes às suas competências. As restrições impostas pela Anvisa a determinadas atividades econômicas, como a regulamentação de bebidas alcoólicas, percentuais de sais em alimentos, gorduras, proibição de uso de determinados remédios, como emagrecedores, têm frequentemente levado os responsáveis pela produção ou comercialização desses produtos ao Poder Judiciário, com a alegação de que a agência estaria extrapolando suas competências. Algumas vezes, o Judiciário tem dado razão a agência, mas nem sempre é o que ocorre, como aconteceu com o conceito de bebida alcoólica, o qual a autarquia desejava modificar.

3. Autonomia das agências reguladoras

3.1. Considerações gerais acerca da autonomia das agências reguladoras

Conforme inicialmente consignado, um dos pilares para a atuação adequada e independente das agências reguladoras no contexto em que foram criadas era a autonomia. De acordo com Sérgio Guerra,

“As Agências Reguladoras são entidades autônomas em relação ao poder central, sendo, em termos, detentora de independência decisória.

Em prol da autonomia regulatória das Agências, Vital Moreira aponta diversas razões. A primeira seria a separação entre a política e a economia, de modo que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a segunda seria a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório. Segue sustentando, como razão para a autonomia, o favorecimento do profissionalismo e a neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes. Tem-se, ainda, a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados. Destaca a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrictões próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados e, por fim, a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.” (GUERRA, p. 175)

Evidentemente que esses não são os únicos elementos capazes de caracterizar a autonomia das agências reguladoras. Não há dúvida de que a competência regulatória conferida a tais entidades autárquicas é um dos elementos que por si só conferem autonomia a esses entes da Administração Indireta. Ademais, a organização colegiada, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a autonomia financeira e orçamentária e a independência decisória são alguns dos elementos para caracterizar as agências reguladoras.

Ademais, é preciso consignar que o significado do termo autonomia admite várias acepções. Tal constatação é manifestamente perceptível quando se compara as leis criadoras de cada uma das agências reguladoras. Alguns autores (Mario Hiane de Moura, por exemplo, no trecho a seguir) defendem que agências como a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP possuem uma autonomia maior do que outras agências reguladoras pelo fato de serem constitucionalmente previstas.

Por sua vez, as agências não previstas na Constituição desfrutariam de menor autonomia, não possuindo a prerrogativa de realizarem diretamente interpretação. Assim, consigna o autor:

“Conforme sistema normativo brasileiro, a melhor interpretação das Emendas Constitucionais e Leis Federais sobre Agências Reguladoras é aquela que as coloca em posição de submissão ao legislador. As agências com assento constitucional e aquelas criadas meramente por lei poderão ter graus diferentes de autonomia diante do Poder Executivo – embora, em tese, seja possível criar agências por lei ordinária com tanta autonomia quanto a Anatel ou a ANP.” (MOURA, 2007, p. 263)

A previsão de autonomia de atuação para as agências reguladoras não seria à toa. Não haveria sentido em criar entes na Administração Pública Indireta que, embora não se subordinassem à Administração Direta, pudessem ter suas decisões revistas pelo Poder Executivo. Ademais, a imparcialidade e técnica seriam seriamente comprometidas se tais entes não detivessem liberdade para atuar.

Impende salientar que um dos instrumentos mais seguros para se garantir a autonomia das entidades reguladoras é a possibilidade de administrar com certa liberdade os seus recursos sem interferências políticas dos ministérios a que se vinculam.

Conforme veremos a seguir, a dependência de recursos do orçamento do Tesouro, bem como o contingenciamento, que é uma espécie de limitação de gastos, entre outras formas de redução de receitas, acaba por comprometer a atuação efetiva dessas autarquias, que muitas vezes não possuem fundos para financiar suas atividades fins, como por exemplo, a fiscalização. Ademais, a limitação de gastos acaba por comprometer também a capacitação dos servidores dessas agências, o que leva muitas vezes à obtenção de resultados que, do ponto de vista técnico, deixam a desejar.

Por fim, impende salientar que a independência decisória das agências é representada pelo estabelecimento do Conselho Diretor da agência reguladora como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo ministério.

3.2. Considerações comparativas acerca da autonomia das agências nos últimos 10 anos.

Alguns autores, como Gustavo Binbenjy, defendem que a autonomia das agências reguladoras vem sendo cerceada nos últimos anos. Senão cerceada, pelo menos mitigada, conforme algumas evidências que serão apresentadas na quarta parte do presente trabalho.

O referido autor aponta que a estabilidade institucional vivenciada pelo Brasil na década de 90 era marcadamente duvidosa em relação à possibilidade de o país honrar o compromisso de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir um cenário propício para o fiel cumprimento dos contratos. Assim, consigna Binbenjy:

Em semelhante contexto, foi até natural que a preocupação básica do legislador (leia-se, do governo Fernando Henrique Cardoso) e da doutrina nacional tenha sido a defesa da *autonomia* das agências. Nessa *primeira onda* de criação das agências reguladoras setoriais, o grande móvel da estrutura regulatória introduzida no país foi a criação de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário. Por isso, as agências são criadas no Brasil como *autarquias de regime especial*.

A pedra-de-toque desse regime especial é a independência (ou autonomia reforçada) das agências em relação aos Poderes do Estado. Tal independência assume os seguintes aspectos:

1) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente;

2) independência técnica decisória, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio*. Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente;

3) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização;

4) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas por lei às agências (BINENBOJM, 2005, p. 153-154).

Outro ponto polêmico em relação à autonomia (e cerceamento) das agências reguladoras nos últimos 10 anos diz respeito ao Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras. Acerca do referido projeto, vale a pena tomar por fundamento trechos da monografia de Eduardo Marques da

Silva, 2º lugar na categoria Regulação Econômica do Prêmio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, no concurso de 2006.

Não há dúvida de que, caso o projeto seja aprovado, se transformará em um mecanismo de controle sobre as agências reguladoras, bem como uma redução nas atribuições conferidas a esses entes. A título exemplificativo, vale a pena transcrever o seguinte trecho da referida monografia, à fl. 25:

“A partir das ‘Disposições Finais e Transitórias’, o Projeto de Lei atribui aos Ministérios setoriais a titularidade da realização das licitações, bem como a atribuição das concessões e das permissões das atividades sob a sua supervisão, por entender, nos termos da própria Constituição Federal, que o estado é o titular do direito de explorar, direta ou indiretamente, os serviços públicos. Assim, ainda dentro da ideia de separação do poder de elaboração das políticas públicas do poder regulador, que norteia toda a Exposição de Motivos, considerou-se como sendo uma mera liberalidade do legislador a atribuição dada às agências, pelas suas respectivas leis específicas, do poder de celebrar os contratos de concessão e de permissão.”

Contudo, por reconhecer a experiência já acumulada pelas agências reguladoras na matéria, bem como a falta de quadros específicos capazes de realizar estas mesmas tarefas no âmbito interno dos ministérios, o Projeto de Lei Geral, imbuído de grande senso prático, atribuiu a esses mesmos ministérios a possibilidade de outorgarem as referidas competências às agências respectivas, desde que observados os trâmites legais específicos.

Embora o projeto não tenha ainda sido aprovado, percebe-se claramente um exemplo da perda de poder das agências reguladoras, cenário que se tentou evitar no contexto das desestatizações. É claro que merece o devido destaque de que tal projeto também possui aspectos positivos, como um maior controle social por intermédio de consultas públicas, ouvidorias, prestação de contas, entre outras formas de atuação popular.

Criadas com o propósito de assegurar o bom funcionamento de setores da infraestrutura nacional, tais como telecomunicações, petróleo/gás e energia elétrica, as agências reguladoras consubstanciam o ideal de gestão responsável do interesse público, respeito aos contratos, proteção aos direitos dos consumidores e estabilidade das regras tarifárias em áreas cujos investimentos requerem planejamento a longo prazo.

O bloqueio de recursos, a nomeação de diretores não vinculados à carreira de regulador, a retirada de competências, a transferência de responsabilidade à Procuradoria-Geral Federal pela defesa das causas das agências são alguns exemplos de como nos últimos anos tem-se adotado uma política bastante diferenciada em relação às agências reguladoras,

mais no sentido de diminuir a atuação efetiva desses entes. Não por outra razão a mídia, em algumas situações, passou a denominar tais tentativas de limitação da autonomia das agências reguladoras de uma contrarreforma promovida por segmentos do governo.

3.3. Autonomia administrativa das agências reguladoras

Do ponto de vista legal, as agências reguladoras são, pelo menos em teoria, dotadas de autonomia administrativa. Eis o teor, em rol evidentemente não taxativo, de uma de suas leis criadoras, com os devidos grifos referentes aos trechos legais que conferem autonomia:

(§ 2º do art. 8º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997):

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

[...]

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por **independência administrativa**, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Não obstante seja manifestamente perceptível a existência de dispositivos legais que conferem autonomia administrativa às agências reguladoras, tais preceitos não são cumpridos em sua plenitude. Na verdade, estão longe de serem cumpridos efetivamente. Conforme veremos a seguir, inúmeros são os exemplos de cerceamento da autonomia administrativa das agências reguladoras. Por ora, cumpre destacar a importância da autonomia administrativa para entidades autárquicas como as agências reguladoras.

Cumpre ressaltar que a autonomia administrativa constitucionalmente consagrada a vários órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União representa um avanço para a efetiva independência decisória dos órgãos que a detêm. Não existindo, dificilmente poder-se-ia dizer que tais organismos pudessem tomar decisões técnicas em sua plenitude.

Aspecto igualmente interessante a ser destacado é a exposição de motivos da Lei nº 9.472/97, lei criadora da Anatel, a qual, embora se refira especificamente a esta agência, traz

relevantes considerações acerca da importância da autonomia. Assim, preconiza o documento:

O órgão regulador difere de outros organismos governamentais porque, em vez de simplesmente prestar um serviço ao público, tem de tomar decisões que pressupõem o exercício de poder discricionário. Para que ele seja eficiente e eficaz, portanto, é necessário que disponha de competência técnica; além disso, é fundamental que:

[...]

b) desfrute de autonomia, isto é, não seja passível de influências de outros órgãos do governo ou de grupos de interesse. A autonomia, associada à competência técnica que pode resultar da liberdade gerencial, tende a levar a decisões consistentes e justas, o que significa desempenho satisfatório. A autonomia é fortalecida através da disponibilidade de fontes próprias de recursos financeiros, como taxas arrecadadas dos operadores ou dos usuários;

Perceba-se que a exposição de motivos datada de 1996 já preconizava a necessidade de recursos financeiros próprios como instrumento de afirmação da autonomia da agência. Nesse mesmo sentido consignou o Tribunal de Contas da União quando da exposição realizada pelo Ministro José Jorge ao Senado Federal sobre a auditoria sobre a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, conforme mais a frente será detalhada.

4. Evidências da diminuição da autonomia das agências reguladoras

4.1. Horário Flexível

Em 19 de junho de 2009, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel deu mais uma demonstração de inovação na Administração Pública, assim como o fez com a criação da

modalidade licitatória do pregão eletrônico.² Nessa ocasião implementou, por intermédio da Portaria nº 430, de 19 de junho de 2009, o chamado “horário flexível”, instrumento pelo qual resumidamente se propunha:

Adoção, no âmbito da Agência, do horário flexível, no qual compete ao gerente imediato de cada unidade ou setor fixar o horário de trabalho dos servidores, desde que respeitados o horário nuclear comum e a carga horária semanal de 40 horas, e considerada a efetiva necessidade de serviço de cada setor da Agência;

Jornada de trabalho de 7 (sete) horas ininterruptas, perfazendo 35 (trinta e cinco) horas semanais, sendo que as 5 (cinco) horas restantes cumpridas pelos servidores de acordo com a determinação do respectivo gerente imediato, sob o regime de sobreaviso, conforme a necessidade do serviço;

Adoção do regime de trabalho de turno ou escala, em relação aos servidores que executam atividades técnicas de monitoramento e fiscalização de telecomunicações e radiodifusão, quando estas exigirem atividades contínuas por período ininterrupto igual ou superior a 12 horas;

Adoção do sistema de banco de horas, com o cômputo em benefício do servidor, para gozo futuro, somente das horas efetivamente trabalhadas além da jornada semanal de 40 horas.

² Lei 9.472/97

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I - para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

Não há dúvida que a modalidade criada pela Anatel representou um avanço no que se refere à aplicação do princípio da eficiência, constitucionalmente consagrado, bem como uma melhor alocação dos recursos temporais, voltando a atenção para uma administração de resultados. Tais afirmações puderam (e podem) ser facilmente comprovadas quando analisados os documentos comparativos dos resultados obtidos antes e depois da implementação do referido horário.

A percepção do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão parece ter sido outra, quando analisada a sua reação. Ao tomar conhecimento do horário flexível implementado pela agência, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento elaborou a Nota Técnica nº 667/2009/COGES/DENOP/SRH/MP, na qual sucintamente consignou que o Decreto-lei nº 200, de 5 de fevereiro de 1967, e o Decreto nº 67.326, de 5 de outubro de 1970, em seus arts. 2º e 7º, preconizam que cabe à Secretaria de Recursos Humanos administrar o sistema de atividades de pessoal da Administração Pública Federal, e que todos os órgãos e entidades pertencentes ao Poder Executivo estariam sujeitos à orientação normativa desse órgão.

A Anatel teria usado de “artifício” ao implantar o regime de sobreaviso, evitando o desconto da renumeração dos servidores pelo descumprimento da carga horária diária, em desacordo com o estabelecido no art. 44, da Lei nº 8.112/90³.

Evidentemente que a nota técnica elaborada pelo Ministério do Planejamento gerou um desconforto nas relações desse órgão com a Anatel, o que levou a discussão ao Tribunal de Contas da União, o qual no dia 30 de junho de 2010 se manifestou da seguinte forma, por intermédio do Acórdão nº 3.553/2010:

A Reforma Gerencial pregou a adoção do controle em função dos resultados, em detrimento do controle dos procedimentos, estabelecendo um novo paradigma que pudesse superar uma administração burocrática centrada no rígido formalismo de métodos e códigos de conduta. Nesse sentido, observou-se por intermédio do instituto da descentralização administrativa uma extensão do poder normativo às agências reguladoras. Essas autarquias passaram a contar com autonomia para elaborar dispositivos que disciplinassem não apenas as diretrizes

³

Art. 44. O servidor perderá:

I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

técnicas condizentes à sua área de atuação, mas também que regulamentassem suas formas de organização interna.

Depreende-se que a adoção do regime de sobreaviso, nos moldes implementados pela Anatel, não representa efetivamente uma redução da jornada de trabalho, uma vez que o servidor fica à disposição da agência. Corrobora tal entendimento o fato de que as horas efetivamente trabalhadas em regime de sobreaviso não geram acréscimos no banco de horas ou pagamento de horas extras, conforme § 3º do art. 5º da Portaria nº 430/2009. Isso significa que, quando convocado pela gerência para o cumprimento da 36ª até a 40ª hora semanal, o servidor não terá essas horas acrescidas no banco de horas nem receberá a mais por elas, visto que integram a jornada de 40 horas estabelecida.

Não cabe portanto a alegação de que a Anatel autouou *contra legem* ao implementar os institutos do sobreaviso e do banco de horas. A agência agiu dentro da discricionariedade autorizada pela lei, sem extrapolar seus limites, visando constituir meios adequados à sua missão institucional, coadunando-se com os novos paradigmas de uma gestão pública moderna.

[...] considerando a autonomia administrativa concedida às agências reguladoras, entre elas a Anatel, a legitimidade normativa de proferir comandos para sua organização interna e o exercício da discricionariedade nos limites da lei, ressaltando ainda os novos paradigmas gerenciais da Administração Pública, pautados no princípio da eficiência, depreende-se que a Portaria Anatel nº 430/2009 não ofende a Lei nº 8.112/90 nem o Decreto nº 1.590/1995, motivo, motivo pelo qual reputa-se improcedente a presente representação.”

Durante praticamente 2 anos, a questão permaneceu aparentemente pacificada. No dia 16 de maio de 2012, no entanto, o presidente da agência, tendo por fundamento parecer da Advocacia Geral da União - AGU (o que mais uma vez traz a robustez de legalidade), por meio da Portaria nº 461, anulou os arts. 5º e 11, *caput* e parágrafos da Portaria nº 430, de 19 de junho de 2009, o que levou ao fim do horário flexível na agência e, para uma parcela significativa dos servidores, a uma subserviência da Anatel à orientação advinda do MPOG, o que afrontaria a autonomia e independência das Agências Reguladoras como um todo, vez que consubstancia um mau precedente.

O fato é que a questão levou ao pedido de exoneração dos servidores do setor de recursos humanos da agência, que não concordaram com a postura adotada pela presidência.

A questão se encontra hoje pendente de exaurimento administrativo nos autos do processo nº 53500.010570/2012, cujo primeiro recurso administrativo foi recentemente julgado, tendo o Colegiado da agência decidido pelo conhecimento e, no mérito, o não provimento da peça.

Fato é que a discussão chegou inclusive ao Congresso Nacional, tendo sido discutida na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. A Câmara dos Deputados

analisou uma proposta que anula os efeitos da decisão tomada pelo presidente da agência, o que teoricamente retomaria o horário flexível. O Projeto de Decreto Legislativo 583/12 foi apresentado pelo deputado Sebastião Bala Rocha (PDT-AP), o qual sugeriu a audiência, tendo sido convidados um representante do Ministério do Planejamento, o procurador-geral da Anatel, Vítor Cravo, o secretário de Fiscalização de Pessoal do TCU, Alessandro Giuberti Laranja, o presidente do Sindicato Nacional dos Servidores das Agências Nacionais de Regulação (Sinagências), João Maria Medeiros de Oliveira, o diretor-executivo da Associação dos Servidores da Anatel (Asanatel), José Maria da Costa, e o presidente da Associação Nacional dos Servidores Efetivos das Agências Reguladoras (Aner), Paulo Rodrigues Mendes.

4.2. Recurso hierárquico impróprio

Sabe-se que as agências reguladoras foram criadas com o propósito de criar um ambiente propício aos investimentos que aportavam no país no final da década de 90, no contexto das desestatizações. Para que tal ideal foi realizado, era necessário afastar o fantasma da insegurança jurídica que poderia ser gerada caso as decisões tomadas pelo Estado fossem meramente políticas. Era preciso afastar a possibilidade de que o imenso volume de capital aqui aportado pudesse não dar retorno em virtude de mudanças no cenário político.

Não foi por outra razão, portanto, que, inspirados no modelo regulatório norte-americano, os governantes brasileiros resolveram adotar a matriz administrativa em rede, dotada de ampla autonomia e independência, e propícia, em virtude de tais dotes, para a tomada de decisões técnicas.

Um das características mais marcantes dessas novas entidades reguladoras era o esgotamento da via administrativa, via de regra, por decisões de seus órgãos colegiados, isto é, não haveria nenhum tipo de recurso a qualquer outra entidade da Administração Direta em relação as decisões tomadas pelo ente regulador. Tal característica assim permaneceu até o paradigmático caso da divergência entre o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, no qual se reconheceu o chamado “recurso hierárquico impróprio”.

Naquela ocasião, a Advocacia Geral da União elaborou o Parecer nº AC – 51, o qual foi aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União na data de 19 de junho de 2006, tendo sido um divisor de águas no que se refere à autonomia e à independência das agências reguladoras.

Permitiu-se com tal recurso a revisão ministerial de decisões tomadas pelas agências, sob a alegação de que a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os ministérios que o auxiliam.

Por esse dispositivo permite-se, pelo menos teoricamente, que o administrado possa recorrer ao ministério ao qual a agência se vincula quando não concordar com a decisão por ela tomada. Trata-se do chamado recurso impróprio, que assim é denominado “impróprio” exatamente porque, aprioristicamente, não haveria subordinação entre o ministério e a agência.

O fundamento para que o interessado possa interpor o referido recurso ou possa a Administração Direta intervir na atuação da agência reguladora se baseia nos argumentos de que tal atuação sempre poderia existir quando a agência extrapolasse o âmbito de sua competência ou agisse em desacordo com as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo.

É preciso esclarecer, no entanto, que tais requisitos de admissibilidade recursal se transparecem como conceitos extremamente vagos já que os conceitos de políticas públicas, por exemplo, se revelam como definição casuística e carregada de várias questões sensíveis à coletividade. Dessa forma, o Poder Executivo pode sempre invocar contrariedade com as políticas por ele elaboradas a fim de legitimar intervenções nas agências reguladoras, conforme lhe seja mais oportuno e conveniente.

Há, portanto, uma imensa maioria de autores do mundo jurídico que defendem que o recurso hierárquico impróprio não condiz com a autonomia decisória das agências reguladoras. Não obstante tais considerações já fossem suficientes para concluir que tal instrumento é uma ameaça à atuação independente dessas entidades autárquicas, deve-se também aqui consignar que o Decreto-lei nº 200/67, no qual a Advocacia Geral de União se baseou para elaboração de um parecer de duvidosa qualidade jurídica em razão da carga

política nele contido, não prevê e nem poderia, em face das inovações nele trazidos, nenhum tipo de recurso hierárquico, tampouco a revisão de ofício como forma de controle da Administração Indireta.

4.3. Vinculação orçamentária ao ministério da área

A vinculação orçamentária das agências reguladoras aos ministérios de suas áreas de atuação é, sem dúvida, o ponto capital da autonomia das agências reguladoras. Conforme visto na primeira parte da monografia, embora as agências reguladoras tenham natureza de autarquia especial caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, suas propostas de orçamentos são formulados nos ministérios a que se vinculam. Tal operação se revelou comprometidora da autonomia das agências, conforme veremos a seguir.

Em 27/8/2011, por exemplo, reportagem do jornal Folha de São Paulo veiculou matéria acerca das críticas que fazia o Tribunal de Contas da União à falta de autonomia de agência reguladora. Naquela ocasião, o Tribunal chamou a atenção para o fato de que, na prática, a autonomia financeira das agências reguladoras era inexistente, visto que “elas são submetidas ao orçamento dos ministérios a que estão vinculadas e sofrem com bloqueios orçamentários que impedem até o uso de recursos que elas arrecadam de consumidores para fiscalizar empresas reguladas.”

Um exemplo de recurso arrecadado no ato da fiscalização de empresa que não é utilizado pela agência é a Taxa de Fiscalização de Instalação e de Funcionamento - TFF, recolhida pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e destinada ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966.

De acordo com o referido dispositivo normativo, combinado com a Lei nº 9.472/97, as receitas do Fundo são encaminhadas, juntamente com a proposta de orçamento, ao Ministério das Comunicações, sendo o total levado ao Ministério do Planejamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 156 da Constituição Federal.

Dessa forma, percebe-se claramente que, embora a agência arrecade uma quantidade significativa de recursos referentes à atividade sob sua regulação, desse dinheiro não pode livremente dispor na melhoria de sua atuação, pois o produto da arrecadação deve ser encaminhado para inclusão do projeto da LOA. Ademais, cumpre ressaltar que se trata de uma quantia significativa. Em consulta ao endereço eletrônico da Anatel, percebe-se que a arrecadação das referidas taxas (TFF e TFI) no ano de 2012 previa o montante de 2,6 bilhões de reais, que poderiam ser pelo menos parcialmente alocadas na melhoria da atividade fim da autarquia, antes de seguir para consolidação.

O que há de mais preocupante nessa constatação do Tribunal de Contas da União não é o fato de as agências não terem, na prática, a autonomia financeira legalmente prevista, mas o fato de seus dirigentes em ampla maioria permanecerem inertes na tarefa de defenderem aquilo que está legalmente consolidado. Conforme se viu no caso do horário flexível supracitado, a presidência da Anatel fez questão de consignar que se submete, no aspecto relativo a pagamento dos servidores aos ditames que eventualmente venham a ser exarados pelo Ministério do Planejamento.

Ademais, convém lembrar dos cortes e contingenciamentos a que estão sujeitas as agências reguladoras, que atingem particularmente aspectos de natureza administrativa, como, por exemplo, os relacionados à capacitação de servidores.

4.4. Considerações do Tribunal de Contas da União

Ao prestar esclarecimentos à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal – CAE, em 2011, o Ministro do TCU, José Jorge, comentando auditoria realizada sobre a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, consignou que desde a criação das agências reguladoras, o Tribunal de Contas da União vem acompanhando e promovendo o controle externo desses entes, por intermédio de duas Secretarias especializadas – Secretarias de Fiscalização de Desestatização e Regulação, que fiscalizam fundamentalmente os setores de Transportes, Energia Elétrica, Petróleo e Gás, Telecomunicações e Saúde Suplementar.

O centro da exposição realizada pelo ministro girava em torno da pergunta: “Qual o grau de autonomia financeira das agências?”. Consignou o tribunal naquela ocasião que as propostas orçamentárias das agências são inseridas na proposta dos respectivos ministérios vinculadores e, dessa forma, os ministérios têm grande poder de decisão na descentralização dos recursos às agências, o que possibilita a interferência em sua autonomia por vias orçamentárias.

Para resolver tal problema, propõe o TCU mecanismos ou instrumentos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências, dentro os quais a desvinculação dos orçamentos das agências dos respectivos ministérios vinculadores.

Ademais, recomendou ainda, que a Casa Civil adotasse providências no sentido de incrementar as receitas próprias das agências deficitárias e, no caso das superavitárias (Aneel e Anatel), realizasse análises acerca dos valores das taxas de fiscalização praticadas e das sanções impostas, de modo que as taxas de fiscalização sejam diminuídas para não onerar demais os setores e buscar que os valores das multas sejam compatíveis com as infrações praticadas, mantendo-se, contudo, o caráter punitivo destas sanções.

4.5. A questão das nomeações para os cargos de diretores das agências

Em relação às nomeações dos diretores das entidades autárquicas, diversos autores apontam a necessidade de estabelecimento de critérios mais técnicos para a escolha de membros dirigentes.

O primeiro aspecto de relevância a se destacar é a não coincidência nos mandatos dos dirigentes das agências. Conforme consignado por Floriano de Azevedo Marques Neto, (2005, p. 46) essa característica é “o pressuposto da estabilização das políticas regulatórias, o qual permite que, inobstante as naturais alternâncias no poder, haja uma continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que as novas orientações estejam amadurecidas”.

Ademais, o Tribunal de Contas da União, na mesma ocasião em que apresentou o

resultado da auditoria sobre governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, manifestou sua preocupação sobre a necessidade de se adotar critérios mais técnicos para indicação e nomeação dos dirigentes das agências, sugerindo ao Senado, inclusive que fossem adotadas rotinas mais rigorosas na avaliação dos candidatos aos cargos de direção dessas autarquias.

Aduziu ainda o TCU, como proposta para aprimoramento da autonomia decisória das agências, que a quarentena dos dirigentes das agências brasileiras deveria ser de no mínimo um ano, pois ela é curta para os moldes internacionais.

À exceção da Anatel não estão claros, nos regulamentos das agências, os critérios para a substituição dos Conselheiros e dos Diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares, ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo Conselheiro ou Diretor, muito embora o art. 10, da Lei nº 9.986/2000 determine que o regulamento de cada agência deverá disciplinar essa questão.

Em face de tal ausência ou mesmo omissão das diretorias das agências, percebeu-se inúmeros exemplos em que tais autarquias se viram em situações de verdadeira paralisia decisória ou mesmo de diminuição significativa de processos julgados, em razão do baixo quorum ou simplesmente da inexistência do número mínimo para a instalação de reuniões de seu órgão diretor.

Não seria exagero nenhum afirmar que, a partir do momento em que não se fixa prazos para que se tomem decisões, as agências também podem ter sua atividade fim comprometida, como ocorreu na Antaq, ou como ocorre várias vezes em diversas agências quando o número de processos julgados fica reduzido em razão da não indicação de novo membro ao término do mandato de um deles. A título exemplificativo tem-se o caso da Anatel, onde duas vagas permaneceram por quase um ano sem conselheiros, o que levou a uma diminuição do número de processos julgados.

4.6. Transparência no processo de tomada de decisões

Não há dúvida de que a transparência dos procedimentos administrativos é uma forte

aliada na fiscalização da atividade estatal. Aliás, não é por outra razão que a publicidade é um princípio constitucionalmente consagrado, no firme propósito do controle da atividade gerida pelo Estado, por parte da sociedade.

Nas agências reguladoras essa regra não poderia ser diferente. Na verdade, a transparência nas decisões tomadas por essas entidades se faz mais importante em face do impacto que as decisões que adotam têm no cotidiano da vida das pessoas, bem como nos reflexos dentro da economia, seja ela em uma escala microeconômica ou macroeconômica.

Embora seja de conhecimento geral a importância da publicidade da grande maioria dos atos perpetrados pelos agentes públicos, novamente o Tribunal de Contas de União elenca como um dos instrumentos do fortalecimento da ação estatal regulatória a necessidade de uma política específica para divulgação dos principais atos e seus impactos.

Alerta esse Tribunal que a publicidade oficial se centraliza na Subsecretaria de Comunicação Institucional da Secretaria-Geral da Presidência da República (SECOM), estando ausentes recursos para a deflagração de campanhas patrocinadas pelas próprias entidades reguladoras.

O resultado não poderia ser outro senão o desconhecimento, por parte significativa da população, da importância das autarquias, cujas decisões impactam significativamente na vida do próprio administrado. É óbvio que tal cenário se revela pernicioso à atuação estatal regulatória, haja vista que diminui a importância e a necessidade de tais entes no contexto político e econômico que vivenciamos.

Obviamente, o cenário aventado se modificou um pouco nos últimos anos. Desde o final do ano passado, por exemplo, as reuniões do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações passaram a ser gravadas e disponibilizadas ao vivo para quaisquer interessados. A iniciativa foi, entretanto, da Agência Nacional de Energia Elétrica, que assim como a Anatel hoje faz, já disponibilizava suas reuniões do órgão colegiado no endereço eletrônico do *You Tube*.

A despeito de tais avanços, o Tribunal de Contas entende que se trata de esforços pontuais de divulgação, que alcançam basicamente decisões de maior repercussão. Faz-se, assim, necessária uma política publicitária com maior autonomia em relação ao governo.

Dessa forma, conclui-se sem maiores esforços que a falta de transparência do processo decisório de algumas agências prejudica o acompanhamento de suas ações, razão pela qual uma estruturação de políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, principalmente aquelas de maior impacto social, com foco e linguagem adequados, de fato permitiria que as agências alcançassem um maior prestígio e reconhecimento da sociedade.

Considerações finais

Conforme se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, a autonomia administrativa das agências reguladoras é algo crucial para que essas entidades possam desempenhar de maneira satisfatória suas atividades-fim, isto, é, regular de maneira independente, transparente e técnica, as áreas da economia que estão submetidas a sua normatização.

Para que tal missão seja cumprida a contento, não basta que a lei consigne formalmente que tais entidades são dotadas de independência ou autonomia. É preciso que se viabilize a instrumentalização real de tal afastamento em relação às pressões de governo e da mídia, e de decisões que venham a ser tomadas tendo por fundamento o clamor dos acontecimentos.

A desvinculação orçamentária, conforme visto ao longo do trabalho, se revela como um dos principais meios para que tal independência se consolide, consistindo numa verdadeira garantia de que a autonomia administrativa não será esvaziada pela constrição de recursos. Por mais que se dê ênfase em temas relacionados à autonomia frente aos órgãos de governo, é na seara administrativa, sem dúvida, que vem residindo a maior ameaça ao funcionamento das agências reguladoras, seja pela forma silenciosa como se dá tais intervenções políticas, seja pela própria falta de proteção a tal autonomia administrativa.

Ademais, registra-se aqui a imperiosa necessidade de se incrementar a participação popular como meio de controle social da atuação dos entes que foram criados para defender, em sua grande maioria das vezes, os direitos individuais homogêneos na seara dos direitos do consumidor. A participação da sociedade civil organizada, por meio de conselhos de usuários

ou por contribuições em consultas públicas propostas pelas agências, é de fundamental importância para o próprio fortalecimento do modelo regulatório.

É preciso também que o Legislativo se envolva mais no processo de arguição e aprovação dos dirigentes das agências. Há uma tradição no Parlamento de se referendar as indicações do Executivo, sem grandes questionamentos ou investigações acerca dos atributos do indicado, fazendo-se necessário, porém, que sejam avaliadas suas condições subjetivas e objetivas para o exercício das relevantes funções nas quais será investido.

Aliás, tal presteza da casa legislativa – em particular, do Senado Federal, a quem compete sabatar os indicados –, evitaria inúmeras denúncias que vêm sendo veiculadas na mídia, como a título exemplificativo, o Estado de S. Paulo de 3/1/2013, que denunciou esquemas de máfia de pareceres na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) ou, mais recentemente, em 22/2/2013, no jornal Folha de S. Paulo, em que foi noticiado que a operadora de telefonia celular Unicel apresentou ao Ministério Público Federal acusações contra um suposto cartel das teles, que negociaria pareceres, votos e até decisões do conselho diretor da Anatel.

Não há dúvida de que, com ou sem fundamentos, tais denúncias acabam por macular a credibilidade dos dirigentes desses entes autárquicos, sendo de se esperar que tais representantes adotem condutas compatíveis com os cargos que ocupam.

A articulação entre os entes de regulação também pode se revelar como extremamente profícua e proveitosa. A troca de experiências nas diversas áreas da economia pode enriquecer e modernizar as formas pelas quais o mercado é regulado, trazendo eficiência e melhores resultados para os consumidores. Nesse sentido, a criação de uma carreira que permeasse as agências poderia proporcionar uma maior oxigenação dos profissionais que lidam diariamente com ramos específicos da economia, mas que podem contribuir positivamente, levando ideias e *enforcement* para outras áreas que precisam de inovação.

Não é exagero dizer que a criação de uma lei geral sobre o regime jurídico das agências poderia facilitar o desenvolvimento do direito regulatório na medida em que proporcionaria maior uniformidade de atuação dos entes reguladores, reduzindo eventuais decisões conflitantes nos setores regulados. Serviria também para diminuir a burocracia, o que

se revela algo muito importante em setores extremamente dinâmicos como são os das telecomunicações, de energia, de saúde, dentre outros aqui já diversas vezes destacados.

A diferenciação entre políticas públicas e políticas regulatórias também se revela imprescindível para avanços nos setores regulados. De acordo com o que foi visto ao longo deste trabalho, o conceito de política pública é muito vago, admitindo as mais distintas acepções, o que pode vir a fragilizar a própria atuação da entidade reguladora, vez que essa não foi concebida para atender políticas estabelecidas pelo Governo, mas direcionar o Estado rumo aos grandes desafios que cada área regulada exige.

Embora não tenha sido um ponto específico do presente trabalho, a descentralização territorial dos entes reguladores também deve ser apontada como um fator relevante para a consolidação da regulação por intermédio de autarquias. Uma maior capilaridade tende a potencializar a atuação desses entes, diminuindo o lapso temporal para resolver as demandas que nos setores regulados existem e continuamente se criam.

É claro que não se pretende, com as singelas propostas aqui apresentadas, fazer das agências reguladoras torres de marfim regulatório, mas o que se busca é evitar um retrocesso em um processo que vem demonstrando ter sido muito bem sucedido, ao garantir um ambiente de estabilidade para investimentos na economia.

Não há dúvida de que as melhorias a serem implementadas dependem da vontade dos representantes do povo, o que pode causar gasto de capital político. Mas, certamente o esforço por melhorar os modelos regulatórios contribuiria para que a judicialização da regulação sofresse sensível diminuição, vez que as decisões das autarquias seriam revestidas de caráter mais técnico e autônomo.

De fato, o fortalecimento do modelo regulatório no país passa pela garantia de uma maior autonomia administrativa, no intuito de se afastar riscos de captura das agências reguladoras pelos entes regulados. Ademais, o debate envolvendo organismos reguladores parece se reacender no novo contexto de desestatizações que ora vivenciamos.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. “Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC - 51”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

BAGNOLI, Vicente. *Autonomia e Independência das Agências Reguladoras*. Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/vicente_bagnoli.pdf. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. “Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

_____. *Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A nova regulação dos serviços públicos”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

_____. *Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. Porto Alegre; ABAR, 2005.

MOURA, Mauro Hiane de. “Levando incentivos a sério: redefinindo o sistema de controle das agências reguladoras”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração*

Pública Gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

SILVA, Eduardo Marques da. *A independência das Agências Reguladoras no Brasil e o Projeto de lei nº 3.337/2004*. Rio de Janeiro. Secretaria e Acompanhamento Econômico, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.