

A ORGANIZAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Crítica aos Anteprojetos de Lei

PARECER

**O CONTRATO DE GESTÃO E A
OUVIDORIA NO ANTEPROJETO DE LEI
SOBRE A GESTÃO, A ORGANIZAÇÃO E
O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Alexandre Santos de Aragão



ABAR

Associação Brasileira de
Agências de Regulação

2004



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO - ABAR

Av. Borges de Medeiros, 659, 14° andar
Porto Alegre - RS - Brasil
CEP - 90.020-023 - Telefone: (51) 3288.8869
www.abar.org.br

DIRETORIA

Presidente - Maria Augusta Feldman

AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul

Diretores:

Eduardo Henrique Ellery Filho

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

Álvaro Otávio Vieira Machado

ARSAL - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas

Zevi Kann

CSPE - Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo

Marco Antônio Sperb Leite

AGR - Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos

Secretária Executiva e Financeira:

Roberta Moraes de Vasconcelos

AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul



Índice

Apresentação	5
PARECER - O Contrato de Gestão e a Ouvidoria no Anteprojeto de Lei Sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras	7
I - A Consulta	7
II - Características das Agências Reguladoras	8
III - Relações das Agências Reguladoras com o Poder Executivo Central e a Fixação de Políticas Públicas	17
IV - Agências Reguladoras e Mudanças Político-Eleitorais	20
V - O Anteprojeto em Questão	23
VI - Contrato de Gestão	25
VII - Ouvidoria	33
VIII - Conclusões	35
Notas de Sugestões Objetivas Acerca do Anteprojeto de Lei Sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras	37
Intróito	37
O Anteprojeto	38
Âmbito de Abrangência (artigos 1º e 2º)	38
Processo Decisório (artigo 3º)	39
Participação Procedimental (artigos 4º ao 6º)	40
Relatório Anual de Atividades (artigo 7º)	43
Ouvidoria (artigos 14 e 15)	44
Relações com os Órgãos de Defesa da Concorrência (artigos 16 a 19)	46
Relações com os Reguladores Estaduais (artigos 20 e 21)	49
Disposições Finais e Transitórias (artigos 22 a 25)	52
ANEXO I - Nota Oficial	55
ANEXO II - Anteprojeto de Lei	59





APRESENTAÇÃO

O Governo Federal, em seu discurso inicial, questionava a existência das agências reguladoras. Depois, passou a questionar suas competências e o valor das tarifas dos serviços públicos delegados. Agora, defende a sua existência e o seu fortalecimento, desde que monitoradas por contratos de gestão e por outros mecanismos de controle não convencionais, como a figura do “ouvidor”, com papel de “fiscal” do Governo, de plantão, dentro das agências. Não se trata, portanto, de uma questão conceitual, mas sim de natureza política e passa pela definição do tipo de Estado que a sociedade almeja.

O “*Estado regulador*” contemporâneo é caracterizado pela não-intervenção direta na atividade econômica e mercado pela crescente tendência de “*desgovernamentalização da atividade reguladora*”, estabelecendo a separação de funções entre tarefas de orientação política da economia e as de regulação, estas exercidas por autoridades acentuadamente independentes do Governo.

A criação do Estado regulador brasileiro não foi precedida de debate político ou jurídico, o que torna pouco compreendido o seu papel e justifica a ausência de formulação de uma política regulatória, sintonizada com um novo tempo. O velho modelo regulatório, “*estatista e burocratizante*”, não mais responde às necessidades do País e aos anseios da sociedade.

Nesse cenário, surgiram os órgãos de regulação, entes de Estado, perenes em relação aos governos, diferentes das agências executivas, comandadas pelo Poder Executivo. É fundamental diferenciá-las. As agências executivas, para ampliar sua autonomia, são regidas por contrato de gestão. As agências reguladoras, por sua vez, surgem da descentralização do Estado e da substituição da sua função empreendedora, o que requer o fortalecimento das funções de regulação e fiscalização. Sua característica essencial é sua autonomia, conferida e assegurada por Lei, e não pela contratualização de suas atividades.

Sob o argumento de que o contrato de gestão constitui instrumento de controle social e de aperfeiçoamento de gestão, o Governo pretende ampliar o seu uso para todas as agências, subordinando-as aos respectivos ministérios, especificando metas, obrigações, responsabilidades e penalidades. Essas punições são administrativas e, dizem, não envolvem a demissão dos dirigentes. Mas, se as punições são administrativas, a rigor, está se falando de tutela sobre a ação das agências e do controle dos seus atos administrativos.



Não cabe, portanto, invocar o § 8º, do art. 37, da Constituição, que prevê o contrato de gestão apenas para ampliar a autonomia de entes da administração e não para estreitá-la. Caso não atinja as metas pactuadas, o anteprojeto prevê aplicação de punições administrativas, como a suspensão da liberação de recursos destinados às agências, o que constitui desvio de finalidade. Tal fenômeno, que hoje já ocorre indevidamente, via contingenciamento orçamentário, será oficializado. A autonomia administrativa, que engloba a gestão dos recursos orçamentários e financeiros, restará comprometida, podendo subordinar-se a critérios políticos para sua liberação.

O Governo invoca o argumento do controle social, mas não avança nesse aspecto. Quer manter os controles tradicionais do Executivo sobre as agências, sem considerar que estas já são controladas pelos Poderes Legislativo e Judiciário, Tribunal de Contas da União, Ministério Público... A sistemática prestação de contas à sociedade é essencial para o controle democrático das autoridades reguladoras, estando, aí sim, caracterizado o verdadeiro controle social, que significa a atuação direta da sociedade sobre as ações do Estado. Cabe dizer que a autonomia e a equidistância em relação ao Governo podem ser asseguradas por diferentes mecanismos de acompanhamento parlamentar.

Assim, substituir o controle do Executivo, via contrato de gestão, por ações legislativas, mediante a prestação de contas ao Parlamento, é consenso. O envio de relatórios aos ministérios de vinculação, ao Senado e à Câmara, constitui apenas parte deste processo de prestação de contas à sociedade, ou de “*accountability*” das agências, que consiste na sua obrigação de apresentar os resultados obtidos, em razão de uma delegação de poder. O ideal seria, periodicamente, prestar contas ao Congresso e, sempre que requisitados, às comissões temáticas das Casas Legislativas. É esse o espaço adequado para o controle social, porque plural e amplamente representativo da sociedade.

Atento, o Congresso Nacional saberá, no devido momento, ajustar o rumo, fortalecendo as agências para que, garantindo a estabilidade, possam contribuir com o desenvolvimento nacional. Somente através do debate democrático é possível aperfeiçoar o modelo institucional das agências reguladoras e assegurar a credibilidade necessária à atração de investimentos, assim como a qualidade e preço justo nos serviços prestados à sociedade.

Maria Augusta Feldman

Presidente da ABAR



PARECER

O CONTRATO DE GESTÃO E A OUVIDORIA NO ANTEPROJETO DE LEI SOBRE A GESTÃO, A ORGANIZAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

“Um Estado que esteja dentro, não à frente, dos processos sociais deve encontrar instrumentos que sejam independentes dos poderes originários e constitutivos da estatalidade – o Governo e o Parlamento. E deve encontrar pessoas eticamente independentes que não tenham ideologia ou interesse como parte nos processos sociais”.

Francesco Paolo Casavola¹

I – A Consulta.

Honra-nos a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR, através da sua Ilustre Presidente, a Dra. MARIA AUGUSTA FELDMAN, com pedido de elaboração de Parecer sobre a conformação dos contratos de gestão e da ouvidoria no Anteprojeto de Lei em epígrafe, submetido à consulta pública publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, do dia 23 de setembro de 2003.

Enquanto elaborávamos o presente estudo, veio a lume, divulgado em 10 de outubro de 2003, o percuciente Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, intitulado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no atual Arranjo Institucional Brasileiro”, que teria servido de base ao Anteprojeto de Lei em comento, conforme expressa o preâmbulo deste. Todavia, como veremos ao longo de nossa análise, este se distan-

¹ CASAVOLA, Francesco Paolo. Quale “statuto” per le Autorità Indipendenti, constante da obra coletiva *Regolazione e Garanzia del Pluralismo – Le Autorità Amministrative Indipendenti*, Ed. Giuffrè, Milano, 1997, pp. 25/6.



ciou em pontos vitais daquele Relatório, perdendo, *data venia*, parte do rigor técnico que caracterizou o trabalho interministerial que o precedeu.

Conforme solicitado pela Ilma. Sra. Presidente da ABAR, a nossa análise abrangerá aspectos constitucionais e concernentes à compatibilidade dos dispositivos do Anteprojeto com o modelo jurídico-institucional contemporâneo de regulação das atividades econômicas, sempre tendo em vista colaborar com os agentes públicos incumbidos do trato da matéria, para que as eventuais alterações do regime jurídico das agências reguladoras se inspirem nas necessidades de desenvolvimento econômico do País e de aperfeiçoamento das suas instituições democráticas.

II – Características das Agências Reguladoras.

As agências reguladoras independentes constituem um modelo institucional de Administração Pública, influenciado pelo arquétipo originário dos Estados Unidos da América, que vem sendo adotado na América Latina e na Europa a partir da década de 80.

A demora na adoção do modelo das agências reguladoras independentes pelos demais países se deve menos a um suposto atraso na evolução do Direito Administrativo e mais às circunstâncias político-econômicas neles verificadas. Mais especificamente, os E.U.A. sempre tiveram uma perspectiva liberal e não-estatizante bastante forte, ao passo que a América Latina e a Europa Continental se viram ao longo de todo o século passado envolvidas em uma série de demandas e convulsões sociais e políticas que levaram o Estado a adotar uma política estatizante.

Nestas circunstâncias, não era necessária a criação de agências independentes para regular atividades econômicas ou serviços públicos que já eram prestados pelo próprio Estado ou por empresas da sua Administração Indireta.

Tudo mudou com o movimento da desestatização, que fez com que as circunstâncias político-econômicas destes países se aproximassem daquelas que sempre se verificaram nos E.U.A.

Sendo assim, mais do que supostos “imperialismos”, a adoção do modelo das agências reguladoras independentes é decorrência natural da mudança da realidade dos países da América Latina e da Europa Continental, que a fez se aproximar da perspectiva político-econômica norte-americana. Podemos dizer que, partindo de extremos opostos em direção ao mesmo ponto intermediário, E.U.A. e América Latina/Europa acabaram chegando a



um ponto aproximado sob a perspectiva do Direito Econômico.

Os E.U.A. saíram de uma situação em que o liberalismo vigia em toda a sua ortodoxia (até cerca de 1887) e passaram a uma forte regulação estatal (*New Deal*), gradativamente atenuada após a 2ª Guerra. Na década de oitenta do século XX, os E.U.A. sofreram o movimento da *deregulation*, pelo qual se propugnava a extinção ou a diminuição da regulação estatal. O ideário, nunca implementado em sua radicalidade, até pelo insucesso da maior parte das suas experiências,² não gerou muitos frutos, o que levou ao retorno de uma situação de equilíbrio.

A América Latina e a Europa também partiram de um liberalismo ortodoxo (séculos XVIII e XIX), passaram a um breve período de regulação da economia, embarcando então na estatização da economia a partir do Segundo Pós-Guerra, situação revertida apenas na década de oitenta com a desestatização acompanhada da regulação dos setores passados ou delegados à iniciativa privada.

Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou através da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores de longo prazo da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos políticos. Esse é o principal *telos* do surgimento das agências reguladoras independentes, que sempre existiu nos E.U.A., mas que apenas recentemente tomou corpo na América Latina e na Europa Continental.

Destacando a diferença de formação histórica das duas realidades, SABINO CASSESE afirma que “nos Estados Unidos, o desenvolvimento das *independent regulatory agencies* foi o fruto do alargamento da *government regulation* e da produção legislativa do direito. Na Itália, ao revés, a instituição de autoridades independentes é acompanhada de uma mudança na disciplina pública das atividades privadas dirigida antes à liberalização, à *deregulation*, à substituição de normas finalísticas por normas condicionais”.³

² Por exemplo, “a desregulação em matéria de transportes se traduziu em graves prejuízos para os cidadãos residentes em pequenas cidades ou em localidades rurais” (Dempsey, apud DAROCA, Eva Desdentado, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Ed. Tirant lo Blanche, Valencia, 1999, p. 166).

³ CASSESE, Sabino. *Le Autorità Indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, constante do *I Garanti delle Regole*, coordenado por CASSESE, Sabino e FRANCHINI, Cláudio, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 219.



O que constitui o núcleo essencial do conceito das agências reguladoras independentes em relação ao modelo tradicional de Administração Pública, dita piramidal, napoleônica ou hierarquizada, é a independência em relação ao Poder Executivo central, independência esta que, tecnicamente, é melhor caracterizada como uma “autonomia reforçada” em relação à que possuem os demais aparatos da Administração Indireta, havendo a insurgência de uma Administração Pública Pluricêntrica⁴ ou Multiorganizativa.⁵

Nunca é demais lembrar, toda autonomia é, por definição, limitada: autonomia é a liberdade de agir dentro de limites fixados por uma instância normativa superior.⁶

Não há um conceito unívoco de autonomia, conceito que só pode ser formulado em relação a cada autonomia concretamente considerada, uma vez que os mencionados limites podem variar imensamente.⁷

⁴ VITAL MOREIRA, citando BREUER, considera o surgimento de órgãos e entidades públicas autônomas em relação ao Poder estatal central como a “resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto uma consequência, em termos de diferenciação e especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas.” Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como “policêntrica”, afirma, desta vez valendo-se de BROHM, que “quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos”.(MOREIRA, Vital. Administração Autônoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 30, 31 e 35).

⁵ “A Administração italiana é – como, aliás, todas as Administrações dos países desenvolvidos – multiorganizativa, no sentido de que a amplitude e a variedade das funções públicas não apenas levaram à perda da unidade da organização do Estado, mas levaram-no também a adotar diversos modelos organizativos. As administrações públicas são, portanto, fragmentadas e diferenciadas. Por este motivo, é preferível dizer que a administração é multiorganizativa, antes que pluralística ou policêntrica. Estes termos muitas vezes não se referem a sujeitos, mas individualizam apenas o primeiro (fragmentação), e não o segundo (diferenciação), dos dois caracteres acima indicados” (CASSESE, Sabino. Le Basi del Diritto Amministrativo, Ed. Garzanti, Milão, 6ª ed., 2000, pp. 189 e 190).

⁶ “A autonomia de toda instituição não é absoluta, podendo ser apenas relativa, resultando a sua configuração de determinadas variáveis” (ROMANO, Santi. L’Ordinamento Giuridico, Sansoni, Firenze, 2ª ed., 1945, p. 22).

⁷ “Autonomia designa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a “relativa independência em relação ao poder central”. Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (stricto sensu), autonomia patrimonial e financeira, etc. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total. Nuns casos pode consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção; noutros casos pode ir até à mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhe seja confiada (“administração independente”)” (MOREIRA, Vital. Administração Autônoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, 1997, pp. 69 e 70).



Podemos afirmar, dessa maneira, que todas as entidades da Administração Indireta possuem alguma autonomia, ainda que muitas vezes seja uma autonomia quase que apenas nominal. Mas temos uma espécie de entidade da Administração Indireta – as agências reguladoras – cuja autonomia, se comparada com a das demais, é bem mais intensa, já que as suas leis instituidoras fixam competências próprias e garantias para o exercício delas de forma bem mais firme da que faz ordinariamente.

A autonomia das agências reguladoras, apesar das variações que possui em cada direito positivo e mesmo no interior de cada um deles, pode ser identificada pela conjunção de quatro fatores:

- (a) competências regulatórias, **ou seja, atribuições normativas, administrativas *stricto sensu* e contratuais, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos particulares, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis;**
- (b) procedimento especial de nomeação **dos membros do seu colegiado diretor, geralmente com a prévia aprovação pelo Poder Legislativo dos nomes indicados pelo Chefe do Poder Executivo;**
- (c) autonomia orgânica, **sendo os seus dirigentes nomeados por prazo determinado, vedada a exoneração *ad nutum* e sem prévio contraditório; e**
- (d) autonomia funcional, **pela qual constituem a última instância administrativa – vedação de anulação ou revogação dos seus atos pelo Poder Executivo central (e vedação do recurso hierárquico impróprio), que apenas pode, em alguns casos (no Brasil em todos eles), fixar as diretrizes gerais de políticas públicas a serem seguidas.**

Nos E.U.A. estas entidades exercem, desde o fim do século XIX, mas principalmente a partir do *New Deal*,⁸ a regulação e a supervisão da maioria das atividades desenvolvidas por particulares que sejam sensíveis ao interesse comum (produção de medicamentos, proteção do meio ambiente, controle da concorrência, *public utilities*, etc.).

⁸ SCHWARTZ, Bernard. *American Administrative Law*. Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., London, 1950.



Em toda a América Latina, sobretudo no Brasil, Argentina⁹ e Colômbia¹⁰, regulam principalmente alguns dos mais importantes serviços e monopólios públicos que tiveram o seu exercício delegado à iniciativa privada, incidindo ainda em alguns casos sobre atividades privadas de especial relevância coletiva (ex.: planos de saúde e fabricação e comercialização de produtos com potencial de riscos à saúde).

No substrato de sua criação está a conveniência em se dar maior garantia à segurança jurídica das empresas que realizaram investimentos de longo prazo, facilitando a movimentação dos capitais globalizados,¹¹ e em possibilitar que a persecução de políticas públicas igualmente de longo prazo fique relativamente imune às variações de curto e médio prazo da arena político-partidária, imunidade sem a qual a sua implementação teria grandes de ficar comprometida por interesses parciais passageiros.

Na Europa, onde são denominadas Autoridades Administrativas Independentes, abrangem, além de atividades desestatizadas ou liberalizadas, a garantia de alguns direitos fundamentais exercitáveis contra o próprio Estado. Merece menção, a este respeito, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que, em seu art. 8º, dispõe, para todos os países da UE, que o respeito aos direitos de proteção dos dados pessoais será fiscalizado “por uma autoridade independente”.¹²

As agências reguladoras são instituições que, no Brasil, seguindo a tendência latino-americana acima referida, surgiram durante o processo

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1994.

¹⁰ COPELLO, María Mercedes Maldonado. *Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia*, in Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro.

¹¹ WORLD BANK, *The World Bank's Role in the Electric Power Sector*, Washington, The World Bank, 1993.

¹² A neutralização de centros de poderes nacionais possibilita a sua integração em redes regulatórias comunitárias. O exemplo mais significativo nos é dado pela atribuição de independência aos Bancos Centrais dos países membros da União Européia, cuja ação integrada com o Banco Central da Europa, também independente, possibilitou a instalação e funcionamento do sistema financeiro europeu. A doutrina afirma inclusive que “a difusão do modelo (das autoridades administrativas independentes) corresponde ao interesse preciso, vital para as instituições européias, de criação de sistemas uniformes e comuns (e, portanto, técnicos e certos à luz da gestão do poder) de administração, de modo a facilitar os processos de aproximação dos sistemas jurídicos e de integração administrativa, e criar as bases para uma rede de novas instituições sobre as quais poderá se apoiar a constitucionalização da unidade européia. (...) Se este processo não sofrer rupturas ou retrocessos, é provável que no futuro as autoridades independentes nacionais venham a ser formalizadas como instituições comunitárias descentralizadas, mas algumas delas já desenvolvem, de fato, este papel” (Di Plinio, Giampiero. *Diritto Pubblico dell'Economia*, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 345/6).



de desestatização. Inicialmente circunscritas ao âmbito dos serviços e monopólios públicos delegados à iniciativa privada, em um segundo momento também foram empregadas para regular determinadas atividades econômicas privadas, consideradas pelo Legislador de especial sensibilidade para a coletividade.

É assim que na esfera federal hoje temos, no primeiro grupo, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Águas – ANA, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; e, no segundo grupo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Nos âmbitos estaduais e municipais também temos dezenas de entidades com o mesmo e simétrico perfil institucional.¹³

Podemos, de acordo com a configuração dada pelas respectivas leis instituidoras, incluir todas as agências reguladoras brasileiras no seguinte conceito jus-positivo: autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*, ou seja, em razão da pura e simples vontade do Chefe do Poder Executivo.

É justamente este último elemento do seu conceito que constitui o ponto jurídico-político mais tormentoso dos amplos poderes, principalmente de natureza normativa, das agências reguladoras, já que, em virtude da “estabilidade temporária” dos seus dirigentes, estes não podem ser exonerados livremente pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições – especialmente pelo Presidente da República.

De fato, pode vir a acontecer que Presidente da República eleito possua posições distintas da maioria do colegiado de determinada agência reguladora “independente” (tecnicamente, repise-se, é mais correto falar em autonomia – sempre relativa – reforçada, especial em relação à maioria das demais autarquias), hipótese na qual, enquanto a lei da agência não fosse alterada, prevaleceria a decisão dos dirigentes da agência (nomeados por antecessor na Presidência da República) em detrimento da sua vontade.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Ed. Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2003, pp. 275 a 290.



Este problema pode ocorrer principalmente nos primeiros anos das agências, em que, como ocorre atualmente, todos ou quase todos os membros dos seus colegiados dirigentes foram nomeados por apenas um Presidente da República – o que as instituiu.

A polêmica não é nova, nem exclusiva do Brasil, estando presente há décadas em todos os países que adotaram esse modelo organizativo, especialmente nos E.U.A., em que as agências reguladoras tiveram grande proliferação principalmente durante a época de maior intervencionismo estatal neste país, o que, por si só, refuta a opinião segundo a qual as agências reguladoras seriam por essência um instrumento do neoliberalismo. Elas, na verdade, são instrumentos de uma implementação relativamente independente de políticas públicas anteriormente definidas sobretudo pelo Legislador, sejam estas políticas intervencionistas ou liberalizantes.

Aqui e alhures foi colocada a discussão acerca da constitucionalidade da restrição ao poder de exoneração do Presidente da República, que – sustentam alguns – só poderia ser restringido em relação aos servidores efetivos estáveis, restando contrariado, assim, o poder de direção do Chefe do Poder Executivo sobre a Administração Pública, poder sempre inscrito nas Constituições (na Constituição Brasileira de 1988, art. 84, II).

Todavia a solução a que as Supremas Cortes de países tão díspares como E.U.A., França, Itália e Alemanha chegaram foi no sentido da constitucionalidade desse elemento essencial do conceito de agência reguladora, já que o poder de direção da Administração Pública deve ser exercido nos termos da lei, que, em sendo assim, pode estabelecer condicionamentos para a exoneração, no caso, a comprovação de justo motivo em processo administrativo regular.

Como nota o jurista francês JACQUES CHEVALLIER, estas entidades foram aclimatadas aos arcabouços constitucionais “graças a um trabalho de interpretação, notadamente jurisprudencial, objetivando aparar as arestas de algumas de suas particularidades e a suavizar algumas das suas asperezas, a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional”.¹⁴

O nosso Supremo Tribunal Federal – STF também seguiu esta linha, revendo posição anteriormente sumulada (Súmula 25: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de

¹⁴ CHEVALLIER, Jacques. Vers un Droit Postmoderne, constante da obra coletiva dirigida por Jean Clam e Gilles Martín, Les Transformations de la Régulation Juridique, LGDJ, Paris, 1998, p. 41.



ocupante de cargo dirigente de autarquia”), para afirmar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0, em sede liminar, a constitucionalidade do modelo institucional.

Este julgamento esteve umbilicalmente ligado àquele que serviu de esteio ao voto do MINISTRO NELSON JOBIM, qual seja, o Mandado de Segurança nº 8.693-DF,¹⁵ razão pela qual é relevante analisarmos as razões, então deduzidas, favoráveis e contrárias à constitucionalidade da exoneração de dirigentes de autarquias nomeados por prazo determinado.

Afirmando a inconstitucionalidade da restrição à livre exoneração pelo Presidente da República, o MINISTRO RELATOR RIBEIRO DA COSTA a fundamentou, entre os que ainda poderiam ser invocados, nos seguintes argumentos: (a) necessidade de ajudar o novo presidente a executar o seu programa de governo; (b) evitar que um governante vinculasse o sucessor às suas políticas; (c) a inexistência em nosso direito da figura da estabilidade temporária; (d) só existem cargos vitalícios, efetivos e em comissão, não contemplando a Constituição qualquer outra espécie; e (e) uma visão centralizadora da Administração Pública (“Seria então um administrador. Eu quero e mando! Só assim o entendo, e admito.”¹⁶ – *sic*)

O MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, com o espírito democrático e progressista que sempre caracterizou a sua personalidade, emitiu erudito e profundo voto vencido¹⁷, do qual constam os seguintes principais fundamentos da constitucionalidade da vedação de exoneração *ad nutum*: (a) a Constituição dispunha (e dispõe – art. 84, XXV) que incumbe ao Presidente prover os cargos públicos na forma da lei, o que deve ser entendido, não como alusivo a meras formalidades, mas como “na conformidade com a lei, consoante a lei, segundo a lei, segundo o que dispuser a lei...”¹⁸; (b) o exemplo dos E.U.A., de grande relevância tendo em vista a “identidade dos regimes políticos em seus traços essenciais, como também pela circunstância de que os americanos têm praticado o presidencialismo, que inventaram, desde mais de cem anos antes de nós”¹⁹; (c) a figura da Presidência da República deve ser considerada impessoalmente, independentemente da pessoa que a estiver exercendo, e,

¹⁵ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/55-86.

¹⁶ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/60.

¹⁷ A decisão foi por cinco votos a quatro.

¹⁸ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/62.

¹⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/64.



colocada desta forma, o Chefe do Poder Executivo sempre terá participado da nomeação; (d) o respeito à discricionariedade do Poder Legislativo acerca da melhor estrutura organizacional para implementar as suas políticas; (e) citando o caso *Humphrey*, afirma que “quem exerce o cargo só enquanto agrada a outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante a vontade desse outro”²⁰; (f) “a Constituição não ampara a interpretação napoleônica do Executivo”²¹; (g) não se trata de “estabilidade temporária”, mas sim de uma restrição legal à exoneração arbitrária, semelhante à que protege os funcionários públicos antes da aquisição da estabilidade (cf. Súmula 21²²); (h) estes dirigentes, nomeados a termo determinado, não exercem propriamente “mandato”, sendo inadequada a aproximação com o mandato civil ou com o mandato político; (i) o risco do Presidente impor ao seu sucessor o prolongamento da sua política se dá apenas na instalação da entidade, já que, decorrido alguns anos, a agência contará com dirigentes nomeados por diversos Presidentes da República; (j) “a cautela tomada pelo Legislador, ao instituir a investidura por prazo certo, não se dirige, especificamente, contra este ou aquele governante, particularmente considerado. É uma garantia de independência do exercício das funções dos dirigentes contra qualquer ocupante da Chefia do Poder Executivo, mesmo contra o Presidente que tiver feito as nomeações”²³; (l) é ao Legislador que compete definir se as suas políticas serão melhor alcançadas por dirigentes subordinados ao Chefe do Executivo ou dele independentes.

Em passagem lapidar o pensamento do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, que é o nosso, poderia ser sintetizado: “A investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições.”²⁴

²⁰ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/66.

²¹ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/67, grifamos.

²² “Súmula 21: Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

²³ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/71.

²⁴ Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/63, os grifos são do próprio Ministro.



Destarte, o que a autonomia reforçada das agências reguladoras visa, muito além de eventuais interesses circunstanciais, é propiciar a persecução estável, mais técnica possível, das políticas públicas estabelecidas em lei; e com a sucessão de vários Presidentes da República ao longo do tempo, também o pluralismo no colegiado dirigente estará assegurado.

III – Relações das Agências Reguladoras com o Poder Executivo Central e a Fixação de Políticas Públicas.

No Brasil, e para isto não precisamos de alterações legislativas, a formulação das políticas públicas setoriais pelo Chefe do Poder Executivo (por seus Ministros ou por Conselhos a ele subordinados) de forma alguma pode ser considerada um corpo estranho ao modelo das agências reguladoras.

Em primeiro lugar as agências reguladoras estão adstritas, naturalmente, às políticas públicas traçadas na Constituição. Em segundo lugar devem observar as políticas preconizadas nas respectivas leis setoriais. Por derradeiro, devem atender às políticas do Governo para o setor.

Assim, à ANEEL compete implementar as políticas e diretrizes do “Governo federal” (art. 2º, Lei nº 9.427/96); a ANATEL deve implementar a política nacional de telecomunicações (art. 19, I, Lei nº 9.472/97), em cuja elaboração são reservadas relevantes competências ao Presidente da República (art. 18, Lei nº 9.472/97); a ANP deve observar a política energética nacional, cujas diretrizes são formuladas pelo Presidente da República mediante proposta do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE (arts. 1º, 2º e 8º, I, Lei nº 9.478/97); a ANS deve se ater às políticas públicas do Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU (art. 4º, I, Lei nº 9.961/00); a ANA implementará as políticas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (arts. 2º a 4º, Lei nº 9.984/00); a ANVISA executará a política nacional de vigilância sanitária, cuja formulação compete ao Ministério da Saúde (art. 2º, § 1º, I, Lei nº 9.782/99); a ANTT e a ANTAQ deverão atender às políticas adotadas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes (arts. 1º, I, e 20, I, Lei nº 10.233/01); e à ANCINE caberá executar a política nacional de fomento ao cinema elaborada pelo Conselho Superior do Cinema (arts. 3º e 7º, I, MP nº 2.219/01).



Como constata o publicista português VITAL MOREIRA em relação à nossa atual conjuntura, com a objetividade que apenas os observadores exógenos aos processos históricos podem ter, “a verdade é que as agências reguladoras brasileiras enfrentam agora um desafio político, que contesta a sua própria filosofia como autoridades independentes. A sua lógica está em justamente estabelecer uma separação entre a definição de opções de política regulatória, que devem ser do foro governamental e permanecer dentro da esfera do ‘comércio político’ e sob o império das orientações mutáveis de cada governo, e a regulação econômica e ‘técnica’ propriamente dita, que deve ser desgovernamentalizada, depender somente da lei e ficar isenta de orientações governamentais, porque deve constituir um quadro estável, seguro e previsível para a economia, ou seja, para os empresários e investidores. (...) Mas, esclarecido esse problema de fronteiras do seu mandato, as agências reguladoras independentes têm toda a justificação, tanto para garantir uma regulação imparcial lá onde o Estado concorre com operadores privados, ao longo do processo de liberalização, como para garantir, com autoridade em relação aos operadores, públicos ou privados, as obrigações de serviço público ligadas à generalidade das *utilities* (energia elétrica, telecomunicações, etc.)”.²⁵

Não devemos nos impressionar pelo fato de as agências reguladoras terem que se ater a políticas públicas traçadas pela Administração central, achando que isto compromete a sua autonomia e a existência de competências próprias. É que integra o próprio conceito de política pública uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade sócio-econômica subjacente, fazendo com que “política pública” e a “implementação da política pública” funcionem de forma circular e retrooperativa. Em outras palavras, face ao Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos

²⁵ MOREIRA, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil, in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital, A mão visível: mercado e regulação, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 228/9.



dos setores regulados ficaram retidos na Administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução autômata e técnico-burocrática.²⁶

GIANDOMENICO MAJONE,²⁷ criticando a “tradicional dicotomia entre política e administração, que foi utilizada para apoiar a doutrina segundo a qual os líderes políticos fixam as políticas, ao passo que os administradores e especialistas devem apenas encontrar os meios adequados para sua implementação”, afirma “que não é verdade que as políticas determinem tudo até certo ponto, enquanto a administração se encarrega de todo o resto a partir deste ponto: ambas interagem ao longo de todo o processo de elaboração das políticas.”

Sendo assim, não pode o Governo Central valer-se da competência para fixar políticas públicas, assegurada de uma forma ou outra por todas as leis das agências, para praticar atos concretos de regulação, invadindo o espaço deixado às agências para atuar dentro dos parâmetros – **necessariamente gerais e finalísticos** – das políticas públicas.

Também não pode tentar inquinar atos de agências com base em missivas pouco públicas, entrevistas à imprensa ou afirmações genéricas de contrariedade com a sua política: esta tem que ser formalmente estabelecida mediante Decreto ou outro ato normativo regular. Para impor atos regulatórios, acrescentaríamos, também não pode pretender, como veremos, valer-se da figura do contrato de gestão ou de um ouvidor de sua confiança.

²⁶ Em um dos poucos conceitos de política pública elaborados pela doutrina jurídica brasileira, Fábio Konder Comparato afirma que “a primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões (...) Mas, se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. (...) Constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia. A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio”(COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas, in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, Vol. 2, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 352/3). Ver Itens XI.4 e XII.6.

²⁷ MAJONE, Giandomenico. Evidencia, Argumentación y Persuasión en la Formulación de Políticas, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, trad. Eduardo L. Suárez, p. 61. Também Tony Prosser entende que “as comissões não foram criadas simplesmente para implementar mandatos legislativos predeterminados, mas sim para atuar em um conjunto de diferentes funções envolvendo a interpretação de vagos e freqüentemente contraditórios critérios e a sua própria percepção do interesse público” (PROSSER, Tony. Law and the Regulators, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 34).



Não é fácil distinguir a formulação das políticas públicas (atribuição do Poder Executivo central) da sua implementação (atribuição das agências), até porque, já o vimos, ambas interagem em uma relação circular e dialética. Algumas bases sólidas para essa diferenciação podem, contudo, ser fornecidas.

Como expõe COSTANTINO MORTATI,²⁸ diversamente da relação hierárquica, a relação de direção pelo estabelecimento de políticas públicas tem como conteúdo o poder de influenciar a atividade do outro mediante a indicação das linhas gerais nas quais este deve se inspirar no desenvolvimento das suas funções; e, correlativamente, no poder de supervisioná-la para mantê-las de acordo com as diretivas. A relação de direção pode assumir configurações diversas, mas o elemento que lhe confere tipicidade é o fato de não tolher a liberdade de escolha confiada ao destinatário das diretivas (que devem ser observadas em relação às circunstâncias dos casos singulares).

É dentro desta perspectiva que, por exemplo, podemos afirmar que o Executivo central poderia fixar a política pública segundo a qual os futuros contratos de concessão de determinado setor deveriam adotar índices de reajuste que refletissem o mínimo possível a variação cambial; mas seria a agência que, dentro desse objetivo, determinaria o índice a ser adotado, não podendo o Executivo fazê-lo diretamente, sob pena de violar a lei que atribuiu tal competência à agência.

IV – Agências Reguladoras e Mudanças Político-Eleitorais.

O advento do novo Governo Federal trouxe, como era de se esperar, uma série de debates acerca da conciliação entre os seus projetos e a atuação das agências reguladoras, cujos diretores foram nomeados pelo Governo anterior. Muitos ficaram perplexos diante de discordâncias com as agências reguladoras, que integram o Poder Executivo, mas com relativa independência no exercício das suas competências diante do Chefe deste Poder.

Aludimos à pouca surpresa que tivemos em relação ao surgimento dessas controvérsias porque elas ocorreram no momento inicial da afirmação das agências reguladoras em todos os países em que foram

²⁸ MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, Ed. CEDAM, 10ª ed., Padova, 1991, pp. 222 e 223.



adotadas. O exemplo histórico mais significativo deu-se nos Estados Unidos quando o Presidente Roosevelt viu nos dirigentes das agências reguladoras independentes nomeados por seu antecessor obstáculos à implementação do *New Deal* e tentou exonerar alguns desses dirigentes.

Refutando a sua pretensão, a Suprema Corte Americana, no caso *Humphrey's Executor v. United States* (1935), decidiu que a agência reguladora independente “é um corpo administrativo criado pelo Congresso para implementar políticas legislativas de acordo com os *standards* também legislativamente estabelecidos. (...) **Tal Ente não pode ser propriamente caracterizado como um olho ou um braço do Executivo central.** (...) Entendemos perfeitamente de acordo com a Constituição que o Presidente não tenha poder ilimitado para exonerar os dirigentes das agências assim caracterizadas. **O poder do legislativo de criar tais entidades envolve o de fixar o período dentro do qual será admitida apenas a demissão por justa causa. Isto porque é evidente que aquele que fica no cargo apenas enquanto outra autoridade assim desejar não tem como manter uma atitude de independência em relação às vontades desta**”.²⁹

VITAL MOREIRA, em trabalho específico sobre as agências reguladoras no Brasil,³⁰ observou com naturalidade que “a animosidade do governo federal contra as agências reguladoras é fácil de explicar, baseando-se, por um lado, na vontade de remover as personalidades deixadas pelo Governo precedente e de substituí-las por outras próximas do novo poder político, e por outro lado, numa **concepção mais marcadamente ‘política’ e voluntarista da regulação**, sobretudo no que se refere às tarifas dos serviços públicos, que o governo gostaria de controlar, dado que a sua subida afecta a sua base social de apoio”.

Refutando a alegação “de que, como o regime é presidencialista, o poder delas não pode se sobrepor ao do Executivo”, o autor prossegue afirmando que “este argumento não resiste, porém, a um simples exercício de reflexão. De facto, as agências reguladoras independentes são

²⁹ Mr. Justice Sutherland, apud Bernard Schwartz, *American Administrative Law*. Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., London, 1950, p. 12, grifamos. A decisão é de grande importância em virtude do amadurecimento que a matéria já possui nos E.U.A., o seu regime presidencialista de governo e o caráter até mais rígido da separação de poderes positivada em sua Constituição, que, no entanto, veio a ser progressivamente atenuada pela jurisprudência.

³⁰ MOREIRA, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil, in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital, *A mão visível: mercado e regulação*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 228, grifamos.



uma criação dos Estados Unidos, a mais clássica expressão de um regime presidencialista, onde elas existem há mais de um século”.³¹

Com estes antecedentes históricos e colocada a questão dentro de um quadro mais amplo, constatamos que, na verdade, o que está acontecendo no Brasil é uma dupla mistificação, que está impossibilitando uma alternativa racional e técnica para os impasses que vêm surgindo.

De um lado, a idéia de um Poder Executivo imperial, de peculiar força na América Latina pelo patrimonialismo que caracteriza a sua formação política e social, que vê a coisa pública como um *dominus* do soberano, a ser por ele disposto livremente.³²

Por essa idéia os Chefes do Poder Executivo devem tudo poder, inclusive em relação a entidades que, por força de lei, possuem prerrogativas e funções próprias, e que representam o reflexo na organização da Administração Pública do pluralismo da própria sociedade. Devemos notar, aliás, que **as agências reguladoras não são a única nem a mais intensa manifestação desse pluricentrismo da Administração Pública brasileira. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, as universidades públicas e os conselhos profissionais – autarquias corporativas – são exemplos de entidades que, muito antes das agências, gozam de autonomia até maior.**³³

Por outro lado, há uma super-relativização da independência das agências reguladoras, como se qualquer ingerência do Poder Executivo central (ou, pasme-se, até mesmo do Poder Judiciário, cuja tutela constitui requisito inarredável do Estado de Direito) fosse “quebrar o modelo”, olvidando-se, por exemplo, que nos próprios E.U.A., berço destas entidades, as agências devem de certa forma apresentar a minuta dos seus atos normativos a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working*

³¹ MOREIRA, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil, in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital, A mão visível: mercado e regulação, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 228.

³² ARENAS, Díaz. Estado y Tercer Mundo – El Constitucionalismo. Editorial Temis S.A., 3ª ed., Bogotá, 1997.

³³ O CADE tem perfil institucional praticamente idêntico ao das agências reguladoras; o Presidente da República pode escolher os dirigentes das universidades públicas apenas entre os componentes das listas tríplexes elaboradas pela comunidade universitária; e, quanto à nomeação dos dirigentes das autarquias corporativas, o Chefe do Poder Executivo não tem qualquer ingerência, uma vez que são eleitos diretamente pela categoria profissional (auto-) regulada.



Group – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental.³⁴

O que deve ser buscado entre nós é, portanto, o equilíbrio entre as agências reguladoras e as instâncias executivas, legislativas, judiciais e sociais de controle e de fixação de macro-políticas públicas. A vitalidade e legitimidade das agências reguladoras advêm exatamente do equilíbrio entre os influxos – *cheks and balances* – sobre elas exercidos por estas quatro instâncias de poder.³⁵

V – O Anteprojeto em Questão.

O Anteprojeto tem méritos inegáveis,³⁶ como o de configurar a lei que pode advir como uma Lei Geral das Agências Reguladoras, o que vem sendo considerado de grande conveniência tanto no Brasil como alhures,³⁷ e o de incrementar a participação dos agentes econômicos, usuários e consumidores nos processos decisórios das agências reguladoras, inclusive pela observância do princípio regulatório norte-americano do *hard look*³⁸, o que vem na esteira de toda nova tendência do Direito

³⁴ Executive Order nº 12.886/93 – Regulatory Planning and Review, editada pelo Presidente Bill Clinton, cuja aplicação é, contudo, há de se destacar, mitigada em relação às agências reguladoras que forem dotadas de independência, nos termos das Seções 3, 'b', e 4, 'b' e 'c' da Executive Order em questão.

³⁵ STRAUSS, Peter. In: Conferência proferida no Seminário Internacional de Direito, realizado na Fundação Armando Álvares Penteado, São Paulo, outubro/2000 – transcrição em mimeo a nós gentilmente cedido pelo autor.

³⁶ Para uma análise mais detalhista desses aspectos, inclusive quanto a sugestões para o seu necessário aperfeiçoamento, remetemos às “Notas de sugestões objetivas acerca do Anteprojeto de Lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras”, precedentemente por nós elaboradas para a consulta pública realizada pela Casa Civil e tornadas públicas pela ABAR em seu sítio na rede mundial de computadores www.abar.org.br

³⁷ A conveniência de uma lei geral é justificada, entre outros, por Vital Moreira, pela necessidade de haver “um quadro de referência quanto ao seu regime jurídico, que limite a tentação da singularidade de regimes sem justificação razoável” (MOREIRA, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 260).

³⁸ RUBIRA, Juan José Lavilla. *La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 142 a 146.



Público.³⁹ A maior parte das leis das agências reguladoras já prevê a participação, mas certamente os dispositivos dar-lhe-ão maior institucionalidade e garantias, mormente quanto à apreciação das sugestões apresentadas.

O fomento e o apoio à participação, já previstos inclusive no art. 29, XII, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, constituem medidas salutares, uma vez que mitigam a assimetria informacional existente entre regulador e regulados, com novas informações que podem ser trazidas pelas partes, assim como faz com que deixe de ser meramente formal a igualdade das partes integrantes do trilema regulatório (Poder Público – regulados – usuários e consumidores).

Ocorre que, afóra esses aspectos positivos, o Anteprojeto se caracteriza globalmente por um viés evidentemente centralizador, incompatível com a mínima autonomia reforçada que tais entidades devem no Estado Regulador, em dias de mundialização e de extrema complexidade dos interesses públicos e privados em jogo na atividade regulatória.⁴⁰

Não resta dúvida de que o Anteprojeto não pretende retirar **diretamente e de forma explícita** o principal elemento que caracteriza a “independência” das agências reguladoras, que é a vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, mas, **de forma indireta e oblíqua** para os menos atentos, o que talvez seja ainda mais grave, mina e erode essa autonomia pelo **emprego distorcido dos instrumentos do contrato de gestão e da ouvidoria, que, como veremos nos Tópicos que seguem, destinam-se, outrossim, respectivamente, a fortalecer a participação dos consumidores – não a ingerência do Executivo central – e a ampliar a autonomia – não a restringi-la.**

Todavia, antes de pensar em retornar ao modelo institucional tradicional, napoleônico e hierarquizado, com prejuízos para as expectativas

³⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que, “além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes ‘para-jurisdicionais’ para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o princípio da participação tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España, Revista da Administración Pública – RAP, vol. 152, maio-agosto/2000, p. 79).

⁴⁰ CHEVALLIER, Jacques. L’État Post-moderne, LGDJ, Paris, 2003.



dos agentes econômicos que contavam com uma regulação mais autônoma, seria mais apropriado que se buscasse fazer valer os mecanismos já previstos em lei para, dentro do possível, integrar as agências aos seus programas, já que as prerrogativas destas de forma alguma significam um insulamento em relação ao restante da Administração Pública.

VI – Contrato de Gestão.

Como analisado no Tópico III supra, um dos principais problemas a serem resolvidos em relação às agências reguladoras é o concernente à fixação das políticas públicas para cada setor, competência que sempre coube ao Poder Executivo Central, através, sobretudo, de Conselhos setoriais integrantes da sua estrutura (Conselho Nacional de Política Energética, Conselho Nacional de Saúde Suplementar, etc.).

O problema, de fato, como também se infere do Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, é muito menos decorrente de supostas ausências de dispositivos legais ou invasões de competências por parte das agências reguladoras, do que da inércia, muitas vezes justificável pela deficiência de infra-estrutura, dos órgãos centrais que já são legalmente competentes para fixar as diretrizes das políticas públicas em cada setor.⁴¹

Sendo assim, como sugere o próprio Relatório governamental, a solução para o problema é o aparelhamento humano e material desses órgãos e a vontade política de que, por fim, passem a exercer as suas competências, não o menosprezo da autonomia das agências reguladoras no âmbito de suas atribuições.⁴²

A obrigação de a agência reguladora, sob o pretexto da fixação de políticas públicas pelo Executivo central, celebrar contratos de gestão, principalmente na forma com que é colocada no Anteprojeto, constitui

⁴¹ Por exemplo, a ANATEL deve implementar a política nacional de telecomunicações (art. 19, I, Lei nº 9.472/97), em cuja elaboração são reservadas relevantes competências ao Presidente da República (art. 18, Lei nº 9.472/97); a ANP deve observar a política energética nacional, cujas diretrizes são formuladas pelo Presidente da República mediante proposta do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE (arts. 1º, 2º e 8º, I, Lei nº 9.478/97); etc.

⁴² “A falta de capacitação técnica dos ministérios refletiu primordialmente a falta de aparelhamento do governo – especialmente em um momento de crise fiscal” (Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, divulgado em 10 de outubro de 2003, intitulado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no atual Arranjo Institucional Brasileiro”).



uma séria ameaça ao modelo contemporâneo de regulação da economia – de relativa imunidade à arena político-partidária –, perpetrando ainda uma série de afrontas ao art. 37, § 8º, da Constituição Federal, que integrou a figura do contrato de gestão em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Antes de adentrarmos nesses aspectos, mister se faz, contudo, ainda que sucintamente, uma breve exposição acerca do enquadramento dos contratos de gestão no sistema jurídico brasileiro.

Figura nova no Direito Brasileiro, os contratos de gestão⁴³ podem ser celebrados com entidades privadas da sociedade civil que, nos termos da Lei nº 9.637/98, venham a ser consideradas organizações sociais, ou com órgãos e entidades da Administração Pública, na forma do art. 37, § 8º, da Constituição Federal (acrescido pela Emenda Constitucional nº 19/98), no âmbito da União previamente qualificados como agências executivas (art. 51 da Lei nº 9.649/98 e Decreto nº 2.487/98) ou, ainda, nos casos em que a própria lei já previr a celebração do contrato previsto na Constituição independentemente da prévia qualificação como agência executiva. Naturalmente, apenas esta última hipótese (contratos de gestão com entidades e órgãos da Administração Pública) interessa para a análise dos contratos de gestão que viriam a ser celebrados com as agências reguladoras, nos termos do Anteprojeto de Lei em exame.⁴⁴

A Reforma Administrativa, acrescentando o § 8º do art. 37 à Consti-

⁴³ Para uma análise histórica dos contratos de gestão, que seriam originários da França, ver René Chapus (in *Droit Administratif Général*, Tomo 1, Ed. Montchrestien, 13ª ed., 1999, pp. 414/5). No Direito italiano, no qual o fenômeno também não é novo, observa-se que “o uso destes instrumentos convencionais por parte da Administração coloca problemas de natureza dogmática (...). As convenções organizativas se apresentam exteriormente como acordos, tendo como partes duas figuras subjetivas públicas, que podem ser dois órgãos, um órgão e um ente, ou mais de um ente (...). Esta análise elementar mostra que ‘convenção administrativa’ não é uma expressão científica, mas da prática: quer-se indicar os atos bi- ou plurilaterais, com os quais o Poder Público cuida, por acordo, do interesse público”. Estamos diante de “acordos com conteúdo normativo”(GIANNINI, Massimo Severo. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Volume I, Giuffrè Editore, Milão, 3ª ed., 1993, pp. 366 a 371).

⁴⁴ Normalmente, na ausência de lei, esta possibilidade é conferida apenas às entidades que previamente se qualificarem como agências executivas, nos termos do art. 51 da Lei n.º 9.649/98 e do Decreto nº 2.487/98, mas nada impede, obviamente, que a lei já preveja diretamente a possibilidade de aumento de autonomia mediante a celebração de contrato de gestão, independentemente da prévia qualificação como agência executiva, qualificação essa que, ao contrário da figura do contrato de gestão em si, não possui sede constitucional.



tuição Federal, preceituou que os órgãos ou entidades da Administração Indireta podem ter a sua autonomia ampliada mediante a celebração de contratos de gestão com o Poder Executivo central, cabendo à lei dispor sobre o prazo do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, os direitos e responsabilidades dos dirigentes e a remuneração do seu pessoal. Vejamos, *literis*:

*Art.37, § 8º. A **autonomia** gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser **ampliada** mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal.*

Evidenciadas, portanto, ficam, em relação aos contratos de gestão, duas características essenciais colocadas pela Constituição Federal (art. 37, § 8º): **(1)** a configuração como um instrumento consensual, e, conseqüentemente, voluntário, de Administração Pública; **(2)** o seu efeito ampliativo, jamais restritivo, da autonomia da entidade da Administração Indireta que celebra o contrato com o Poder Executivo central.

Comentando o referido dispositivo constitucional, PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA assevera que ele “possibilita que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta possam ser **ampliadas** mediante **contrato** (o de gestão)”.⁴⁵

Ora, diante dessas imposições constitucionais o manejo dos contratos de gestão em relação às agências reguladoras deve ser feito com redobrada cautela.

Deve ser evitado que, em um desvio de finalidade legislativa, o contrato de gestão seja imposto de forma coercitiva, já que, como denota a doutrina, “a característica essencial desse novo modelo consiste na **rela-**

⁴⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*, Ed. Manole, Barueri, São Paulo, 2003, p. 131, grifamos.



tiva igualdade entre as partes, o que se reflete na **necessidade de negociação** e formulação de estimativas conjuntas”.⁴⁶

Ademais, um contrato de gestão obrigatório e restritivo da autonomia e das atribuições das agências reguladoras teria o papel de substituto da extinção da garantia dos mandatos dos seus dirigentes, que continuariam nas agências reguladoras, mas com a sua atividade coarctada pelo contrato de gestão ditado pelo Executivo central.

Nos termos em que se encontra no Anteprojeto, o contrato de gestão representaria, portanto, um verdadeiro cavalo de Tróia na autonomia reforçada das agências reguladoras por violar as duas características que a ele são constitucionalmente impostas: **(a)** consensualidade/livre negociação, com a possível consequência de, malsucedida a negociação, não ser celebrado, e **(b)** o imprescindível efeito ampliativo da autonomia das entidades contratantes.

A utilização de um meio (contrato de gestão), que constitucionalmente tem um fim (aumento da autonomia), para se alcançar, substancialmente, um fim a ele antitético (forte restrição da autonomia) é um caso claro de desvio de poder legislativo, atentatório dos Princípios da Razoabilidade e da Moralidade, já que não seria dado aos agentes estatais ou ao Legislador atuar através de subterfúgios ou de procedimentos desprovidos da necessária transparência teleológica.

Tratando do instituto do desvio de poder legislativo, expõe o Professor CAIO TÁCITO que “o princípio geral de direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade adminis-

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Ed. Dialética, 2002, São Paulo, p. 407, grifos nossos. MARCOS JURUENA VILLLA SOUTO, por sua vez, enfoca o contrato de gestão como uma das expressões da “substituição da imposição pela consensualidade, com vistas à eficiência” (SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Direito Administrativo Regulatório, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 331, grifos nossos). Tratando de maneira geral da consensualização na Administração Pública, vale a pena trazer à baila as reflexões de DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI: “Há um refluxo na imperatividade, e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública, in Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo (coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 648).



trativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do Legislador. (...) ‘A ilegitimidade de todo fim, diverso daquele constitucionalmente previsto, conduz logicamente a configurar-se, no plano legislativo, aquele vício de causa dos atos administrativos, que é o excesso de poder’.⁴⁷

SEABRA FAGUNDES, na mesma senda, afirma “a extensão da teoria do desvio de poder originária e essencialmente dirigida aos procedimentos dos órgãos executivos, aos atos do poder legiferante, de maior importância num sistema de constituição rígida, em que se comete ao Congresso a complementação do pensamento constitucional nos mais variados setores da vida social, econômica e financeira”.⁴⁸

Também para JORGE MIRANDA “existem dois vícios quanto ao conteúdo dos actos legislativos (em paralelo com os vícios dos actos administrativos): violação de lei constitucional e desvio de poder legislativo – aquela patenteada através da pura e simples contradição entre o objecto e o sentido do acto e a norma constitucional, este na contradição entre o seu fim (havendo discricionariedade do legislador) e o fim ou interesse constitucionalmente assumido”. (...) O Parlamento, órgão legislativo por excelência, pode também exceder os seus poderes, usando das faculdades que a Constituição lhe confere na realização de fins diversos dos que a mesma Constituição tinha em vista ao conceder-lhe a competência. Os actos jurídicos não podem apreciar-se desligando-os do fim que os determinou, sejam ou não actos do Parlamento”.⁴⁹

Essa tese já foi diversas vezes acolhida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, a ver: “Nulidade de leis estaduais em que, ao término de governos vencidos nas urnas, eram criados cargos públicos em número excessivo, não reclamados pela necessidade pública e comprometendo gravemente as finanças do Estado, tão-somente para o aproveitamento de correligionários ou de seus familiares. Para o desfazimento dessas leis que caracterizavam os chamados testamentos políticos, o STF consagrou a tese da validade de novas leis que, anulando leis inconstitucionais, reconheciam o **abuso pelos poderes legislativos estaduais da competência, em princípio discricionária**, da criação de cargos públicos. A acolhida do cabimento do desvio de finalidade como vício de

⁴⁷ TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais, in Revista de Direito Administrativo – RDA, 188/04-07.

⁴⁸ Revista Forense, vol. 151/549.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 344/5.



inconstitucionalidade fora anteriormente abonada em outro julgado do STF, em voto do Min. OROSIMBO NONATO, Relator do RE nº 18.331, que, nos termos da respectiva ementa, após recordar o conhecido axioma de que o poder de taxar não se pode extremar como poder de destruir, destaca: ‘É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*’.⁵⁰

Não estamos, com a invocação do instituto do desvio de poder legislativo para a situação em exame, a afirmar que o Legislador não possa extinguir a autonomia especial das agências reguladoras, mas desde que o faça de forma sincera, clara e pelo instrumento legal constitucionalmente adequado, não através de subterfúgios, buscando realizar objetivos justamente opostos aos que constitucionalmente caracterizam os contratos de gestão, que indicam “a consagração de um novo modelo de gestão da coisa pública”.⁵¹

Deve, assim, ser evitado o paradoxo para o qual já havíamos, em sede doutrinária, alertado nos seguintes termos: “os contratos de gestão constituem, para o comum dos órgãos e entidades da Administração Pública, a possibilidade do aumento das suas esferas autônomas de atuação, enquanto que para as agências reguladoras representam um mecanismo de controle da Administração central sobre a sua autonomia, que, antes de ser fruto do contrato de gestão, tem esteio diretamente na lei que as instituiu”.⁵²

Em outras palavras, os contratos de gestão com as agências reguladoras podem vir a ser inconstitucionalmente manejados para, ao contrário do que determina o art. 37, § 8º, da Constituição Federal, restringir, não ampliar, a autonomia dessas entidades.

Com isso, também restaria violado o Princípio da Legalidade (art.37, *caput*, CF), uma vez que a autonomia reforçada das agências reguladoras é assegurada pelas respectivas leis instituidoras, que, frise-se, neste

⁵⁰ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, in Revista Forense, 1992, Volume 320/3, grifamos.

⁵¹ “A concepção monolítica, piramidal e hierárquica da Administração Pública é sucedida por uma visão em que os diferentes agentes são também sujeitos. (...) O movimento de contratualização não é um fenômeno isolado, mas é acompanhado de uma série de outras inovações, relacionadas com uma concepção policêntrica de organização do poder” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Ed. Dialética, 2002, São Paulo, p. 408).

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico, Ed. Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2003, p. 360.



particular, são preservadas pelo Anteprojeto (art.25, *a contrario sensu*, do Anteprojeto, c/c art. 9º da Lei Complementar nº 95/98⁵³).

Não poderia, portanto, o Anteprojeto prever, explícita ou implicitamente, a possibilidade de contrato de cooperação administrativa consensual revogar competências e autonomias asseguradas por dispositivos legais que ele não revoga, em uma impossível deslegalização⁵⁴ da autonomia assegurada em lei para um contrato de gestão, que, então, passaria a ser a sede competente – não mais a lei, como determina o art. 37, XIX, CF⁵⁵ – para definir as competências das agências reguladoras.

Como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO, “a delimitação de poderes e competências atribuíveis às entidades da Administração Indireta deve ser prevista legislativamente, tal como se evidencia do disposto no art. 37, *caput* e inc. XIX, da CF/88. Isso significa que as competências atribuídas às entidades da Administração Indireta, especialmente as atinentes à autonomia gerencial, orçamentária e financeira, têm de estar predeterminadas numa lei. (...) Então, a autonomia de determinada entidade é estabelecida em lei. Não é possível ser alterada por um ato de natureza convencional. (...) Ou seja, nenhuma ampliação de competências poderá fundar-se exclusivamente em uma avença de natureza contratual, infralegislativa. Incumbirá à lei determinar, nos limites da Constituição, a

⁵³ Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001).

⁵⁴ A deslegalização consiste, nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Ed. Renovar, 2000, p. 166). Mais recentemente o autor retornou ao tema ao tratar das deslegalizações estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 250 a 261. Na nomenclatura adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia (in *Direito Constitucional*, Ed. RT, 1984, trad. Maria Helena Diniz, p. 105), estaríamos frente a um “reenvio formal” ou “não receptício”, que ocorre “quando o Estado se limita a reconhecer o regulamento que a aludida matéria recebe em outra ordenação, de forma que as normas desta última vêm a adquirir eficácia no seu âmbito, mesmo que lhe sejam alheias (em síntese: “o Estado interessa-se pela matéria, mas não pelo modo com que é regulada”, isto é, faz referência não tanto à norma, quanto à fonte produtora dessa mesma norma)”.

⁵⁵ As competências das entidades da Administração Indireta integram ontologicamente a sua essência, de maneira que, ao criar a entidade, o Legislador – e apenas ele – deverá especificar-lhe as competências e as prerrogativas autonômicas. Para uma análise da admissibilidade do instituto da deslegalização no Direito Brasileiro, salvo nas matérias que, como a presente, estiverem constitucionalmente sob a reserva absoluta de lei formal, pedimos vênias para remeter para o nosso *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Ed. Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2003, pp. 418 a 425, em especial a p. 420.



autonomia assegurada aos órgãos integrantes da Administração Indireta. Qualquer ato infralegal, denominado de contrato de gestão, será uma mera via de concretização de determinações **exaustivamente** previstas em lei”.⁵⁶

PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA observa, igualmente, que “a existência de um contrato deste teor, entre uma agência reguladora e o Ministério, ao qual ela está organicamente vinculada, significa, na prática, a ausência total de autonomia dela, uma vez que a perde por completo, ficando adstrita aos compromissos assumidos no referido instrumento, que podem modificar, ampliando ou diminuindo, as competências fixadas pelo legislador quando da elaboração da lei criadora da agência”.⁵⁷

No mesmo sentido, advertiu o próprio Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre as agências reguladoras: “Ainda que esses contratos não sejam obrigatórios, a sua institucionalização, após o aprimoramento dos mecanismos de formulação de política pelos ministérios poderia servir como instrumento adicional de controle social. **É fundamental, contudo, que tais contratos não coloquem em xeque a independência das agências e seus dirigentes. (...) No caso das agências reguladoras, é difícil mensurar a qualidade do processo regulatório.** Em virtude disso, para esses órgãos, o contrato de gestão deve ser utilizado em parte como instrumento que contribua para balizar as atividades de fiscalização e, especialmente, para acompanhar a implementação de

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Ed. Dialética, 2002, São Paulo, pp. 404 a 406, grifamos. À p. 409 o Ilustre Professor paranaense prossegue: “O dito contrato de gestão não é adequado a gerar direitos ou obrigações, com cunho inovador. Versa sobre matérias subordinadas ao princípio da legalidade, o que significa que todos os direitos e deveres atribuídos às partes derivam de previsão em lei. Logo, o contrato de gestão não institui deveres ou direitos além daqueles já consagrados legislativamente. (...) O Contrato de gestão não é um sucedâneo de um regulamento autônomo (com a peculiaridade de ser produzido através de atuação conjunta de duas autoridades administrativas)”.

⁵⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras, Ed. Manole, Barueri, São Paulo, 2003, pp. 133/4. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, com a objetiva profundidade que caracteriza os seus textos, também remarca que “as metas e objetivos do órgão regulador não devam estar previstos em contrato. Eles correspondem à própria política pública para o setor e, como tal, deverão vir contidos na lei ou nos instrumentos normativos por ela indicados. Também não nos parece razoável atrelar as atividades de uma agência a metas de gestão em função do atingimento das quais possam receber bônus (ou então perder o cargo). A estabilidade dos dirigentes de uma agência regulador, já dissemos, é elemento central para sua autonomia e, além das hipóteses de desvio de conduta ou improbidade, estes dirigentes somente devem ser afastados se a agência não tiver cumprindo a política pública definida nos termos da lei para o setor. Em uma palavra, pretender adstrir as agências a contratos de gestão significa – além de uma ignorância do que sejam e para que sirvam os dois instrumentos (agência e contrato de gestão) – quitar a independência e a autonomia destes órgãos, sem as quais não se exerce a atividade regulatória” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes, in Direito Administrativo Econômico, coord. Carlos Ari Sundfeld, pp. 88/9, grifos nossos).



‘metas de transparência’, contemplando, em particular, prazos para o estabelecimento de ouvidorias, padronização dos projetos de consulta pública, estabelecimento de periodicidade dos relatórios a serem encaminhados ao Congresso”.⁵⁸

Destarte, deve ficar claro, por exemplo, que o contrato de gestão não pode ser instrumento de fixação das políticas públicas setoriais cuja implementação incumbe às agências, já que as respectivas leis já prevêm em um órgão ou agente competente para fixá-las. Como assevera FERNANDO HERREN AGUILLAR, “a mecânica do contrato de gestão pode ser um instrumento de controle da qualidade dos atos praticados pela Agência, mas pode também prestar-se a retirar dela a sua autonomia e independência, dependendo dos termos em que implementado o contrato”.⁵⁹

Note-se que também não está expresso que o eventual descumprimento do contrato de gestão não poderá causar a destituição dos dirigentes das agências reguladoras,⁶⁰ de nada importando se agentes do Governo tenham feito declarações nesse sentido, uma vez que, como é de geral sabença, a lei, depois de editada, se desprende da vontade daqueles que a conceberam.⁶¹

VII – Ouvidoria.

Este ponto, juntamente com os contratos de gestão, gera enormes riscos para o que se pode esperar de uma mínima autonomia que as agências de regulação devem possuir.

Com efeito, sob as vestes de um “ouvidor”, o Anteprojeto, espera-se, inadvertidamente, acaba por criar um verdadeiro interventor permanente na agência reguladora, já que, contrariando a natureza da ouvidoria, de

⁵⁸ Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, divulgado em 10 de outubro de 2003, intitulado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no atual Arranjo Institucional Brasileiro”, grifamos.

⁵⁹ AGUILAR, Fernando Herren. Controle Social de Serviços Públicos, Max Limonad, 1999, p. 252.

⁶⁰ Marçal Justen Filho observa que a sua figura “apenas pode ser compreendida no contexto da soft-law. Trata-se de instrumento de controle da conduta intersubjetiva, mas destituído das características típicas da normatização jurídica tradicional” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Ed. Dialética, 2002, São Paulo, p. 410).

⁶¹ “A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. (...) Por outro lado, não só é difícil de determinar aquela intenção volitiva, como, também, distingui-la do sentido da lei” (MAXIMILIANO, Carlos. hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, pp. 35 a 48).



intermediadora das relações da cidadania com a agência, chegar a dispor que competirá a tal autoridade “**solucionar**” (sic) os conflitos dos consumidores com as concessionárias e com a própria agência.

O Anteprojeto, no entanto, deveria se ater à natureza conceitual da atividade de ouvidoria: “o Ouvidor/Ombudsman é um agente facilitador nas relações entre o usuário do serviço público e os órgãos da máquina administrativa, do consumidor com o empresário. Tem como meta viabilizar soluções para os conflitos decorrentes dessas relações, atuando com equidade, independência e agilidade, com vistas a satisfazer as expectativas do cidadão/consumidor quando atendido de forma inadequada e se colocando como um colaborador no processo de aperfeiçoamento dos serviços e produtos da Instituição ou da Empresa em que atua, procedendo como porta-voz daqueles que ele representa, seja para o recebimento de críticas, apresentação de sugestões ou para o encaminhamento do reconhecimento da população frente a um serviço de boa qualidade”.⁶²

Note-se que, mesmo na França, onde a ouvidoria possui um dos mais sólidos arcabouços jurídicos, chegando a se caracterizar como uma “autoridade administrativa independente”, como bem nota FABIANA DE MENEZES SOARES, “é preciso deixar claro que **não substituiu a autoridade administrativa**, posto que, como assinala LEGATTE, sua missão é o ‘estabelecimento de um melhor equilíbrio entre o cidadão isolado e uma Administração forte’.”⁶³

Também o Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre as agências reguladoras, em passagem que parece não ter sido percebida pelo Anteprojeto de lei que nele teria se embasado, deixa claro que o papel primordial das ouvidorias deve ser apenas o de “registrar as pendências e encaminhá-las aos responsáveis pelos temas dentro da agência”,⁶⁴ e é essa a correta postura que a legislação vigente já adota em relação às agências reguladoras, tanto em sede federal, como estadual,⁶⁵ sendo natural que possa ser aperfeiçoada, mas não desvirtuada.

⁶² PACHECO, Marcus Vinicius Ferraz. A Ouvidoria a Serviço da Sociedade, in <http://www.abonacional.org.br/>, acessada em 06/10/2003.

⁶³ SOARES. Fabiana de Menezes. O Direito Administrativo de Participação, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 94, grifamos.

⁶⁴ Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, divulgado em 10 de outubro de 2003, intitulado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no atual Arranjo Institucional Brasileiro”.

⁶⁵ Artigos 50 e seguintes do Regulamento da ANATEL; art. 8º, § 1º, do Regulamento da ANEEL; artigos 25 e seguintes do Regulamento da ANS; art. 12, II, da Lei Estadual nº 7.314/98, da Bahia; art. 10 do Decreto Estadual nº 7.426/98, da Bahia; art. 9º do Decreto nº 7.426/98, do Estado do Ceará; art. 6º, III, ‘a’, da Lei nº 12.999/98, do Estado de Minas Gerais (cf. CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu poder Normativo, Ed. Dialética, São Paulo, 2001, p. 103).



Pela redação do Anteprojeto, contudo, fica clara e substancialmente configurado o “ouvidor” como um interventor permanente, como a última instância decisória no interior da agência em tudo o que possa envolver reclamações de consumidores, o que abrange a quase totalidade das matérias da sua competência. **A “ouvidoria”, no fundo, substituiria o Colegiado Diretor como órgão decisório máximo da Agência**, já que a ele competiria “solucionar” todas estas pendências, inclusive, expressamente, aquelas que envolvessem a Diretoria.

Dessa maneira, há, também em relação ao “ouvidor”, um grave desvio de poder legislativo,⁶⁶ com a utilização de um instituto que, ontologicamente, tem uma finalidade (dar suporte aos interesses dos consumidores no seio da Administração Pública), para que outra, aparentemente velada, seja alcançada (a intervenção nas agências reguladoras e a substituição, como última instância administrativa, do Colegiado Diretor).

Este aspecto fica ainda mais evidente quando analisado o regime funcional que o Anteprojeto pretende atribuir ao “ouvidor”, sem qualquer representatividade institucional junto aos consumidores, sem o prévio *placet* do Senado Federal, e sem a imposição de requisitos técnicos mínimos para o bom desempenho de suas funções, caracterizando-o única e exclusivamente como um “comissário do Presidente”.

Uma outra questão igualmente importante é que, como ainda não há a figura do ouvidor em algumas agências reguladoras, o Anteprojeto é omissivo em criar os respectivos cargos e as respectivas remunerações, matéria de reserva absoluta de lei (art. 61, II, ‘a’, CF).

VIII – Conclusões.

Do exposto, podemos concluir, do ponto de vista estritamente jurídico, quanto à configuração que os contratos de gestão e a ouvidoria receberam no Anteprojeto de Lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, que:

1. a conformação dada aos contratos de gestão constitui desvio de poder legislativo violador do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, e dos princípios constitucionais da razoabilidade, moralidade e legalidade;

⁶⁶ Quanto ao instituto do desvio de poder legislativo, pedimos vênica para remeter o leitor às considerações já tecidas ao tratarmos dos contratos de gestão, supra Tópico VI.



2. a instituição de ouvidorias com poderes decisórios superiores ao do próprio colegiado diretor das agências reguladoras consubstancia desvio de poder legislativo contrário aos princípios constitucionais da razoabilidade e moralidade.

As críticas, de caráter construtivo, que tecemos a respeito do Anteprojeto não ilidem o objetivo que propugnamos deva ser constantemente perseguido de aperfeiçoamento do arcabouço institucional **autônomo** e da *accountability* pública das agências reguladoras. Mas o remédio para supostos déficits de legitimidade democrática e de prestação de contas “não é a sua governamentalização, sujeitando-as à superintendência ministerial, mas sim através de mecanismos de ‘democracia procedimental’ (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e, sobretudo, através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares competentes”.⁶⁷

Espera-se, enfim, que, mais do que eventuais divergências políticas pontuais e conjunturais, sejam os controles sociais, a responsabilidade e a imparcialidade dos agentes estatais e privados envolvidos na regulação e na formulação de políticas públicas que determinem, ou a manutenção, o aperfeiçoamento e a potencialização das entidades reguladoras dotadas de real autonomia ou, ao revés, o lamentável retorno à Administração Pública unitária, hierarquizada e, já a conhecemos, ineficiente e patrimonialista.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2003.

Alexandre Santos de Aragão

Professor da Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

⁶⁷ MOREIRA, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil, in MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital, A mão visível: mercado e regulação, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 228/9.



NOTAS DE SUGESTÕES OBJETIVAS ACERCA DO ANTEPROJETO DE LEI SOBRE A GESTÃO, A ORGANIZAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

INTRÓITO

Honra-nos a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR, através da sua Ilustre Presidente, a Dra. MARIA AUGUSTA FELDMAN, com pedido de elaboração de Parecer especificamente sobre a conformação dos contratos de gestão e da ouvidoria no Anteprojeto de Lei em epígrafe.

Solicita ainda, dada a exigüidade do prazo de apresentação de sugestões ainda no âmbito da Casa Civil, de acordo com a consulta pública publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, do dia 23 de setembro de 2003, que tenhamos notas objetivas à totalidade do Anteprojeto, tarefa da qual passamos a nos ocupar.¹

Conforme enunciado pela Sra. Presidente, as nossas sugestões abrangerão aspectos constitucionais e concernentes à compatibilidade dos dispositivos do Anteprojeto com o modelo jurídico-institucional contemporâneo de regulação das atividades econômicas, sempre tendo em vista colaborar com os agentes públicos incumbidos do trato da matéria, para que as eventuais alterações do regime jurídico das agências reguladoras se inspirem nas necessidades de desenvolvimento econômico do País e de aperfeiçoamento das suas instituições democráticas.

Enquanto elaborávamos o presente estudo, veio a lume, divulgado em 10 de outubro de 2003, o percuciente Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, intitulado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Re-

¹ Foram submetidos à consulta pública dois Anteprojetos relativos às agências reguladoras, um que altera as respectivas legislações para, basicamente, retirar-lhes o poder concedente, e outro, objeto dos referidos trabalhos, que versa “sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências”.



guladoras no atual Arranjo Institucional Brasileiro”, que teria servido de base ao Anteprojeto de Lei em comento, conforme expressa o seu preâmbulo deste. Todavia, como veremos ao longo de nossa análise, este se distanciou em pontos vitais daquele Relatório, perdendo, *data venia*, parte do rigor técnico que caracterizou o trabalho interministerial que o precedeu.

O método da análise, preservada sempre a sua índole sucinta e objetiva, se dará através da divisão temática dos dispositivos do Anteprojeto, respeitada a ordem numérica original.

Em cada seção temática apreciaremos os dispositivos e exporemos a nossa sugestão, que poderá consistir na sua manutenção, supressão ou nova redação, sempre grifadas com os necessários destaques gráficos.

O ANTEPROJETO

Âmbito de Abrangência (artigos 1º e 2º).

Os dispositivos têm o mérito de configurar a lei que pode advir do Anteprojeto como uma Lei Geral das Agências Reguladoras, o que vem sendo considerado de grande conveniência tanto no Brasil como alhures.²

Neste sentido, seria melhor que os dispositivos não limitassem o Anteprojeto apenas às agências reguladoras já existentes, deixando uma abertura para que possa ser aplicado a eventuais agências reguladoras que sejam criadas no futuro, cujas leis, todavia, poderão, naturalmente, dispor de maneira diversa em um ou outro aspecto.

Quanto às entidades já existentes que foram classificadas pelo Anteprojeto como agências reguladoras, poderia haver crítica quanto à inclusão da ANCINE, não considerada por alguns como agência reguladora, e à exclusão da CVM, que parte da doutrina passou a conceituar como agência reguladora após o advento da Lei nº 10.303/01, que outorgou estabilidade ao mandato dos membros do seu colegiado diretor.

Nos parece, contudo, que andou bem o Anteprojeto, uma vez que,

² A conveniência de uma lei geral é justificada, entre outros, por Vital Moreira, pela necessidade de haver “um quadro de referência quanto ao seu regime jurídico, que limite a tentação da singularidade de regimes sem justificação razoável” (MOREIRA, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 260).



como já havíamos nos pronunciado precedentemente,³ as competências predominantemente de fomento da ANCINE não ilidem as competências propriamente regulatórias que possui, e, a CVM, malgrado a garantia dos mandatos e a previsão de audiências públicas (art. 8º, Lei nº 6.385/76), não tem a essencial autonomia funcional, já que das suas decisões sancionatórias cabe recurso administrativo externo para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, além de também caber recurso ao Ministro da Fazenda nos casos de que trata a Resolução CVM nº 301/99.

Sugestão:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social.

Art. 2º Além de outras que vierem a ser instituídas, consideram-se Agências Reguladoras, para os efeitos desta Lei, bem como para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

- I - a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;
- II - a Agência Nacional do Petróleo – ANP;
- III - a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL;
- IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;
- V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS;
- VI - a Agência Nacional de Águas – ANA;
- VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;
- VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT;
- IX - a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

Processo Decisório (artigo 3º).

O dispositivo, se, por um lado, tem o mérito de estabelecer o princípio colegiado das decisões das agências, por outro entra em pormenores típicos dos regimentos internos, com o inconveniente de impedir que os

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Ed. Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2003, pp. 285/6 e 303/4, respectivamente.



procedimentos decisórios das agências reguladoras sejam adaptados com maior flexibilidade às necessidades que forem sendo verificadas no futuro, já que, em face do Princípio do Congelamento do Grau Hierárquico, só leis ordinárias poderão alterar os preceitos.

Mais grave ainda é, *data venia*, a confusão que se verifica entre o *caput* e os parágrafos do artigo. O *caput* diz *tout court* que as agências reguladoras “adotarão processo de decisão colegiada”, fazendo presumir que todas as suas decisões deverão ser tomadas pelo colegiado diretor, mas o § 1º diz que o colegiado será a instância recursal, pressupondo, logicamente, decisões monocráticas anteriores.

Mister se faz, portanto, esclarecer o que o dispositivo quer dizer, de maneira que seja fixado de forma clara o princípio colegiado, mas deixando aos regimentos internos a faculdade de prever a existência de decisões monocráticas, sujeitas a recurso para o colegiado.

A oportunidade também é propícia para que seja reafirmada a posição já consolidada nas leis específicas de que as decisões dos colegiados das agências reguladoras constituem a última instância administrativa.⁴

Sugestão:

Art. 3º As Agências Reguladoras adotarão processo de decisão colegiada, que constituirá a última instância no âmbito administrativo, admitida, na forma de cada Regimento Interno, decisão monocrática, contra a qual caberá recurso para o colegiado diretor.

Parágrafo único. O recurso de que trata o *caput* deste artigo poderá ser interposto pelas partes interessadas ou, pelo menos, por dois membros da Diretoria.

Participação Procedimental (artigos 4º ao 6º).

O incremento da participação dos agentes econômicos, usuários e

⁴ Pouco importa se nesta ou naquela agência está ou não expressamente excluída a interposição de recurso hierárquico impróprio. Não é a sua vedação que deve ser expressa, mas sim a sua admissão (*pas de tutelle sans texte*). O próprio Decreto-lei nº 200/67, aplicável às agências reguladoras no que não contrariar as suas leis específicas, não inclui os recursos hierárquicos impróprios entre os mecanismos de supervisão ministerial disciplinados em seus artigos 19 a 29. É importante também frisar que, segundo jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal - STF, o duplo grau obrigatório de apreciação não é uma garantia constitucional, ou seja, não é uma garantia que possa ser inferida do devido processo legal previsto no art. 5º, LV, CF.



consumidores nos processos decisórios das agências reguladoras é um dos pontos positivos do Anteprojeto, e vem na esteira de toda nova tendência do Direito Público,⁵ inclusive pela observância do princípio regulatório norte-americano do *hard look*⁶ (art. 6º).

A maior parte das leis das agências reguladoras já prevê a participação, mas certamente os dispositivos dar-lhe-ão maior institucionalidade e garantias, mormente quanto à apreciação das sugestões apresentadas.

O único dispositivo um pouco problemático, não pelo seu objetivo, mas pelas fraudes que pode ensejar, é o § 5º do artigo 4º, que prevê a possibilidade de a agência reguladora financiar a contratação de especialistas pelas associações que pretendam participar dos processos decisórios.

O fomento e o apoio à participação, já previstos inclusive no art. 29, XII, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, constituem medidas salutares, uma vez que mitigam a assimetria informacional existente entre regulador e regulados, com novas informações que podem ser trazidas pelas outras partes, assim como faz com que deixe de ser meramente formal a igualdade das partes integrantes do trilema regulatório (Poder Público – regulados – usuários e consumidores). O apoio público deve, por isto, se restringir às associações dos consumidores e usuários, já que as associações de defesa da concorrência e da livre iniciativa via de regra não são hipossuficientes.

Nos Estados Unidos a prática é usual, havendo inclusive previsão legislativa expressa em relação, entre outras, à *Federal Trade Commission – FTC* (5 U.S.C. section 18 – h).

Deve, contudo, haver as cautelas necessárias para que associações aventureiras não venham a querer participar dos processos decisórios nas

⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que, “além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes ‘para-jurisdicionais’ para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o princípio da participação tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España*, Revista da Administración Pública – RAP, vol. 152, maio-agosto/2000, p. 79).

⁶ RUBIRA, Juan José Lavilla. *La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 142 a 146.



agências reguladoras apenas para obter a verba, assim como para que os recursos públicos não sejam despendidos com profissionais que tenham poucas condições de efetivamente contribuir para a eficiência e a justa ponderação de interesses nas decisões das agências reguladoras.

Sugestão:

Art. 4º Antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo.

§ 1º São objeto de consulta pública as minutas de atos normativos, as alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados, devendo tais documentos permanecer à disposição do público em local especificado.

§ 2º Sempre que possível, as audiências públicas serão realizadas em cada uma das capitais dos Estados, ou, pelo menos, em uma das capitais situadas nas regiões geográficas atingidas pela decisão, dando-se ampla divulgação ao evento.

§ 3º A abertura do período de consultas e audiências públicas será precedida de despacho motivado publicado no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação, observado prazo prévio razoável para que os interessados possam elaborar as suas contribuições e sugestões.

§ 4º Cada Agência Reguladora deverá estabelecer em regulamento os critérios essenciais a serem observados nos procedimentos previstos no **caput**.

§ 5º É assegurado às associações de incontestável reputação constituídas há pelo menos cinco anos, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção aos consumidores ou aos usuários de serviços públicos, o direito de indicar à Agência Reguladora representante portador de notória especialização no objeto da consulta ou audiência pública, para acompanhar o respectivo processo e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar com as despesas decorrentes, observadas as disponibilidades orçamentárias, os



artigos 25, II, e 26 da Lei nº 8.666/93 e os limites e requisitos fixados em ato normativo da Agência.

Art. 5º As Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 6º Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados na decisão deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta ou audiência pública confere o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Relatório Anual de Atividades (artigo 7º).

A prestação de contas anual é medida que deve ser prestigiada, devendo a prestação de contas e a responsabilidade perante o Legislativo ser inclusive ainda mais fortalecida do que consta do Anteprojeto.

Além disso, o dispositivo mereceria apenas um ajuste técnico, já que o seu *caput* coloca a agência reguladora em uma posição exógena em relação ao “Poder Executivo”, como se fosse uma entidade que não integrasse a sua estrutura, ao passo que certamente a integra, mas não mais como um Poder Executivo piramidal e napoleônico, mas sim pluralista e democrático.⁷

Sugestão:

Art. 7º As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da po-

⁷ VITAL MOREIRA, citando BREUER, considera o surgimento de órgãos e entidades públicas com forte autonomia em relação ao Poder Executivo central como a “resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto uma consequência, em termos de diferenciação e especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas.” Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como “policêntrica” afirma, desta vez valendo-se de BROHM, que “quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos” (MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 30, 31 e 35).



lítica pública do setor definida pelo Legislador e pelo Poder Executivo central, na forma de cada lei setorial.

§ 1º. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, ao titular da Pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.

§ 2º. Sempre que lhes for solicitado, os presidentes dos colegiados diretores das agências reguladoras devem apresentar-se perante a comissão parlamentar competente para prestar esclarecimentos.

Ouvidoria (artigos 14 e 15).

Este ponto, juntamente com os contratos de gestão, gera enormes riscos para o que se pode esperar de uma mínima autonomia que as agências de regulação devem possuir.

Com efeito, sob as vestes de um “ouvidor”, o Anteprojeto, espera-se, inadvertidamente, acaba por criar um verdadeiro interventor permanente na agência reguladora, já que, contrariando a natureza da ouvidoria, de intermediadora das relação da cidadania com a agência, chegar a dispor que competirá a tal autoridade “**solucionar**” (*sic*) os conflitos dos consumidores com as concessionárias e com a própria agência.

O Anteprojeto, no entanto, deveria se ater à natureza conceitual da atividade de ouvidoria: “o Ouvidor/Ombudsman é um agente facilitador nas relações entre o usuário do serviço público e os órgãos da máquina administrativa, do consumidor com o empresário. Tem como meta viabilizar soluções para os conflitos decorrentes dessas relações, atuando com equidade, independência e agilidade, com vistas a satisfazer as expectativas do cidadão/consumidor quando atendido de forma inadequada e se colocando como um colaborador no processo de aperfeiçoamento dos serviços e produtos da Instituição ou da Empresa em que atua, procedendo como porta-voz daqueles que ele representa, seja para o recebimento de críticas, apresentação de sugestões ou para o encaminhamento do reconhecimento da população frente a um serviço de boa qualidade”.⁸

⁸ PACHECO, Marcus Vinícius Ferraz. *A Ouvidoria a Serviço da Sociedade*, in <http://www.abonacional.org.br/>, acessada em 06/10/2003.



Note-se que, mesmo em França, onde a ouvidoria possui um dos mais sólidos arcabouços jurídicos, chegando a se caracterizar como uma “autoridade administrativa independente”, como bem nota FABIANA DE MENEZES SOARES, “é preciso deixar claro que **não substituiu a autoridade administrativa**, posto que, como assinala *Legatte*, sua missão é o ‘estabelecimento de um melhor equilíbrio entre o cidadão isolado e uma Administração forte’.”⁹

Também o Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre as agências reguladoras deixa claro que o papel primordial das ouvidorias é apenas o de “registrar as pendências e encaminhá-las aos responsáveis pelos temas dentro da agência.”¹⁰

Pela redação do Anteprojeto, contudo, fica clara e substancialmente configurado o “ouvidor” como a última instância decisória no interior da agência em tudo o que possa envolver reclamações de consumidores, o que abrange a quase totalidade das matérias de sua competência. A “ouvidoria”, no fundo, substituiria o colegiado diretor como órgão decisório máximo da Agência.

Desta maneira, pode haver, também em relação ao “ouvidor”, um grave desvio de poder legislativo,¹¹ com a utilização de um instituto que ontologicamente tem uma finalidade (dar suporte aos interesses dos consumidores no seio da Administração Pública), para que outra, aparentemente velada, seja alcançada (a intervenção nas agências reguladoras).

Este aspecto fica ainda mais evidente quando analisado o regime funcional que o Anteprojeto pretende atribuir ao “ouvidor”, sem qualquer representatividade institucional junto aos consumidores, sem o prévio *placet* do Senado Federal, e sem a imposição de requisitos técnicos mínimos para o bom desempenho de suas funções, caracterizando-se única e exclusivamente como um “comissário do Presidente”, ponto que também deveria ser retificado.

Uma outra questão igualmente importante é que, como ainda não há a figura do ouvidor em muitas agências reguladoras, o Anteprojeto se omite em criar os respectivos cargos, matéria de reserva absoluta

⁹ SOARES. Fabiana de Menezes. *O Direito Administrativo de Participação*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 94, grifamos.

¹⁰ Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, divulgado em 10 de outubro de 2003, intitulado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no atual Arranjo Institucional Brasileiro”.

¹¹ Quanto ao instituto do desvio de poder legislativo, pedimos vênha para remeter o leitor às considerações tecidas ao tratarmos dos contratos de gestão, *supra*.



de lei (art. 61, II, 'a', CF), o que impedirá a implementação dos dispositivos concernentes. Mister se faz, assim, que os novos cargos de ouvidor, e as respectivas remunerações, sejam instituídos por lei, adotando-se, para tanto, o usual instrumento do Anexo à lei.

Também podem ser sugeridos ajustes redacionais que eliminem trechos e dispositivos inócuos ou demasiadamente detalhistas para serem objeto de lei, valendo-se de modelos já positivados de ouvidorias em agências reguladoras, como o da ANATEL.

Sugestão:

Art. 14. Haverá, de acordo com Anexo Único à presente Lei, em todas as Agências Reguladoras, um Ouvidor nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, após prévia aprovação pelo Senado Federal, entre cidadãos com notórios conhecimentos na área de regulação e comprovada experiência na defesa de consumidores ou usuários, admitida uma recondução.

§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade do atendimento dos consumidores e usuários, recebendo, analisando e encaminhando as suas reclamações, seja contra a atuação da Agência Reguladora, seja contra a atuação dos entes regulados.

§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo necessário, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, bem assim às Comissões competentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e fazendo publicá-las para conhecimento geral.

Relações com os Órgãos de Defesa da Concorrência (artigos 16 a 19).

Os artigos em epígrafe compõem o Capítulo III do Anteprojeto, que trata da interação operacional entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Defesa da Concorrência, quais sejam, CADE – Conselho Admi-



nistrativo de Defesa Econômica, autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça; SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.¹²

A matéria é uma das mais complexas e polêmicas do Direito Público Econômico, há anos objeto de reflexões governamentais e não governamentais ainda inconclusas, não havendo como receber tratamento legislativo exaustivo, ainda mais que pretenda abranger todas as especificidades de cada um dos setores regulados, razão pela qual também a nossa análise não terá a pretensão de resolver todos os problemas que envolvem a matéria, mas apenas a de tentar preservar a incolumidade da regulação setorial.¹³

A maioria dos dispositivos do Anteprojeto apenas incentivam a cooperação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, deixando clara tal possibilidade, que sempre existiu, mas que algumas agências podiam ter receios em implementar na ausência de dispositivo permissivo expresso.

Devemos destacar que (1) a cooperação, por sua própria natureza, deve ser um objetivo, não impositivo, a ser buscado pelas agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência; e (2) a cooperação está adstrita às leis de cada agência e órgão de defesa da concorrência, não podendo o Anteprojeto vir a ser entendido como uma delegação aos mecanismos de cooperação (convênios, etc.) do poder de fixar competências já previamente estabelecidas em lei.

Um ponto bastante delicado é a previsão do § 3º do art. 17, de que as agências reguladoras, antes de editar normas relacionadas com a concorrência, devam solicitar parecer aos órgãos de defesa da concorrência. Em primeiro lugar, dá a entender que todos os órgãos, inclusive o CADE, que tem índole apenas adjudicatória, devem se pronunciar. Em

¹² A idéia de promover a coordenação entre as Agências Reguladoras e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência é positiva, contudo não pode servir como bombo do controle das atividades reguladoras das agências.

¹³ O Anteprojeto não resolve o problema deixando de definir de forma clara e objetiva qual é o modelo implantado. Não definiu quem decide sobre o que, restringindo-se a utilizar expressões vagas e de baixa efetividade, já constantes nas Leis nº 9427/96 (artigo 3º, VII, VIII e IX e parágrafo único) e 9478/97 (artigos 1º, IX e 10), entre outras. A Lei Geral de Telecomunicações 9472/97 (artigos 7º, 19, XIX, e 127, II) foi o diploma que de maneira mais clara e objetiva delimitou o modelo implementado, tendo alcançado os melhores resultados na prática, razão pela qual poderia ter servido como ponto de partida para os aperfeiçoamentos a serem feitos.



segundo lugar, pode ser interpretado como condicionador da atividade normativa das agências reguladoras à prévia emissão dos pareceres, que, como é de conhecimento geral, podem demorar excessivamente para ser emitidos, atrasando as medidas regulatórias a serem tomadas.

Sugestão:

Art. 16. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e de regulação devem atuar em íntima cooperação, privilegiando a troca de experiências, respeitadas as especificidades de cada setor.

Art. 17. No exercício de suas atribuições, e em articulação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, incumbe às Agências Reguladoras zelar pela defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

§ 1º Para o cumprimento do disposto no **caput**, a Agência Reguladora e os órgãos ali referidos elaborarão em conjunto roteiro de análise de atos de concentração e de condutas anti-concorrenciais, observando-se as especificidades de cada setor.

§ 2º Para tornar efetiva a articulação, os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras procurarão estabelecer convênios entre si, definindo as respectivas responsabilidades e obrigações, se for o caso, rotinas, diretrizes e normas de procedimento no tratamento conjunto de atos de concentração ou condutas anti-concorrenciais dos agentes, mantidas as competências previstas em suas respectivas leis.

§ 3º As Agências Reguladoras convidarão, com a maior antecedência possível, os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC para participar das consultas e audiências públicas prévias à adoção de normas ou regulamentos que possam implicar em mudanças nas condições de concorrência dos setores regulados.

Art. 18. As Agências Reguladoras e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça instituirão sistema de notificação recíproca,



ficando obrigadas a comunicarem aquelas a essa e vice-versa, para análise e manifestação, as denúncias de prática anti-concorrencial de qualquer agente de um setor regulado que chegarem ao seu conhecimento.

Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça se a análise preliminar da Agência ou daquela própria Secretaria levantar indícios suficientes de prática anti-concorrencial, sem prejuízo da aplicação pelas agências das sanções previstas na legislação setorial específica.

Art. 19. O CADE notificará às agências do teor da decisão definitiva que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que estas adotem as providências legais de sua alçada.

Relações com os Reguladores Estaduais (artigos 20 e 21).

Os artigos em epígrafe tratam da indispensável descentralização que deve existir das agências reguladoras federais para as estaduais, mais próximas dos desafios concretos da regulação.

O princípio da descentralização constitui emanção do princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado central só deve assumir as atribuições, as tarefas ou as incumbências que outras entidades existentes no seu âmbito e mais próximas das pessoas, dos seus problemas concretos, não possam assumir e exercer melhor e mais eficazmente.¹⁴

Como ressalta REINHOLD ZIPPELIUS, “a regulação de conflitos de interesses socialmente relevantes concretiza-se de maneira particularmente nítida em sociedades pluralistas, pela acção conjunta de todo um complexo de subsistemas”.¹⁵

A. SALANDRA considera que a descentralização é exigência de uma visão evolutiva do princípio da separação dos poderes, da liberdade individual e da democracia pluralista.¹⁶ Em outra obra, o mesmo autor afirma

¹⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III, Coimbra Editora, 4ª ed., 1998.

¹⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, p. 27).

¹⁶ SALANDRA, A. *Corso di Diritto Amministrativo*, C. Manes, Roma, Atheneum, 1915, II, p. 39, *passim*.



que, “obtida a liberdade na ordem da constituição, todas as aspirações, todos os esforços se voltaram para realizá-la na ordem da administração, o que não é possível senão encontrando um modo de decompor, de romper a centralização dos poderes administrativos.”¹⁷

Denotando ser a descentralização uma imposição do Princípio da Eficiência Administrativa (art. 37, *caput*, CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98), DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO afirma: “a Reforma Administrativa implicou um passo racional na descentralização, com a finalidade de atender as diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo as suas características próprias e não em conformidade com um padrão rígido, formal e predeterminado”.

Sem tal flexibilidade¹⁸ não seria possível à Administração, enrijecida em órgãos e funções hierárquica e burocraticamente estruturadas, atuar com eficácia e, muito menos, num mundo em mudança constante, com a eficiência e a economicidade preconizadas, respectivamente, pelo *caput* do art. 37 e do art. 70 da Constituição Federal, que, ao fixar os fundamentos da República Federativa do Brasil, também assegura o “pluralismo do poder na sociedade (art. 1º, V), enriquecido na consciência de sua importância tanto quanto à abertura e multiplicidade dos canais para a sua atuação”.¹⁹

Todas essas assertivas demonstram que andou bem o Anteprojeto ao colocar a descentralização regional das atividades das agências reguladoras federais como um dos objetivos a serem alcançados. Podem, contudo, ser propostos alguns mecanismos que tornem mais efetiva a descentralização preconizada.

Sugestão:

Art. 20. As Agências Reguladoras promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos

¹⁷ SALANDRA, A. *La Giustizia Amministrativa nei Governi Liberi, con Speciale Riguardo al Vigente Diritto Italiano*, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1914, p. 20.

¹⁸ “A idéia descentralizadora tem a sua força e utilidade nas novas exigências, na nova posição assumida pelo Estado como organismo social, na crescente necessidade advinda da complexização das relações, na assunção de novas funções, na necessidade de regular com presteza, igual e equanimemente, todas as manifestações da vida coletiva para cada parte do território. De fato, não seria possível a apenas uma organização centralizada dar conta destas necessidades, insuficiente e incapaz seria se não constituísse e reconhecesse subcentros que concorressem para a satisfação das necessidades públicas” (GIROLA, Carlo. *Teoria del Decentramento Amministrativo*, Fratelli Bocca Editore, Torino, 1929, p. 103)

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 9ª ed., 1s990, p. 99.



Estados e do Distrito Federal, nas respectivas áreas de competência, promovendo, em princípio, a descentralização de suas atividades, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A cooperação de que trata o **caput** será instituída desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento.

§ 2º A execução, pelos Estados e Distrito Federal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela Agência Reguladora, nos termos do respectivo convênio.

§ 3º Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização descentralizadas, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 4º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com a legislação federal aplicável.

§ 5º É vedado à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da Agência Reguladora.

Art. 21. Em caso de descentralização da execução de atividades sob responsabilidade da Agência Reguladora, parte da taxa de fiscalização correspondente, prevista em lei federal, arrecadada na respectiva unidade federativa, será a esta destinada para custeio de seus serviços, na forma do convênio celebrado, devendo ser estabelecidos os mecanismos bancários necessários para que tais valores sejam transferidos pelas instituições financeiras receptoras diretamente para a entidade reguladora estadual.

Parágrafo único. Para efeito do *caput* do presente artigo, a parcela da taxa de fiscalização destinada aos órgãos ou entidades estaduais deverá ser proporcional ao quantitativo das atividades por elas desenvolvi-



das em relação ao conjunto das atividades regulatórias desenvolvidas em relação ao Estado.

Disposições Finais e Transitórias (artigos 22 a 25).

Os artigos 22 e 23 unificam os prazos dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras em quatro anos, mantidos os prazos dos mandatos dos atuais dirigentes, razão pela qual a inovação não oferece maiores controvérsias.

O art. 25 revoga expressamente as previsões das leis específicas de agências reguladoras que estabeleciam mandatos com prazos distintos de quatro anos, ficando, no mais, aplicável a Lei nº 9986/00 em sua atual redação quanto ao regime funcional dos dirigentes das agências reguladoras.

Dada a extrema necessidade em se resolver a questão da ausência de pessoal efetivo das agências reguladoras, essencial para a sua independência e profissionalização, diversas vezes reiterada no Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, o Anteprojeto poderia, ainda que não resolvesse diretamente da questão, pelo menos sinalizar no sentido da sua breve solução mediante a previsão da elaboração de um Projeto de Lei específico para esse objetivo.

Sugestão: Sem alterações

Art. 22. O **caput** do art. 6º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 6º** O mandato dos Conselheiros e dos Diretores das Agências Reguladoras será de quatro anos, admitida uma única recondução.” (NR)

Art. 23. São mantidos os prazos de encerramento dos mandatos **dos atuais diretores e conselheiros de Agências Reguladoras.**

Art. (a ser acrescido). A Casa Civil elaborará, dentro de 60 (sessenta) dias, Anteprojeto de Lei que viabilize a realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos nas agências reguladoras.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se o art. 24 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, o



parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

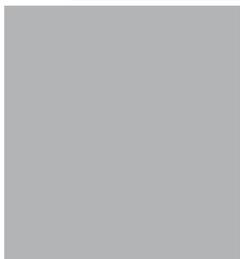
Essas eram as sugestões que, dentro dos lindes e do escopo explicitados no “Intróito” supra, tínhamos a fazer.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2003.

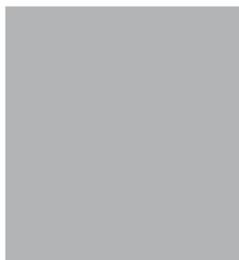
Alexandre Santos de Aragão

Professor da Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ





ANEXO I







NOTA OFICIAL

A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, entidade que congrega 24 agências de regulação federais, estaduais e municipais, encaminhou nesta data suas contribuições referentes a CONSULTA PÚBLICA sobre os anteprojetos do poder executivo que dispõe acerca das agências reguladoras federais.

1. A ABAR entende que o Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial, divulgado pela Casa Civil em 10/10/2003, reconhece de forma incontestável os avanços resultantes do modelo de agências reguladoras, sugerindo a preservação e aperfeiçoamento das diretrizes relacionadas a autonomia financeira, técnica e administrativa.

2. A redação dos anteprojetos submetidos à CONSULTA PÚBLICA, ressalvados os avanços na criação de instrumentos de controle social, garantia dos mandatos e estímulo à descentralização, não encontra amparo no citado relatório revelando inequívoca motivação de cerceamento da atividade regulatória ao estabelecer um modelo de contrato de gestão que atrela as Agências ao Poder Executivo e um conceito de Ouvidoria com nítidas funções de controle.

3. As atividades regulatórias, diferentemente das atividades típicas do Poder Executivo, não podem ser objeto de mensuração prévia. Querer estabelecer, previamente, ações e metas a serem desenvolvidas, significa engessar a atividade regulatória e desnaturar o seu fundamento e o seu sentido.

4. A atividade regulatória não pode ser objeto de controle e fiscalização, por uma das partes sob regulação - o Poder Executivo, enquanto poder concedente - conforme disposto nos projetos que instituem o **contrato de gestão** e a figura do **Ouvidor**. A ABAR entende fundamental o controle de todos os órgãos públicos, inclusive as Agências, o que já é amplamente exercido e pode ser ainda aprimorado, desde que efetuado pelo Poder ao qual incumbe a fiscalização da execução das políticas públicas - o Legislativo.

5. É tarefa do Poder Executivo a definição das políticas públicas a serem implementadas. No que respeita à questão das outorgas de concessão, é motivo de diferentes posições doutrinárias. Cabe, no entanto, destacar que o Executivo também pode vir a atuar com dupla função:



como poder concedente e como agente econômico, especialmente nas áreas de energia e petróleo. O debate, pois, necessita ser aprofundado.

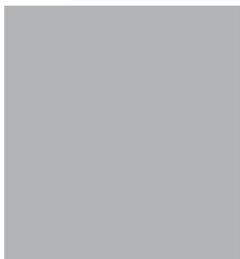
6. A proposta de **Ouvidor**, indicado pelo Executivo, sem requisitos de qualificação, sem vinculação funcional com a estrutura da Agência e com funções de autoridade pública de receber, apurar e **solucionar** as reclamações dos usuários contra a agência e os prestadores de serviços, constitui verdadeira inversão da tradicional função de ouvidoria, eis que alça tal agente à condição de autoridade superior à da própria Direção colegiada da Agência.

7. Tal cenário revela-se absolutamente contraditório, quando o próprio Governo anuncia a busca de recursos externos para a implantação dos projetos de Parceria Público Privada - PPP, o que requer uma estrutura regulatória estável, eficaz e confiável.

8. Finalmente, lamenta a ABAR, não haver sido chamada formalmente pelo Governo Federal para contribuir com a experiência dos reguladores na construção dos projetos. Todavia, espera ainda ter a oportunidade de auxiliar no aprimoramento dos Projetos a serem enviados ao Congresso Nacional.

9. A ABAR reafirma seu empenho para a construção de um sistema regulatório eficaz, transparente e democrático, que garanta ao Brasil os investimentos tão necessários ao seu pleno desenvolvimento.

Maria Augusta Feldman
Presidente da ABAR



ANEXO II







CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA ANTEPROJETO DE LEI

Consulta Pública

O CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA torna público, nos termos do art. 34, inciso II, do Decreto no 4.176, de 28 de março de 2002, anteprojeto de lei que “Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências”, elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho constituído para proceder à análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro, composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República e dos Ministérios da Justiça, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde, do Meio Ambiente, das Comunicações, de Minas e Energia, da Defesa e dos Transportes e da Advocacia-Geral da União. O texto em apreço encontra-se disponível, também, no seguinte endereço da internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta.htm.

A relevância da matéria recomenda a sua ampla divulgação, a fim de que todos possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Eventuais sugestões poderão ser encaminhadas, até o dia 30 de setembro de 2003, à Casa Civil da Presidência da República, Palácio do Planalto, 4º andar, sala 126, CEP 70.150-900, ou pelo e-mail: agenciasreguladoras2@planalto.gov.br.

JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA

PROJETO DE LEI

Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, instaladas até a data da sua publicação, relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social.



Art. 2º Consideram-se Agências Reguladoras, para os efeitos desta Lei, bem como para os fins da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000:

- I - a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;
- II - a Agência Nacional do Petróleo – ANP;
- III - a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL;
- IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;
- V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS;
- VI - a Agência Nacional de Águas – ANA;
- VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;
- VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT;
- IX - a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

CAPÍTULO I

DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Art. 3º As Agências Reguladoras adotarão processo de decisão colegiada, e suas Diretorias Colegiadas ou Conselhos Deliberativos deliberarão por maioria simples de votos, presentes, no mínimo, metade mais um de seus membros, dentre eles o Diretor-Presidente, Diretor-Geral ou Presidente.

§ 1º Dos atos praticados pela Agência Reguladora ou por seus órgãos caberá recurso à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor.

§ 2º É facultado à Diretoria Colegiada da ANVISA e da ANS adotar processo de decisão monocrática, em cada uma das suas diretorias, assegurado à Diretoria Colegiada o direito de reexame das decisões monocráticas, mediante recurso da parte interessada ou de, pelo menos, dois membros da Diretoria.

Art. 4º Antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo.

§ 1º São objetos de consulta pública as minutas de atos normativos, as alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados, devendo tais documentos permanecer à disposição do público em local especificado.

§ 2º Sempre que possível, as audiências públicas serão realizadas



em cada uma das capitais dos Estados, ou, pelo menos, em uma das capitais situadas nas regiões geográficas atingidas pela decisão, dando-se ampla divulgação do evento.

§ 3º A abertura do período de consultas e audiências públicas será precedida de despacho motivado publicado no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação.

§ 4º Cada Agência Reguladora deverá estabelecer em regulamento os critérios essenciais a serem observados nos procedimentos previstos no caput.

§ 5º É assegurado às associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o respectivo processo e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar, observadas as disponibilidades orçamentárias e os limites e requisitos fixados em regulamento, com as despesas decorrentes.

Art. 5º As Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 6º Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados na decisão deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta pública confere o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

CAPÍTULO II

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL

Seção I

Da Obrigação de Apresentar Relatório Anual de Atividades

Art. 7º As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, ao titular da Pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.



Seção II

Do Contrato de Gestão

Art. 8º A administração das Agências Reguladoras será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor-Geral, Diretor-Presidente ou Presidente.

§ 1º O contrato de gestão deverá ser submetido à apreciação do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da Agência Reguladora, quando houver, para fins de aprovação.

§ 2º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério setorial e da Agência Reguladora, a que se refere o art. 9º da Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei.

§ 3º São objetivos do contrato de gestão:

I - compatibilizar as atividades regulatórias com as políticas públicas e os programas governamentais;

II - aperfeiçoar o acompanhamento e o controle da gestão, promovendo maior transparência e controle social;

III - aperfeiçoar as relações de cooperação, supervisão e fiscalização com o Poder Público.

§ 4º O contrato de gestão, seus aditamentos e relatórios de avaliação deverão ser publicados na imprensa oficial, pela Agência Reguladora, no prazo máximo de vinte dias, contados a partir de sua assinatura, condição indispensável para sua eficácia, sem prejuízo de sua ampla e permanente divulgação por meio eletrônico pelas respectivas Agências Reguladoras, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

Art. 9º Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da Agência Reguladora, o contrato de gestão deve especificar, minimamente:

I - as metas de desempenho a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance;

II - a estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de de-



sempolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas;

III - as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas;

IV - sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos;

V - as penalidades aplicáveis aos signatários, em caso de descumprimento injustificado de metas e obrigações pactuadas, bem como de eventuais faltas cometidas.

Art. 10. O contrato de gestão terá vigência contínua, renovando-se, minimamente, a cada ano, será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

Art. 11. Para a avaliação do contrato de gestão, os Ministros signatários contarão com o apoio de Comissão de Acompanhamento e Avaliação, instituída em ato próprio e integrada, obrigatoriamente, pelos seguintes membros:

I - representantes do Ministério supervisor;

II - representante da Casa Civil da Presidência da República;

III - representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Parágrafo único. A Comissão de Acompanhamento e Avaliação deverá reunir-se, no mínimo, duas vezes ao ano.

Art. 12. À Comissão de Acompanhamento e Avaliação compete:

I - acompanhar e avaliar os resultados alcançados, considerando as metas e indicadores de desempenho previstos no contrato de gestão;

II - recomendar, com a devida justificativa, alterações no contrato de gestão, principalmente quando se tratar de necessidade de revisão de metas e obrigações;

III - apoiar a negociação de metas e demais condições e obrigações objeto de repactuação.

Parágrafo único. Relatórios específicos de acompanhamento e avaliação terão como objeto as avaliações de desempenho realizadas pela Comissão de Acompanhamento e Avaliação e contemplarão, sem prejuízo de outras informações, os fatores e circunstâncias que tenham dado causa ao descumprimento pelo contratado das metas estabelecidas, bem como as medidas corretivas que este último tenha adotado para o equacionamento das falhas detectadas.



Art. 13. A Comissão de Acompanhamento e Avaliação poderá contar com o suporte técnico de especialistas externos nas áreas de conhecimento das ações previstas no contrato, na condição de convidados, podendo contar, também, com o auxílio de especialistas em auditorias de desempenho.

Seção III

Da Ouvidoria

Art. 14. Haverá, em todas as Agências Reguladoras, um Ouvidor, que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor da respectiva Agência Reguladora sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções.

Art. 15. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários, seja contra a atuação da Agência Reguladora, seja contra a atuação dos entes regulados.

§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que precisar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, bem assim às Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e fazendo publicá-los para conhecimento geral.

CAPÍTULO III

DA INTERAÇÃO OPERACIONAL ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Art. 16. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e de regulação devem atuar em íntima cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 17. No exercício de suas atribuições, e em articulação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com o Conselho Administrativo de



Defesa Econômica - CADE e com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, incumbe às Agências Reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

§ 1º Para o cumprimento do disposto no caput, cada Agência Reguladora elaborará em conjunto com os órgãos ali referidos roteiro de análise de atos de concentração e de condutas anti-concorrenciais, observando-se as especificidades de cada setor.

§ 2º Para tornar efetiva a articulação, os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras estabelecerão convênios entre si, definindo as respectivas responsabilidades e obrigações, se for o caso, rotinas, diretrizes e normas de procedimento no tratamento conjunto de atos de concentração ou condutas anti-concorrenciais dos agentes.

§ 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, previamente à adoção de normas ou regulamentos que possam implicar em mudanças nas condições de concorrência dos setores regulados.

Art. 18. As Agências Reguladoras e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça instituirão sistema de notificação recíproca, ficando obrigadas a comunicarem aquelas a essa e vice-versa, para análise e manifestação, as denúncias de prática anti-concorrencial de qualquer agente de um setor regulado que cheguem ao seu conhecimento.

Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça se a análise preliminar da Agência ou daquela própria Secretaria levantar indícios suficientes de prática anti-concorrencial.

Art. 19. O CADE notificará às agências do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que estas adotem as providências legais de sua alçada.

CAPÍTULO IV

DA INTERAÇÃO OPERACIONAL ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO ESTADUAIS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 20. As Agências Reguladoras promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados e do Distrito Federal, nas respectivas áreas de competência, promovendo, sempre que possível, a descentralização de suas atividades, mediante convênio de cooperação.



§ 1º A cooperação de que trata o caput será instituída desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento.

§ 2º A execução, pelos Estados e Distrito Federal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela Agência Reguladora, nos termos do respectivo convênio.

§ 3º Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização descentralizadas, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 4º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela Agência Reguladora.

§ 5º É vedado à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da Agência Reguladora.

Art. 21. Em caso de descentralização da execução de atividades sob responsabilidade da Agência Reguladora, parte da taxa de fiscalização correspondente, prevista em lei federal, arrecadada na respectiva unidade federativa, será a esta transferida para custeio de seus serviços, na forma do convênio celebrado.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 22. O caput do art. 6º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores das Agências Reguladoras será de quatro anos, admitida uma única recondução.” (NR)

Art. 23. São mantidos os prazos de encerramento dos mandatos dos atuais diretores e conselheiros de Agências Reguladoras.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se o art. 24 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, o parágrafo único do art. 10 da Lei no 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e o parágrafo único do art. 6º da Lei no 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Brasília,



CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

ANTEPROJETO DE LEI

Consulta Pública

O CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA torna público, nos termos do art. 34, inciso II, do Decreto no 4.176, de 28 de março de 2002, anteprojeto de lei que “Acresce e altera dispositivos das Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.472, de 16 de julho de 1997, no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências”, elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho constituído para proceder à análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro, composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República e dos Ministérios da Justiça, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde, do Meio Ambiente, das Comunicações, de Minas e Energia, da Defesa e dos Transportes e da Advocacia-Geral da União. O texto em apreço encontra-se disponível, também, no seguinte endereço da internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta.htm.

A relevância da matéria recomenda a sua ampla divulgação, a fim de que todos possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Eventuais sugestões poderão ser encaminhadas, até o dia 30 de setembro de 2003, à Casa Civil da Presidência da República, Palácio do Planalto, 4º andar, sala 126, CEP 70.150-900, ou pelo e-mail: agenciasreguladoras1@planalto.gov.br.

JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA

PROJETO DE LEI

Acresce e altera dispositivos das Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.472, de 16 de julho de 1997, no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 3º da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29, incisos I a VII e X a XII, e 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de



energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

.....

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

.....” (NR)

Art. 2º A Lei no 9.427, de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Além das incumbências prescritas nos incisos VIII e IX do art. 29 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Ministério de Minas e Energia:

I - promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica e de concessão de uso de bem público.

Parágrafo único. Os atos previstos nos incisos I e II deste artigo:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;

II - poderão ser delegados à ANEEL, a critério do Ministro de Estado de Minas e Energia.” (NR)

Art. 3º Os arts. 18 e 19 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, passam a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o atual parágrafo único do art. 18 para § 1º:

“Art. 18.

.....

V - editar atos de outorga de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - celebrar contratos de concessão para a prestação do serviço no regime público;

VII - editar atos de outorga do direito de uso de radiofrequência e de órbita;

VIII - expedir autorização para prestação de serviço no regime privado.

.....



§ 2º Os atos previstos nos incisos V a VIII deste artigo:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL;

II - poderão ser delegados à ANATEL, a critério do Ministro de Estado das Comunicações.” (NR)

“Art. 19.

.....

V - editar atos de extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

IX - editar atos de extinção do direito de uso de radiofreqüência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

XI - extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

.....” (NR)

Art. 4º Os art. 2º e 8º da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

.....

§ 1º Para o exercício de suas atribuições, o CNPE e o Ministério de Minas e Energia contarão com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.

.....” (NR)

“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

IV - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção e as autorizações;

.....” (NR)

Art. 5º A Lei no 9.478, de 1997, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A:

“Art. 2º - A. Cabe ao Ministério de Minas e Energia elaborar os editais, promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, e celebrar os contratos deles decorrentes.

Parágrafo único. Os atos previstos no caput:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal da Diretoria da Agên-



cia Nacional do Petróleo – ANP;

II - poderão ser delegados à ANP, a critério do Ministro de Estado de Minas e Energia.”(NR)

Art. 6° Os arts. 24 e 27 da Lei no 10.233, de 5 de julho de 2001, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 24.

.....

V - editar atos de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre e gerir os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

.....” (NR)

“Art. 27.

.....

V - celebrar atos de outorga de autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos arts. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

.....” (NR)

Art. 7° A Lei no 10.233, de 2001, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 15-A, 16-A e 17-A:

“Art. 15-A. O Ministro de Estado dos Transportes orientará o cumprimento das diretrizes de descentralização e deliberará sobre os segmentos da infra-estrutura e das estruturas operacionais do Sistema Federal de Viação, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes, a serem administrados:

I - diretamente por entidades públicas federais;

II - por delegação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

III - mediante outorga de autorização, concessão ou permissão.” (NR)

“Art. 16-A. O Ministro de Estado dos Transportes estabelecerá diretrizes nos termos e nos limites da legislação vigente, sobre a política tarifária a ser exercida nas outorgas de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação sob a jurisdição do Ministério dos Transportes.

Parágrafo único. As diretrizes a que se refere o caput conterão, necessariamente, definições sobre:

I - critérios uniformes para a cobrança de pedágio ao longo das rodovias federais;



II - critérios para reajustamento e revisão de tarifas de prestação de serviços de transporte.” (NR)

Art. 17-A. Cabe ao Ministro de Estado dos Transportes editar atos de outorga de concessão e permissão e celebrar os contratos respectivos.

Parágrafo único. Os atos previstos no caput:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT ou da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;

II - poderão ser delegados à ANTT ou ANTAQ, conforme o caso, a critério do Ministro de Estado dos Transportes.” (NR)

Art. 8° No prazo de até noventa dias da publicação desta Lei, o Poder Executivo providenciará a republicação atualizada das Leis nos 9.427, de 1996, no 9.472, de 1997, no 9.478, de 1997, e no 10.233, de 2001, com todas as alterações nelas introduzidas.

Art. 9° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. Fica revogado o inciso II do art. 3° da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Brasília,





Agências Associadas à ABAR

- AAGISA** - Agência de Águas, Irrigação e Saneamento do Estado da Paraíba
- AGEAC** - Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado do Acre
- AGEEL** - Agência Estadual de Energia Elétrica da Paraíba
- AGEPAN** - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul
- AGER** - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Mato Grosso
- AGERBA** - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia
- AGERGS** - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
- AGERSA** - Agência Municipal de Regulação de Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim



- AGR** - Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos
- ANEEL** - Agência Nacional de Energia Elétrica
- ANP** - Agência Nacional do Petróleo
- ANTAQ** - Agência Nacional de Transportes Aquaviários
- ANTT** - Agência Nacional de Transportes Terrestres
- ARCE** - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará
- ARCG** - Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande
- ARCON** - Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos
- ARPE** - Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco
- ARSAL** - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas
- ARSAM** - Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas
- ARTESP** - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo
- ASEP** - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro
- ARSEP** - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte
- CSPE** - Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo