

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS
CENTRO DE FORMAÇÃO ACADÊMICA E PESQUISA
CURSO DE MESTRADO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**REGENDO A ATIVIDADE REGULATÓRIA: A NOVA LEGISLAÇÃO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NO BRASIL**

Por
Adriana Nickel Lourenço

Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da
Fundação Getulio Vargas para a obtenção do grau de Mestre em Administração Pública

Professora: *Prof.a.* Deborah Zouain, *Dra.*

Rio de Janeiro, Novembro de 2010

*Esta dissertação é dedicada a
minha amada vovó Adele. A quem
amarei por toda a vida.*

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus e aos meus pais que sempre me incentivaram a continuar estudando, e me apresentaram à paixão do saber. Sem eles nada disso seria possível.

À Jesus, por todas as vezes que acalmou o meu coração e me concedeu perseverança.

À Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis por ter autorizado a minha participação no mestrado acadêmico.

À minha orientadora e eterna professora, Doutora Deborah Zouain: meus agradecimentos e admiração.

A todos os professores e aos integrantes do corpo docente e discente da FGV que contribuíram para o desenvolvimento do meu conhecimento.

Ao meu amor: obrigada pelo companheirismo e compreensão.

RESUMO

Os processos e as instituições regulatórias são assuntos prioritários da agenda governamental, por tratarem-se de assunto dinâmico que envolve uma mudança na cultura administrativa do país.

Um dos grandes desafios das agências reguladoras brasileiras tem sido desempenhar suas funções de forma autônoma e imparcial com o objetivo de promover confiança e transparência ao mercado e à sociedade.

Este estudo buscou realizar uma análise do conteúdo e das repercussões das mudanças ora em curso no Brasil, em especial daquelas contidas na proposta enviada pelo governo federal brasileiro ao Congresso Nacional dispendo sobre a nova Lei Geral das Agências reguladoras (Projeto de Lei 3337/2004), com o fito de promover mudanças no modelo de organização institucional e funcionamento desses entes regulatórios.

Com esse fim, de início, foram descritos os fundamentos teóricos da regulação, com a apresentação do processo de criação das agências reguladoras federais brasileiras e suas características determinantes.

Após a fundamentação, foram detalhados os pontos principais do Projeto de Lei 3337/2004, e seu substitutivo, elaborado pelo Deputado Leonardo Picciani.

O próximo capítulo, Governança Regulatória, apresentou as políticas de reforma regulatória, seus desafios no Brasil, e delineou o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG).

O estudo deu prosseguimento à análise por meio da apresentação das boas práticas à qualidade regulatória, enfatizando a importância da participação social no processo regulatório, e também da abordagem da experiência internacional.

Item complementar para a compreensão e visão geral do estudo, a supervisão regulatória foi também conceituada e justificada, seguida pela abordagem da criação da Unidade de Supervisão Central e da experiência internacional.

Por último, em análise final do tema, apoiada por grande pesquisa bibliográfica e documental, e por entrevistas concedidas pelos ocupantes dos dois maiores cargos da Superintendência de

Abastecimento da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, procurou-se mostrar a imprescindibilidade do desenvolvimento e implementação de uma estratégia de qualidade regulatória que permita uma abordagem consistente.

ABSTRACT

The trials and regulatory institutions are part of the government agenda, since it is a dynamic subject that involves change in the administrative culture of the country.

One of the major challenges of Brazilian regulatory agencies has been to carry out their duties independently and impartially with the aim of promoting confidence and transparency to the market and society.

This study tried to do an analysis of the contents and implications of the changes ongoing in Brazil, especially those occurred in the proposal sent by the Brazilian Federal Government to the national congress providing for the new General Law of Regulatory Agencies (Bill 3337/2004) with the aim of promoting changes in the model of institutional organization and functioning of the Brazilian Federal Regulators and its defining characteristics.

In chapter 03 the Bill 3337/2004, and its substitutes, prepared by Mr Leonardo Picciani, were detailed in its main points.

The next chapter, Regulatory Governance, presented the policies of regulatory reform, their challenges in Brazil, and outlined the Programme for Strengthening Institutional Capacity for Regulatory Management (PRO-REG)

Chapter 05 presented the best practices for regulatory quality, emphasizing the importance of social participation in the regulatory process. International experience for quality was also exposed.

In chapter 06, the regulatory oversight was conceived and justified.

Through analysis of the topic, with great literature and documentary research, and interviews designed by the occupants of the two highest positions of the Superintendent of Supply of the National Petroleum, Natural Gas and Biofuels, sought to demonstrate the indispensability of the development and implementation of a regulatory quality strategy that enables a consistent approach.

SUMÁRIO

1	METODOLOGIA.....	10
1.1	INTRODUÇÃO.....	11
1.2	OBJETIVO FINAL E OBJETIVOS INTERMEDIÁRIOS.....	15
1.3	SUPOSIÇÃO.....	16
1.4	DELIMITAÇÃO DO ESTUDO.....	16
1.5	RELEVÂNCIA DO ESTUDO.....	17
1.6	TIPO DE PESQUISA.....	18
1.7	UNIVERSO, AMOSTRA E SELEÇÃO DOS SUJEITOS.....	19
1.8	COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS.....	20
1.9	LIMITAÇÕES DO MÉTODO.....	20
2	ESTADO E REGULAÇÃO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	22
2.1	AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS.....	23
2.1.1	Gênese das Agências reguladoras no Brasil.....	23
2.1.2	O Processo de Criação.....	23
2.1.3	Linha do Tempo da Criação das Agencias Reguladoras Federais.....	25
2.1.4	Breve Comparação entre o Modelo de Criação das Agencias Reguladoras Brasileiras e Norte Americanas.....	26
2.2	A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO NO BRASIL: AS CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	27
2.2.1	Estrutura Legal.....	27
2.2.2	Legalidade e Constitucionalidade.....	29
2.2.3	A imprescindibilidade da Formação de um Quadro Técnico.....	30
2.2.4	A questão dos Conselhos.....	30
2.2.5	O equilíbrio entre Independência e Prestação de Contas.....	31
2.2.6	Autonomia versus Controle: Implementação do Modelo.....	33
2.3	OS OBSTÁCULOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL.....	35
2.4	A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 81/2003.....	37
3	O PROJETO DE LEI Nº 3337, DE 2004 – UMA NOVA LEI GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO.....	39

3.1	O TRÂMITE DA CRIAÇÃO DO PROJETO DE LEI 3337	39
3.2	A FORMAÇÃO DO GRUPO INTERMINISTERIAL DE TRABALHO	40
3.3	O CONTEÚDO DA NOVA LEI	42
3.3.1	A Competência Quanto a Formulação das Políticas Públicas	43
3.3.2	Delegação dos contratos de concessão	44
3.3.3	O Papel das Ouvidorias	45
3.3.4	A Coordenação entre as Agências reguladoras e os Órgãos de Defesa da Concorrência	45
3.3.5	A composição da Diretoria Colegiada	46
3.4	O CONTROLE SOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE E EFICIÊNCIA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA.....	47
3.5	A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO.....	50
3.6	COMENTÁRIOS E SUGESTÕES À LEI GERAL.....	52
3.6.1	A Polêmica sobre os Contratos de Gestão e sua interferência na Autonomia das Agências reguladoras.....	52
3.6.2	A Transferência do Poder Concedente para os Ministérios	56
3.6.3	A Diretoria Colegiada.....	56
3.6.4	Quanto ao Processo Decisório	57
3.6.5	O Incremento da Transparência e Participação Popular	58
3.7	SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI.....	59
3.7.1	O Substitutivo ao Projeto de Lei 3337/2004 do Deputado Leonardo Picciani	61
4	GOVERNANÇA REGULATÓRIA	67
4.1	REFORMA REGULATÓRIA	68
4.2	POLÍTICAS DE REFORMA REGULATÓRIA	68
4.3	A COORDENAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL PARA A PROMOÇÃO DA GOVERNANÇA REGULATÓRIA: O PROGRAMA DE FORTALECIMENTO DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL PARA GESTÃO EM REGULAÇÃO - PRO-REG	70
4.4	DESAFIOS DA REFORMA REGULATÓRIA NO BRASIL	72
5	QUALIDADE REGULATÓRIA	74
5.1	MELHORIA DA CAPACIDADE REGULATÓRIA.....	74
5.2	BOAS PRÁTICAS.....	75
5.2.1	A Análise de Impacto Regulatório como Ferramenta de Gestão.....	75

5.2.2	A Instituição da Agenda Regulatória.....	75
5.3	PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO REGULATÓRIO	76
5.3.1	Produzindo Novas Regulamentações.....	76
5.3.2	A Transparência de Procedimentos para a Elaboração de Regulações.....	77
5.4	O PODER JUDICIÁRIO E A QUALIDADE REGULATÓRIA	79
5.5	EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL PARA A QUALIDADE	80
5.5.1	Troca Internacional: OCDE.....	80
6	A SUPERVISÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA.....	82
6.1	POR QUE SUPERVISIONAR	82
6.2	CONTROLE VERSUS ACCOUNTABILITY DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	82
6.3	A CRIAÇÃO DE UMA UNIDADE DE SUPERVISÃO CENTRAL.....	85
6.4	A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA OCDE PARA A SUPERVISÃO REGULATÓRIA	87
7	CONCLUSÃO.....	88
	REFERÊNCIAS	91

1 METODOLOGIA

“- O aperfeiçoamento das agências reguladoras brasileiras é tarefa que jamais se dará por concluída, pois sua evolução deve acompanhar o desenvolvimento econômico, político e social do país” (Dirceu Amorelli – Superintendente de Abastecimento - ANP).

O presente capítulo informa o problema motivador da pesquisa, os objetivos da investigação, a delimitação do estudo, bem como sua relevância.

A economia brasileira passou por profundas mudanças na década de 90 por meio de um intenso movimento em direção à privatização e à desregulamentação. A crise fiscal do setor público limitava a expansão econômica liderada pelo Estado. O governo enfrentava sérios limites sobre sua capacidade de investimento, levando à busca de capital privado para os setores de infraestrutura, o que, por sua vez, exigia uma nova estrutura regulatória.

Contudo, não existia preocupação governamental para a criação de um consenso ou comunicação acerca da nova ordem econômica que se iniciava. A participação da sociedade permanecia em níveis ínfimos. As novas agências reguladoras foram instituídas em meio à desconfiança, pois eram vistas como uma ameaça ao poder tradicional dos ministérios.

Nesse cenário, um dos grandes desafios das agências reguladoras tem sido desempenhar suas funções como entes dotados de autonomia, no entanto, inseridos num ambiente político e partidário, para prover confiança e transparência ao mercado, e principalmente, aos investidores.

“A reestruturação econômica iniciada na década de 90 no Brasil promoveu uma transformação em ritmo fugaz ainda não absorvida em sua totalidade nem pelo próprio Estado nem pela sociedade. Não houve tempo suficiente para a formação de uma consciência regulatória que permita, sem reservas, a aceitação do modelo institucional das agências reguladoras” (SANTOS, 2009, p. 19).

No entanto, as agências reguladoras se constituem hoje em uma realidade fática e jurídica.

1.1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 marcou a mudança da inserção do setor público no espaço econômico brasileiro, ao definir a livre-iniciativa e a livre-concorrência como fundamentos da ordem econômica, com grandes implicações geradas pelo afastamento do Estado da gestão direta da atividade produtiva, principalmente a partir das emendas constitucionais de 1995, que abriram os mercados dos serviços públicos à iniciativa estrangeira.

No entanto, a adequação do Estado não se deu de forma satisfatória.

O processo de liberalização de mercados e de privatização de empresas estatais requer a contrapartida de um aparato estatal capaz de planejar a longo prazo, coordenar decisões privadas e zelar para que sejam cumpridas as regras que garantam o bom funcionamento dos mercados. Políticas regulatórias pró-competitivas e de defesa da concorrência são ferramentas indispensáveis na construção de mercados saudáveis (SALGADO, 2003, p. 03).

Cada área específica discutia a privatização e a regulação separadamente. Não existiu uma concepção explícita da natureza e da operacionalização do Estado regulador, tornando o processo fragmentado, conduzido pelas concepções dos ministérios e pela burocracia de cada setor (ABRANCHES, 1999).

Assim, setores antes de exclusiva atuação do ente público começaram a contar com maior participação do setor privado. Com o estabelecimento dessas novas relações entre o setor público e privado, verificou-se a necessidade de estabelecer regulações e regulamentações, a fim de eliminar o risco de conversão dos monopólios estatais em monopólios privados, incentivando a livre concorrência e protegendo os beneficiários desses serviços.

Fazia-se indispensável estruturar um aparelho institucional capaz de assegurar o que prevê o art. 174 da Constituição Federal, segundo o qual “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”, além do próprio poder regulamentar.

Cumprido ressaltar, no entanto, que a regulação não produz benefícios ao interesse público *per se*. Depende da forma como é dirigida. Quando excessiva, impede a inovação e cria barreiras desnecessárias à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica.

Segundo Neto (2003), a intervenção regulatória deve ser pautada não pela imposição de objetivos e comportamentos ditados pelo Estado, mas pela mediação, arbitrando interesses, o que envolve maior transparência e participação social.

Em 1995, o governo federal propôs um amplo programa de reformas, elaborado pelo então ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, que dentre outros aspectos, visava à descentralização da prestação de serviços públicos e ao fortalecimento do núcleo estratégico do Estado - responsável pela formulação das políticas públicas e pelas novas funções de regulação.

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. (...) Busca-se o fortalecimento das funções de regulação e coordenação do Estado, particularmente ao nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e infra-estrutura. (BRASIL, 1995)

Apesar da referência à função de regulação, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado não apresentava proposta específica para a criação das agências reguladoras. O foco era, sobretudo, a superação da rigidez burocrática.

Em linhas gerais, a orientação básica do governo foi definir marcos regulatórios inaugurados pela Lei de Concessões e seguidos por leis setoriais específicas.

Pedro César Lima de Farias (2002) afirma que a princípio, na reforma do aparelho do Estado executada pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, as “agências reguladoras” não foram merecedoras de maior elaboração, no entanto, ao longo do ano de 1995, com o desdobramento das privatizações das concessionárias de energia e telecomunicações, tornou-se mais evidente a relação entre a “reforma do Aparelho do Estado” e a “reforma regulatória”.

Ainda que devesse ser ao contrário, antes de se transferir para a iniciativa privada a exploração das atividades econômicas de setores considerados sensíveis, deveriam ser instituídos os órgãos reguladores, assim não ocorreu. Isso porque, primeiro desestatizou, privatizou e quebraram-se monopólios, e só depois é que as agências foram criadas. Assim, a necessidade de regular é preexistente às agências reguladoras (SANTOS, 2009, p. 16).

As agências reguladoras federais criadas a partir de 1996 e inspiradas pela experiência internacional não significaram o resultado de uma discussão do modelo de regulação em si. O governo identificou como prioridade a promulgação de leis, para só então começar a discutir os conceitos básicos do modelo a ser adotado.

Para Pires & Piccinini (1999), a constituição de agências reguladoras independentes adquiriu um grau de essencialidade, sobretudo pelo aumento da complexidade setorial com a elevação do número de agentes e a necessidade crescente de arbitragem de conflitos.

À luz dessas observações, constata-se que no contexto das reestruturações setoriais no Brasil, a regulamentação é com frequência inacabada e o modelo de organização industrial não foi automaticamente substituído por outro o que acaba por demandar dos órgãos reguladores uma elevada capacidade de suplantar lacunas regulamentares e institucionais.

A diversidade e heterogeneidade do marco legal das agências reguladoras, a precariedade de seus instrumentos, as possibilidades de captura e o baixo nível de qualidade da regulação são fatores que determinam a necessidade da reformulação do papel e da organização institucional das Agências.

Os desafios da regulação econômica no Brasil ainda vão exigir grande esforço institucional, técnico e jurídico. A compreensão dos princípios da regulação econômica é uma das bases para que esses objetivos possam ser atingidos.

É imprescindível, no entanto, que o processo de melhoria regulatória seja contínuo, com elevado grau de adaptação, visto que a maioria dos setores objeto de regulação é palco de um intenso dinamismo tecnológico, com contínuas reorganizações de mercado.

Quando as decisões em assuntos regulatórios são tomadas com base na transparência a melhoria da capacidade institucional mostra-se capaz de sustentar um crescimento econômico de longo prazo.

Mesmo após 14 anos da criação da primeira agência reguladora, as críticas ao modelo são em grande parte ainda motivadas principalmente pela resistência em aceitar o fim da fase de centralização do poder estatal.

Por outro lado, considerar qualquer movimentação pouco maior do Estado numa intervenção sempre nociva e contrária à boa regulação é não apenas uma avaliação ideologicamente exagerada, como também se configura numa valorização extremada do mercado, cujas falhas não são menos reconhecidas.

O país ainda não conta com um programa articulado de melhoria regulatória (*better regulation*). No entanto, já existe um consenso sobre a crescente importância e necessidade de se aprimorar o sistema regulatório brasileiro.

A inclusão no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Projeto de Lei nº 3337/2004 que dispõe sobre a gestão, organização e controle social das agências reguladoras, assim como a instituição, pelo Decreto nº 6.062 de 2007, do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, comprovam as medidas do governo brasileiro na promoção de incentivos à qualidade da regulação.

Contudo, as propostas do Projeto de Lei 3337/2204 receberam muitas críticas. Acreditava-se que, na verdade, era intenção do governo, acima de tudo, a criação de mecanismos de tutela sobre as agências reguladoras.

Assim, os últimos anos marcaram uma crise de governança nas agências reguladoras. Em primeiro lugar, indicações pouco transparentes para os cargos de diretoria, com a conseqüente disputa político-partidária da sua aprovação no Senado, assim como a indefinição quanto ao trâmite do projeto de lei no Congresso dificultam o efetivo funcionamento das agências reguladoras e alimentam as discussões acerca do tema.

1.2 OBJETIVO FINAL E OBJETIVOS INTERMEDIÁRIOS

O objetivo final deste estudo consiste em:

Realizar uma análise do conteúdo e das repercussões das mudanças ora em curso no Brasil, em especial daquelas contidas na proposta enviada pelo governo federal brasileiro ao Congresso Nacional dispendo sobre a nova Lei Geral das Agências Reguladoras (Projeto de Lei 3337/2004), com o fito de promover mudanças no modelo de organização institucional e funcionamento das agências reguladoras do Governo Federal brasileiro.

Para a concretização da pesquisa, este estudo traçou os seguintes objetivos intermediários:

1. Analisar a adequação do grau de autonomia das agências em relação aos ministérios;
2. Identificar a esfera de competência das agências reguladoras federais;
3. Explicar a necessidade de fortalecimento dos ministérios e a responsabilidade destes órgãos com respeito ao planejamento e formulação de políticas públicas;
4. Analisar a eficácia das agências na defesa dos interesses dos consumidores e no cumprimento de suas competências legais;
5. Identificar a adequação dos meios para que as agências possam cumprir seu papel, inclusive com prerrogativas compatíveis ao exercício de seu papel de fiscalização e regulação;
6. Analisar os mecanismos de prestação de contas por parte das agências ao Congresso Nacional;
7. Identificar a interferência dos contratos de gestão na autonomia das agências reguladoras;
8. Conceituar Supervisão Regulatória;
9. Levantar as características determinantes das agências reguladoras federais;
10. Avaliar o conceito de Governança Regulatória e sua abordagem nos processos de Reforma Regulatória;
11. Levantar os princípios de melhoria da qualidade regulatória.

1.3 SUPOSIÇÃO

A criação das agências reguladoras, ocorrida em meio ao processo de privatização e de redefinição da atuação do Estado brasileiro, vem sendo objeto de intensa discussão, principalmente quanto ao fato de que essas agências não partiram de um movimento coordenado no sentido de se caminhar na direção de um Estado Regulador, o que reflete a falta de consenso que persiste dentro do aparelho estatal.

Embora tenham sido instituídas para regular importantes setores econômicos e de serviços públicos, as agências ainda apresentam certas dificuldades em adotar as soluções que se fazem necessárias frente aos problemas surgidos.

Supõe-se que existam fatores que incrementam a morosidade na capacidade de reação das mesmas. Dessa forma, presume-se que o grau de autonomia concedido às agências, assim como a definição clara das suas competências e responsabilidades interferem substancialmente no seu posicionamento e atuação, tendo importantes conseqüências sobre o fortalecimento institucional e o incremento da credibilidade do sistema regulatório.

1.4 DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

Torna-se difícil para uma pesquisa englobar a totalidade de aspectos e elementos abrangentes da análise de determinado tema.

O estudo pretende realizar uma análise do conteúdo e das repercussões das mudanças na execução regulatória ora em curso no Brasil, em especial daquelas contidas na proposta enviada pelo governo federal brasileiro ao Congresso Nacional disposta sobre a nova Lei Geral das agências, com o fito de promover mudanças no modelo de organização institucional e funcionamento das agências reguladoras do Governo Federal, e assim refletir sobre a necessidade de se aprimorarem os mecanismos de prestação de contas e controle social das

agências, para que a regulação se dê em consonância ao desenvolvimento da atividade econômica e do bem estar social.

Não foi objetivo desta pesquisa a conceituação econômica das justificativas e objeto das teorias de regulação, da mesma forma, que também não condicionou sua análise a aspectos somente do âmbito de atuação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Também não teve a intenção de adentrar na discussão política partidária sobre o Projeto de Lei 3337/2004, desenvolvendo sua análise em critérios unicamente técnicos e conceituais.

A ferramenta de Análise de Impacto Regulatório, apesar de citada, não é o cerne de desenvolvimento deste estudo.

1.5 RELEVÂNCIA DO ESTUDO

A regulação não pode estar dissociada do acompanhamento evolutivo e de organização da indústria sobre a qual atua, visto que ao passo que desenvolve as novas regras do setor e fiscaliza seu cumprimento, dentre outros aspectos, exerce grande influência sobre as estratégias de funcionamento das empresas.

O modelo regulatório brasileiro ainda se encontra em fase de consolidação. Questionamentos sobre a legitimidade das agências reguladoras são freqüentes.

Nessa perspectiva, tem-se por objetivo a produção de uma regulação mais inteligente que conduza a resultados econômicos e sociais superiores, resultando dentre outros pontos:

- na redução dos custos de produção e funcionamento;
- no estímulo aos investimentos, a partir da redução das barreiras institucionais e burocráticas à entrada de novas empresas;
- no aumento do fluxo de receitas fiscais dada a entrada de novas empresas no mercado.

- na melhoria do desempenho, custo/efetividade e qualidade da regulação e das formalidades burocráticas associadas.

É de se esperar que as mudanças na estrutura de organização do mercado não agradaram aos segmentos que viram perder suas confortáveis posições monopolistas. Este fato engrandece ainda mais a necessidade das agência reguladoras em desenvolver uma forte capacitação técnica, econômica e financeira que permita proceder a uma análise permanente das estratégias empresariais e da evolução de organização da atividade.

A promoção da qualidade regulatória e o desenvolvimento da governança encontram-se em sintonia ao Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, com vistas a melhorar a qualidade da regulação dos órgãos e entidades federais.

Apesar da existência de estudos sobre a relevância das agências reguladoras federais brasileiras, esse tema ainda é muito recente, o que torna esse estudo relevante. As mudanças introduzidas pelo Projeto de Lei 3337/2004 estão longe de representar um consenso dentro das agências. A sua lenta tramitação no Congresso Nacional e o não detalhamento de certos pontos do seu texto contribuem para o aumento da incerteza e insegurança não só para as agências, como para as empresas reguladas por esses entes.

O presente estudo reveste-se de ainda maior relevância sobretudo ao admitir a grande influência que as agências reguladoras exercem sobre o desempenho da economia brasileira, atuando como importante catalisador da entrada de capitais estrangeiros e geração de emprego e renda.

1.6 TIPO DE PESQUISA

Durante o desenvolvimento deste trabalho, será utilizado o critério de classificação de pesquisa proposto por Vergara (1990):

- a. quanto aos fins; e
- b. quanto aos meios.

Quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa descritiva e explicativa, pois visa identificar qual a contribuição das mudanças propostas pelo governo federal no Projeto de Lei nº 3337/2004 e sua importância para que o exercício da função regulatória se dê com menor vulnerabilidade e com vistas ao atendimento do postulado democrático da legitimidade do exercício do poder e da governança regulatória.

Quanto aos meios, trata-se de pesquisa, ao mesmo tempo:

- Bibliográfica: visto que, para a fundamentação do trabalho, será realizada a investigação sobre regulação em material acessível ao público em geral, como livros, artigos, teses e dissertações.
- Documental: porque a pesquisa teve acesso a instruções normativas, regulamentos e outros documentos internos de agências reguladoras federais sobre o assunto estudado, não disponíveis para consulta pública.
- Campo: já que coletou dados primários com servidores públicos da ANP.

1.7 UNIVERSO, AMOSTRA E SELEÇÃO DOS SUJEITOS

Apesar do tema a ser estudado possuir uma grande quantidade de assuntos e aspectos a serem analisados, neste estudo será apenas elaborada uma análise da contribuição das mudanças propostas pelo governo federal no Projeto de Lei 3337/2004 e sua influência no exercício da função regulatória.

Desse modo, o universo desta pesquisa compreendeu o arsenal de regulamentação das agências reguladoras federais e consulta ao corpo administrativo da ANP.

A amostra da pesquisa foi selecionada pelo critério de acessibilidade, compreendendo servidores que ocupam posição de chefia da ANP.

Alguns funcionários não quiseram participar do estudo por falta de interesse ou em função da polêmica existente a respeito do tema.

1.8 COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS

A coleta dos dados e a metodologia devem estar relacionadas com o objetivo principal da pesquisa.

Dessa forma, os dados foram coletados por meio de:

Pesquisa bibliográfica em livros, artigos, teses e dissertações com dados pertinentes ao assunto para consolidar o referencial do trabalho. Foram também consultados sítios eletrônicos especializados no assunto.

Pesquisa documental nos arquivos da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis com consultas a regulamentos internos, pareceres, portarias, despachos em processos, relatórios e outros documentos não publicados;

Pesquisa de campo, com entrevistas não estruturadas com os servidores da ANP ocupantes de cargos de chefia.

Em função da natureza do problema, para o tratamento e interpretação dos dados, será utilizado o método fenomenológico.

1.9 LIMITAÇÕES DO MÉTODO

O método escolhido para o estudo possui algumas limitações.

Primeiramente, a falta de uma visão holística das Agências as faz operar como um conjunto de ilhas de gestão, que ao adotar determinados procedimentos próprios, dificulta a análise.

Em segundo lugar, como o assunto estudado é recente, e o Projeto de Lei ainda encontra-se em tramitação no Congresso, as informações obtidas nas entrevistas podem não ser as mais completas.

Alguns entrevistados se sentiram constrangidos em responder a certas questões ou expor suas verdadeiras opiniões com vias a serem reprimidos por seus superiores.

Temendo críticas à gestão da sua rotina de trabalho, funcionários tendem a classificar o modelo vigente como ideal, ou o melhor possível dentre as oportunidades presentes, desvirtuando os resultados da pesquisa.

Finalmente, o método utilizado tem duas limitações principais:

a) a abordagem fenomenológica não considera como relevante as influências externas, a história e suas conexões, ao selecionar no resultado das entrevistas, somente os aspectos que pretende admitir.

b) a interpretação dos dados cabe ao pesquisador, e este pode realizar a análise das informações colhidas com a sua compreensão dos fatos, prejudicando a qualidade da pesquisa, ao considerar que também exerce cargo de chefia dentro da ANP.

2 ESTADO E REGULAÇÃO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A Organização do Comércio e Desenvolvimento Econômico – OCDE (1999 apud CRUZ, 2009) apresenta três categorias para a atividade regulatória. São elas:

- Regulação Econômica – caracterizada pela intervenção direta do Estado nas decisões do mercado. Nessa categoria o governo deve oferecer incentivos ao aumento da eficiência econômica através da redução dos entraves à competição e à inovação, concorrendo para a criação de uma estrutura de mercado eficiente.
- Regulação Social – defesa do interesse coletivo nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e assuntos nacionais. Neste item compete analisar a real necessidade de intervenção estatal nas questões relativas à provisão de bens públicos e à proteção social, com vistas à redução das externalidades negativas.
- Regulação Administrativa – determinação dos procedimentos administrativos. Os governos devem buscar eliminar as formalidades desnecessárias, simplificando os processos a fim de aperfeiçoar sua transparência e execução.

No entanto, cumpre ressaltar que a intervenção do governo na economia não se dá necessariamente de forma neutra.

Quando há a interferência de interesses particulares nas decisões públicas, prejudicando a imparcialidade e a qualidade da regulação, ou quando o próprio governo faz com que a agência assuma posições conforme sua política, interferindo na sua autonomia, acontece a chamada captura do órgão regulador.

Conclui-se assim, pela exposição desse ponto que a simples existência de uma agência reguladora atuando em um determinado setor não é garantia de estabilidade e segurança das regras, pois o próprio órgão pode ser alvo de manipulação tanto por parte do mercado, quanto pelo próprio governo.

Segundo Neto (2003), o risco da captura é inerente à própria regulação, no entanto, quanto mais institucionalizada for a relação do órgão regulador com a sociedade, maior o controle para restringi-la. O problema em si não é a configuração do modelo, mas a maneira pela qual o mesmo é conduzido.

2.1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

2.1.1 Gênese das Agências reguladoras no Brasil

“As Agências reguladoras surgem, na ordem jurídica e administrativa brasileira, como uma consequência direta do processo de privatização de empresas estatais, aprofundado após a promulgação das Emendas Constitucionais nº 5, 8 e 9, de 1995” (SANTOS, 2004, p. 03).

A construção das agências reguladoras federais brasileiras de cada área ocorreu segundo dinâmica e motivações próprias. Os problemas do setor, seu grau de representação política, assim como a existência de grupos de interesse organizados afetaram diretamente a configuração institucional das agências setoriais.

2.1.2 O Processo de Criação

As agências reguladoras surgiram no Brasil na esteira da reforma do Estado da década de 90, estando intimamente associadas à nova forma de atuação do Estado brasileiro para a regulação de determinados mercados, especificamente aos processos de privatização então correntes. Sua criação teve a Casa Civil como lócus de elaboração (COSTA, 2000).

A abertura dos mercados e as privatizações estampavam a necessidade de um aparato estatal que tornasse possível o planejamento de longo prazo, a coordenação das decisões privadas e o zelo ao cumprimento das regras, a fim de proporcionar o aumento da confiança no ambiente regulatório.

Segundo Santos (2009), não se pode entender as agências reguladoras apenas como sendo mais uma forma de descentralização estatal introduzida pela Reforma Gerencial do Estado, iniciada em 1995, no Governo Fernando Henrique Cardoso. Precisam ser vistas como resultado da transformação pela qual o Estado sofreu, ao assumir a via da intervenção indireta no domínio econômico.

São três os pilares sobre os quais se fundamentou teoricamente a criação das agências reguladoras autônomas: delegação, credibilidade e especialização dos agentes. Adicionam-se

a esses fatores a incapacidade dos agentes governamentais de responsabilizar-se por toda a complexidade administrativa regulatória que nascia no país.

Não havia um consenso sobre como esse aparato estatal deveria ser organizado.

Muitos dos mecanismos institucionais projetados para proteger a autonomia e independência das agências se tornaram sujeitos à controvérsia, especialmente sua operação, financiamento e nomeações para a diretoria. Características que deveriam equilibrar a independência para garantir a delegação de responsabilidades, de forma procedural e apolítica, não foram devidamente asseguradas e compreendidas: transparência, prestação de contas, isolamento técnico, e estabilidade de regras. Isso foi, portanto, um tema inacabado e muito problemático da agenda política geral (OCDE, 2008, P. 223).

Entre as razões apontadas para a criação das agências reguladoras federais no setor de infra-estrutura, diversos autores apontam argumentos que privilegiam a busca pela credibilidade regulatória, além da especialização técnica (Melo, 2000, 2001 e 2002). Para explicar as agências reguladoras na área social, a criação de tais agências representaria uma tentativa, por parte do governo, de delegar para esses entes a tomada de decisões impopulares (Melo, 2002).

A delegação de poderes às agências reguladoras autônomas deveu-se em grande parte a autoridade e confiabilidade atribuída às mesmas, o que em primeira análise atrairia novos investimentos ao país. No entanto, num segundo momento, pode se observar que também é de grande interesse dos políticos que tais agências responsabilizem-se pelas decisões ditas impopulares, de elevado custo político.

Nunes (2001) considera que o Poder Legislativo concedeu às agências reguladoras um mandato sem a definição precisa das suas competências, deixando indefinido, principalmente, aspectos relativos às suas funções, objetivos e seu grau de independência em relação ao Poder Público. “As agências reguladoras, prescindiu, até o momento, de um verdadeiro marco regulatório amplo, que desse sentido global à nova instância regulatória” (P.05).

Com a criação das agências reguladoras foram desenhados novos espaços de mediação entre a definição da política governamental e sua implementação. A definição da política nacional continua a ser prerrogativa dos governantes eleitos, que possuem legitimidade

democrática para tal. Os órgãos reguladores não são instância institucional de definição de políticas públicas, são instrumentos para efetivação destas (NETO, 2003).

Di Pietro (2004), por outro lado, argumenta que a delegação de parcela de poder impõe às agências reguladoras uma sombra de dúvida sobre a constitucionalidade do exercício de sua função regulamentar, de criação de direito, dado que esses entes não são eleitos pela vontade pública.

2.1.3 Linha do Tempo da Criação das Agências Reguladoras Federais

Segundo Pó e Abúcio (2006), a criação do modelo regulador no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso pode ser dividida em três gerações.

Na primeira, ocorrida entre 1996 e 1997, encontram-se as agências reguladoras relacionadas com a privatização e o fim do monopólio estatal, englobando a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

A preocupação maior, nesses casos estava relacionada à insuficiência de recursos públicos para investimentos nesses setores.

A segunda, surgindo no período 1999/2000, se traduz na busca de maior eficiência e modernização do aparelho do Estado, resguardando o interesse dos cidadãos. Duas agências fazem parte dessa geração: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ambas ligadas ao Ministério da Saúde.

Já a terceira geração (2001/02) apresenta uma grande mistura de finalidades e áreas de atuação. Aqui, apenas a Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (ANTAQ) podem ser consideradas de natureza reguladora. Outros casos, como a Agência Nacional de Águas (ANA) e a Agência Nacional do Cinema (Ancine), mostram a perda do referencial de regulação de mercados (PÓ; ABRÚCIO, 2006, p. 683).

A última agência reguladora federal criada foi a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em setembro de 2005.

Por sua vez, a análise feita por Lúcia Helena Salgado (2003), expõe que a reforma do aparelho do Estado empreendida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso criou, na verdade, dois tipos distintos de agências reguladoras: “de Estado” e “de governo”. Num primeiro momento foram criadas as agências voltadas para a regulação econômica no setor de infraestrutura, atuando na regulação de serviços públicos concedidos (“agências de Estado”), como a ANEEL, ANATEL, ANP, ANTAQ e ANTT e a ANAC; posteriormente foram criadas as agências que efetuam aquilo que é apontado pelo governo, responsáveis, em sua maior parte, pela regulação social (“agências de governo”), como a ANS, a ANVISA e a ANA.

Quadro1. Agências reguladoras, os ministérios de vinculação e os respectivos atos de criação

Agência	Ministério de Vinculação	Ato de Criação
Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL	Ministério de Minas e Energia	Lei nº 9.427/96
Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL	Ministério das Comunicações	Lei nº9.472/97
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP	Ministério de Minas e Energia	Lei nº9.478/97
Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA	Ministério da Saúde	Lei nº9.782/99
Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Ministério da Saúde	Lei nº9.961/00
Agência Nacional de Águas - ANA	Ministério do Meio Ambiente	Lei nº9.984/00
Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ	Ministério dos Transportes	Lei nº10.233/01
Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Ministério dos Transportes	Lei nº10.233/01
Agência Nacional de Cinema - ANCINE	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	MP nº2.228-1/01
Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC	Ministério da Defesa	Lei nº11.182/05

Fonte: BOUDON, 2009.

2.1.4 Breve Comparação entre o Modelo de Criação das Agências Reguladoras Brasileiras e Norte Americanas

Murilo Ramos (2003) afirma que o modelo de regulação adotado no Brasil não se mostra sequer próximo daquele adotado nos Estados Unidos.

Nos EUA, a criação das agências reguladoras foi impulsionada pelos reformadores do *New Deal* entre os anos 1930 e 1960, que defendiam a criação de agências autônomas, com vistas a aumentar a competência regulatória do Poder Executivo Federal, através da definição detalhada de procedimentos a serem seguidos por todas as agências.

Segundo o autor acima citado, o modelo americano surgiu como fruto do processo de fortalecimento da ação estatal sobre a economia contra empresas privadas que tinham se tornado excessivamente fortes. A autonomia das agências reforçava o poder do Estado.

Já no Brasil o que ocorreu foi a imposição de interesses externos, capitaneados pelo Banco Mundial, em meio a apressados processos de privatização de setores estatizados de infra-estrutura (RAMOS,2003).

2.2 A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO NO BRASIL: AS CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No sistema institucional brasileiro, as agências reguladoras federais são autarquias sob regime especial, portanto, integrantes da administração indireta, vinculadas, sem subordinação hierárquica aos ministérios.

Sobre a formatação das agências reguladoras federais, Santos (2008) afirma que “não se pode dizer que o modelo brasileiro seja a cópia exata de um ou outro país, mas caracteriza-se por ser o resultado de influências diversas, nem todas perfeitamente adaptadas às peculiaridades do regime político e à Constituição Federal” (p.01).

2.2.1 Estrutura Legal

Segundo Salgado (2003), as agências reguladoras brasileiras desempenham funções típicas dos três poderes: Executivo, quando da concessão de serviços públicos e fiscalização; Legislativo, na criação das normas de atuação nos seus respectivos setores de atuação, determinando inclusive os requisitos para o ingresso dos agentes no mercado regulado; e Judiciário, quando da imposição de penalidades, interpretação dos contratos e obrigações.

No Brasil, ocorreu o que é chamado de “especialização” das agências reguladoras, visto que atuam em setores econômicos diferentes, regulando mercados setoriais, como pode ser demonstrado no quadro abaixo, pela definição da finalidade institucional de cada agência reguladora federal.

Quadro 2. Finalidade Institucional das Agências reguladoras Federais Brasileiras

Agência	Finalidade Institucional das Agências reguladoras Federais Brasileiras
ANEEL	Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal (art. 2º da Lei nº9.427/1996).
ANATEL	Regular as telecomunicações (art. 8º da Lei nº9.472/1997).
ANP	Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º da Lei nº9.478/1997, com redação dada pela Lei nº11.097/2005).
ANVISA	Promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (art. 6º da Lei nº9.782/1999).
ANS	Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país (art. 3º da Lei nº9.961/2000).
ANA	Implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 3º da Lei nº9.984/2000).
ANTAQ e ANTT	Implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei. Regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros (incisos I e II do art. 20 da Lei nº10.233/2001).
ANCINE	Fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica (art. 5º da Lei nº2.228/2000).
ANAC	Regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (art. 2º da Lei nº11.182/2005).

Fonte: BOUDON, 2009.

Independência administrativa, autonomia financeira e estabilidade com mandato fixo aos dirigentes são algumas das características marcantes das agências reguladoras. A

nomeação dos seus diretores pelo Presidente da República, acompanhada de sabatina no Senado, são algumas das novidades institucionais introduzidas por esses entes à organização do Estado brasileiro.

A questão da delegação de poderes às agências reguladoras foi muito questionada especialmente quando da eleição do Presidente Luis Inácio Lula da Silva. O fortalecimento das agências não fazia parte das metas de política da nova coalizão conduzida pelo Partido dos Trabalhadores.

Progressivamente, entretanto, a partir de uma visão pragmática, as autoridades públicas concordaram com o fato de que elas não tinham escolha a não ser ratificar o contexto institucional existente. A decisão foi tomada no sentido de se manter as instituições sob liderança da Casa Civil da Presidência da República (OCDE, 2008, P.223).

Apesar dessa aparente concordância com a presença das agências reguladoras, as críticas persistiam.

2.2.2 Legalidade e Constitucionalidade

Para Neto (2003), a nomeação dos ocupantes dos cargos de direção das agências reguladoras confere legitimidade à atuação desses órgãos, na medida em que envolve uma decisão de quem tem legitimidade conferida pelo voto popular (o Chefe do Executivo), confirmada por quem também tem representatividade popular (os membros do Senado que aprovam a indicação).

A função reguladora tem previsão expressa no art. 174 da Constituição Federal, que prevê ao Estado “como agente normativo e regulador da atividade econômica” exercer “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988).

Segundo Majone (1999) a especificidade técnica é uma fonte importante de legitimidade para as agências, e instrumento de autonomia frente ao poder político.

2.2.3 A Imprescindibilidade da Formação de um Quadro Técnico

Como condição indispensável para o exercício de suas atividades, as agências reguladoras requerem um quadro profissional bem qualificado tecnicamente e protegido de interferências do governo e do mercado.

Principalmente no início de suas atividades, as agências reguladoras, na ausência de quadros técnicos próprios, valeram-se de servidores requisitados de outros órgãos, assim como de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração. E, ainda hoje, fazem uso, da contratação de prestadores de serviços para a realização de trabalhos nas áreas técnica, econômica e jurídica.

Segundo Santos (2008), o primeiro passo visando ao fortalecimento das agências reguladoras e dos ministérios setoriais, foi dado em 2003, através da Medida Provisória nº 155, de 23 de dezembro de 2003, convertida na Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, que versa sobre a criação e organização de cargos efetivos das agências reguladoras e dos ministérios supervisores.

Os reguladores devem operar num ambiente onde o papel dos ministérios, as quais se encontram vinculados, esteja bem definido, e que estes disponham de meios apropriados. Quando as agências reguladoras e os ministérios setoriais são dotados de pessoal administrativo de elevado nível técnico, o debate passa a acontecer num nível mais elevado, reduzindo assim, as controvérsias meramente ideológicas.

2.2.4 A Questão dos Conselhos

As agências reguladoras brasileiras possuem diretorias colegiadas, com um Diretor Geral e um certo número de diretores. Os membros do conselho são nomeados pelo Presidente, confirmados pelo Senado, para mandatos alternados.

A decisão tomada a nível colegiado ajuda a resolver conflitos de interesse e fortalece a legitimidade do regulador, pois reflete a vontade de um grupo e não de uma pessoa em particular.

No entanto, há algumas dificuldades procedimentais no Brasil. O processo de nomeação de novos dirigentes pode ser muito longo. A aprovação do Senado, que é composto de um grande número de partidos, frequentemente se depara com impasses políticos sobre os candidatos (OCDE, p. 228, 2008).

“- Quando existe a vacância dos cargos de diretoria por um longo período de tempo, o processo de tomada de decisão é comprometido, pois se necessita de um quorum mínimo de votação para deliberação” (Dirceu Amorelli – ANP).

A dimensão política das nomeações dos diretores das agências reguladoras é um elemento que deve ser analisado.

“- Os ocupantes dos conselhos de diretoria devem gozar de amplo respaldo técnico, pois ocuparão cadeiras com função deliberativa, com afetação direta aos agentes que atuam no mercado. No entanto, ignorar a dimensão política da atividade regulatória também é um erro. Mostra-se claro que deve existir um equilíbrio entre a dimensão técnica e política na qualificação da diretoria das agências” (Dirceu Amorelli – ANP).

2.2.5 O Equilíbrio entre Independência e Prestação de Contas

As agências reguladoras representam importante inovação institucional no que tange à democratização da tomada de decisão.

O ponto central dessa modalidade de reforma é uma doutrina ou um conjunto de interpretações administrativas chamadas *New Public Management*, que incorpora a introdução de novos conceitos como o de “cidadão consumidor” e “boa governança”.

Além disso, essa ideologia incorpora a presunção da necessidade do predomínio da razão sobre a política, a superioridade da especialização técnica em detrimento da representação de interesses.

O equilíbrio entre independência e prestação de contas é o objetivo a ser alcançado ao se conceder transparência e responsabilidade às agências reguladoras.

Souto (2004) esclarece:

Há uma diferença entre autonomia e independência. A autonomia diz respeito ao auto-governo da entidade; a independência vai mais além, a independência afasta a incidência da autoridade sobre a função regulatória. Por que independência? Exatamente para separar o técnico do político, para não permitir a interferência política numa decisão regulatória, que tem natureza técnica. É aí que está a característica da agência reguladora. A especialidade do regime é que distingue esse regime dos demais regimes das entidades da Administração Pública Indireta (P.1366).

Segundo análise do Professor Floriano Azevedo Marques Neto (2003) existem duas espécies de independência, com dimensões distintas, mas que se complementam: a orgânica e a administrativa.

A independência orgânica atua no sentido de impedir que as agências reguladoras fiquem subordinadas exclusivamente à vontade política do poder central, deixando de considerar os aspectos técnicos inerentes à sua função.

Já a independência administrativa, ou de gestão, busca dotar o agente regulador de recursos e instrumentos compatíveis com o efetivo exercício de suas atividades, o que requer certo nível de autonomia gerencial e financeira.

A garantia da independência implica em processo de seleção e nomeação diferenciadas para os quadros dirigentes, a garantia e duração dos mandatos, fixação de condições de recondução e exoneração de dirigentes, provisão de recursos suficientes para a missão e restrições ao exercício de atividades de interesse pessoal (SANTOS, 2003, p. 06).

Aragão argumenta que a melhor qualificação para as agências reguladoras não seria “independentes”, faz-se mais adequado falar em autonomia. No entanto, mesmo que mais autônomas, as agências reguladoras, como pessoas jurídicas de direito público, são submetidas à supervisão e tutela do Poder Executivo, mesmo que o termo supervisão não agrade aos dirigentes das agências em geral, pois o identificam com a idéia de controle. A supervisão ministerial está prevista, e em vigor, desde a edição do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

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. 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. (ARAGÃO, 2004. p. 10-11).

2.2.6 Autonomia versus Controle: Implementação do Modelo

Segundo Santos (2003), a autonomia das agências reguladoras reside:

- na estabilidade no cargo daqueles que compõem sua diretoria colegiada, necessária para que executem, sem a ingerência indevida do Poder Executivo, a política estabelecida pelo Poder Legislativo para o setor;
- no emprego da técnica na sua atuação e poder de decisão;
- na independência normativa;
- na independência gerencial, financeira e orçamentária, capaz de garantir a plena atuação da entidade.

Para Nunes (2001), as agências assumem uma posição problemática de Quarto Poder, tendo em vista que não possuem legitimidade política em face do eleitor e podem constituir formas de insulamento burocrático.

Mello (2001), por sua vez, justifica a autonomia dos novos entes argumentando que delegação e insulamento são fenômenos comparáveis e decorrentes da necessidade de delegação do poder. Embora admitindo que freqüentemente se produz um déficit de responsabilização na delegação, o autor postula que este é um conflito peculiar ao funcionamento das sociedades democráticas. Seguindo essa lógica, mostra-se favorável à autonomia, justificando-a através do conhecimento técnico.

Dallari (2001), para quem a dificuldade principal no tocante ao controle das agências é a verificação da ocorrência de desvio de poder e o controle do mérito das suas decisões, também afirma que a autonomia concedida é maior do que o grau de responsabilização que lhes é cobrado.

As decisões das agências reguladoras não estão sujeitas a revisão pelos ministérios, dado que não existe subordinação hierárquica. O controle administrativo exercido sobre as mesmas restringe-se à escolha dos seus dirigentes que também são sabatinados pelo Senado.

Dessa forma, estruturas de governança devem ser organizadas e um eficiente sistema de apelação estruturado para que exista um adequado entendimento entre as agências reguladoras, Congresso Nacional e cidadãos.

Segundo a OCDE (2008), as ferramentas disponíveis para garantir a prestação de contas das agências são qualificadas em duas linhas. A primeira delas está ligada às características democráticas e que já estão inclusive dispostas na Constituição, como o diálogo político com o Congresso, sociedade civil e a possibilidade de recursos judiciais. A outra linha tem natureza processual, com a utilização de medidas que garantam transparência, como as consultas públicas e o correto acesso a informações.

No Brasil o desenho dos mecanismos de controle e prestação de contas das agências reguladoras precisa considerar a interação dos três poderes com a sociedade civil. Estabelecer instituições sob a responsabilidade do Poder Executivo, mas não necessariamente sob a supervisão hierárquica direta dos ministros, é ponto ainda sensível.

Para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), a autonomia das agências deve ser percebida pela gestão administrativo-financeira e ao processo regulatório, propriamente dito, não se estendendo à definição dos objetivos da política e nem à definição dos seus beneficiários, a cargo das instâncias decisórias do governo.

A autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira das agências reguladoras precisam ser garantidas para que, mantendo-se isentas das mutações políticas, e fortalecidas, atuem como o elo de desenvolvimento entre o governo, iniciativa privada e sociedade. Vale lembrar, no entanto, que quando excessiva, a autonomia pode ocasionar problemas e distorções ao modelo.

“O distanciamento em relação ao Poder Executivo pode dar origem à negligência da autoridade do regulador para com outros fortes atores reduzindo a confiança na força da entidade e na significância do seu trabalho” (SANTOS, 2003, p. 07).

Há ainda a possibilidade de uma agência reguladora tornar-se tão independente que venha a se comportar como um poder independente dentro do Estado.

Santos (2003), ainda argumenta que independência em excesso é incoerente com o conceito de responsabilização.

“O desafio para os arquitetos de instituições regulatórias tem sido fazer com que o sistema regulatório seja simultaneamente responsivo a cada um dos grupos sociais de interesse, sem comprometer a independência operacional dos reguladores” (SANTOS, 2003, p. 07).

Atualmente, os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal são obrigados a elaborar e apresentar relatório de gestão ao Tribunal de Contas da União – TCU, com um comprovante de auditoria e declaração do Ministro de Estado supervisor da área.

As auditorias realizadas pelo TCU avaliam a capacidade do governo de alcançar os resultados pretendidos por meio das políticas públicas, quando da sua formulação e elaboração.

Por sua vez, a Controladoria-Geral da União – CGU tem realizado avaliações das agências reguladoras em relação à eficiência do alcance de seus objetivos.

2.3 OS OBSTÁCULOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL

Um dos mais evidentes problemas das agências reguladoras no Brasil é o seu baixo grau de *accountability*, pela insuficiência dos instrumentos de controle social e de gestão exercidos pelo Poder Legislativo, como, por parte dos cidadãos e usuários dos serviços públicos regulados.

As agências podem confundir sua autonomia financeira e administrativa com o conceito de soberania, não devendo satisfações à sociedade, tampouco subordinação às políticas governamentais.

Daí a necessidade, ressaltada por Pedro César Lima de Farias (2002), para quem, as agências devem ter garantida a sua autonomia, mas subordinada a mecanismos de controle:

Quando se estabelece um mecanismo que possa balancear autonomia com controle, o que se quer é que as agências possam funcionar preservando seus

processos decisórios de interferências indevidas, mas sem recair no modelo que se transforma num enclave burocrático, muito menos num modelo em que sejam capturadas pela lógica do setor privado (FARIAS apud SANTOS, 2004, p. 10).

Destaca-se assim, mais uma vez, a *accountability* para minimizar os problemas de captura.

O modelo institucional adotado no Brasil em 1997 demanda por correções e aperfeiçoamentos que permitam conferir a legitimidade necessária para que essas instituições possam exercer a sua função de forma eficiente.

As próprias agências reguladoras ainda apresentam um elevado nível de disparidade institucional, visto que o modelo adotado foi copiado, mas não adequadamente adaptado à realidade brasileira, além de ter sido conduzido de forma diferenciada, entre as próprias agências, levando à necessidade de alguns ajustes.

Para Santos (2004), a formulação de políticas públicas e o poder de outorgar e conceder serviços públicos deve ser de competência exclusiva de governo, e quando exercido por agências reguladoras, gera distorções ao modelo.

As agências foram constituídas de forma tal que, substituindo a atuação dos ministérios, foram bem além do que emanava das suas leis de criação. As agências passaram a ser elas mesmas o poder concedente, tarefa que cabe, efetivamente, à União, e que deve ser exercida segundo as diretrizes e prioridades emanadas do chefe do Poder Executivo (SANTOS, 2004, P. 25).

Em resumo, para Barbosa Gomes, faltam às agências reguladoras brasileiras:

Um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais; um controle efetivo pelo Senado do processo de designação dos seus dirigentes; um controle mais eficaz de suas atuações pelo Judiciário e pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, uma maior preocupação com o estabelecimento, em seu benefício, de um mínimo lastro democrático, de sorte a evitar que elas se convertam em instrumento de dominação de uma determinada tendência político-ideológica (BARBOSA GOMES, 2010).

2.4 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 81/2003

A Proposta de Emenda à Constituição nº 81, de 2003, introduz na Constituição Federal, o art. 175-A, a fim de colocar no âmbito constitucional a previsão da existência de agências reguladoras como autarquias especiais, destinadas ao exercício das atividades de regulação, fiscalização e de sanções, para o adequado funcionamento dos mercados.

A referida proposta, de autoria do Senador Tasso Jereisatti, em tramitação no Congresso, constitucionaliza as principais características das agências, a fim de aumentar sua estabilidade e legitimidade na estrutura institucional brasileira.

A Emenda propõe a constitucionalização dos princípios de orientação da atividade das agências reguladoras, como forma de inspirar e guiar o tratamento institucional das agências e atuam como a pedra fundamental na validação da legislação infraconstitucional primária e secundária a elas relativas (OCDE, P. 230, 2008).

O projeto que constitui emenda ao Artigo 174 da Constituição Federal, por meio da adição do Artigo 174-A, constitucionaliza os princípios de orientação das agências em:

- I. proteção do interesse público;
- II. defesa do consumidor e da concorrência;
- III. promoção da livre iniciativa;
- IV. prestação de contas;
- V. universalização, continuidade e qualidade dos serviços;
- VI. imparcialidade, transparência e publicidade;
- VII. independência funcional, decisória, administrativa e financeira;
- VIII. mandatos fixos e estabilidade de cargo para os diretores;
- IX. decisões colegiadas nas agências reguladoras;

X. decisão monocrática recorrível a colegiado em agências executivas.

Dessa forma, converge para a redução das incertezas e na criação de um ambiente atrativo para os investidores e para as próprias agências que passariam a ter seus papéis mais bem demarcados.

No entanto, a emenda constitucional proposta não considera a questão da transferência do poder de outorga, que é o ponto de maior polêmica no sistema existente.

3 O PROJETO DE LEI Nº 3337, DE 2004 – UMA NOVA LEI GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO

3.1 O TRÂMITE DA CRIAÇÃO DO PROJETO DE LEI 3337/2004

No início de 2003, o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva anunciou sua intenção de promover ajustes no modelo regulatório brasileiro dado a constatação de que as agências gozavam de autonomia excessiva, assumindo a formulação de políticas públicas e dificultando o seu controle pelo Poder Executivo.

A oposição do Presidente Luis Inácio Lula da Silva às agências reguladoras federais brasileiras, quando do início do seu mandato, é observado da seguinte forma por Vital Moreira (2003, p.228): “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 afeta a sua base social de apoio”.

O próprio Presidente Luiz Inácio Lula da Silva externava a sua indignação quanto à interferência das agências reguladoras na formulação das políticas setoriais, invadindo área que deveria ser de competência exclusiva dos ministérios, ao declarar que haviam terceirizado o poder político no Brasil.

Segundo Santos (2009), para o governo federal existia independência demais na atuação das agências reguladoras. Precisava-se de controle, ainda que indiretamente. “A elas foram impostos contingenciamentos, longas demoras em indicar novos dirigentes, provocando descontinuidade nos trabalhos; esvaziamento do quadro técnico, em razão de políticas salariais externas mais atrativas; e, o mais preocupante, ingerências políticas em suas decisões” (SANTOS, 2009, p. 17).

Assim, em março de 2003, o Presidente solicitou à Casa Civil da Presidência da República a formação de um grupo de trabalho com o propósito de diagnosticar a situação das agências reguladoras federais no Brasil e elaborar um relatório com as necessidades de adequação do marco legal regulatório nacional.

3.2 A FORMAÇÃO DO GRUPO INTERMINISTERIAL DE TRABALHO

O Grupo de Trabalho foi coordenado pela Casa Civil da Presidência da República. Contou com representantes de todos os ministérios detentores de agências reguladoras vinculadas, e com representantes dos Ministérios da Fazenda, da Defesa, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Justiça e da Advocacia-Geral da União.

A adequação do grau de autonomia das agências em relação aos ministérios setoriais; o âmbito de atuação das agências reguladoras; a necessidade de fortalecimento dos ministérios quanto ao planejamento e formulação de políticas públicas; a eficácia das agências na defesa dos interesses dos consumidores e no cumprimento das suas competências legais; e, a insuficiência de mecanismo de prestação de contas por parte das agências, foram alguns dos pontos colocados para apreciação do Grupo de Trabalho.

O então Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, José Dirceu, apontou que o grupo de trabalho evidenciou uma série de ambigüidades sobre o papel e as condições de funcionamento das agências reguladoras na atual configuração institucional dos órgãos regulatórios de infraestrutura. No entanto, a insuficiência do controle social foi a fonte maior de preocupação.

O relatório do Grupo Interministerial de Trabalho deu origem a um documento divulgado pelo Governo Federal, que mostrou que o modelo de agências reguladoras, não excluindo a necessidade de mudanças do cenário atual, é imprescindível para o funcionamento dos setores de provisão de serviços públicos, com externalidades positivas para a economia.

“O papel exercido pelas agências revelou-se fundamental para que os consumidores obtenham serviços com qualidade, diversidade, quantidade, e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do negócio e o retorno do investimento” (SANTOS, 2004, p. 02).

O relatório apontou que “uma das principais distorções do papel das agências detectadas era o exercício de competências de governo, com a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos” (BRASIL, 2003, P.24).

Estava claro que a absorção da atividade de formulação de políticas se deu, sobretudo, por falta de estrutura satisfatória dos ministérios setoriais, para o exercício de suas competências legais. Dessa forma, um dos objetivos das mudanças a serem propostas é o estabelecimento da fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica.

Frente à lacuna existente, em que os ministérios não possuíam capacidade de exercer suas competências legais, as agências passaram não só a regular e fiscalizar o setor, como a atuar na formulação de políticas públicas, tornando-se o ministério mero homologador da política ora determinada pelas agências.

No governo não existiam dúvidas de que o modelo até então adotado precisava ser aperfeiçoado, alterando as disfunções e lacunas que haviam sido criadas pelo imediatismo com que as agências foram inseridas no arcabouço do Estado brasileiro, dado que foram instituídas sob um vazio de definições legais e institucionais (ROUSSEFF, 2003).

Assim, depois que as diretrizes e os princípios do relatório do referido grupo de trabalho foram aprovados pelo Presidente da República, foi iniciada, sob a coordenação da Casa Civil, a elaboração dos instrumentos legislativos necessários.

As primeiras versões do projeto de lei foram concluídas no final de agosto de 2003. No entanto, a Casa Civil, em articulação com o Ministério da Fazenda, optou por submeter à consulta pública as minutas elaboradas.

A equipe técnica da Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República promoveu uma análise detalhada das propostas obtidas junto à consulta pública, elaborando uma nova versão do texto a ser apresentado aos Ministros de Estado para aprovação e posterior encaminhamento ao Presidente da República.

À época, o então Ministro da Fazenda, Antonio Palocci Filho, propôs para sinalizar ao mercado a intenção do governo de respeitar os mandatos dos dirigentes das agências explicitar no texto das propostas que seriam mantidos os mandatos dos diretores das agências em exercício.

Os dois projetos inicialmente formulados foram consolidados numa única proposição com o fim de permitir que a sua discussão se desse mediante a constituição, na Câmara dos Deputados, de uma única comissão especial.

Assim, em abril de 2004 foi enviada uma proposta ao Congresso Nacional, com o objetivo de estabelecer uma Lei Geral das agências reguladoras, harmonizando o seu funcionamento, estendendo as melhores práticas já adotadas em algumas agências e incorporando ao modelo novas práticas inspiradas na experiência internacional, assim como, mecanismos de supervisão e controle, definição do grau de responsabilização perante o poder público e a sociedade, e a qualidade da regulação.

O Projeto de Lei gerou grande movimentação na Câmara dos Deputados, com intensa atividade de lobby pelos representantes de empresas reguladas, e pelas próprias agências.

Desde então, a tramitação no Congresso Nacional do projeto de lei número 3337/2004, com o objetivo de uniformizar e orientar a função das agências reguladoras, tem encontrado inúmeras obstáculos principalmente quanto a definição do grau de autonomia que deve ser concedido a tais entes.

3.3 O CONTEÚDO DA NOVA LEI

A diversidade do marco legal das agências reguladoras, a precariedade dos seus instrumentos de atuação, os riscos de captura e o insuficiente nível de qualidade da regulação foram considerados para que o Governo Federal propusesse ao Congresso Nacional a criação de uma “Lei Geral” das agências reguladoras para a consolidação de um aparelho regulatório e de fiscalização, e que permita também conceder maior legitimidade às agências, tornando-as socialmente controladas, transparentes, eficientes e comprometidas com o interesse público.

Segundo o Governo Federal com a proposição do Projeto de Lei:

Objetiva-se estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das agências reguladoras a fim de superar as diferenciações entre elas que não se justificam e tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da regulação (BRASIL, 2004).

Para Santos (2004), um dos objetivos do Projeto de Lei 3334 de 2004 é que o exercício da função regulatória se dê com menor vulnerabilidade às pressões e riscos de

captura e que seja conforme aos princípios constitucionais que regem a administração pública no Brasil e à legitimidade do exercício do poder.

3.3.1 A Competência Quanto à Formulação das Políticas Públicas

A absorção da atividade de formulação de políticas públicas pelas agências reguladoras se deu por omissão e desestruturação dos ministérios, dado o esvaziamento dos seus quadros e falta de capacitação técnica.

Conforme relata a Exposição de Motivos que acompanha o Projeto de Lei 3337/2004:

A absorção da atividade de formulação de políticas, [...] se deu, geralmente, por falta de estrutura dos ministérios setoriais responsáveis pela formulação das políticas, no exercício de suas competências legais. Desse modo, em alguns casos, as agências não só regulavam e fiscalizavam o setor como atuavam de forma ampla na formulação de políticas setoriais (BRASIL, 2004).

O Projeto de Lei propõe definir a fronteira entre a formulação de política setorial e regulação econômica. Assim as agências reguladoras e os ministérios devem atuar de forma harmoniosa e de modo cooperativo.

As agências reguladoras são organismos eminentemente técnicos, que pela sua própria natureza e vocação tendem a privilegiar a ação pautada por regras, custos e benefícios e são mais avessas a intervenções meramente discricionárias nas regras do jogo. Por outro lado, se uma parcela maior da função regulatória for conferida aos ministérios, haverá um canal mais rápido e potente para que as preferências do eleitorado a cada momento influenciem a política pública de cada setor (IBRE, 2007, p.08).

O planejamento e a formulação das políticas setoriais são de responsabilidade da administração direta. Às agências reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas.

A proposta enviada ao Congresso tem como objetivo principal restabelecer a diferenciação clara entre as decisões políticas, de natureza estratégica, e as decisões de

natureza técnica, segundo o papel regulador do Estado, com a definição de que as políticas públicas devem permanecer sob a alçada dos agentes políticos que tem sua legitimidade ancorada no voto.

As Agências não são “corpos legislativos”, não tem status de Poder, mas exercem funções que os Poderes constituídos lhes delegam, nos termos da lei. Seus dirigentes não são eleitos, não têm a legitimidade do voto, mas uma legitimidade derivada do conhecimento técnico (SANTOS, 2004, p. 28).

3.3.2 Delegação dos contratos de concessão

Conforme aponta Luis Roberto Barroso (2003), ao Estado compete outorgar ou não a terceiros o direito de explorar e prestar serviços públicos, ou de exercer atividades econômicas, mediante concessão ou permissão.

O exercício do direito de celebrar os contratos de concessão atribuído às agências, mesmo que prescrito nas leis gerais e específicas dos setores de energia (Lei nº 9.427, art 3º, IV), telecomunicações (Lei nº 9.472, art 19, V, VI, IX e XI), petróleo (Lei nº 9.478, art 8º, IV) e transportes (Lei nº 10.233, art. 24, V e art. 27, V), não tem amparo na Constituição Federal.

Para definir o papel dessas entidades, com ênfase nos mecanismos de *accountability* e transparência em sua gestão, o governo, através do Projeto de Lei 3337/2004, optou por restituir aos ministérios a competência para adotar decisões políticas no que se refere à concessão e permissão de exploração de serviços públicos, conforme premissa de que, nos termos da Constituição Federal, o Estado é o titular do direito de explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos.

Dessa forma, o poder concedente deve ser conferido aos ministérios, garantindo às agências as atividades de regulação e fiscalização, assim como, quando delegado, a operacionalização dos procedimentos licitatórios de concessão dos serviços públicos.

Segundo Santos (2004), a promoção dos procedimentos licitatórios pelas agências reguladoras supera as críticas de que a realização das licitações diretamente pelo Estado que também é acionista ou controlador de empresas que podem estar participando das licitações, fere o princípio da igualdade entre os licitantes.

3.3.3 O Papel das Ouvidorias

Conforme o Projeto de Lei 3337/2004, caberá ao Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência, acompanhando o processo de apuração de denúncias e reclamações dos usuários, tendo acesso, então, a todas as informações necessárias, e produzindo, semestralmente, ou quando julgar necessário, relatórios sobre a atuação da agência, que deverão ser encaminhados não apenas ao seu conselho diretor, mas também ao Ministério supervisor, aos Ministérios do Planejamento e Fazenda, à Casa Civil, ao Congresso Nacional e às comissões de fiscalização e controle da Câmara e do Senado, dando-lhes ampla publicidade.

As Ouvidorias não são inovação do referido Projeto de Lei. Sem vinculação formal à direção das agências, e formuladas para permitir a vocalização dos direitos dos usuários, e conceder as informações solicitadas, já são presentes em algumas agências reguladoras federais, como a ANATEL, ANVISA, ANTT, ANTAQ, ANS e ANCINE.

3.3.4 A Coordenação entre as Agências reguladoras e os Órgãos de Defesa da Concorrência

A interação entre as agências reguladoras federais e os órgãos de defesa da concorrência, assim como, com os órgãos reguladores estaduais, é outro ponto que mereceu destaque no Projeto de Lei.

Segundo a Exposição de Motivos:

A prática internacional tem demonstrado a necessidade de intensa troca de informações e experiências entre setores encarregados da regulação setorial e órgãos de defesa da concorrência - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - com o propósito de encorajar ações que fortaleçam a concorrência onde esta seja possível (BRASIL, 2004).

A ampliação da interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência está prevista nos artigos 15-18 do Projeto de Lei. No exercício de suas competências, as agências deverão acompanhar as práticas de mercado para auxiliar os órgãos de defesa da concorrência.

As agências reguladoras também solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre as minutas de regulamentação, antes da sua exposição à consulta pública, e quando tomarem conhecimento de prática de infração à ordem econômica nos mercados regulados, deverão comunicá-la aos órgãos de defesa da concorrência.

Tal conduta é incentivada por Salgado (2003), para quem a articulação operacional deve ser incentivada como forma de garantir a compatibilidade dos incentivos e obrigações em todos os níveis de governo.

3.3.5 A composição da Diretoria Colegiada

O mandato fixo dos dirigentes é a prerrogativa representativa da autonomia das agências reguladoras. Assim, com o Projeto de Lei 3337/2004, optou-se por conservar o atual sistema de mandatos escalonados da diretoria. Mantiveram-se também as atuais condições para a demissão e substituição desses dirigentes (somente poderão perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar), afastada a possibilidade de demissão *ad nutum*. Dessa forma, o Projeto de Lei cuida tão somente de uniformizar a duração dos mandatos para todas as agências, em quatro anos, permitida uma única recondução.

A manutenção da estabilidade no cargo aos dirigentes das agências reguladoras e a uniformidade de quatro anos, não coincidentes entre si, dos seus mandatos, trabalham no sentido de conferir segurança ao exercício das competências das agências, reduzindo a incerteza decorrente da alternância de poder.

Quanto ao processo de escolha dos seus dirigentes, o projeto de lei ratifica a nomeação pelo Presidente da República para mandatos fixos, após aprovação pelo Senado Federal.

Conforme explica Smith (1997), as pessoas nomeadas para essas posições devem saber resistir a pressões e incentivos inadequados, para que exerçam sua autoridade e conquistem o respeito dos agentes. Nomear ocupantes aos cargos de diretoria das agências reguladoras baseados em sua compatibilidade política, ignorando sua capacidade técnica e gerencial, leva a perdas de eficiência da regulação.

Da mesma forma, a demora na indicação dos diretores das agências reguladoras pelo governo pode ser interpretada como estratégia para enfraquecê-las, dado o enfraquecimento do seu poder deliberativo, que somente se efetiva com um *quorum* mínimo de diretores.

3.4 O CONTROLE SOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE E EFICIÊNCIA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA

O desenvolvimento de reguladores independentes deve ter como contrapartida eficientes mecanismos de controle social e prestação de contas, a fim de fazer com que o sistema regulatório seja simultaneamente sensível aos interesses sociais, sem comprometer a autonomia operacional dos reguladores.

A experiência internacional indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do Projeto de Lei (BRASIL, 2004).

A primeira linha de controle social é a transparência e o acesso, daí a importância da disponibilização de instrumentos que efetivem o acesso à informação pelos agentes regulados e sociedade em geral.

O Projeto de Lei 3337/2004 lista como prioridades para fomentar a participação social nos setores objetos de regulação:

a) aperfeiçoar os mecanismos de consulta pública, tornando-os obrigatórios para todas as agências, além da ampla divulgação dos resultados (arts. 4º e 7º);

b) as entidades de defesa do consumidor e da ordem econômica devem ter o direito de indicar representantes para acompanhar os processos de consulta pública, custeados – dentro das disponibilidades orçamentárias – pela própria agência reguladora (art. 4º, § 5º);

c) ouvidorias devem ser criadas no âmbito de todas as agências, sem subordinação hierárquica à direção e sem acumulação com outras funções;

d) aumento da transparência;

e) instituição de mecanismos de prestação de contas ao Poder Legislativo.

Na tentativa de dirimir o déficit de legitimidade das agências, e o risco de captura, o Projeto de Lei concedeu importância especial à questão do controle e da prestação de contas, estendendo o contrato de gestão e desempenho, e a figura das ouvidorias, a todas as agências, além de promover a maior aproximação entre elas, e o Congresso Nacional.

Segundo o governo, o Projeto de Lei, objetiva ampliar:

[...] a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências reguladoras, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários (BRASIL, 2004).

Quanto ao controle pelo Poder Legislativo, vale lembrar que as agências reguladoras foram criadas justamente com a função de neutralizar uma possível ingerência política na gestão dos contratos de concessão, com o fito de “melhorar a governança regulatória, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do Poder Concedente, de não-cumprimento dos contratos administrativos”, como afirmam Pires e Goldstein (2001, p. 6).

Para ser eficiente, o controle legislativo, deve ser institucionalizado e, seguindo a experiência internacional, se concentrar na exigência de prestação de contas. Além disso, não se pode afastar, a previsibilidade de revisão judicial das decisões das agências reguladoras, em vista do disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

No que se refere ao desenvolvimento de instrumentos de controle social, a proposta enfatiza o uso de consultas e audiências públicas, o papel das Ouvidorias e a utilização de contratos de gestão nas agências reguladoras, além da maior articulação das agências com os órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência, mediante a definição mais precisa das competências na área e a instituição de mecanismos de consulta e notificação recíproca sobre ações que tenham efeitos em cada campo de atividade (SANTOS, 2004, P. 16).

O projeto visa, ainda, uniformizar as regras referentes aos processos de consulta e audiência públicas, dando-lhes um caráter universal, mas também assegurando a isonomia de meios entre os agentes econômicos e as entidades de defesa dos consumidores e usuários, ou que atuam em defesa da ordem econômica, garantindo que essas instituições possam ter acesso a informações e, assim, produzir informações e posicionamentos consistentes em defesa dos interesses coletivos ou difusos.

Segundo o art. 4 do Projeto de Lei 3337/2004, serão objeto de consulta pública com duração mínima de trinta dias, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada que gerem afetação de direito dos agentes econômicos.

As agências reguladoras deverão disponibilizar em seu sítio na internet o material que foi utilizado como embasamento para as propostas colocadas em consulta.

O Parágrafo 4 do referido Projeto de Lei assegura às associações constituídas há pelo menos três anos, 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 até três representantes com notória especialização para acompanhar o processo de consulta pública cabendo à agência arcar com as despesas decorrentes.

Os resultados da consulta e audiência pública deverão ser disponibilizados no sítio da agência na internet, enfatizando que o envio de sugestões confere o direito de obter do órgão regulador resposta fundamentada.

Cabe ressaltar que algumas agências reguladoras já oferecem assento para representantes da sociedade, em instâncias de consulta e deliberação, como forma de garantir

participação prévia da sociedade na formulação de medidas que afetem os direitos dos agentes econômicos.

Ao que concerne a promoção do controle social e transparência, as notas técnicas elaboradas pelo corpo técnico das agências, instrumentos que antecipam as suas decisões, mostram-se como ferramentas eficientes para o aumento da transparência e da mitigação da assimetria de informação. A descrição e a análise periódica do impacto das atividades que são empenhadas pelas agências reguladoras são também imprescindíveis para o controle e a evolução da qualidade das ações regulatórias.

3.5 A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

Seguramente o aspecto mais polêmico da proposta apresentada pelo governo se refere à obrigação da celebração de contratos de gestão e de desempenho pelas agências.

Nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal, o Projeto de Lei 3337/2004 estende para todas as agências a obrigação da celebração do contrato de gestão e de desempenho com o ministério a que estiver vinculada.

Trata-se de medida voltada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar meios e fins no exercício das atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades da Administração Pública, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação a necessidade de um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da Administração Pública (BRASIL, 2004).

Conforme exposto no Projeto de Lei, o objetivo desse mecanismo é fazer com que as políticas das agências se tornem congruentes com os programas de governo, o que a princípio não caberia nenhuma crítica, dado que, em última análise, as agências reguladoras são entidades estatais.

Algumas agências reguladoras inclusive já contam com a figura do contrato de gestão como contrapartida à autonomia. No entanto tal ferramenta, quando implementada, não segue os termos do que é descrito no Projeto de Lei.

“Parte da responsabilidade por esse quadro pode ser creditada à forma como tais contratos de gestão são referidos, não incorrendo as entidades em nenhuma penalidade em decorrência de sua inexistência ou mesmo de seu descumprimento” (SANTOS, 2004, p. 09).

Cada agência adota uma metodologia mais apropriada à sua gestão, conforme Instrução Normativa, válida somente para aquele ente regulatório.

Segundo o Projeto de Lei 3337/2004, o contrato de gestão e de desempenho será negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada 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.

Cada contrato deverá ser submetido à apreciação do conselho de política setorial da área de atuação da agência reguladora ou a uma das Câmaras do Conselho de Governo, segundo o regulamento.

Será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho, tendo como objetivos aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social e aperfeiçoando as relações de cooperação da Agência com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei (SANTOS, 2004, P. 17).

Deverá explicitar as metas de desempenho administrativo e de fiscalização, os prazos e os indicadores de avaliação para a projeção dos recursos orçamentários. A fixação das obrigações e responsabilidades em relação às metas definidas e o acompanhamento e avaliação, bem como as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas pactuadas também deverão estar claros.

Com duração mínima de um ano, cada agência reguladora deverá apresentar, semestralmente, os relatórios, com ampla divulgação, para serem enviados ao Ministério de vinculação, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Tribunal de Contas da União.

O contrato de gestão e de desempenho, bem como seus aditamentos, deverão ser publicados na imprensa oficial, e ter ampla e permanente divulgação por meio eletrônico, devendo uma cópia ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União.

A proposta gerou controvérsia ao ser classificada como uma medida de subordinação das agências ao controle político do governo. O papel do Tribunal de Contas da União também vem sendo questionado como intromissão na autonomia das agências.

3.6 COMENTÁRIOS E SUGESTÕES À LEI GERAL

Uma lei geral que discipline as agências reguladoras não deve engessar demasiadamente o seu funcionamento e não deve eliminar os incentivos para que as agências reguladoras criem mecanismos adicionais de participação social e transparência (OLIVEIRA; WERNECK; MACHADO, 2004, p. 63).

3.6.1 A Polêmica sobre os Contratos de Gestão e sua interferência na Autonomia das Agências reguladoras

A figura do contrato de gestão não é nenhuma inovação. A sua figura já consta do texto da Constituição Federal, resultante da Emenda Constitucional nº 19/98, que inseriu o novo § 8º do art. 37 da CF, para o qual, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser expandida mediante contrato de gestão, com a fixação de metas de desempenho.

No entanto, o ponto central da discussão é a forma como tal instrumento será utilizado, possibilitando a ocorrência de uma tutela sobre a ação das agências e controle dos seus atos administrativos.

Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto:

A submissão das agências aos contratos de gestão (agora rebatizados como contratos de gestão e desempenho) é inconveniente, contraditória e inconstitucional, pois introduz um perigoso instrumento que pode servir para manietar as agências. O exercício das competências do regulador, como

função pública que é, não pode ser medido como a performance de um atleta, por índices e resultados. A previsão de que o desempenho das agências deveria ser avaliado por “indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance” trai uma visão reducionista e singela do que seja a atividade de regular complexos setores da economia (NETO, 2004 apud SANTOS, 2004).

É ainda contraditório porque, ao mesmo tempo em que se quer – segundo alega-se na exposição de motivos – aclarar a fronteira entre a política setorial e a regulação, prevê que um contrato deverá especificar “as obrigações e responsabilidades” do governo e da agência em relação às metas de regulação. Por fim, é inconstitucional, pois o artigo 37, § 8º da Constituição Federal, só admite contrato de gestão para ampliar, por seu intermédio, a autonomia de entes da administração. A autonomia das agências decorre de lei e não de um contrato. Tal como consta do projeto, o contrato de gestão serviria para reduzir esta autonomia, ferindo assim a previsão constitucional (NETO, 2004).

Segundo José Roberto Mendonça de Barros, ex-Secretário de Política Econômica do Governo Fernando Henrique Cardoso:

“A transparência das agências é absolutamente desejável. No entanto, sua implementação através de contratos de gestão, amarrados em termos de prestação de contas, traz risco de limitar a independência de atuação da agência” (BARROS, 2003).

Alexandre Santos de Aragão, jurista estudioso do tema, afirma que:

A obrigação de a agência reguladora, sob o pretexto da fixação de políticas públicas pelo Executivo central, celebrar contratos de gestão constitui 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 (ARAGÃO, 2004. p. 25-26).

O jurista conclui que a figura *per se* do contrato não é inconstitucional. A sua aplicação, no entanto, não pode, “ao contrário do que determina o art. 37, § 8º, da Constituição Federal, restringir, não ampliar, a autonomia dessas entidades” (ARAGÃO, 2004. p. 26).

Análise do Instituto Brasileiro de Economia (2007) expõe que dado que as agências reguladoras federais brasileiras são autarquias especiais, dotadas de certo nível de independência e autonomia, não há sentido na utilização de uma ferramenta que lhe proporcionem uma liberdade de ação que elas já possuem. E caso, o objetivo do referido contrato seja, por outro lado, a redução da sua autonomia, viola o sentido do que é proposto na Constituição Federal.

A imposição de sanções aplicadas aos dirigentes das agências pelo não cumprimento do disposto nos contratos supõe uma subordinação entre agentes que se contrapõe com a ausência de subordinação hierárquica entre os ministérios e as agências reguladoras. Sugere-se assim a substituição do contrato de gestão por mecanismo mais eficaz de fiscalização da atuação das agências reguladoras, através de comissão do Senado Federal, podendo ser utilizada a Comissão de Infra-Estrutura. Dessa forma, o risco de ingerência política sob o trabalho técnico das agências seria menor (OLIVEIRA; WERNECK; MACHADO, 2004).

Por outro lado, Santos (2004) sustenta uma opinião bem distinta. Conforme esse autor, a proposta apresentada ao Congresso não abranda a autonomia que é essencial às agências. Ao contrário. Ela além de mantida é também fortalecida. As agências reguladoras, mesmo que autarquias dotadas de autonomia, não podem estar livres do vínculo da tutela administrativa do Estado.

Além disso,

é exagero dizer que o Executivo poderá usar os contratos para manipular as Agências. A apresentação, a cada seis meses, dos relatórios de gestão e desempenho, que deverão ser amplamente divulgados e enviados ao Tribunal de Contas da União, garantirá transparência plena, inibindo quaisquer desvios que poderiam advir do uso desse instrumento (SANTOS, 2004, P. 23).

Para o autor acima citado, o contrato de gestão, como instrumento de controle social e de melhoria da gestão das agências, visa em última análise assegurar melhores condições operacionais às próprias agências reguladoras, ao permitir a exigência dos recursos que as leis de criação já estabelecem para o seu custeio e financiamento, além de permitir uma melhor avaliação da sua atuação, apontando para a necessidade de medidas corretivas, quando necessárias.

No entanto, a simples existência do contrato de gestão não assegura o bom desempenho das agências. É necessário o compromisso por parte da direção e do seu corpo funcional para as mudanças propostas, a oferta de programas de treinamento e capacitação, assim como a revisão dos processos de trabalho e, quando necessário, a revisão da estrutura organizacional (SANTOS, 2004).

“Sem o efetivo fortalecimento das instituições, sem que o planejamento estratégico seja estruturado e implementado, não se obterá qualquer resultado duradouro que justifique a utilização dos contratos de gestão” (SANTOS, 2004, p.24).

“- O contrato de gestão para se tornar uma opção concreta para o aperfeiçoamento da gestão pública, precisa ultrapassar a tendência ao formalismo reinante na Administração Pública brasileira” (Dirceu Amorelli – ANP).

Outro ponto de discordância se concentra no apontamento de quem deverá realizar o exame do relatório. Alguns autores ratificam a idéia do Projeto de Lei, e acreditam que o mesmo deva ser submetido à Comissão Interministerial, outros, no entanto, argumentam que o exame deve ser empreendido pela Comissão de Infraestrutura do Senado.

Para Aragão (2004), as sanções relacionadas com as conclusões adquiridas através da análise dos contratos de gestão, além de não adequadas ao exercício da autonomia, não cabem ser aplicadas pelos ministérios.

O caminho para dirimir os supostos déficits de legitimidade 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” (MOREIRA, 2003, p.228/9).

A obrigatoriedade de transparência deve ser complementada pela obrigação de as agências reguladoras motivarem todos os seus atos, o que também corrobora a possibilidade de uma melhor fiscalização pela sociedade. É natural que os diversos grupos de interesse tentem influenciar as regulações adotadas pelas agências. O que deve ser evitado é que a influência dos diferentes grupos de pressão ocorra de maneira não-transparente,

comprometendo a imprescindível imparcialidade das agências reguladoras (OLIVEIRA; WERNECK; MACHADO, 2004, p. 69).

Cumprе ressaltar que a figura do contrato de gestão e desempenho já é utilizado por outros países. Nos Estados Unidos as agências reguladoras firmam acordos de desempenho com base no *General Performance and Results Act*, ou estabelecem metas de desempenho anuais em seus planos de gestão, como é o caso da *Security and Exchanges Commission*, da *Environmental Protection Agency*, da *Federal Aviation Agency*, da *Food and Drug Administration* e da *Federal Communications Commission*.

3.6.2 A Transferência do Poder Concedente para os Ministérios

A transferência do poder concedente para os ministérios setoriais gera especial conflito de interesse, principalmente no Ministério de Minas e Energia, que tem assento no conselho administrativo de empresas vinculadas, o que pode, aos olhos dos investidores, aumentar o risco regulatório nacional.

“Essa medida inibe o investimento uma vez que permite maior influência política em decisões que devem seguir critérios estritamente técnicos” (OLIVEIRA; WERNECK; MACHADO, 2004, p. 84).

3.6.3 A Diretoria Colegiada

A autonomia das decisões das agências reguladoras encontra no estabelecimento dos mandatos fixos dos dirigentes sua principal garantia.

Segundo o Superintendente de Abastecimento da ANP, Dirceu Amorelli:

“- Para que seja possível a criação de um ambiente estável e propício ao investimento, as alterações nas diretorias das agências devem ocorrer de forma gradativa, a fim de evitar mudanças inesperadas na condução da política regulatória. Tratando-se especificamente da ANP, os investimentos na área petrolífera são muito elevados, com um longo tempo de maturação,

qualquer alteração das regras do jogo pode levar a prejuízos incalculáveis, desestimulando novas inversões”.

A não-coincidência de mandato entre os diretores gerais das agências e o Presidente da República também reforça a autonomia.

As agências precisam contar com diretorias compostas por membros de perfil técnico, com notória especialidade no setor, o que sugere a imposição de parâmetros mais rigorosos para a indicação dos possíveis candidatos.

Faz-se necessário que o Legislativo se envolva mais no processo de arguição e aprovação dos diretores das agências reguladoras, para que seja realizada verdadeiramente uma avaliação das condições subjetivas e objetivas condizentes com o exercício do cargo.

Para o Gerente de Autorizações da ANP, Rubens Freitas:

“- No momento da sabatina pelas comissões do Senado Federal, os mesmos deveriam já expor os seus planos de atuação, com as metas para cumprimento, que seriam submetidos ao controle social”.

3.6.4 Quanto ao Processo Decisório

O caput do art. 6º diz que as agências reguladoras “adotarão processo de decisão colegiada”, presumindo-se que todas as decisões serão tomadas pelo colegiado diretor, mas o § 2º estabelece que o colegiado será a instância recursal, o que presume a existência de decisões monocráticas anteriores.

Portanto, para Aragão (2004), mister se faz, que seja fixado o princípio da decisão colegiada, mas deixando aos regimentos internos a previsão da existência de decisões monocráticas, sujeitas a reexame pelo colegiado.

“- Caso fosse adotado o princípio de que todas as decisões deveriam ser submetidas à apreciação da diretoria colegiada, o poder decisório das agências ficaria muito engessado e lento. A Superintendência de Abastecimento da ANP é aquela que possui maior grau de delegação para fins de deliberação depois da Diretoria” (Dirceu Amorelli – ANP).

Para a Associação Brasileira de Agências de Regulação, as reuniões da diretoria colegiada das agências devem ser abertas e seguidas da publicação dos votos e documentos que embasaram as decisões tomadas. Também deveria ser criada uma comissão, com representantes de entidades de defesa do consumidor, para examinar as decisões tomadas.

Aragão (2004) explicita a necessidade de cautela quanto à contratação de instituições para apoio técnico às agências reguladoras, para que recursos públicos não venham a ser despendidos com profissionais que tenham pouca condição de contribuir com eficiência.

O autor expõe que a prática da contratação para apoio técnico é bastante usual nos Estados Unidos, havendo, no entanto, previsão legislativa expressa, e rigorosos trâmites processuais.

3.6.5 O Incremento da Transparência e Participação Popular

O incremento da transparência e da participação da sociedade na atividade das agências pode ser obtido por mecanismos procedimentais, através da obrigação de que todas as sessões ou reuniões deliberativas das agências sejam abertas ao público, assim como pelo incentivo à participação dos grupos interessados na regulação, nos processos de consulta e audiência públicas (NETO, 2003).

A lei deve tornar obrigatório que a adoção de novas normas pelas agências reguladoras seja precedida uma análise quantitativa que contenha os custos estimáveis referentes ao cumprimento da norma proposta, e que também explicita os seus benefícios.

“A impermeabilidade do regulador em face dos interesses regulados pode pôr em risco a legitimidade da regulação, pois fará com que a aceitação das pautas regulatórias repouse exclusivamente na imposição por força da autoridade, cuja capacidade e eficácia é limitada” (NETO, 2003, p. 59).

A descentralização territorial das agências também deve ser incentivada. O aumento da capilaridade dos órgãos favorece a percepção pela sociedade das suas atividades, da mesma forma, que torna mais eficiente a regulação, principalmente quanto à fiscalização.

A complexidade dos assuntos regulatórios faz com que muitos temas envolvam simultaneamente áreas de competência de diferentes agências reguladoras e outros órgãos do governo. Para enfrentar essa questão, é preciso estimular a articulação e a cooperação dos órgãos reguladores, com vistas a facilitar a atuação dos agentes econômicos, principalmente quanto ao cumprimento da legislação vigente.

Em resumo, através da análise dos pontos apresentados pelo Projeto de Lei 3337/2004, Neto (2003) expõe algumas sugestões para o aperfeiçoamento do modelo de agências federais brasileiras:

- (i) aprimorar os mecanismos de controle das atividades das agências;
- (ii) incentivar uma maior articulação entre os órgãos reguladores setoriais e os órgãos de defesa dos interesses gerais da sociedade;
- (iii) a efetiva utilização de critérios técnicos no processo de indicação dos dirigentes das agências;
- (iv) maior pluralismo;
- (v) o incremento da transparência e participação popular;
- (vi) a descentralização territorial da atividade das agências;
- (vii) a introdução de mecanismos de institucionalização da participação dos consumidores na atividade regulada;
- (viii) a explicitação das fronteiras entre políticas;
- (iv) a imprescindibilidade da garantia de meios e recursos para o funcionamento das agências.

3.7 SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI

Com um grande número de emendas, o Deputado Leonardo Picciani elaborou dois projetos Substitutivos ao Projeto de Lei, apresentando um deles em 2004 à Comissão Especial

destinada a analisar a proposta, e outro em 2007, sem apresentação formal, e destinado a consultas de setores da sociedade.

Em agosto de 2007, a Câmara realizou uma Comissão Geral para discutir o tema das agências reguladoras. Cabe ressaltar que as agências também se mobilizaram para acompanhar e apresentar suas análises e sugestões de mudança.

Representantes das agências reguladoras formaram um grupo para analisar e propor alterações ao texto do Substitutivo, o que resultou em aperfeiçoamentos na proposta, a partir da apresentação do trabalho à Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, área da Casa Civil, responsável pelo Projeto de Lei.

Os diretores gerais das agências reguladoras federais elaboraram um documento para apresentar as propostas de aperfeiçoamento, conforme mostra o quadro a seguir:

Quadro 3. Propostas dos diretores gerais das agências reguladoras para o aperfeiçoamento do Projeto de Lei n 3337/2004

Garantia de efetividade da autonomia das agências;
Melhor definição da forma de realização das consultas públicas;
Necessidade de simplificação dos instrumentos de planejamento propostos para a prestação de contas;
Conceder maior clareza para o papel do ouvidor, garantindo a sua independência e proporcionando a melhoria de gestão da agência;
Necessidade de se considerar que a definição dos mecanismos de interação com órgãos de defesa da concorrência se dê conforme leis específicas;
Criação da possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta pelas agências;
Flexibilização da obrigação de celebração de convênios com órgãos de defesa do consumidor

e do meio ambiente;
Adequação da descrição relativa à qualificação dos membros do conselho diretor das agências;
Necessidade de criação de varas especializadas em matéria regulatória no judiciário.

Fonte: elaboração própria

Cabe destacar que o documento elaborado pelos diretores das agências reguladoras, em geral, concorda, sob muitos aspectos, com as diretrizes propostas pelo governo.

3.7.1 O Substitutivo ao Projeto de Lei 3337/2004 do Deputado Leonardo Picciani

O Deputado Leonardo Picciani começa o seu relatório tecendo algumas considerações acerca da controvérsia em torno da constitucionalidade das agências reguladoras, advinda do fato de que detêm, em razão de sua natureza, exacerbado poder normativo, que pela Constituição Federal de 1988, caberia somente ao Congresso Nacional, e ao Presidente da República.

Todavia, esclarece que apenas uma proposta de emenda constitucional poderia dirimir as dúvidas existentes sobre o tema.

Negociações mantidas pelo Relator do Substitutivo ao Projeto de Lei, Deputado Leonardo Picciani, com vários segmentos da sociedade e do próprio governo, permitiram que o Substitutivo apresentado dispusesse de avanços e aperfeiçoamentos.

Foi introduzido, através do art. 3º, uma caracterização mais precisa sobre a natureza especial das agências reguladoras, ressaltando sua autonomia administrativa, decisória, funcional e financeira.

Outra novidade do Substitutivo em relação ao Projeto de Lei 3337/2004 é a regulamentação da máxima de que a atividade regulatória deve ser exercida nos limites

exigidos ao atendimento do interesse público, para não impor um ônus desnecessário à sociedade.

As agências também deverão esclarecer as motivações de suas decisões (art. 5º), com as razões que justificam suas escolhas.

Para fomentar a transparência das decisões regulatórias, as reuniões deliberativas das agências deverão ser públicas e seus registros disponibilizados.

Quanto aos procedimentos de consulta e audiência pública, importantes mudanças foram propostas. O papel desses procedimentos quanto à garantia e promoção da transparência das atividades das agências foi reafirmado, no entanto, em relação às propostas de alteração das normas legais, o Relator do Substitutivo ao Projeto de Lei afirma que devem ser encaminhadas ao Poder Executivo e, se somente se acatada a recomendação, dado o prosseguimento da consulta pública no âmbito das agências reguladoras.

Segundo o Substitutivo ao Projeto de Lei os pedidos de revisão de tarifas deverão também ser objeto de consulta pública.

O capítulo II, que trata da prestação de contas e do controle social, o Substitutivo ao Projeto de Lei considera fundamental o papel a ser exercido pelo Poder Legislativo quanto ao exercício do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Para esse fim, o relatório anual de atividades das agências reguladoras deverá ser encaminhado ao titular do Ministério a que estiver vinculado, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União.

Da mesma forma, deverá ser disponibilizado no sítio da agência na internet, pelo prazo mínimo de um ano.

Cumprе ressaltar que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo, não se pronunciará acerca do mérito das deliberações das agências nas questões de natureza regulatória.

O § 2º do art. 13 do Substitutivo prevê que cada agência reguladora deverá apresentar, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes das duas casas do Congresso

Nacional, para fins de deliberação, a avaliação do cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos.

A figura do contrato gestão, que representava um dos pontos mais controversos do Projeto de Lei nº 3337/2004, no Substitutivo, foi removido. Em seu lugar, foram introduzidos o Plano Estratégico de Trabalho (art. 14) e o Plano de Gestão e Desempenho (art. 15).

O Plano Estratégico de Trabalho (PET) compreende o planejamento de longo prazo das agências, tendo duração coincidente com o plano plurianual (quatro anos). Deverá contemplar os objetivos esperados, a qualificação dos meios a serem empregados para que tais fins sejam atendidos e o cronograma de implementação.

O Plano Estratégico de Trabalho deverá ser revisto anualmente, conforme o § 1º do art. 14, no prazo de noventa dias após a publicação da lei orçamentária anual - LOA, pelos membros do Conselho Diretor.

Associar o Plano Estratégico de Trabalho à LOA ocorre como forma de se garantir a compatibilidade da implementação do conjunto de políticas setoriais aprovadas pelo Congresso Nacional com as disponibilidades orçamentárias projetadas.

Já o Plano de Gestão e Desempenho (PGD) será o instrumento de acompanhamento anual do Plano Estratégico de Trabalho, representando o planejamento de curto prazo das agências.

O Substitutivo fixa como objetivos do Plano de Gestão e Desempenho (PGD):

a) aperfeiçoar os mecanismos de acompanhamento das ações da agência, com o intuito de promover maior transparência e controle social;

b) melhorar a cooperação entre agência e o Poder Público;

c) promover o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços da agência, com foco em resultados;

O Plano de Gestão e Desempenho (PGD) deverá contemplar as metas do Plano Estratégico de Trabalho (PET), assim como as de desempenho administrativo, operacional e de fiscalização.

Precisará estimar os recursos orçamentários, o respectivo cronograma de desembolso e a disponibilidade dos recursos humanos e tecnológicos viáveis para o cumprimento das metas estabelecidas.

A sistemática a ser adotada para o acompanhamento e avaliação da gestão das agências reguladoras também deverá estar descrita no Plano de Gestão e Desempenho.

Entre as metas de desempenho administrativo e operacional do Plano de Gestão e Desempenho serão inseridas as ações relacionadas à promoção da qualidade da atuação das agências, fomento à pesquisa e promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência.

O Plano de Gestão e Desempenho será aprovado pelo Conselho Diretor da Agência.

Para maior transparência e controle social, a agência deverá encaminhar cópias do Plano de Gestão e Desempenho para o Senado Federal, para a Câmara dos Deputados e para o Tribunal de Contas. Também se prevê a sua disponibilização na sede e no sítio da agência na Internet.

O Substitutivo ao Projeto de Lei explicita a exposição das agências ao controle externo, apesar do tema já estar previsto na Constituição Federal, da mesma forma, mantém a previsão da existência de Ouvidoria com mandato fixo de 4 (quatro) anos ao invés de 2 (dois) anos, e aprovação prévia pelo Senado Federal.

Estabelece como atribuições do Ouvidor o zelo pela qualidade dos serviços prestados pelas agências, assim como o acompanhamento da averiguação interna das denúncias e reclamações realizadas pelos agentes de mercado. Foi assegurada a participação do Ouvidor em todas as audiências e consultas públicas realizadas pela agência, tendo o direito de intervir e indagar os servidores a qualquer tempo.

O ocupante do cargo terá a obrigação de emitir relatórios semestrais ou quando julgar cabível, sobre o desempenho da agência, a ser enviados ao Ministro da Pasta, e aos Ministros da Fazenda, Casa Civil e Planejamento, assim como à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao TCU, desde que antes ouvido, o Conselho da Agência.

O Substitutivo também permite que as agências constituam comitês de intercâmbio de experiências e informações entre si e com o Ministério da Fazenda para o exercício da regulação.

Da mesma forma prevê que as agências deverão se articular com os órgãos e entidades de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente, em particular, visando ao aumento da eficácia em suas esferas de atuação.

O aumento da interface das agências com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), além de desejável, é imprescindível à promoção da qualidade regulatória.

Ponto bem recorrente à rotina das agências reguladoras, o Substitutivo regulamenta a participação da agência no caso de ação civil pública que redundar em um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), quando este envolver agente econômico sujeito à competência regulatória.

No capítulo pertinente à interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de regulação estaduais e municipais, as modificações propostas destinam-se a explicitar que somente as atividades de fiscalização podem ser delegadas (§ 3º a 5º do art. 30 do Substitutivo).

Ponto de destaque no referido Substitutivo é a manutenção da proposta de restituição do poder concedente da agência para o Poder Executivo. Caberá, contudo, às agências a promoção dos procedimentos licitatórios.

Como o Projeto de Lei nº 3337, de 2004, pretende instituir uma lei geral das agências reguladoras, este propõe a uniformização da nomenclatura pertinente aos cargos de diretoria passando a ser denominados, respectivamente, Conselho Diretor, Presidente e Diretor.

O referido Substitutivo fixa em 4 (quatro) anos o mandato dos membros dos conselhos das agências, vedando a recondução. Assim, a cada ano, em cada agência, ocorrerá o vencimento de um mandato e conseqüente nova indicação, fazendo com que ocorra renovação total dos seus membros ao longo do mandato do Presidente da República.

Institui como requisitos necessários para o exercício do cargo de diretor e Presidente de Agências, a experiência comprovada, além da nacionalidade e reputação ilibada. Veda a

vinculação sindical e político-partidária dos membros da diretoria, assim como que exerçam outras atividades profissionais, exceto magistério universitário.

O desrespeito ao impedimento no período de quarentena passa a ser qualificado como crime de advocacia administrativa.

A fim de atenuar um recorrente problema que afeta o poder decisório das agências reguladoras federais brasileiras, em caso de vacância de cargo da direção de agência, o respectivo Substitutivo, propõe que até que seja escolhido e empossado o novo dirigente, a elaboração de lista uma sêxtupla pelo conselho formada por servidores da agência ocupantes de cargos de chefia, que deverá ser encaminhada ao Presidente da República até 10 de dezembro de cada ano, para escolha do interino. Caso o decreto não seja publicado até 31 de janeiro de cada ano, exercerá a interinidade o Superintendente mais antigo.

Segundo Santos (2008), as inovações constantes do Substitutivo ao Projeto de Lei elaborado pelo relator, o Deputado Leonardo Picciani, são importantes para o aperfeiçoamento da governança regulatória no país, e ainda vão de encontro com as demandas das próprias agências, como também, acham-se em consonância com as propostas defendidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Infelizmente a agenda legislativa brasileira ainda não permitiu a votação da proposta pelo Plenário da Câmara dos Deputados, mesmo que sua votação tenha o apoio dos partidos da base de sustentação do governo e dos partidos de oposição, que também reconhecem a necessidade de sua aprovação, ainda que com alguns ajustes.

No âmbito específico das agências reguladoras, o Projeto de Lei nº 3337, de 2004 não responde, como não poderia responder, pela totalidade das soluções dos problemas da agenda regulatória brasileira.

4 GOVERNANÇA REGULATÓRIA

A governança regulatória não se resume ao enfrentamento de temas relacionados apenas à organização e funcionamento das agências reguladoras e órgãos supervisores ou formuladores das políticas setoriais. Ela se insere num contexto maior que diz respeito ao funcionamento do governo como um todo, no exercício de suas capacidades e em suas relações com a sociedade e agentes econômicos (SANTOS, 2008, p. 11).

A estrutura de governança de um país é o que define a sua capacidade de reação a ações arbitrárias do governo. Essa idéia é defendida pelos autores Melo (2002) e Muller (2001) pra quem a credibilidade proporcionada pelas agências reguladoras está fortemente condicionada pela estrutura de governança de cada país.

Governança regulatória: “[...] é o desenvolvimento sistemático e a implementação de políticas gerais sobre como o governo utiliza seus poderes regulatórios” (OCDE, 2004).

A governança regulatória será tão mais efetiva quanto menor for a assimetria de informação entre o ente regulador e os agentes por ele regulados. A necessidade de isenção requer autonomia de decisão para evitar a sua captura pelo mercado ou mesmo pelo próprio governo, com ações oportunistas e imediatistas.

Um dos aspectos centrais é a ampliação e melhoria do acesso à informação em todos os setores da Administração, condição para a prevenção da corrupção e a promoção da *accountability*. “Há uma tensão natural, interna à burocracia, que reside, ainda, na cultura do segredo no âmbito da Administração Pública, de tratar todas as informações como sigilosas e, com isso, preservar espaços de poder e estabelecer uma hierarquia entre agentes públicos e cidadãos que, no contexto da governança não se sustenta” (SANTOS, 2008, p.11).

A transparência e a participação da sociedade é um elemento cada vez mais central, o que requer a abertura de espaços e o estabelecimento de instrumentos institucionais que a viabilizem, com a redução dos custos de participação.

A previsibilidade de regras para garantir a estabilidade do mercado é também um dos temas centrais da chamada “governança regulatória”. E essa previsibilidade pressupõe uma “governança regulatória com autonomia e sem ingerência política ou corporativa”. (SALGADO; MOTTA, 2005, p.5).

4.1 REFORMA REGULATÓRIA

A efetividade de uma política regulatória depende de alguns componentes, que devem se reforçar mutuamente: precisa ter apoio no nível político mais elevado; possuir padrões de qualidade da regulação definidos e tangíveis, e oferecer capacitação de forma permanente para gestão em regulação (OCDE, 2005).

Para Pires e Goldstein (2001, p. 7), “a tendência mundial de reforma regulatória tem sido a designação de autoridades regulatórias independentes com poderes bem definidos e cujo exercício de sua missão seja baseado em marcos regulatórios previamente definidos”.

No Brasil, algumas dessas iniciativas já são consideradas, contudo, “estão dispersas em toda a administração, e não foram integradas em uma abordagem do governo como um todo para promover a política regulatória” (OCDE, 2008, p. 36). O próprio papel do Estado na economia ainda é alvo de intenso debate, principalmente em períodos de crise.

O aumento da qualidade regulatória e do grau de transparência e responsabilização, com vista a uma efetiva governança pública, requer uma escolha correta do equilíbrio entre independência e responsabilização, dado que, a definição das competências regulatórias, em última análise, reflete as escolhas estratégicas das políticas públicas.

4.2 POLÍTICAS DE REFORMA REGULATÓRIA

A partir dos anos 1980, culminando na década de 1990, com o desenvolvimento das concepções liberais e a conseqüente redução da intervenção direta do Estado na economia, houve o advento do chamado Estado Regulador.

Esperava-se que o setor privado, atuando também na área de infraestrutura, fosse capaz de injetar dinamismo, alavancando os investimentos, e facilitando o acesso a esses serviços em um contexto de mercado. No entanto, essa mudança não se deu de forma tão direta quanto desejada.

Rapidamente mostrou-se indiscutível, que o Estado Regulador era muito mais complexo que o Estado Mínimo. Tornava-se necessário desenvolver formas de reger este novo papel a ser desempenhado pelo Estado.

Não há dúvidas que o projeto das agências reguladoras merece especial atenção, mas o país não pode deixar de considerar outros pontos de grande importância que também fazem parte do processo regulatório, quais sejam: o aperfeiçoamento da qualidade da legislação que é produzida, sua consolidação e padronização e o nível de transparência do modelo.

“- A reforma regulatória também se refere a melhorar a regulação, bem como torná-la melhor estruturada. Simplificar o processo e fazer com que se mostre mais transparente, eficaz e com maior responsabilização são desafios” (Dirceu Amorelli – Superintendente de Abastecimento – ANP).

Segundo Mello; Ramalho (2009) “quanto mais clara e consistente for a definição da política regulatória pelos governos, maior a chance de que as agências reguladoras possam ser efetivamente responsabilizadas pelo poder político e pelos cidadãos. Isso terminará por aumentar a transparência e a credibilidade do sistema regulatório e do governo junto à sociedade, retroalimentando a política regulatória e ampliando sua eficiência” (P. 237).

A eficiência das políticas regulatórias requer apoio explícito dos governos. O acompanhamento da reforma regulatória dentro da administração pública faz-se necessário para que as diretrizes sejam respeitadas e seguidas. “Manter uma abordagem sistemática e consistente, que perpassse toda a administração é condição necessária para se ter uma reforma bem fundamentada” (OCDE, 2008, P. 38).

Seguem abaixo, as recomendações da OCDE (OCDE apud RAMALHO, 2007) para a reforma regulatória:

- Desenvolver a política regulatória dentro do marco conceitual da “governança regulatória”;
- Ampliar o alcance da política regulatória através de melhorias no processo de elaboração de regulamentos ressaltando a importância da cooperação intergovernamental nas atividades regulatórias;
- Fomentar a sensibilização sobre a importância econômica em que se reverte a regulação;

- Realizar avaliações sistemáticas das políticas regulatórias e dos seus instrumentos;
- Melhor definir as funções e características das instituições responsáveis pela reforma regulatória;
- Simplificar a produção normativa a fim de conceder maior clareza.

É um erro acreditar que a reforma regulatória no Brasil teve fim com a criação das agências reguladoras. Na verdade, o advento desses entes na estrutura da administração pública nacional foi o início de um processo, que precisa encontrar-se em constante evolução e adaptação.

4.3 A COORDENAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL PARA A PROMOÇÃO DA GOVERNANÇA REGULATÓRIA: O PROGRAMA DE FORTALECIMENTO DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL PARA GESTÃO EM REGULAÇÃO - PRO-REG

Em 2007, a Casa Civil, em trabalho conjunto com os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, elaborou e propôs o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG).

O Brasil ainda não conta com um órgão ligado ao centro do governo com a competência exclusiva de supervisionar, promover, coordenar e monitorar a qualidade da atividade regulatória produzida no país. A Casa Civil da Presidência da República tem acumulado dentre suas competências, a direção na discussão da reforma regulatória.

Assim, no exercício dessa função, a Casa Civil da Presidência da República, em articulação com os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão propôs a criação do PRO-REG, instituído pelo Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados (Santos, 2008, p. 09).

O referido programa, iniciado efetivamente em 2008, e financiado junto ao Banco Interamericano do Desenvolvimento – BID, com autorização do Senado Federal, busca o fortalecimento do sistema regulatório brasileiro, através do aperfeiçoamento da capacidade de formulação e análise de políticas públicas nos setores regulados e de uma melhor coordenação e alinhamento entre as políticas setoriais e o processo regulatório.

A finalidade do PRO-REG pode ser assim determinada:

- Fortalecer o sistema regulatório, e as capacidades de formulação e análise de políticas públicas, para proporcionar ganhos de eficiência;
- Incentivar a coordenação;
- Aumentar a autonomia, transparência e o desempenho das agências reguladoras;
- Aperfeiçoar os mecanismos de responsabilização social e transparência.

O PRO-REG promoverá o suporte técnico e o desenvolvimento de análises e pesquisas com a oferta de propostas concretas, para a formatação de um modelo de excelência para a gestão regulatória.

Um Comitê Gestor – CGP e um Comitê Consultivo – CCP, ambos coordenados pela Casa Civil da Presidência da República, foram criados para fins de execução do PRO-REG.

O Comitê Gestor é aquele responsável pela definição das diretrizes estratégicas do Programa, suas prioridades e pela estreita coordenação entre as instituições envolvidas. Também tem como uma de suas principais tarefas a apresentação de relatórios de execução. É composto por representantes da Casa Civil, do Ministério da Fazenda, e do Ministério do Planejamento, Orçamento e da Gestão.

O Comitê Consultivo é formado por representantes das agências reguladoras, dos ministérios supervisores dessas agências, do Ministério de Justiça e do Conselho Administrativo para Defesa Econômica (CADE). Uma das suas principais tarefas é aprimorar o que vem sendo feito dentro PRO-REG, assessorando o Comitê Gestor.

A Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil será responsável pelo apoio técnico e administrativo, acompanhando o cumprimento do trabalho.

Dentre seus componentes, o PRO-REG visa implementar um programa de capacitação em análise de impacto regulatório, o desenvolvimento de uma sistemática de seleção de diretores das agências reguladoras, assim como a formulação de um programa de capacitação, com foco na gestão por resultados.

Existe também a intenção na criação de uma Unidade de Coordenação, Monitoramento e Avaliação de Assuntos Regulatórios, no âmbito do Poder Executivo, com a finalidade de identificar, na experiência internacional, modelos aplicáveis ao contexto brasileiro.

A partir da implementação do PRO-REG, existe a expectativa de desenvolvimento de mecanismos de cooperação intergovernamental para monitorar e avaliar a qualidade da regulação, além da criação de uma unidade no âmbito da administração central, dotado de capacidade técnica e base de dados, para cumprir a função de coordenar, avaliar e monitorar temas de regulação (SANTOS, p.11, 2008).

4.4 DESAFIOS DA REFORMA REGULATÓRIA NO BRASIL

O desenho do Estado no Brasil é de fato, muito complexo. Temos um Poder Executivo bastante fragmentado com elevado número de ministérios e secretarias. Nesse contexto, a discussão sobre regulação no Brasil desenvolve-se cada vez mais crescentemente no campo da governança pública, em respeito à própria questão da eficiência da atuação do Estado.

Murilo Ramos (2002a) afirma que as agências reguladoras existentes precisam aperfeiçoar os mecanismos de relação com a sociedade. Quanto às consultas e audiências públicas, expõe que atualmente esses processos estão mais focados na formalização dos procedimentos do que na efetiva troca de conhecimento da área regulada. A participação da sociedade no processo de tomada de decisão imputa legitimidade ao processo e aumenta a sua efetividade, visto que são identificados pontos e questões que podem não ter sido considerados quando da formatação da regulamentação.

O aumento da legitimidade, capacidade e transparência das instituições regulatórias, de modo que a sociedade possa dispor de instrumentos mais efetivos quanto ao atendimento

dos seus interesses, configura-se como um dos principais desafios que precisam ser enfrentados para que se possa melhorar a governança regulatória no Brasil.

A clareza de funções, os limites de competência e os níveis de responsabilidade das instituições reguladoras, nos termos da Constituição Federal, também devem ser aperfeiçoados, evitando-se, assim, os conflitos que freqüentemente ocorrem.

É fundamental a definição precisa da extensão e dos limites da autonomia das agências reguladoras. Necessário buscar, ainda, o aperfeiçoamento dos mecanismos de coordenação e supervisão, que somente podem ser viabilizados através da parceria entre o governo e a sociedade.

Aprimorar o sistema jurídico do país e seus instrumentos de atuação é outro ponto fundamental para assegurar um crescimento econômico sustentável e fornecer transparência.

Por fim, é preciso buscar o aperfeiçoamento e a consolidação normativa, de modo a fomentar a padronização do conjunto normativo, assim como, a simplificação administrativa e a redução dos excessos da burocracia.

5 QUALIDADE REGULATÓRIA

5.1 MELHORIA DA CAPACIDADE REGULATÓRIA

Nos últimos anos tem crescido o interesse na busca por uma regulação mais eficiente do domínio econômico, dada a constatação de que a excessiva regulação pode causar custos onerosos ao ambiente econômico.

O aperfeiçoamento do arcabouço regulatório brasileiro já faz parte da estratégia para a aceleração do crescimento do país. Com esse objetivo, inclusive, o Projeto de Lei nº 3337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, lançado pelo governo no início de 2007.

“- No novo ciclo de desenvolvimento no qual o Brasil está inserido, onde depois de alcançada a estabilidade macroeconômica, busca-se, sobretudo, o crescimento econômico sustentado, a melhoria da qualidade regulatória é absolutamente relevante, dada a relação muito intensa entre ambiente institucional-legal e investimento” (Rubens Freitas – ANP).

Incentivar o crescimento econômico requer a criação de um ambiente de investimento estável e atrativo, o “que significa fortalecer o aparelho de gestão da capacidade reguladora e apostar no seu desenvolvimento, bem como na melhoria da qualidade das políticas regulatórias setoriais e sistêmicas, no fortalecimento das instituições e na confecção de ferramentas adequadas e inovadoras” (GAETANI; ALBUQUERQUE, 2009, p. 194).

Uma determinação exata das competências dentro do processo regulatório, a fim de evitar sobreposição de tarefas e distorções do modelo, é um desafio para o Brasil. Quando não existe uma coordenação das ações, as responsabilidades tornam-se imprecisas.

Mostra-se claro, enfim, que independente das ferramentas a serem utilizadas pelos países nos processos de reforma, a política regulatória para a qualidade requer a adoção de uma abordagem dinâmica ao longo do tempo, e seu respectivo acompanhamento, a fim de verificar se as mudanças estão sendo implementadas de forma apropriada.

5.2 BOAS PRÁTICAS

5.2.1 A Análise de Impacto Regulatório como Ferramenta de Gestão

Os parâmetros fundamentais de uma boa prática regulatória contemplam o que os organismos internacionais acordaram chamar de *Regulatory Impact Analysis* – RIA, ou seja, Análise de Impacto Regulatório – AIR (RAMOS, 2009).

A análise de impacto regulatório permite o apontamento dos problemas, as alternativas disponíveis de política e os efeitos das decisões, conferindo estrutura, coerência, exatidão e transparência à revisão.

Busca-se com a utilização de tal instrumento que a produção regulatória seja de qualidade, que não prejudique a concorrência, trazendo ônus desnecessários aos agentes regulados e que atenda os objetivos da política de governo, com o menor custo possível para a sociedade.

Institucionalmente, a melhoria regulatória é, ainda, pertinente ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Mpog, dada a missão da Secretaria de Gestão – Seges do Ministério, que é ampliar as políticas de gestão para aumentar a eficiência do governo, através da interlocução com os atores envolvidos no processo a nível federal.

Segundo Ramos (2009), mais do que um ferramenta, a AIR é um processo para a tomada de decisões regulatórias, via avaliação dos impactos potenciais advindos da regulação governamental através de técnicas comparativas.

5.2.2 A Instituição da Agenda Regulatória

A Agenda é o conjunto de temas prioritários que deverão ser objeto de regulamentação para um determinado período, geralmente de um ano, contemplando as prioridades, e assim concedendo à sociedade a oportunidade de contribuir na definição da pauta.

Como tal, torna-se um eficiente instrumento de controle social das agências, pois quanto mais clara e definida forem suas prioridades, mais fácil será o acompanhamento e a sua avaliação por parte do governo e da sociedade, aumentando assim a transparência e a credibilidade do sistema regulatório.

A participação da sociedade e de agentes do mercado na definição da Agenda, também afere maior legitimidade ao processo.

A coordenação entre os ministérios setoriais, nos países da OCDE, na forma de reuniões com a apresentação das estratégias adotadas com vistas à qualidade regulatória, tem sido uma medida utilizada para intensificar a agenda regulatória.

5.3 PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO REGULATÓRIO

As consultas e audiências públicas não devem ser os únicos canais de promoção da participação da sociedade, tampouco de coleta de informações do mercado. A exemplo do que ocorre na ANVISA, as câmaras setoriais temáticas podem atuar reunindo instituições de representação nacional para a discussão e o posterior canalização das propostas à Diretoria Colegiada das Agências.

Dentre outros aspectos, a transparência requer a adoção de procedimentos padronizados na formatação e alteração das regulamentações, fazendo uso de uma linguagem clara, e supõe consulta às partes interessadas.

5.3.1 Produzindo Novas Regulamentações

Um tema adicional na discussão de um eficaz modelo de agências reguladoras é que ele deve contribuir para reduzir o excesso normativo desnecessário. Quando a produção da regulamentação de um país se dá de forma excessiva e não coordenada, torna-se muito custoso para os agentes cumpri-las na sua totalidade e se adaptar perfeitamente ao arcabouço institucional vigente.

Infelizmente, quanto ao atual arcabouço regulatório brasileiro, existem muitas normas contraditórias e sobrepostas, o que onera a produção e incentiva a informalidade, dado que os ganhos por seu não cumprimento concedem uma elevada vantagem competitiva.

A falta de efetividade das normas regulatórias é fruto principalmente da falta de clareza na formulação das regulamentações que são produzidas, levando a interpretações erradas.

O Brasil conta com estruturas organizadas para a preparação dos atos regulatórios, com mecanismos de consulta, no entanto, ainda necessita fazer o uso sistemático de outras ferramentas de qualidade regulatória. A própria consulta pública deve ser aproveitada de forma mais plena.

Um dos grandes desafios é o baixo nível de participação social, com a conseqüente dificuldade de representação da sociedade civil. Outras questões incluem os procedimentos de relação com o judiciário, e os esforços de simplificação administrativa.

Faz-se necessário a existência de uma sistemática de análise da regulação que assegure transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas. A discussão sobre um processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias também é singular, o que requer a formação de um corpo técnico capacitado em assuntos regulatórios.

5.3.2 A Transparência de Procedimentos para a Elaboração de Regulações

Quando a participação da sociedade no processo de formulação da regulação se dá de forma efetiva, o alcance de ações alternativas é facilitado.

Procedimentos transparentes para elaborar e implementar a legislação são fundamentais para assegurar a confiança no processo.

O controle da discricionariedade das agências reguladoras é alcançado por meio da padronização e da transparência de seus procedimentos de formulação, implementação e alteração das regulações, o que também resulta

em maior participação e confiança do público (OCDE apud OLIVEIRA; WERNECK; MACHADO, 2004, p. 32).

A regulação deve ser suficientemente flexível para ser capaz de se adaptar as mudanças tecnológicas e respeitar as alterações de comportamento dos agentes regulados e da sociedade.

A OCDE recomenda que as agências reguladoras reduzam o excesso de licenças e autorizações exigidas dos agentes econômicos para que exerçam uma determinada atividade. Quando as exigências são muito onerosas, as micro e pequenas empresas, grandes empregadoras e peças-chave para o desenvolvimento econômico, são as mais prejudicadas.

O planejamento na gestão pública atua no sentido de aumentar a transparência, ao conceder maior previsibilidade às ações do governo. No processo regulatório, o planejamento pode reduzir os custos de transação ao fornecer uma divulgação prévia das futuras regulações (OCDE, 2008).

O Brasil ainda não conta com um processo consolidado de indicação das intenções de ação regulatória do Poder Executivo, tampouco uma autoridade federal responsável pela garantia da transparência na administração pública.

No Brasil, as práticas concernentes à transparência e acesso a regulações encontram-se menos desenvolvidas do que na maioria dos países da OCDE. “Por exemplo, a consolidação de todas as regulações infralegais permanece inacabada. De igual modo, não existem garantias de que somente as regulações oficiais, mencionadas em registros públicos, são executáveis, e, ainda, ressenete-se a falta de uma codificação sistemática e atualizada das mesmas” (OCDE, 2008, P.51).

O planejamento e a comunicação são medidas necessárias, porém não suficientes para garantir um ambiente regulatório sadio e transparente. Não adianta informar à sociedade a existência das normas, se na prática, as mesmas não são executadas e cumpridas.

Ressalta-se, que não é o objetivo fazer com que as regulamentações vigentes sejam vistas como verdades absolutas, que não merecem atualizações e/ou contestações. Elas são criadas refletindo um cenário de mercado que está em constante transformação. Daí advém à necessidade da existência de um mecanismo de apelação para que possa também funcionar como um mecanismo de *feedback* para aprimorar as regulações.

5.4 O PODER JUDICIÁRIO E A QUALIDADE REGULATÓRIA

A função do Judiciário é essencial para o controle da qualidade regulatória e para um melhor desempenho econômico. A efetividade do processo decorre da capacidade de o Judiciário considerar a consistência da regulação com os princípios de constitucionalidade, incluindo, particularmente, a proporcionalidade e o direito de ser ouvido (OCDE, 2008, P.57).

No Brasil, a privatização de empresas antes de propriedade do Estado trouxe novas responsabilidades ao Poder Judiciário, principalmente na garantia dos direitos de propriedade, e no cumprimento dos contratos.

“- O Judiciário precisa acompanhar a dinâmica do mercado, funcionando numa velocidade compatível com aquela nova configuração econômica. É evidente a necessidade de reformar o sistema judiciário, a fim de torná-lo mais eficiente e diligente” (Dirceu Amorelli – ANP).

No Brasil, há o fenômeno da “judicialização” do conflito político, compreendido como a tendência das forças políticas em transferir para o Poder Judiciário as disputas de natureza essencialmente política, que não são solucionadas dentro do âmbito apropriado, conduzindo a “politização” do Judiciário. Um exemplo disso é o processo legislativo, no qual, a incapacidade de construir uma clara maioria política para aprovar leis inequívocas e bem definidas, conduz, às vezes, a textos ambíguos, o que vai exigir acordos políticos. Isso deixa os assuntos mais difíceis, e vantagens e desvantagens para o Judiciário lidar em um estágio posterior (OCDE, 2008, P. 58).

A falta de uma definição clara das competências e responsabilidades dos diferentes agentes que participam do processo decisório no país faz com que a observância das normas se torne mais difícil. Falta coordenação entre as organizações e níveis de governo e a supervisão efetiva da aplicação da regulação não é sistematicamente aplicada.

Ainda, a forte presença da economia informal também impõe dificuldades à observância e a execução das ações do governo.

A observância das normas se dá através da supervisão e do controle. A Advocacia-Geral da União – AGU exerce um controle legal dos projetos de lei *ex ante* e coopera, como representante do Poder Executivo, para a conciliação.

5.5 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL PARA A QUALIDADE

5.5.1 Troca Internacional: OCDE

A formulação de políticas regulatórias transformou-se em uma das principais áreas de intercâmbio de experiências entre os países.

Banco Mundial, o Banco Europeu de Investimento, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, o Banco Asiático de Desenvolvimento e outras agências de fomento passaram também a funcionar como cadeias de transmissão da difusão de políticas regulatórias junto a países pobres e em desenvolvimento (GAETANI; ALBUQUERQUE, P. 190).

O debate internacional em torno da necessidade de se buscar continuados avanços nos arranjos regulatórios conclui que parte dos problemas são esclarecidos, em boa medida, pela forma como foram se constituindo os marcos regulatórios na maioria dos países: subprodutos de processos de privatização (GAETANI; ALBUQUERQUE, 2009).

Organizações internacionais têm desempenhado importante papel na circulação das boas práticas de regulação econômica. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE vem se transformando no mais respeitado celeiro de boas práticas e iniciativas na área de políticas comparadas.

As recomendações do relatório serviram de base para o lançamento oficial do Programa de Melhoria Regulatória da organização que tinha como objetivo a melhoria da qualidade das políticas regulatórias dos governos associados, isto é, a revisão da regulação que implicasse obstáculos desnecessários à concorrência, à inovação e ao crescimento e, ao mesmo tempo, a atenção para que a regulação servisse eficientemente a importantes objetivos sociais (GAETANI; ALBUQUERQUE, 2009, p.193)

Os Princípios Orientadores da Qualidade da Regulação e da Avaliação de Desempenho, de 2005, da OCDE, declaram que os governos devem:

Quadro 4 Princípios Orientadores da Qualidade da Regulação e da Avaliação de Desempenho

Avaliar os impactos das regulações de forma sistemática a fim de que cumpram com seus objetivos de modo eficiente e efetivo;

Promover a transparência;

Fortalecer a efetividade e o cumprimento da política de concorrência;

Formular regulações que sejam capazes de estimular a concorrência;

Eliminar as barreiras regulatórias desnecessárias a fim de fortalecer a eficiência e a competitividade econômica;

Desenvolver políticas que mesmo que não diretamente ligadas à reforma regulatória, possuem alguma conexão, e que a longo prazo, também servirão de apoio à reforma.

Fonte: OCDE (2005) apud OCDE (2008)

6 A SUPERVISÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

6.1 POR QUE SUPERVISIONAR

“A fiscalização regulatória se justifica porque corrige e inibe falhas de regulação” (PROENÇA, 2009, p. 06).

Quando o órgão regulador eleva o custo de entrada e permanência num determinado mercado, restringindo a concorrência e inibindo a inovação, da mesma forma quando adota uma regulamentação mal formulada, ignorando os objetivos sociais e considerando sobremaneira os interesses de grupos específicos, ocorre o que se convencionou chamar de “falhas da regulação”.

Mostra-se claro que a supervisão regulatória pode melhorar os resultados sociais globais por meio da avaliação das conseqüências de cada opção regulatória, incluindo os danos e benefícios secundários, assim como auxiliar no aumento da qualidade regulatória ao permitir a troca de experiências a respeito dos melhores métodos, e instrumentos de política (Proença, 2009).

Por outro lado, tão ou mais importante que a existência pura e simples da supervisão regulatória, é que a mesma seja eficiente e efetiva, pois, quando excessiva, impõe uma carga desnecessária sobre o regulador, gerando atrasos e imobilismo.

6.2 CONTROLE VERSUS *ACCOUNTABILITY* DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A necessidade de supervisão do sistema regulatório advém da busca pela redução dos custos e efeitos negativos da regulação, objetivando a promoção da eficiência no exercício do poder normativo das agências reguladoras, principalmente quanto à escolha do melhor instrumental regulatório.

Para tanto, faz-se necessário melhor definir as formas como a supervisão da atividade regulatória pode ser exercida.

O controle, segundo Dahl e Lindblom (1971), supõe a imposição de restrições, penalidades e incentivos, para que um determinado ator faça aquilo que outro ator espera que ele o faça.

Já a *accountability*, conforme Clad (2000) inclui a participação dos cidadãos na definição e avaliação das políticas públicas, o que requer a disponibilidade de informações sobre a atuação dos governos, bem como a existência de instituições que possibilitam a contestação.

A necessária distinção entre controle hierárquico e controle político pode ajudar a definir os termos do debate. O controle hierárquico baseia-se na relação de autoridade que se estabelece entre o nomeador e o nomeado; é fortemente sustentado no paradigma clássico da burocracia, que pressupõe autoridade única e relações verticais de comando e controle. Tradicionalmente, o controle hierárquico é exercido pelo chefe do Poder Executivo, por meio do instituto da nomeação e demissão *ad nutum*. Mas o significado de controle político é distinto, e decorre da exigência de *accountability* desses entes reguladores. O controle político implica a supervisão permanente exercida por múltiplos atores — e não apenas pelo Executivo (PACHECO, 2006, p. 540).

A operacionalização da *accountability* e da transparência exige a ruptura com os fatores institucionais e culturais para que o seu real estabelecimento efetive-se (Cruz, 2006; Lodge, 2004). Questões com quem deve ser *accountable*, para quem e sob quais termos representam ainda hoje dimensões importantes para o regime regulatório.

Lodge (2004) estabelece cinco dimensões que devem ser consideradas numa discussão de *accountability* e transparência:

- 1) *Accountability* e transparência dos processos decisórios envolvidos na fixação das regras e normas;
- 2) Transparências das regras a serem seguidas;
- 3) *Accountability* e transparência das atividades dos atores regulados;
- 4) *Accountability* e transparência dos reguladores;
- 5) *Accountability* e transparência dos processos de avaliação.

A análise de Lodge amplia a discussão sobre as responsabilidades na regulação ao considerar a ampliação dos controles além das ações do Estado. Os atores não estatais que operam neste ambiente regulatório devem também estar submetidos a um processo de controle e prestação de contas, pois a ação do mercado não é neutra.

O desafio consiste em fazer com que esses diversos atores funcionem de forma coordenada.

Ainda que haja alguns mecanismos formais nas agências reguladoras de *accountability* sobre suas burocracias, é comum a existência de críticas quanto à inexistência de instrumentos efetivos de responsabilização e controle dos reguladores.

A própria especialização das funções exercidas pelas agências dificulta o acompanhamento e controle dos atos de regulação, aumentando, o que Melo (2000) convencionou chamar de déficit democrático.

Segundo este autor, o déficit democrático poderia ser reduzido com o desenvolvimento de uma governança que contemple a responsabilização das decisões, através da revisão judicial e pela participação pública.

As consultas e audiências públicas são ferramentas de *accountability* que têm ganhado cada vez mais participação.

Outros exemplos de mecanismos e instrumentos de *accountability* já utilizados pelas agências, em maior ou menor grau, e contendo características diversas, conforme o desenho institucional das mesmas, são o contrato de gestão, a figura da ouvidoria, os conselhos de participação social, as reuniões públicas da diretoria, o acesso a informações disponíveis no sítio eletrônico e a disponibilidade de relatórios de gestão.

“- Assim, a *accountability* das agências funciona como um contrafluxo para o insulamento burocrático, ao mesmo tempo em que faz aumentar o seu reconhecimento pela sociedade e governo” (Rubens Freitas, Gerente de Autorizações - ANP).

6.3 A CRIAÇÃO DE UMA UNIDADE DE SUPERVISÃO CENTRAL

Nos últimos anos, apesar de observado uma significativa melhora, o diálogo entre o núcleo do governo federal e as agências reguladoras permanece ainda num nível muito abaixo do desejado.

Quando da criação das agências reguladoras setoriais não houve por parte do governo central a edição de uma diretriz geral a ser seguida por todas as agências, independente do setor que atuam. O que foi observado, no entanto, é que cada agência foi moldada conforme as necessidades do setor específico que passaria a regular, e do ministério ao qual estaria subordinada, resultando no atual grau de heterogeneidade desses entes.

Para a OCDE (2008), a fragmentação da reforma regulatória no Brasil aliado ao baixo nível de coerência política vem apresentando baixos resultados ao projeto. “A maioria dos debates foi concentrada no projeto das agências reguladoras, dando menor atenção à necessidade de integrar uma abordagem de qualidade regulatória do governo como um todo, e que poderia dar suporte ao estabelecimento de uma unidade responsável pela supervisão da reforma regulatória” (P. 42, 2008).

No país, as responsabilidades pela reforma regulatória e acompanhamento da qualidade quando da elaboração de leis são divididas entre os ministérios e as agências. O país não possui uma unidade central de coordenação e controle da qualidade regulatória.

O país necessita dessa unidade, ligada diretamente ao núcleo central de governo, e que seja dedicada, prioritariamente, para a supervisão, promoção, coordenação e monitoramento da qualidade das atividades regulatórias exercidas pelos departamentos ministeriais e agências reguladoras (OCDE, 2008, P.38).

O órgão de supervisão deve ter a capacidade de atuar como um órgão independente avaliando a qualidade técnica e legal da nova regulação e trabalhar no sentido de que também os ministérios, e não somente as agências reguladoras, cumpram com os princípios de qualidade.

“Este órgão deve agir como “motor para a reforma” com clara prestação de contas pelos resultados. Ele deve garantir que os princípios da qualidade regulatória sejam aplicados com êxito” (OCDE, P. 339, 2008).

No Brasil, o Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, que cria o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão de Regulação (PRO-REG) abre uma janela para esta oportunidade ao contemplar o possível estabelecimento de uma unidade de coordenação, monitoramento e avaliação de questões regulatórias no âmbito do Poder Executivo. Tal unidade contaria com o apoio e assessoria de um órgão colegiado independente, composto por representantes do governo, do mercado, do meio acadêmico, de órgãos de defesa dos consumidores e de outros membros que interagem com o tema regulação.

Segundo o PRO-REG, essa unidade será responsável pelo desenvolvimento de uma rede de qualidade regulatória e deverá administrar um banco de dados com informações sobre assuntos regulatórios.

A introdução da análise de impacto regulatório (AIR) no país, assim como a promoção de ferramentas de gestão para apoiar a ação das agências reguladoras e garantir sua autonomia financeira, serão também algumas de suas funções. Da mesma forma, o treinamento para os servidores dos ministérios e das agências ficaria igualmente sob sua responsabilidade.

O governo brasileiro deveria considerar também a implementação de um programa anual para a qualidade regulatória, onde os objetivos pudessem ser claramente definidos, o que poderia gerar competências para a regulação de forma contínua. O Comitê Consultivo criado dentro da estrutura do PRO-REG deveria ser reforçado para que a médio prazo possa exercer o papel como órgão consultivo externo (OCDE, 2008).

O país também poderia seguir o exemplo dado por outros países, e designar um corpo técnico dentro de cada órgão ligado à regulação, para dedicar-se exclusivamente à qualidade regulatória. Isso ajudaria a disseminar o conhecimento de diferentes ferramentas para serem integradas ao processo de tomada de decisão.

Os ministérios setoriais ainda precisam reforçar sua capacidade de gestão e conhecimento técnico para que esteja em posição de desenvolver políticas setoriais com fortes bases técnicas.

6.4 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA OCDE PARA A SUPERVISÃO REGULATÓRIA

A experiência internacional mostra que os países da OCDE adotaram o modelo que contempla uma unidade central de supervisão da qualidade da regulação. São órgãos independentes, ou seja, perpassam todo o sistema regulatório, sem estarem atrelados unicamente a uma área de governo ou setor específico da economia. Dispõem de uma equipe de técnicos com elevado grau de conhecimento em regulação, e são dotados, de elevado grau de imparcialidade.

Os mecanismos e órgãos de coordenação são permanentes, com compromissos estratégicos de longo prazo.

Constatou-se também que as unidades de supervisão central são mais efetivas quando conferidas de determinado nível de independência em relação aos reguladores e ao próprio governo, e têm sua missão baseada numa política regulatória clara.

Para Proença (2009), a sustentabilidade de uma Unidade de Supervisão Regulatória está na sua capacidade de demonstrar que exerce suas funções com eficácia e imparcialidade, o que não as permite prescindir de apoio político, da alta direção governamental, bem como da percepção de legitimidade por parte dos setores regulados e da sociedade.

Os órgãos de supervisão em países da OCDE (2008) apresentam como funções chave, dentre outros aspectos, o incremento da capacidade regulatória por meio da publicação e disseminação das diretrizes; a promoção da política regulatória a longo prazo, incluindo o desenvolvimento de novas ferramentas de ajuste; e, ainda, o exercício do papel de contestação das novas propostas de regulação, com vistas a melhorar o desempenho dos órgãos reguladores.

7 CONCLUSÃO

Depois de um longo período de intervenção direta do Estado na economia, e em conjunto com os esforços de liberalização e privatização, o Plano Real criou um ambiente econômico com maiores incentivos à reforma regulatória no Brasil, dado principalmente à abertura da economia, e o alcance da estabilidade dos preços.

O objetivo maior da regulação econômica é encontrar o ponto ótimo que viabilize a lucratividade dos investimentos e o bem-estar dos consumidores, na forma de acesso a bens e serviços de qualidade a preços razoáveis, visto que, na presença de falhas, os mercados não fornecem sinais suficientes para garantir escolhas adequadas que levem ao equilíbrio.

No entanto, mesmo após 14 anos da criação da primeira agência reguladora no Brasil, os desafios regulatórios para o país ainda são grandes.

O fortalecimento dos alicerces regulatórios da economia é ponto fundamental. Não se trata de regular mais, e sim de produzir uma regulação mais efetiva e inteligente.

O nível de profissionalização das agências reguladoras federais é um obstáculo. Ainda que seja evidente o aumento significativo do número de servidores de carreira, contratações sem concurso público são ainda comuns. A multiplicidade de vínculos e a incerteza quanto a permanência desses funcionários nas agências, dificultam o planejamento e as possibilidades de investimento em qualificação, prejudicando assim, o desempenho do ente regulador.

Para fortalecer a estrutura de governança das agências é imprescindível eliminar a nomeação de funcionários exclusivamente por critérios políticos, desconsiderando sua capacidade técnica. Os acordos de natureza clientelista tendem a ocorrer em ambientes onde o grau de comprometimento e formalização dos funcionários com o órgãos em que atuam são menores.

Resistir a pressões políticas é um dos grandes desafios das agências reguladoras. A redução da discricionariedade do Poder Executivo na nomeação dos cargos de direção das agências, por meio de previsões legais que exijam qualificação técnica de seus candidatos, deve atuar também para esse fim.

Cabe ressaltar, no entanto, que a independência das agências reguladoras e a sua não-submissão a pressões políticas, não pode resultar em ruptura em relação ao interesse público, razão maior que devem defender.

A clareza e a transparência do processo de decisão é um requerimento básico em termos de qualidade da regulação e concorre a fortalecer a independência do órgão regulador. A oferta de material para consulta por meio da internet, além de conceder oportunidade de participação, principalmente aos grupos menos organizados, dando-lhes acesso à informação necessária para contribuir de maneira eficaz com o processo de consulta, também atua no sentido de reduzir os custos do processo.

Porém, dada a baixa participação social do país, a constituição das audiências públicas é necessária, porém não suficiente. O aumento da transparência necessita de uma estratégia de comunicação mais ampla, onde os propósitos da regulação e suas conseqüências para a sociedade sejam expostos.

Consistência e previsibilidade são outros componentes que as autoridades reguladoras devem respeitar quando da formatação das regulações. A consistência dá base sólida para a segurança regulatória, da mesma forma que a previsibilidade auxilia para a garantia da legitimação da sua autoridade. O respeito aos direitos procedimentais é parte essencial para se obter confiança do mercado.

Explicar como as decisões foram tomadas, citando a legislação, as regulações e os critérios legais específicos, referindo-se a decisões anteriores e explicando as bases sobre as quais novas decisões estão ancoradas, melhora a previsibilidade das decisões feitas pela agência reguladora (OCDE, 2008, P. 304).

No entanto, para que o exercício da democracia participativa seja efetivamente capaz de contribuir para a maior eficiência e eficácia das políticas públicas faz-se necessário muito mais do que a existência em legislação, dos instrumentos de participação e controle social. É imprescindível que eles sejam efetivamente postos em prática.

Quanto ao Projeto de Lei 3337/2004, a sua lenta tramitação no Congresso Nacional gera instabilidade para os reguladores e para os agentes regulados. Mesmos após tendo sido contemplado no Programa de Aceleração do Crescimento, os avanços quanto a sua aprovação na Câmara Legislativa são pequenos.

Ainda hoje não existe consenso sobre a viabilidade de um único marco regulatório para as questões concernentes às agências, principalmente quanto ao alcance das suas competências, ou se isso deveria ser deixado para cada uma das legislações setoriais.

Embora o Projeto de Lei seja particularmente favorável quanto à ratificação da legitimidade democrática, regulação de qualidade e participação social, melhorando os processos regulatórios e fortalecendo cláusulas para a independência, ele pode não resultar nos benefícios sociais e econômicos esperados, se alterar expressivamente o atualmente delicado equilíbrio de poder estabelecido nessas áreas.

Tão importante quanto as mudanças que o referido Projeto pretende implementar, é a forma como será conduzido o processo de mudança. Alterações nas regras do jogo trazem instabilidade ao país e desestimulam os investidores potenciais.

Indiscutível é a percepção de que os reguladores precisam operar em um ambiente institucional onde os ministérios também possam desempenhar seu papel de maneira eficiente, o que ajudará a proporcionar um debate em nível técnico, reduzindo o espaço para as disputas meramente político-partidárias.

É preciso, ainda, estabelecer vinculação mais clara entre o orçamento que é destinado às agências e o seu desempenho, para que gozem de meios compatíveis com as funções que executam.

Considerar as agências como solução para todas as dificuldades de governança é um erro. Em particular, o sucesso das agências reguladoras decorre da definição clara dos seus objetivos, com o conseqüente respeito à sua autoridade e autonomia, e pauta-se, sobretudo na transparência da sua atuação.

As experiências oferecidas pelos países da OCDE fornecem um conjunto de possíveis soluções que poderiam ser adaptadas ao contexto brasileiro.

A necessidade de aumentar a transparência e a prestação de contas no sistema regulatório brasileiro, a introdução de novas ferramentas para a execução regulatória, os ajustes necessários no Poder Judiciário, assim como a diminuição das defasagens sociais são desafios que ainda precisam ser enfrentados.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, S. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 19-49, abr./jun. 1999.

ALBUQUERQUE, Kélvia; GAETANI, Francisco. Análise de Impacto Regulatório e melhoria regulatória. In: BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). **Regulação e Agências reguladoras: Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Agências reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto091.htm>. Acesso em junho de 2010.

_____. **A organização e o controle social das Agências reguladoras** Parecer. Porto Alegre: ABAR, 2004.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). **Regulação e Agências reguladoras: Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

ARAÚJO, Helena; PIRES, José Cláudio. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n.5, p. 09-28, set./out. 2000.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, n.1, p. 523-43, jul./ago. 2006.

BAGATIN, Andreia Cristina. A utilização do contrato de gestão como instrumento de controle das agências reguladoras. In: PECCI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121-46.

BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. **Agências reguladoras: A "metamorfose" do Estado e da Democracia**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto027.doc>. Acesso em junho de 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Agencia não é poder**. Mimeo, 2003.

BAUER, Martins W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. In: Bauer, Martin W.; George (Ed). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República, Câmara de Infra-estrutura e Câmara de Política Econômica. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília: Presidência da República, 2003.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 09**, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. **Lex: legislação federal e marginalia**, São Paulo, v.59, p.1966, out/dez. 1995.

_____. **Decreto no 6.062**, 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abril. 2010.

_____. Presidência da República. **Exposição de Motivos nº 12**, de 12 de abril de 2004. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/28-MCTMDICMFCCIVIL.htm>. Acesso em 30 abril 2010.

_____. **Projeto de Lei no 3337/2004**. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências reguladoras. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

_____. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o conselho nacional de política energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 ago.. Seção 1, p.01. 1997

BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). **Regulação e Agências reguladoras: Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

CAMPOS, Anna Maria; AVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JUNIOR, Dércio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 29-46, set.-out. 2000.

CONSIDERA, Cláudio Monteiro. O início da recente experiência brasileira em regulação econômica. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p.29-40.

COSTA, Frederico. **Reforma do Estado: restrições e escapismos no funcionamento das agências autônomas**. São Paulo: Mimeo, 2000.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). **Regulação e Agências reguladoras: Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, 659 p.

FARIAS, P. C. L. de. Regulação e modelo de gestão. In: SEGES-MP. **Balço da Reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública**. Brasília: Ministério do Planejamento, 2002. p. 95-101.

FILHO, Antonio. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n.4, p. 589-613, jul./ago. 2006.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. E as agências reguladoras? **Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, jun. 2007.

KELLE, Udo. Análise com o auxílio do computador: codificação e indexação. In: Bauer, Martin W.; George (Ed). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

LODGE, Martin. Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. **The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance**. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências das mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Rio de Janeiro, v. 50, n.1, p. 5-36, jan/mar 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Agências reguladoras – instrumentos de fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar. 2003.

MATTOS, C. C. A.; MUELLER, B. Regulando o regulador: a proposta do governo e a Anatel. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 517-546, 2006.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n.4, p. 545-65, jul./ago. 2006.

MELO, M. A. B. C. Política regulatória: uma revisão da literatura. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 7-56, 2000.

———. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 116, n. 46, p. 55-68, 2001.

———. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, F.; LOUREIRO, M. R. (Orgs.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC**. Brasília: Seges-MP, 2002.

MOTA, Ronaldo Seroa. Princípios de Regulação Econômica. In: BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). Regulação e Agências reguladoras: **Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

MUELLER, Bernardo. Instituições e salvaguardas no sistema regulatório brasileiro. In: BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). **Regulação e Agências reguladoras: Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências reguladoras: Instrumentos de Fortalecimento do Estado **Parecer**. Porto Alegre: ABAR, 2003.

NUNES, Edson. **O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras**. In: Seminário Internacional sobre Agências reguladoras de Serviços Públicos, 2001, Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001. Mimeo.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências reguladoras: a experiência internacional e a avaliação da proposta de lei geral brasileira**. Parecer. Brasília: CNI, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil**. Brasília, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Brasil – Fortalecendo a governança para o crescimento**. Brasília, 2008.

ORGANIZATION for Economic Co-operation and Development – OECD. **Guiding principles for regulatory quality and performance**. OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. **Regulatory policies in OECD countries: from interventionism to regulatory governance**. OCDE, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 maio 2007.

_____. **The OECD report on regulatory reform**. OCDE, 1997. Disponível em: Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 21 mar. 2010.

PACHECO, Regina Silva. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n.4, p. 523-543, jul./ago 2006.

PECI, A.; CAVALCANTI, B. S. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n.5, p. 99-118, set./out. 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. Brasília: Enap, 1998.

_____. Uma nova gestão para um novo Estado: liberal, social e republicano. **Revista do Serviço Público**, ano 52, n. 1, jun.-mar. 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma regulatória na infra-estrutura brasileira: em que pé estamos? In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p.41-90.

PINTO, Helder; SILVEIRA, Joyce. **Elementos da regulação Setorial e de Defesa da Concorrência: Uma Agenda de Questões para o setor de energia**. Rio de Janeiro: Nota Técnica ANP nº 06, 1999.

PIRES, J. C. L.; PICCINI, M. S. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. In: GIAMBIAGI, F.; MOREIRA, M. M. (Orgs.). **A economia brasileira nos anos 90**. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 217-260.

PIRES, J. C. L.; GOLDSTEIN A., Agências reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro: Dez 2001.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública** v. 40 n. 4 Rio de Janeiro jul./ago. 2006.

PROENÇA, Jadir Dias. **Supervisão Regulatória e articulação da Regulação com as Políticas públicas: experiências latino-americanas**. XVI Congresso Internacional del CLAD sobre a Reforma Del Estado y de La Administración Pública, Madrid, España, 2 – 5 Out. de 2009.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **A gramática política das agências reguladoras: comparação entre Brasil e EUA**. Brasília, 2007. Tese (Doutorado). Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

_____. **Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil**. In: BOUDON, Pedro Ivo Sebba. (Org.). **Regulação e Agências reguladoras: Governança e Impacto de Análise Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.

ROUSSEFF, Dilma. **Agências reguladoras: avaliação de performance e perspectivas**. Câmara dos Deputados. Brasília: Coordenação de Publicações, 2003.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional (Texto para discussão nº 941)**. Rio de Janeiro: BNDES, 2003.

SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. Introdução. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 1-27.

_____. **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

_____. **Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória**. Rio de Janeiro: Ipea, 2008.

SANTOS, Luiz Alberto dos **Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle Social: possibilidades no âmbito da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: DIAP, 2000, 244 p.

_____. **Desafios da Governança Regulatória no Brasil.** Brasília: DIAP, 2009, 18 p.

_____. **Estado, governo e agências reguladoras.** Folha de São Paulo. São Paulo, 01 out 2008.

_____. **Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil.** IX Congresso Internacional del CLAD sobre a Reforma Del Estado y de La Administración Pública, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004.

_____. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado.** VII Congresso Internacional del CLAD sobre a Reforma Del Estado y de La Administración Pública, Panamá, 28 – 31 Out. 2003.

_____. **Controle social e a transparência da administração pública brasileira.** IX Congresso Internacional del CLAD sobre a Reforma Del Estado y de La Administración Pública, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de Pesquisa em Administração.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.