

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS
PROGRAMA DE PÓS-DOCTORADO EM ADMINISTRAÇÃO**

**ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
BRASILEIRA: QUADRO ATUAL E PROPOSTAS
ACERCA DA ESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADES
VOCACIONADAS AO DESENVOLVIMENTO DE
POLÍTICAS DE ESTADO, NÃO SUBORDINADAS AO
PODER PÚBLICO CENTRAL**

SÉRGIO GUERRA
Rio de Janeiro, 2011

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas
EBAPE

Título do Projeto: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA:
quadro atual e propostas acerca da estruturação de
entidades vocacionadas ao desenvolvimento de
políticas de Estado, não subordinadas ao poder
público central.

Relatório Final apresentado à
Escola Brasileira de Administração
Pública e de Empresas - EBAPE
para a conclusão de
Programa de Pós-Doutorado em Administração

Nome do Pesquisador: Sérgio Guerra

Assinatura:

Nome do Prof. Dr. Responsável: Enrique Jeronimo Saravia

Assinatura:

Rio de Janeiro, Abril de 2011

RESUMO

O objeto da presente pesquisa é evidenciar o padrão de Estado Regulador brasileiro, sua complexidade e o modelo adotado, em parte, na década de 90, para a sua implementação, notadamente com a criação de algumas autarquias especiais dotadas de autonomia funcional diferenciada em relação ao Poder Público central. Examinando os motivos e a forma adotada para a estruturação dessas entidades reguladoras, no bojo de uma tentativa de reformar a organização administrativa, sob a forma gerencial, pretende-se analisar se esse caminho deve ser trilhado, ainda que em parte, para outros setores. A análise envolve a possível redefinição da divisão de tarefas e competências entre "entidades de Governo" e entes públicos cuja missão requer continuidade ("órgãos de Estado"), especialmente, nos casos de alternância do poder. Pretende-se contribuir para a estruturação de entidades vocacionadas para o desenvolvimento de políticas de Estado.

Palavras-chave: Administração – Administração Pública – Organização Administrativa Brasileira – Políticas públicas – Entidades governamentais independentes – Agências Reguladoras.

ABSTRACT

The object of this research is to show the pattern of the Regulatory State in Brazil, its complexity and the model used in the 90's for its implementation. Was created some special entities with autonomous functional in relation to Central Government. Examining the reason and the form adopted for the management of the regulatory authorities are structured in Brazil in the wake of an attempt to reform the administrative organization in the form of management, we intend to analyze whether this path should be followed, even though part to other state sectors. The present analysis involves the redefinition of the division of tasks and responsibilities between "Government entities" and public entities whose mission requires continuity ("State entities"), especially in cases of alternation of power. It is intended to contribute to the structuring of organizations dedicated to the development of government policies.

Keywords: Administration - Public Administration – Brazilian Administrative Organization – Public choice – Independents governmental entities – Independent Regulatory Commissions.

LISTA DE SIGLAS

ACL – Ambientes de Contratação Livre
ACR – Ambiente de Contratação Regulada
ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADUSEPS – Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde
AGERGS – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
AGU – Advocacia Geral da União
ANA - Agência Nacional de Águas
ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE - Agência Nacional de Cinema
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM – Agência Nacional de Mineração
ANP - Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis
ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANSEC – Agência Nacional de Serviços de Correios
ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APEXBR – Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos
APO – Autoridade Pública Olímpica
ARNB – Agência Reguladora Nuclear Brasileira
ARTR – Agência Reguladora Territorial Rural
BACEN – Banco Central do Brasil
BNB – Banco do Nordeste do Brasil
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNH – Banco Nacional de Habitação
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBF – Confederação Brasileira de Futebol
CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CDA – Certidão da Dívida Ativa
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CEPEL – Centro de Pesquisas de Energia Elétrica
CF – Constituição Federal de 1988
CIBRAZEM – Companhia Brasileira de Armazéns
CND – Conselho Nacional de Desestatização
CNEM – Conselho Nacional de Energia Nuclear
CNPC – Conselho Nacional de Previdência Complementar
CONAC – Conselho Nacional de Aviação Civil
CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar
COSIPA – Companhia Siderúrgica Paulista
CP – Certificados de Privatização
CRA – Conselho Regional de Administração

CRECI – Conselho Regional de Corretores de Imóveis
CRPC – Câmara de Recursos da Previdência Complementar
CSN – Companhia Siderúrgica Nacional
CVM - Comissão de Valores Mobiliários
DASP – Departamento de Administração e Serviço Público
DIVEX – Títulos da Dívida Externa
EASA – Agência Européia para a Segurança da Aviação
EFSA – Autoridade Européia de Segurança Alimentar
ELETROBRAS – Centrais Elétricas Brasileiras
EMBRAER – Empresa Brasileira de Aeronáutica
EMBRAFILME – Empresa Brasileira de Filmes S/A
EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
EMBRATUR – Empresa Brasileira de Turismo S/A
EMSA – Agência Européia de Segurança Marítima
ENADE – Exame Nacional de Desempenho de Estudantes
ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio
ERGEG – Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás
ERG TELECOM – Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica
FGV – Fundação Getulio Vargas
FIFA – Federação Internacional de Futebol
FNM – Fábrica Nacional de Motores
GOL – Gol Linhas Aéreas Inteligentes
IAA – Instituto do Açúcar e do Alcool
IBC – Instituto Brasileiro do Café
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IMAZON – Instituto Homem e Meio Ambiente
IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil
INC – Instituto Nacional do Café
INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
INM – Instituto Nacional do Mate
INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
INP – Instituto Nacional do Pinho
INPM – Instituto Nacional de Pesos e Medidas
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LIGHT – Serviços de Eletricidade S/A
LOF – Lei Orgânica do Fisco
MIN. – Ministro
MME – Ministério de Minas e Energia
MP – Medida Provisória
MP – Ministério Público
NPM – New Public Management
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE – Organização Européia para o Comércio e Desenvolvimento
OFFER – Office of Electricity Regulation
OFGAS – Office of gas
OFGEM – Office of gas and electricity markets
OFLOT – Office of The Nation Lottery

OFND – Obrigações do Fundo Nacional de Desenvolvimento
OFTEL – Office of telecommunication
OFWAT – Water Services Regulation Authority
ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico
ORR – Office of Fair Trading
OS – Organização Social
OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PDT – Partido Democrático Trabalhista
PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S/A
PIB – Produto Interno Bruto
PND – Programa Nacional de Desestatização
PORTOBRAS – Portos Brasileiros S/A
PPA – Plano Plurianual
PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar
PSD – Partido Social Democrático
PT – Partido dos Trabalhadores
PTB – Partido Trabalhista Brasileiro
REL. – Relator
RESP – Recurso Especial
RFB – Receita Federal do Brasil
RFF – Rede Ferroviária Federal
SAD – Sistema de Alerta de Desmatamento
SAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SAEB – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica
SBC – Sistema Brasileiro de Certificação
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE – Secretaria de Direito Econômico
SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SIDERBRAS – Siderúrgica Brasileira S/A
SIN – Sistema Interligado Nacional
SINMETRO – Sindicato Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
SNAAPP – Serviço de Navegação da Amazônia e Administração do Porto do Pará
STF- Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUSEP – Superintendência de Seguros Privados
TAM – Tam Linhas Aéreas S/A
TCU – Tribunal de Contas da União
TDA – Títulos da Dívida Agrária
TELEBRAS – Telecomunicações Brasileiras S/A
UDN – União Democrática Nacional
UPU – União Postal Universal
USIMINAS – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais

*Ao meu orientador nos Cursos de Mestrado e de
Doutorado, Professor Doutor Marcos Juruena Villela
Souto, que faleceu, precocemente, em 09/11/2010.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma pesquisa não significa a realização de um trabalho isolado, apenas do pesquisador. Ela só ocorre com a participação e o apoio de pessoas especiais. Antes das pessoas, devo agradecer a Deus. Ele sempre tem iluminado o meu caminho ao me aproximar de pessoas maravilhosas; agradeço a Ele pela minha linda família, por me dar saúde e determinação para seguir caminhando na busca de novos desafios, do conhecimento, da informação.

Tive o privilégio em ter, na minha vida acadêmica e pessoal, a presença do Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto, falecido recentemente, que, juntamente com o decano do Direito Administrativo brasileiro, Professor Doutor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, me orientou nos programas de Mestrado e de Doutorado na área do Direito Público. Ao Professor Marcos Juruena, dedico este trabalho.

Mais recentemente, tive o privilégio de estar próximo ao Professor Doutor Enrique Jeronimo Saravia, meu supervisor nesta pesquisa. O Prof. Saravia me abriu os caminhos para, além das questões jurídicas, o aprofundamento nos diversos aspectos administrativos que se imbricam nos hodiernos desafios da complexa organização administrativa brasileira.

Sem as suas idéias, provocações e lições, assim como dos profissionais aqui entrevistados (Luiz Guilherme Schymura, Jerson Kelman, Luiz Alberto Machado Fortunato, Luiz Alberto dos Santos e João Alziro Herz da Jornada) – a quem, desde já, registro meu profundo agradecimento – eu jamais teria conseguido chegar ao problema e conclusões.

Registro, ainda, especial agradecimento à Direção da Fundação Getulio Vargas, suas Escolas e Institutos, especialmente à EBAPE, onde se desenvolveu a presente pesquisa, e a FGV DIREITO RIO, que, desde 2004, me acolheu e onde exerço, com muita satisfação, a cátedra de Direito Administrativo.

Não poderia deixar de agradecer aos meus amores, Virgínia, com quem estou casado há 22 anos, e meus queridos filhos, Renan e Thamires. Sem eles, a vida não teria qualquer graça.

Rio de Janeiro, dezembro de 2010.

Sérgio Guerra

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA NO ESTADO DE DIREITO MODERNO.....	34
1.1 Intervencionismo brasileiro no decorrer do século XX formador da estruturação da organização administrativa racional-legal.....	35
1.2 Estado Empresário.....	41
1.3 Administração Pública e o modelo intervencionista sob o regime militar.....	43
1.4 Modelo burocrático hierarquizado adotado durante toda a fase de forte intervenção estatal.....	46
1.5 Configurações jurídicas da organização estatal no Brasil disciplinadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 e o ingresso de novas formas organizativas da Administração Pública.....	49
1.6 Alargamento das formas organizativas na Administração Pública.....	52
1.7 Ante-projeto de lei orgânica da administração pública federal.....	60
2 IMPLANTAÇÃO DO ESTADO REGULADOR E SUA ORDEM ECONÔMICA: PROGRAMAS E REFORMAS DA DÉCADA DE 90 QUE LEVARAM A MITIGAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA HIERARQUIZADA.....	64
2.1 Organização econômica brasileira impositiva de uma nova forma de atuação estatal e governamental.....	67
2.2 Formas de intervenção estatal no modelo de Estado Regulador.....	71
2.3 Ajustes nas funções estatais diante da complexidade, pluralismo e ambivalência atual.....	73
2.4 Evolução do processo das privatizações e as conseqüentes reformas da Administração Pública hierarquizada na década de 90.....	77
2.5 Novos entes públicos federais com característica estrutural de organização por rede (não-piramidal).....	83
2.5.1 Surgimento das Agências Reguladoras brasileiras.....	89
2.5.2 Influxos estrangeiros absorvidos na criação das Agências Reguladoras no Brasil.....	90
2.5.3 Natureza Jurídica das Agências Reguladoras.....	92
2.5.4 Autonomia regulatória.....	95
2.5.5 Agências Executivas: o caso do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO.....	98
2.5.6 Independência decisória versus o cabimento de recurso hierárquico impróprio dirigido ao Ministro de Estado ao qual esteja a Agência Reguladora vinculada.....	103
2.5.7 Tendência quanto à confirmação judicial dos atos regulatórios proferidos pelas Agências Reguladoras	108

3 ENTIDADES REESTRUTURADAS OU INSTITUÍDAS NO BRASIL SOB OS INFLUXOS DO MODELO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA GERENCIAL.....	111
3.1 Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.....	112
3.2 Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.....	118
3.3 Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – ANP.....	125
3.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.....	128
3.5 Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.....	133
3.6 Agência Nacional de Águas – ANA.....	139
3.7 Agência Nacional de Cinema – ANCINE.....	142
3.8 Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.....	143
3.9 Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.....	147
3.10 Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.....	150
3.11 Comissão de Valores Mobiliários – CVM.....	159
3.12 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.....	162
3.13 Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC.....	168
3.14 Autoridade Pública Olímpica – APO.....	172
3.15 Exemplos de novas entidades exógenas à organização administrativa que gerenciam temas de interesse público: pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, criadas por lei e atuação mediante autorização estatal, tendo dirigentes com mandatos e garantias contra demissão <i>ad nutum</i>	173
3.15.1 Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS	173
3.15.2 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.....	175
4 ALGUMAS PROPOSTAS VISANDO ESTENDER O SISTEMA DE AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E/OU FUNCIONAL NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	178
4.1 Agência Nacional de Serviços de Correios – ANSEC.....	178
4.2 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.....	182
4.3 Lei Orgânica do Fisco – LOF.....	184
4.4 Agência Reguladora Nuclear Brasileira – ARNB.....	186
4.5 Agência Reguladora Territorial Rural – ARTR.....	189
4.6 Agência Nacional de Mineração – ANM.....	192
5 ESTUDO QUALITATIVO ACERCA DA CONVENIÊNCIA OU NÃO DE O ESTADO BRASILEIRO AUMENTAR O ROL DE ENTES NÃO SUBORDINADOS AO PODER EXECUTIVO CENTRAL.....	194
5.1 Entrevista com Luiz Guilherme Schymura de Oliveira – Diretor do IBRE/FGV e Ex-Presidente da ANATEL.....	197
5.2 Entrevista com Jerson Kelman – Diretor Presidente da LIGHT e Ex-Presidente da ANA e da ANEEL.....	206
5.3 Entrevista com Luiz Alberto Machado Fortunato – Ex-Diregente da ELETROBRÁS e Diretor do ONS.....	211
5.4 Entrevista com Luiz Alberto dos Santos – Subchefe de Análise e	

Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.....	217
5.5 Entrevista com João Alziro Herz da Jornada – Presidente do INMETRO..	229
CONCLUSÕES.....	242
REFERÊNCIAS.....	259
ANEXO.....	268
Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337, de 2004.....	268

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a organização pública brasileira vem sendo paulatinamente aprimorada visando à estruturação de um Estado moderno mais preocupado com os interesses dos cidadãos.¹

Parte dos avanços se deve às possibilidades abertas pela internet, entre elas o trânsito de documentos, o que facilita a modernização da gestão pública². Contudo, muito ainda há que ser feito para se alcançar satisfação mínima e legitimação do Estado perante o cidadão brasileiro.

O que, na prática, se observa no Brasil em termos de organização administrativa está próximo de um modelo ainda não totalmente superado de uma administração inspirada – mas, não totalmente alcançada³ – no modelo *weberiano*, com ilhas de excelência⁴, rotulada de pesada, lenta e ineficiente, que acaba por frustrar a sociedade.

Muito se debate acerca da forma ideal de atuação da administração pública brasileira nos tempos atuais. Parece ser unânime que deva ser moderna;

¹ Sobre a história da atuação do agente público brasileiro que, até os dias atuais, provoca certa desconfiança junto à sociedade, colhe-se a doutrina de Sérgio Buarque de Holanda em seu clássico *Raízes do Brasil*: “No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, e possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos defeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados ‘contatos primários’, dos laços de sangue e de coração – esta em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendam assentar a sociedade em normas antiparticularistas.” HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. 26.reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.p. 106.

² Exemplo dessa nova fase é o projeto Título Net, que permite aos cidadãos iniciarem, pela Internet, o requerimento de alistamento eleitoral, transferência de domicílio e revisão de dados cadastrais. Esse sistema também permite ao cidadão atualizar, on-line, as obrigações eleitorais. É instrumento que, de forma eficaz, moderniza e facilita o acesso a esse serviço público, tornando-o mais ágil. O título é solicitado pela internet e, após esse procedimento, o eleitor comparece à Justiça Eleitoral e retira o título em até 5 (cinco) dias.

³ Segundo SARAVIA, as administrações públicas mantêm o modelo weberiano como ideal a alcançar. Isso é muito claro na América Latina, onde, em muitos casos, ainda não se chegou aos elementos que caracterizaram o modelo racional-legal como avanço frente ao paradigma patrimonialista. SARAVIA, Enrique J. O sistema de carreira no setor público: descrição, análise comparativa e perspectivas (In: Moisés Balassiano; Isabel de Sá Affonso da Costa, *Gestão de carreiras: dilemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006. p. 5).

⁴ NUNES, Edson *et al.* Agências reguladoras no Brasil. In. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra (org.). São Paulo: Editora UNESP. p.186.

ter como vetor de sua atuação a necessidade de ser ágil, eficiente, e, assim, ter capacidade para resolver os problemas cotidianos da população.⁵

Mas, por que essa questão vem se intensificando e pautando os debates mais recentes sobre a atuação da Administração Pública?

Um fato é, entre nós, de superlativa importância para essa ordem de questões.

Despontou no Brasil, nas letras promulgadas da Carta Cidadã de 1988⁶, o desenho de um novo Estado de Direito, agora democrático, estruturando a ordem social focada no trabalho, bem estar e justiça social, e a ordem econômica sobre os pilares da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano.

Sob o ideal de que compete ao Estado formular políticas públicas⁷ visando, cumulativamente, regular a competitividade nos mercados e promover o bem comum da sociedade (meio), o foco, a meta maior, passa a ser alcançar instrumentos de elevação e proteção da dignidade da pessoa humana (fim).⁸

Presencia-se, segundo diversos autores⁹, um novo e instigante sistema, em que o protagonismo do Poder Executivo, o conhecido intervencionismo exacerbado no campo econômico, cede lugar à atuação estatal regulatória, com desafios atinentes à alta complexidade cotidiana¹⁰ e questões sociais que demandam novas soluções para atingir o bem estar do cidadão.

⁵ Nesse sentido, a lição de Enrique Saravia: "Na determinação das funções e finalidades estatais, é necessário admitir que o Estado hoje só se legitima pela sua efetividade, isto é, pela sua capacidade para implementar as políticas públicas sancionadas pelo poder público." SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social – IGS*, ano 3, ed. 7, Belo Horizonte, dez. 2009/mar. 2010, p.21-23.

⁶ "Em outras palavras, o que a sociedade pretende do Estado é que ele cumpra os propósitos de justiça e bem-estar social que a população pleiteia e a Constituição manda, com economia nos meios para atingir esses objetivos e respeitando e observando as missões previstas para cada órgão ou entidade." Idem, *Ibid*.

⁷ Sobre as diversas abordagens acerca das políticas públicas, ver SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas públicas* (coletânea). Brasília: ENAP, 2006. 2 v.

⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁹ Por todos, cite-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.2.

Um dos principais traços dessa fase por que passa a sociedade brasileira está no fato de que a atuação estatal em um determinado aspecto do conjunto social tende a produzir reflexos em outro segmento e afetar o direito individual. Isto é, diante da enorme diversidade de interesses contrapostos, a implementação de políticas públicas, regra geral, não atende satisfatoriamente a todos os desejos e expectativas dos brasileiros.¹¹

Diante desses desafios, trazidos, em parte, pela forte complexidade cotidiana e impostos pela Constituição Federal de 1988, ainda que se leve em conta a teoria da “reserva do possível”¹², não há dúvida de que as ações governamentais necessitam de maior eficácia, de melhor aplicação dos recursos orçamentários, ao contrário do que, em muitos casos, ainda ocorre sob o rótulo da vetusta escolha discricionária.¹³

O Estado deve funcionar de maneira eficiente e eficaz; isto é, deve ser um instrumento para o desenvolvimento nacional e prestar contas de suas atividades. Áreas que abrangem políticas públicas voltadas à distribuição de renda, alimentação, oferta de empregos, segurança, investimentos em educação, acesso à justiça, melhorias na saúde e programas de infra-estrutura para moradia e saneamento básico devem ser a base central do planejamento, imposto, de forma aberta¹⁴, aos governos pelo atual sistema constitucional. Contudo, ainda hoje, no

¹¹ “A dinâmica acelerada da vida social, os avanços tecnológicos, a internacionalização da política e da economia, a pressão exercida pela população para obter melhores condições de vida e de participação política, somados à necessidade de uma autoridade que oriente, coordene e controle, produzem enormes desafios para a ação do Estado.” SARAVIA, Enrique. *Governança social...*, op. cit., p. 22

¹² Por essa teoria reconhece-se haver dificuldade prática na compatibilização do atendimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e os recursos disponíveis no tesouro público para a plena satisfação desses direitos. Daí, constantemente, o tema ser levado ao julgamento a ser feito pelo Poder Judiciário como, por exemplo, nos casos da entrega de medicamentos. Sobre o tema, recomenda-se a leitura do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Liminar 47 AgR/PE, em que foi Relator o Ministro Gilmar Mendes, em julgamento ocorrido em 17/03/2010, perante o Tribunal Pleno: EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

¹³ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e flexibilidade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.63.

¹⁴ Na doutrina pós-nazismo, Konrad Hess concentrou-se na abertura e na força normativa da Constituição, contrapondo as reflexões apresentadas por Ferdinand Lassalle, em 1862. Segundo a

Brasil, depara-se com certa opacidade no planejamento e na capacidade para implementar, adequadamente, as políticas públicas nessas áreas essenciais para o desenvolvimento da sociedade.

Em suma, se o Estado brasileiro passa a ser Regulador, com objetivos bem definidos em termos de respeito aos direitos fundamentais e reserva de atividades econômicas ao setor privado, a sociedade atual necessita de uma governança pública¹⁵ orientada, especialmente, para a transparência dos resultados alcançados com a ação governamental.

O acompanhamento dos resultados deve, sempre que possível, ser realizado, objetivamente, por meio de indicadores de desempenho¹⁶, métricas e

concepção de Lassalle, questões constitucionais não seriam jurídicas, e, sim, políticas. A Constituição seria apenas um pedaco de papel (*ein Strück Papier*), e sua concretização estaria limitada à compatibilidade com a "Constituição real". A teoria de Hesse baseia-se na existência, de um lado, do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, e, de outro, uma força determinante do direito constitucional. Contudo, ambos os aspectos devem ser observados: Constituição real e jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Segundo seu pensamento, a Constituição não configura apenas a expressão de um "dever-ser" (*Sollen*); ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, em especial as forças políticas e sociais graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991 (título original: *Die normative Kraft der Verfassung*).

¹⁵ Para Enrique Saravia, o conceito de governança é o conjunto de instrumentos técnicos de gestão que asseguram a eficiência da ação pública, o que nos conduz à necessidade de reformular a administração mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas. Esse conceito não se confunde com o de governabilidade, que é a necessidade de dotar de condições adequadas o ambiente político em que se efetivam as ações da administração, o que requer legitimidade dos governos, credibilidade e imagem pública dos governantes e dos servidores públicos, além da redefinição das funções do Estado, do seu padrão de intervenção econômica e social, de suas relações com a sociedade civil e o mercado e entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. SARAVIA, Enrique. *Governança social...*, op. cit., p. 22-23.

¹⁶ A propósito, esta questão constou, expressamente, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado: "Esse projeto, essencial para a implementação das agências autônomas e das organizações sociais, terá de ser realizado pelo MARE em parceria com o Ministério do Planejamento e Orçamento, implicará um esforço sistemático e amplo para definir indicadores de desempenho quantitativos para as atividades exclusivas do Estado. Esses indicadores, somados mais adiante à definição de um orçamento global, serão a base para a celebração de contrato de gestão entre o dirigente da entidade e o respectivo ministro. E a partir do contrato de gestão será possível implantar um modelo de administração pública gerencial. A diferença entre esse projeto e o das agências autônomas ou o das organizações sociais está no fato de que enquanto aqueles se concentrarão em umas poucas entidades, nas quais se realizará um esforço concentrado de aplicação das novas técnicas de gestão, neste toma-se apenas o passo preliminar desse processo - a definição de indicadores de desempenho claros - mas se generaliza a cobrança para toda a administração pública federal. Esse projeto, portanto, como o da Avaliação Estrutural, é um projeto horizontal, que buscará abranger todas as autarquias e fundações públicas hoje existentes." BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI8.HTM. Acesso em 21 de outubro de 2010.

índices,¹⁷ que, de alguma forma, abandonem o casuísmo e traduzam as conseqüências das ações políticas, das escolhas públicas, em melhores condições de vida para a população.¹⁸

Esses resultados, portanto, devem ser avaliados, mensurados e controlados pela sociedade. É um dos melhores mecanismos do “poder” chegar às mãos dos cidadãos. Como asseveram Osborne e Gaebler¹⁹, a maioria dos governos empreendedores promove a competição entre os que prestam serviços ao público. Eles dão poder aos cidadãos, transferindo o controle dessas atividades da burocracia para a comunidade. Medem a atuação de suas agências, focalizando não fatores localizados, os insumos, mas sim, resultados. Orientam-se pelos seus objetivos – sua missão, em vez de regras e regulamentos. Redefinem seus usuários como clientes, oferecendo-lhes opções.

Ademais disso, vive-se, sob a forma de Estado Regulador, uma fase em que a organização pública não é capaz de planejar, financiar e executar, isoladamente, todos os investimentos estratégicos necessários para o desenvolvimento do país.²⁰

¹⁷ Alguns sistemas de avaliação já se encontram disponíveis, a exemplo do Sistema de Avaliação do Plano Plurianual (PPA), o Sistema Nacional de Avaliação da Satisfação dos Usuários de Serviços Públicos, o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB), o ENEN, o ENADE etc. Contudo, não bastam os controles sobre planos de metas meramente “formais”.

¹⁸ “Quanto aos critérios de avaliação e desempenho, que são essenciais a uma administração pública pautada pela autonomia, Lustosa da Costa (1998, p. 211) chama a atenção para a precariedade até dos mais sofisticados mecanismos de avaliação de desempenho que, ao se mostrarem incapazes de medir o impacto das ações empreendidas, ‘tendem a privilegiar a mensuração da eficiência, deixando de lado qualquer esforço para avaliar a real eficácia social das iniciativas’. O estabelecimento de mecanismos condizentes, na opinião de Kettl (1998), é projeto para décadas, não apenas para meses sujeitos a interrupções, tal como ocorrido em 1995. Por exemplo, no caso das agências reguladoras, auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União apontam a existência de diversos e, por vezes, conflitantes mecanismos de autonomia e avaliação de desempenho. No caso da ANEEL, o primeiro contrato de gestão foi assinado em 2 de março de 1998, teve vigência até 31 de dezembro de 2000 e foi objeto de auditorias pela Secretaria Federal de Controle durante os exercícios 1998 e 1999, quando foi verificado um desempenho satisfatório. Na auditoria realizada na ANEEL, exercício 2000, pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2001), os auditores constataram que as metas da agência, estipuladas no contrato de gestão, foram agrupadas em dois grandes programas contemplados no PPA, fazendo com que o contrato assumisse um caráter formal, uma função redundante em relação a outros instrumentos de planejamento e orçamento.” PECCI, Alketa *et al.* Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organização e Sociedade - O&S*, v.15, n.46, jul./set., 2008. p. 48

¹⁹ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998. p. 21.

²⁰ “Conceitos como concessão, regulação e parcerias público-privadas concretizam um novo modelo de Estado, baseado em relações contratuais com o setor privado e responsável por definir objetivos de políticas públicas a serem implementadas com a parceria do privado.

É necessária, como vem ocorrendo nos últimos anos, a formação de consórcios e parcerias entre governos das diferentes esferas (União, Estados e Municípios), entidades da administração indireta, organismos internacionais, organizações não-governamentais e empresas privadas. Só assim o Governo poderá viabilizar a execução de diversos programas estruturados nas políticas públicas.

Neste sentido, o Governo Federal já cogitou a mudança da forma de executar algumas de suas ações em áreas estratégicas. Seguindo tal posicionamento, órgãos da administração federal passariam a trabalhar sob um novo formato de atuação: a administração gerencial.²¹

Simultaneamente, esse mesmo movimento se faz presente na relação do Estado com o terceiro setor. Conceitos como Organizações Sociais, OSCIPs, Serviços Sociais Autônomos e outros materializam uma série de relações público-privadas em áreas como saúde, educação e cultura, uma conseqüência de movimentos de democratização. O termo de parceria também entra em cena como instrumento de contratualização das relações do Estado com o terceiro setor. A configuração atual dessa rede de governança se manifesta nos conceitos recentemente utilizados para se referir ao novo papel do Estado como catalisador, articulador e facilitador do mercado e da sociedade civil. Não é por acaso que conceitos como "concertação" (a exemplo do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social) e regulação (a exemplo da proliferação de agências reguladoras) têm sido tão usualmente incorporados e utilizados pela agenda política nos últimos anos." PECCI, Alketa *et al.* *Governança...*, p. 42.

²¹ Conforme consta do Plano Diretor da Reforma do Estado, esse modelo de Administração Pública Gerencial "emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. A administração pública gerencial constituiu um avanço, e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isso não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental. Na administração pública gerencial a estratégia volta-se: (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados; e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins). A administração pública gerencial inspira-se na administração de empresas, mas não pode ser confundida com esta última. Enquanto a receita das empresas depende dos pagamentos que os clientes fazem livremente na

Pretendeu-se criar na administração pública brasileira uma nova mentalidade, uma cultura gerencial nos moldes do que já é praticado pelas organizações que estão enfrentando desafios de modernização.²²

Dentre várias ações foram criadas, ou reestruturadas, no bojo do processo de desestatização, entidades reguladoras independentes (autarquias especiais vinculadas, e não subordinadas ao Poder Público central), compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta. Criou-se, ainda,

compra de seus produtos e serviços, a receita do Estado deriva de impostos, ou seja, de contribuições obrigatórias, sem contrapartida direta. Enquanto o mercado controla a administração das empresas, a sociedade - por intermédio de políticos eleitos - controla a administração pública. Enquanto a administração de empresas está voltada para o lucro privado, para a maximização dos interesses dos acionistas, esperando-se que, através do mercado, o interesse coletivo seja atendido, a administração pública gerencial está explícita e diretamente voltada para o interesse público. Neste último ponto, como em muitos outros (profissionalismo, impessoalidade), a administração pública gerencial não se diferencia da administração pública burocrática. Na burocracia pública clássica existe uma noção muito clara e forte do interesse público. A diferença, porém, está no entendimento do significado do interesse público, que não pode ser confundido com o interesse do próprio Estado. Para a administração pública burocrática, o interesse público é freqüentemente identificado com a afirmação do poder do Estado. Ao atuarem sob esse princípio, os administradores públicos terminam por direcionar uma parte substancial das atividades e dos recursos do Estado para o atendimento das necessidades da própria burocracia, identificada com o poder do Estado. O conteúdo das políticas públicas é relegado a um segundo plano. A administração pública gerencial nega essa visão do interesse público, relacionando-o com o interesse da coletividade e não com o do aparato do Estado. A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas. BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI2.HTM. Acesso em 21 de outubro de 2010.

²² "O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada. No presente momento, uma visão realista da reconstrução do aparelho do Estado em bases gerenciais deve levar em conta a necessidade de equacionar as assimetrias decorrentes da persistência de aspectos patrimonialistas na administração contemporânea, bem como dos excessos formais e anacronismos do modelo burocrático tradicional. Para isso, é fundamental ter clara a dinâmica da administração racional-legal ou burocrática. Não se trata simplesmente de descartá-la, mas sim de considerar os aspectos em que está superada e as características que ainda se mantêm válidas como formas de garantir efetividade à administração pública. O modelo gerencial tornou-se realidade no mundo desenvolvido quando, através da definição clara de objetivos para cada unidade da administração, da descentralização, da mudança de estruturas organizacionais e da adoção de valores e de comportamentos modernos no interior do Estado, se revelou mais capaz de promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público. A reforma do aparelho do Estado no Brasil significará, fundamentalmente, a introdução na administração pública da cultura e das técnicas gerenciais modernas." Idem.

modelo de organização social (OS), visando transferir certas atuações estatais em campos sociais para pessoas estranhas ao corpo público.

A criação de entes estatais reguladores seguiu tendência internacional²³ de reformar a Administração Pública mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas.²⁴

As entidades reguladoras independentes, com suas características próprias, estão implantadas em diversos países. A título exemplificativo, identificam-se as seguintes "agências": as independent regulatory commissions estadunidenses, as autorités administratives indépendantes francesas, as autorità indipendenti italianas, as administraciones independientes espanholas, as régies canadenses, as ambetswerk suecas e finlandesas, os ministerialfreien Raums germânicos²⁵.

Cumprir destacar, ainda, que com o processo de unificação europeia tornou quase que imperativa a necessidade de coordenar a atividade das diversas agências reguladoras de cada país. Assim, foram criadas inúmeras instituições com esse objetivo.

Cite-se a Agência Europeia para a Segurança da Aviação – EASA. Essa entidade foi criada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Europa no ano de 2002.²⁶ Vale destacar a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar - EFSA, também criada no ano de 2002 pelo Conselho da Europa. É um órgão comunitário com personalidade jurídica própria, independente das instituições da comunidade.²⁷

²³ Para uma análise comparativa entre as entidades reguladoras independentes nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, França, Itália e Espanha, ver a obra doutrinária de SALVADOR MARTÍNEZ, Maria. *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel, 2002.

²⁴ Sobre o tema, ver: PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998 e REZENDE, Flavio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

²⁵ Para análise detalhada sobre esses entes, CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

²⁶ Disponível em <http://www.easa.eu.int/language/pt/home.php> (Acesso em 10 de dezembro de 2010).

²⁷ Disponível em <http://www.efsa.europa.eu/> (Acesso em 10 de dezembro de 2010.)

Cabe ressaltar a existência da Agência Europeia de Segurança Marítima – EMSA, criada em 2002 com o objetivo de reduzir o risco de acidentes marítimos, a poluição produzida por navios e a perda de vidas humanas no mar.²⁸

Outro ente criado em 2003 é o Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás – ERGEG (European Regulators Group for Electricity and Gas), que surgiu no âmbito da Comissão Europeia como grupo assessor das autoridades reguladoras independentes de cada país, de forma a apoiar a Comissão na consolidação do mercado europeu de eletricidade e gás²⁹; e, também, o Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica - ERG Telecom³⁰, criado pela Comissão Europeia em 2002, com o objetivo de fomentar a cooperação e coordenação das autoridades nacionais de regulação com a Comissão, promover o desenvolvimento do mercado interno de redes e serviços de comunicação eletrônica, e lograr a aplicação efetiva, em todos os Estados membros, das determinações do novo marco regulatório.

Entre nós, surgiram as Agências Reguladoras. Ademais, foram disciplinados novos modelos para o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e para a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Como se vê, buscou-se no início da segunda metade da década de 90, do século passado, implantar-se um novo marco teórico para a Administração Pública, que substituísse, em parte, a perspectiva burocrática *weberiana*. O modelo até então seguido - sob a ótica de um corpo burocrático clássico - encontrava-se em posição subordinada hierarquicamente aos interesses governamentais. Entidades reguladoras, ao contrário, foram estruturadas apenas vinculadas ao Poder Público central, com foco na implementação continuada das políticas de Estado (busca da separação entre formulação e execução de políticas públicas).³¹

²⁸ Disponível em <http://www.emsa.eu.int/> (Acesso em 10 de dezembro de 2010).

²⁹ Disponível em http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME (Acesso em 10 de dezembro de 2010).

³⁰ Disponível em <http://ec.europa.eu> (Acesso em 10 de dezembro de 2010).

³¹ Acerca das críticas envolvendo a possibilidade de distinção explícita e estanque entre formulação e execução (ou elaboração e implementação) de políticas públicas, amplamente condenada pela literatura no campo da administração, ver o estudo de: PEÇI, Alketa *et al.* *Governança...*, op. cit.

Naquele contexto histórico, partiu-se da idéia de que havia questões em que a visão política, inerente ao ciclo eleitoral, poderia afetar a adoção de práticas que precisam de continuidade e segurança jurídica.³²

São consideradas práticas de Estado – e não de Governo.³³

Compreendido o desenho constitucional que vivemos no Brasil; identificadas bases teóricas da organização da administração pública; e, com o ingresso de novos atores com missão regulatória sistêmica, dotados de certa autonomia funcional e independência decisória diversa do modelo hierarquizado *weberiano* - e, por isso, causando certos conflitos³⁴ - resta indagar: No estágio democrático e de estabilidade política do Brasil, esse caminho deve ser perseguido e ampliado para outros setores (subsistemas) que indicam, pela natureza das suas atividades, a necessidade de estruturas organizacionais voltadas ao desenvolvimento de políticas de Estado?³⁵ Existem projetos de lei em

³² “A partir da perspectiva de governança pública, as agências reguladoras independentes são entidades dotadas de um poder significativo e com certo nível de autonomia em seu processo de tomada de decisões. Isso corresponde a uma etapa posterior na descentralização da administração pública, promovida pela *Nova Gestão Pública*. No entanto, os reguladores independentes diferem significativamente das agências descentralizadas por causa desse poder de tomada de decisões, que é superior ao da administração descentralizada e por causa de outros poderes delegados que detêm, os quais tradicionalmente é uma prerrogativa do Poder Executivo. A vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008. Grifamos.

³³ Bresser Pereira sustentou essa dicotomia entre Estado e Governo ao afirmar que as agências executivas e reguladoras são organizações estatais descentralizadas que implementam políticas. Quando a lei define claramente a política, tem-se uma política de Estado; quando deixa a definição precisa para a administração vigente, tem-se uma política de governo. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 305.

³⁴ Segundo Paulo Mattos, o modelo de Agências Reguladoras autônomas, adotado no Brasil no contexto da reforma do Estado na década de 1990, insere-se no cenário em que se abrem novos canais de circulação de poder político. A formulação de políticas setoriais, que antes estava restrita aos gabinetes ministeriais, dentre outros, subordinadas às decisões políticas do Presidente da República e ao jogo das barganhas políticas com o Congresso, passou a ser feita de forma insulada por técnicos especializados, porém aberta ao público afetado pelas normas editadas pelas Agências Reguladoras. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006. p. 25.

³⁵ Sobre esse aspecto do Estado Regulador, Marçal Justen Filho observa que “é, antes de tudo, uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito. Essa figura pressupõe não apenas o monopólio do Direito por parte do Estado, mas também a submissão deste àquele. Para compreender o Estado Regulador, é necessário reconhecer a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política”. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 16.

andamento propondo algo sobre essa questão? Se existem, em que bases, com quais fundamentos e estrutura?

Destaque-se como exemplo, nessa ordem de idéias, a atuação da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN. A União tem o monopólio da mineração de elementos radioativos, da produção e do comércio de materiais nucleares, sendo este monopólio exercido por essa autarquia federal, criada em 10 de outubro de 1956 e vinculada ao Ministério de Ciência e Tecnologia.

Como órgão superior de planejamento, orientação, supervisão e fiscalização, a CNEN estabelece normas e regulamentos em radioproteção e licença, fiscaliza e controla a atividade nuclear no Brasil. Ademais disso, a CNEN desenvolve, ainda, pesquisas na utilização de técnicas nucleares com a missão de garantir o uso seguro e pacífico da energia nuclear, desenvolver e disponibilizar tecnologias nuclear e correlatas, visando o bem estar da população.

Diante da relevância dos assuntos estratégicos para o Estado (e não só para governantes), o Presidente da CNEN, Odair Dias Gonçalves, afirmou, em entrevista publicada no dia 17 de abril de 2009³⁶, que o país poderá ter uma Agência Reguladora voltada exclusivamente para a energia nuclear.

A criação da Agência³⁷ surgiria no âmbito do programa nuclear brasileiro, que prevê a implantação de novas usinas e a auto-suficiência do país na fabricação de combustível nuclear. O presidente da CNEN fez questão de ressaltar que a criação da agência não seria feita por causa do mau funcionamento do atual sistema de fiscalização; mas em função do crescimento do programa nuclear.

Ou seja, será que a criação de entidade autônoma para a regulação da energia nuclear decorre, apenas, do crescimento do programa nuclear, ou advém da idéia de que esse setor deve ficar "blindado", ao menos em parte, contra pressões político-partidárias (preenchimento de cargos sem formação técnica)³⁸,

³⁶ Fonte: BrasilEnergia, disponível em (www.energiahoje.com). Acesso em 15 de junho de 2010.

³⁷ O Projeto de Lei será examinado no capítulo quarto deste relatório.

³⁸ Sobre essa questão, veja-se um exemplo prático em matéria do O Globo, de 16/05/2010, sob o título "Telebrás tem 4 apadrinhados de ex-ministro" e subtítulo "*Na gestão de Hélio Costa, foram nomeados, entre outros, um farmacêutico e uma colunista social para Conselho*". Um mês antes de anunciar a reativação da Telebrás para gerenciar o Plano Nacional de Banda Larga (PNBL), o Ministério das Comunicações reconduziu por mais dois anos no Conselho Fiscal da companhia dois apadrinhados do ex-titular da pasta senador Hélio Costa (PMDBMG), atualmente pré-candidato ao governo do estado de Minas Gerais. Outros dois apadrinhados do ex-ministro

e, até mesmo, de “desejos personalíssimos” ou “excentricidades” dos governantes?

continuam no Conselho de Administração da estatal. São um farmacêutico, uma colunista social, uma assessora parlamentar e o irmão de um assessor parlamentar. Os conselhos de Administração (com seis integrantes) e Fiscal (com mais cinco) serão responsáveis por fiscalizar e definir estratégias para os gastos dos R\$ 3,2 bilhões que serão injetados pelo Tesouro Nacional na estatal, após anos de rumores que fizeram as ações da companhia subir 21.003% desde o primeiro ano do governo Lula. Um dos conselheiros é a colunista social Raquel Faria, do jornal O Tempo, de Belo Horizonte. Ela foi reconduzida ao Conselho Fiscal em 6 de abril. Em seu currículo não consta atuação fora do jornalismo ou prévia experiência empresarial. Nomeações desrespeitam critério de impessoalidade. A assessora parlamentar Maria Teresa de Assis Lopes, que trabalha no gabinete do senador em Brasília, também teve seu mandato renovado no Conselho Fiscal em 6 de abril. O Conselho Fiscal se reúne uma vez por mês, sempre na última sexta-feira. Cada conselheiro recebe R\$ 1.917 mensais, além de passagens e diária de R\$ 200. O conselho existe porque é obrigatório em Sociedades Anônimas (SAs) de capital misto, caso da companhia. Já no Conselho de Administração da Telebrás que tem a mesma remuneração está Antônio Vicente dos Santos, irmão do assessor parlamentar José Vicente dos Santos, que trabalha no gabinete de Costa. Ele não tem experiência empresarial. Também na cota do ministério aparece no Conselho de Administração o farmacêutico e ex-professor de química Ronaldo Dutra de Araújo, morador de Barbacena, cidade natal de Hélio Costa. Ele foi chefe de gabinete do senador e editor do Jornal da Cidade, de Barbacena. O advogado João Geraldo Piquet Carneiro, que ajudou a elaborar a Comissão de Ética Pública para fiscalizar a conduta do alto escalão do governo, diz que a impessoalidade é um dos princípios básicos constitucionais da administração pública: O artigo 37 da Constituição diz ainda que o administrador público tem que agir com isenção ou não está cumprindo adequadamente sua função de autoridade. [...] Mas um dos conselheiros da Telebrás, que pediu para não ser identificado, diz que poucos membros dos atuais conselhos seriam indicados a uma empresa puramente privada. Isso não foi um problema maior na Telebrás porque a empresa não fazia quase nada até aqui. Vivia de pagar salários. Mas nem todos no conselho são despreparados disse o conselheiro. O ex-ministro das Comunicações Hélio Costa não comentou as nomeações. O gabinete do senador informou que caberia ao Ministério das Comunicações a competência para prestar esclarecimentos sobre seus órgãos vinculados. O ministério diz que o estatuto da Telebrás não exige experiência em telecomunicações, contabilidade ou fiscalização para integrantes dos conselhos. Para integrar o Conselho de Administração é preciso que sejam brasileiros de notórios conhecimentos e experiência, com idoneidade moral e reputação ilibada. E para o Fiscal, é preciso ser residente no país, ter nível universitário ou exercido cargo de administrador de empresa ou de conselho fiscal por três anos. [...] Uma melhora do quadro é incerta. PT e PMDB fazem hoje uma queda de braço pelo controle da companhia. O primeiro *round* foi vencido pelo PT, que emplacou o nome do secretário de Logística do Ministério do Planejamento para a presidência da estatal, Rogério Santanna. Ele assume o cargo de Jorge Motta e Silva, indicado pelo ex-ministro das Comunicações Eunício Oliveira, do PMDB do Ceará. Conselheiros: relação com senador não influenciou A colunista Raquel Faria disse, por telefone, que conhece Costa há muito tempo, mas não seria apadrinhada dele. Não soube dizer porque foi convidada para a vaga e que apenas o aceitou. Reconheceu que não tem experiência em finanças, mas que o balanço nunca tem novidade. Depois, irritada, disse que não daria entrevista e desligou. Por e-mail, José Vicente dos Santos defendeu que seu irmão tem formação para o cargo e o fato de ser assessor do ministro na época da indicação em nada influenciou na escolha do conselheiro, que comprovou sua aptidão para o cargo em todas as instâncias em que foi avaliado. Maria Teresa disse por e-mail que não houve influência para que fosse escolhida e que cumpriu todas as exigências previstas no estatuto da sociedade e tendo sido eleita pela Assembléia Geral da Telebrás. Ronaldo Araújo não foi localizado. VILLAS BÔAS, Bruno. *Telebrás tem 4 apadrinhados de ex-ministro*. O Globo, 16 de maio de 2010, p. 31.

A indagação acerca da extensão ou não do modelo de autonomia funcional, próximo aos das entidades reguladoras, para diversos setores, recrudesce.

Mesmo diante do marco constitucional, antes exposto, constata-se que algumas entidades - que deveriam exercer funções tipicamente de Estado - acabam por ser afetadas por questões e interesses preponderantemente políticos; isto é, são, em muitos casos, aparelhadas com o preenchimento de cargos por indicação política, sem experiência técnica, para atuar, em grande parte, apenas no interesse partidário.

Nesse sentido, algumas entidades – por não gozarem de autonomia funcional em relação ao poder público central – se envolveram em certas polêmicas na sua atuação administrativa e que, em parte, motivou a presente pesquisa.

Por exemplo, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, fundação pública da administração federal, criada em 1934, que tem importantes atribuições ligadas às geociências e estatísticas sociais, demográficas e econômicas.

Dentre as funções do IBGE se encontra a de realizar censos e organizar as informações obtidas nesses levantamentos para suprir órgãos das esferas governamentais federal, estadual e municipal, para outras instituições e o público em geral. Essa entidade esteve envolvida no imbróglio acerca da suposta inadequação dos critérios vigentes para a partilha de royalties e compensações financeiras pela atividade petrolífera entre Estados e municípios brasileiros.

Cite-se, ainda, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE, que ainda não encontrou um modelo gerencial e institucional adequado às especificidades e desafios que se apresentam para o mesmo.

O INPE tem como objetivo ampliar e consolidar competências em ciência, tecnologia e inovação nas áreas espacial e do ambiente terrestre para responder a desafios nacionais; desenvolver, em âmbito mundial, liderança científica e tecnológica nas áreas espacial e do ambiente terrestre enfatizando as especificidades brasileiras; ampliar e consolidar competências em previsão de tempo e clima e em mudanças ambientais globais; promover uma política espacial

para a indústria visando atender às necessidades de desenvolvimento de serviços, tecnologias e sistemas espaciais.

No ano de 2010 o INPE esteve envolvido em questões sobre dados divulgados referentes ao desmatamento na Região Amazônica. Primeiro, foram apresentadas as medições feitas pelo INPE, que detectou, entre novembro e dezembro de 2008 e janeiro de 2009, 754 quilômetros quadrados de desmatamento. Os números foram considerados positivos em comparação ao mesmo período do ano anterior, quando o desmatamento foi de 2.527 quilômetros quadrados, o que representaria uma queda de aproximadamente 70% no desmatamento.

Na sequência, foram disponibilizados vários dados pelo Instituto Homem e Meio Ambiente - IMAZON. Segundo os dados do Sistema de Alerta de Desmatamento - SAD, em janeiro de 2009 houve 51 quilômetros quadrados de desmatamento na Amazônia Legal. Isso representaria uma queda de 38% em relação ao mês de janeiro de 2008 quando o desmatamento somou 82 quilômetros quadrados.

Teme-se, portanto, pelo uso político de relevantes informações científicas para, em tese, “maquiar” dados e relatórios técnicos e, com isso, beneficiar a imagem de governantes. Essa aparente divergência acaba por colocar em evidência a atuação do INPE como típico exemplo de setor no qual pode-se questionar se deve, ou não, ser uma entidade autônoma; isto é, “blindada” contra pressões político-partidárias.³⁹

Lembre-se, ainda, da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento,

³⁹ O tema foi objeto de matéria jornalística: “O Ministério do Meio Ambiente divulgou nesta segunda-feira 9 dados do Deter (Detecção do Desmatamento em Tempo Real), sistema utilizado pelo INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais) para medir o desmatamento. Segundo o Ministério, o desmatamento diminuiu 49% na Amazônia entre agosto de 2009 e junho de 2010 em relação ao mesmo período do ano anterior. Para Beto Veríssimo, diretor do IMAZON (Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia), que utiliza os mesmos satélites do INPE, porém, um sistema de análise diferente, a divulgação e a extrapolação desses dados foram precipitadas, principalmente em se tratando de ser um ano eleitoral e de que falta ainda um mês para terminar o período de análise. Ele diz que esse levantamento é ainda preliminar e os dados oficiais sairão apenas após a eleição.” HUBERMAN, Bruno. O desmatamento da Amazônia não caiu 49% como divulgou o INPE: Beto Veríssimo, diretor do IMAZON, instituto que utiliza os mesmos satélites do INPE, vê precipitação na divulgação dos dados pelo Ministério do Meio Ambiente. *Revista Carta Verde*, 11 de agosto de 2010. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/cartaverde/%E2%80%9Dco-desmatamento-da-amazonia-nao-caiu-49-como-divulgou-o-inpe%E2%80%9D> (Acesso em 16 de dezembro de 2010).

criada em 26 de abril de 1973 e que tem em sua missão a responsabilidade por viabilizar soluções de pesquisa, desenvolvimento e inovação para a sustentabilidade da agricultura, em benefício da sociedade brasileira.

Em 2009, noticiou-se amplamente na imprensa que o Partido dos Trabalhadores tentou anular o processo de seleção do Presidente da EMBRAPA haja vista a “influência da Estatal”.⁴⁰

⁴⁰ Sobre essa questão, veja-se matéria publica no Jornal Valor Econômico: “PT tenta anular seleção na Embrapa - Insatisfeitos com a derrota de seu candidato a comandar a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), dirigentes do PT resolveram apelar ao presidente Luiz Inácio Lula da Silva para anular o processo formal de seleção do novo diretor-presidente da principal instituição de pesquisa do país. Membro do Diretório Nacional do PT e assessor especial do presidente do partido, Wilmar Lacerda defendeu, em carta aberta a Lula, a realização de um novo processo de escolha para o cargo, vago desde a renúncia oficial do físico Silvio Crestana em meados de maio. O dirigente petista acusa a prevalência de critérios políticos na seleção que gerou uma lista tríplice enviada pelo ministro da Agricultura, Reinhold Stephanes, ao presidente Lula. “É um verdadeiro jogo de cartas marcadas”, sustenta. “Fizeram um pacto do silêncio absurdo e ninguém revela como chegaram aos nomes. O medo prevaleceu”. Ex-presidente do PT-DF e do sindicato da estatal (Sinpaf), Lacerda afirma ter “apoio pessoal” do líder da sigla na Câmara, Cândido Vaccarezza (SP), do líder do governo, Henrique Fontana (RS), e do presidente do partido, Ricardo Berzoini, à anulação do processo. “O Berzoini concorda que o processo deveria ser mais transparente e democrático. O Vaccarezza e o Fontana também.” Procurado, Berzoini não retornou às ligações. Um “comitê de busca” foi criado pela Embrapa para selecionar os nomes. Oito foram indicados, mas apenas três saíram ilesos da avaliação. A cobiça tem fundamento na influência da estatal. Instituições de pesquisa, entidades de classe e partidos políticos entraram na disputa pelo comando da empresa. Dona de um orçamento de R\$ 1,5 bilhão para 2009, a Embrapa contratará 1,1 mil novos empregados e inaugurará quatro unidades neste ano. Mas a briga de bastidores tem paralisado as decisões na empresa. E o sindicato convocou greve geral por melhoria de salários. Mantida sob segredo até agora, a lista tríplice enviada ao presidente Lula tem como primeira opção o atual chefe-geral da Embrapa Arroz e Feijão, Pedro Arraes Pereira. Primo do governador de Pernambuco, Eduardo Campos (PSB), Arraes é bem avaliado nas instâncias técnicas, mas atraiu antipatias à sua indicação por ter recebido o apoio formal da senadora Kátia Abreu (DEM-TO), atual presidente da Confederação da Agricultura e Pecuária (CNA). A líder ruralista é considerada inimiga nos hostes petistas. “O DEM não deveria participar desse processo, ainda mais articulado com o ministro da Agricultura”, diz Lacerda. “Não queremos que os interesses deles prevaleçam na Embrapa. Se o PT não pode indicar, porque vamos deixar o DEM indicar?” Mesmo negando a intenção de indicar um nome, o PT sonha em emplacar o atual diretor-executivo José Geraldo Eugênio de França no cargo. Vinculado ao PSB de Eduardo Campos, ele teria apoio da Confederação dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e do ministro da Ciência e Tecnologia, Sérgio Rezende. “O Geraldo tem o melhor perfil. Não tem relação com o PT, mas é do PSB. Dá continuidade ao governo, está há cinco anos na Embrapa, tem PhD e foi secretário de Estado (PE). Não decepcionaria ninguém nem seria maculado pelo interesse da grande produção”, diz Wilmar Lacerda. A lista tríplice enviada a Lula tem ainda os nomes do ex-diretor Dante Scolari e do ex-chefe da Embrapa Aves e Suínos, Élsio Figueiredo. No processo de seleção, além de Geraldo Eugênio, foram excluídos Lúcio Brunale, Hélio Tollini, Maria Ribeiro e José Fernando Protas. Polêmico, Wilmar Lacerda foi envolvido na CPI do Mensalão por ter sacado dinheiro depositado pelo publicitário Marcos Valério na conta do partido. Em sua cruzada, o dirigente petista afirma que os funcionários concordam com ele. O Sinpaf, porém, rejeita fazer indicações. “Lamento que ele use nome do sindicato, porque é só um filiado. Foi presidente, tem expressão política, mas não pode representar o sindicato porque não tem esse mandato”, diz o presidente do Sinpaf, Valter Endres. “O sindicato não se envolve. Temos lógica diferente e não faremos gestão por cargos”. ZANATTA, Mauro. PT tenta anular processo de seleção de presidente da Embrapa. *Jornal Valor Econômico*. A10, 5/7 de junho de 2009.

Outra entidade que nos últimos tempos tem sido objeto de críticas sobre a sua forma de atuação é o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Segundo notícia veiculada pela imprensa⁴¹, desvios de finalidade e a interferência política no IPEA comprometem a imagem da instituição, que se manteve como organismo de Estado em todos os outros governos.

Com efeito, mesmo diante das pressões democráticas para tornar autônomos determinados temas de nítido interesse público, a Administração Pública Federal acaba por atuar com preponderância política em ambientes que, a princípio, deveriam ser conduzidos sob forte preponderância técnica.

Nestes ambientes, não deve haver solução de continuidade, mesmo diante da alternância decorrente do sufrágio. Com a autonomia, entes de Estado poderiam ficar infensos ou, ao menos, ter instrumentos para reduzir pressões político-partidárias.⁴²

⁴¹ “Os atuais desvios de finalidade e a interferência política no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) comprometem a imagem da instituição, que se manteve como organismo de Estado em todos os governos. A avaliação do economista Regis Bonelli, do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) - que é pesquisador aposentado do IPEA - reflete a opinião e o sentimento de outros pesquisadores, que preferem se manter no anonimato por temor a represálias. - *O IPEA sempre foi um organismo de Estado. Os diferentes governos se beneficiaram ou não, mais ou menos dos estudos, mas nunca houve uma interferência tão declarada do governo* - afirma Bonelli. Ele compara a trajetória do IPEA com a do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), lembrando que este último desfrutava de credibilidade inquestionável porque foi mantido, independentemente dos governos, como uma instituição a serviço do Estado.” ALVAREZ, Regina. Economistas apontam desvio de finalidade no IPEA. *O Globo*, 23 de outubro de 2010. Veja-se, ainda, ALVAREZ, Regina. Uma máquina de alto custo: Ipea eleva gastos com diárias, passagens e estrutura e faz propaganda do governo, com levantamentos usados pela campanha de Dilma. *O Globo*, 22 de agosto de 2010, p. 3

⁴² Sobre as disputas partidárias para o preenchimento dos cargos das Agências Reguladoras, vale trazer recente matéria publicada no *Jornal Valor Econômico*: “A celeridade da tomada de decisão e a realidade em torno do fortalecimento das agências reguladoras - anunciado no discurso de vitória da presidente eleita Dilma Rousseff - poderão ser testadas no curto prazo. Pelo menos uma delas, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), exige posicionamento ou do presidente Luiz Inácio Lula da Silva ou, quem sabe, já receba influência da sua sucessora. A Anatel terá duas vagas em aberto, ainda nesta semana, a de presidente e a de vice. E importantes decisões previstas até o fim do ano não poderão ser formalizadas sem o preenchimento dos cargos. O governo Lula deu pouca atenção às agências. Uma cadeira continua vaga na diretoria colegiada da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sete meses depois de o presidente ter enviado, em abril, a mensagem ao Senado com a indicação do almirante Murillo Barbosa para o cargo. Barbosa foi sabatinado, em junho, pela Comissão de Serviços de Infraestrutura, e a aprovação passou a depender, desde então, da votação em plenário, que até agora não ocorreu. Já na Anatel, fontes informaram ontem que não receberam ainda nenhum comunicado oficial, mas na agência a expectativa é que o Planalto prorrogue até o fim do ano a Presidência de Ronaldo Sardenberg que deixa o cargo formalmente sexta-feira, mas tem mandato de conselheiro até novembro de 2011. Neste caso, não há necessidade de ser sabatinado no Congresso Nacional, o que tem que acontecer diante de uma nova indicação. O vice-presidente Antonio Bedran deixa a agência na quinta-feira e, segundo informou ao *Valor* na semana passada, em São Paulo, não tem expectativa de ser reconduzido. A Anatel está sendo alvo de críticas dos empresários do setor por

Essas questões relacionadas ao preenchimento de cargos de entes estatais acabam por afetar a governabilidade,⁴³ de modo que, como se procurará demonstrar nesta pesquisa, não é de simples solução.

Neste período, por qual passa o Brasil, a missão do Estado, prevista na Constituição política, não pode mais ser captada em toda sua extensão por aquela fórmula clássica, em que se tinha um problema de delimitação do poder estatal em face do cidadão individualmente considerado (o administrado).

ser lenta na tomada de decisões, necessidade de adequação às novas tecnologias e há questões que podem chegar na Justiça. Uma delas é referente ao leilão da frequência da chamada Banda H, da telefonia celular, marcado para 14 de dezembro. A agência quer privilegiar os interessados que ainda não tenham licença no setor. A Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel) ameaça contestar na Justiça. O argumento é que todas as empresas do setor devem ter igual tratamento e as atuais precisam mais de frequências e, em especial, prepararem-se para atender a demanda de grandes eventos como a Copa do Mundo de 2014. Outro ponto nevrálgico é o que trata da revisão dos contratos de concessão de telefonia fixa. Com vigência até 2025, em cada cinco anos são revisados. E o prazo para formalização é no fim de dezembro. Há empresas que defendem a necessidade de uma grande revisão das normas do setor, inclusive uma revisão da atual estrutura de concessões. Avaliam que o modelo não faz mais sentido diante do leque de tecnologias. E as empresas que investem na infraestrutura, ampliando e modernizando, deveriam absorvê-las. Defendem que deveriam ser implementados pelo Estado outros mecanismos de proteção de bens, controle de qualidade e atendimento ao consumidor. No caso da Antaq, nos bastidores, comenta-se que a vacância de algumas diretorias é devido a resistências entre partidos da base aliada - interessados no cargo - ao nome de Barbosa, que busca a recondução como diretor. Barbosa conta com o apoio do Ministério da Defesa e de empresas ligadas à navegação marítima - área regulada pela agência - que o identificam como alguém experiente e de perfil técnico. Há avaliações de que o processo eleitoral atrasou a aprovação, mas a demora também estaria no interesse do PR, PMDB e PTB pelo cargo. O PR já indicou um dos três diretores da Antaq e, se fizer mais um nome, passaria a ter maioria sobre o colegiado da agência. Há nove meses a Antaq funciona só com dois diretores: Fernando Fialho, o diretor-geral, e Tiago Lima. Fialho, que está no segundo mandato, é considerado afilhado político do senador José Sarney (PMDB-PA), ambos com origens no Maranhão. Já o alagoano Lima foi indicado para a agência pelo PR do ex-ministro dos Transportes Alfredo Nascimento que tem prerrogativa na indicação dos diretores da Antaq, como também da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit). As discussões em torno do nome para a Antaq estenderam-se ao longo deste ano. Em fevereiro, quando venceu o mandato de Barbosa, começou a disputa pela vaga. O ex-ministro Nascimento indicou à Casa Civil o então ouvidor-geral da Antaq, Paulo Vieira, ligado ao PT de São Paulo. Vieira terminou sendo aprovado para diretor da Agência Nacional de Águas (ANA) depois de vetado para o cargo no fim do ano passado em uma votação apertada no próprio Senado. Mas uma articulação permitiu a reapresentação de Vieira para ser votado, em abril, pela terceira vez para a ANA, o que à época gerou polêmica. Com a saída de Nascimento para disputar o governo do Amazonas, onde perdeu as eleições, o Ministério dos Transportes fez nova indicação à Casa Civil para o cargo de diretor da Antaq, desta vez com o nome de Barbosa. Em abril, foi confirmada pela presidência ao Senado. Agora, passada a eleição presidencial, a expectativa é de que a votação em plenário possa ocorrer, mas não há garantias. GÓES, Francisco; MAGALHÃES, Heloisa. Anatel e Antaq testarão promessa de Dilma. *Jornal Valor Econômico*, p. A10, 03 de novembro de 2010.

⁴³ Nesse mesmo sentido, DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In. *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, maio/agosto de 1996, p. 13.

Hoje, demanda-se um disciplinamento da atividade política e econômica buscando a satisfação do interesse coletivo possível, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública.

As dificuldades para se alcançar esse modelo de Estado começam na definição de quais devem ser as orientações a serem seguidas pela Administração Pública brasileira no planejamento, no desenvolvimento e na execução das políticas públicas⁴⁴, em cotejo com os ditames abertos da Constituição Federal de 1988.⁴⁵

A partir daí, é que se deveriam perquirir quais são as formas jurídicas da Administração Pública que o Estado brasileiro deve adotar para cumprir os seus deveres constitucionais. Ou seja, qual deveria ser a estrutura da organização pública brasileira (órgãos, entidades etc.) necessária para se atingir os comandos constitucionais adequados ao alcance do interesse público, que adquiriram força normativa.⁴⁶

⁴⁴ Os problemas, na verdade, começam nas destinações das verbas orçamentárias. Segundo matéria publicada no *Jornal Estado de São Paulo* e divulgada pela Agência Estado, o esquema de pagamento de verbas federais a entidades de fachada - que derrubou o senador Gim Argello (PTB-DF) da relatoria do Orçamento de 2011 após denúncia do Estado - é um verdadeiro hit entre os parlamentares. O governo obteve sinais da farra, mas não conseguiu tampar o ralo. A previsão de gastos em promoção de eventos para divulgação de turismo interno em 2010, que originalmente era de R\$ 32,6 milhões, saltou para R\$ 798,8 milhões após receber 577 emendas de parlamentares. O levantamento foi realizado pela ONG Contas Abertas. Houve um aumento de 2.351% no montante das emendas. Coisa semelhante ocorreu com as verbas para outra ação, "fomento a projetos de arte e cultura". A proposta de R\$ 116,9 milhões foi turbinada para R\$ 391,5 milhões, um aumento de 235%, graças a 258 emendas. "Houve uma verdadeira febre dos parlamentares para fazer emendas nessas ações", disse o fundador e secretário-geral da Contas Abertas, Gil Castello Branco. Ele suspeita que a causa não é o inconformismo dos parlamentares com o descaso do Executivo em relação ao turismo interno e às manifestações culturais. "Elas configuram um ralo por onde há uma corrupção bilionária relacionado a repasses de verbas via ONGs." A verba reservada este ano para repasses a entidades sem fins lucrativos, nas quais se enquadram ONGs, atinge R\$ 4,5 bilhões. Desses, R\$ 2,7 bilhões já foram liberados até ontem. Nessa bolada, estão misturadas entidades sérias que de fato prestam serviços à sociedade e organizações de fachada para as quais são desviados recursos públicos. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,emendas-para-esquema-fraudulento-cresceram-2351,651542,0.htm0> (Acesso em 09 de dezembro de 2010).

⁴⁵ Constituição aberta, no sentido de que o que há de valer como Direito constitucional se resolverá, cada vez, nos casos concretos. Conforme lição de Ricardo Lobo Torres, embora contenha também como elementos constitutivos os fatos e as instituições, o Direito é fundamentalmente um sistema aberto de valores. Ele apresenta unidade e coerência interna. Essa unidade não leva ao fechamento; mas à compatibilização entre diversos valores. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43.

⁴⁶ "A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, caput); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º caput da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional.

Esse, portanto, é o contexto para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Assim, as atividades se concentraram em evidenciar o padrão constitucional de Estado Regulador brasileiro, sua complexidade e o modelo adotado, em parte, na década de 90, para a sua implementação, notadamente, com a criação de algumas autarquias especiais, dotadas de autonomia funcional diferenciada em relação ao Poder Público central (ANEEL, ANATEL etc.).

Examinando a forma adotada para a gestão dessas entidades reguladoras, estruturadas no Brasil no bojo de uma tentativa de reformar a organização administrativa, pretende-se analisar se esse caminho deve ser trilhado, adotado, ainda que parte, em outros setores/subsistemas.

Com isso, partiu-se para a pesquisa de projetos de lei acerca da criação de novas entidades dotadas de autonomia funcional reforçada (v.g. mandato para dirigentes), realizou-se entrevistas com especialistas na matéria para, ao fim, apresentar-se uma sistematização da matéria que possibilite a formulação de críticas e propostas sobre a questão.

Destarte, a idéia foi a de realizar pesquisa no sentido de saber se – e como – pode-se propor, em alguns casos, e em cotejo com as premissas constitucionais, a redefinição da divisão de tarefas e competências entre entidades de Governo e entes públicos cuja missão requer continuidade, notadamente nos casos de alternância no poder (órgãos de Estado).

A pesquisa partiu da compreensão de que não se trata, apenas, de focar as mudanças do Estado Regulador do ponto de vista puramente legislativo.⁴⁷

Veja-se, por exemplo, o caso do Banco Central do Brasil (BACEN).

Quando criado em 1964, por meio da Lei nº 4.595, o presidente e os diretores do BACEN eram detentores de mandato de sete anos, justamente para

Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais". MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 149.

⁴⁷ Cumpre ressaltar que encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº3337/2004, sobre as Agências Reguladoras. O Poder Executivo enviou esse projeto ao Congresso em abril de 2004, em regime de urgência; contudo, recuou diante de pressões dos deputados. Em julho daquele mesmo ano, um novo pedido de urgência foi apresentado - desta vez pelos líderes partidários. Não houve avanços na tramitação da matéria desde então. Para compreensão do tema, apresentamos no Anexo desta pesquisa o substitutivo do Relator Deputado Leonardo Picciani.

garantir independência decisória e, até mesmo, ultrapassar o mandato do Presidente da República que os indicou. A partir de 1967, quando foi alterado esse modelo,⁴⁸ a emissão de moeda passou a ser controlada pelo Ministro da Fazenda.

Portanto, não se deve examinar a questão, apenas, do ponto de vista legislativo. Durante o mandato do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, o Banco Central, sob a chefia de Henrique Meirelles, não gozou de independência operacional por força de lei; contudo, é senso comum que ele exerceu suas funções com certa autonomia técnica.⁴⁹

⁴⁸ BRASIL. LEI nº 5.362, de 30 de novembro de 1967: Art 1º Os arts. 6º e 14 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passam a vigorar com a seguinte redação, mantidos os respectivos parágrafos: "Art. 6º O Conselho Monetário Nacional será integrado pelos seguintes membros: I - Ministro da Fazenda que será o Presidente; II - Presidente do Banco do Brasil S. A.; III - Presidente do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; IV - Sete (7) membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete (7) anos, podendo ser reconduzidos. [...] Art. 14º. O Banco Central do Brasil será administrado por uma Diretoria de cinco (5) membros, um dos quais será o Presidente, escolhidos pelo Conselho Monetário Nacional dentre seus membros mencionados no inciso IV do art. 6º desta Lei."

⁴⁹ "Os xerifes das finanças internacionais estão preocupados: querem saber até que ponto o novo governo brasileiro de Dilma Rousseff permitirá que o Banco Central atue de forma realmente independente. O Banco de Compensações Internacionais (BIS, conhecido como BC dos BCs) tem entre seus princípios a defesa da independência de bancos centrais e acredita que o afastamento de pressões políticas é a melhor forma de um BC cumprir seu mandato de controle da inflação. Nos últimos dois dias, o BIS promoveu na Basileia o seu último encontro do ano. Se o tema central foi a injeção de liquidez pelo Fed, presidentes de vários bancos não disfarçavam que estavam curiosos para saber o que ocorreria com o Brasil. "Não é tanto os nomes que ocuparão os próximos cargos que nos interessa. O que queremos saber é se a atual gestão, semi-independente do Banco Central, será mantida ou não", explicou um dos presidentes de BCs. No fim de semana, a reportagem do Estado revelou que Dilma teria a meta de tomar as rédeas da política econômica, afastaria o presidente do BC, Henrique Meirelles, e aceleraria a redução das taxas de juros. O Estado consultou cinco presidentes e altos funcionários de BCs estrangeiros após o encontro de segunda-feira. Apesar de nenhum aceitar falar abertamente sobre o Brasil, indicaram, na condição que seus nomes fossem mantidos no anonimato, que o debate sobre o destino econômico do País e o futuro do BC são assuntos que acompanham de perto. Sem citar o caso do Brasil e respondendo à perguntas da imprensa japonesa, Jean-Claude Trichet, presidente do Banco Central Europeu e porta-voz do grupo dos maiores BCs do mundo, deu o tom sobre o que espera da relação entre governos e autoridades monetárias. "Há um consenso entre todos os bancos centrais que a independência é parte integral da credibilidade dos bancos e portanto da capacidade de garantir a estabilidade de preços e ancorar a expectativa de inflação", afirmou Trichet em uma coletiva de imprensa. Há oito anos, na primeira participação nas reuniões do BIS, Meirelles disse aos jornalistas que o acompanhavam que um de seus trabalhos era permitir um BC independente no Brasil. Se, na prática, o BC atua de forma autônoma, o governo nunca atuou para tornar legal a independência do banco. Meirelles ainda ganhou o status de ministro, inclusive com imunidades. "O que se espera do Brasil é de que siga as mesmas políticas que tem adotado até agora", afirmou o presidente do BC da Arábia Saudita, Mohamed Al Jasser. "O Brasil é um país maduro e acho que todos têm a esperança de que a situação continue no mesmo caminho", disse. No BIS, Meirelles desfrutava de um prestígio que foi reforçado no auge da crise. O temor dos maiores bancos centrais era de que, se o Brasil entrasse em recessão profunda, economias de países vizinhos também não resistiriam. Trichet pediu que Meirelles chegasse com alguns minutos de atraso a um jantar promovido pelos banqueiros. Ao entrar, foi aplaudido de pé por cerca de 30

Isto é, se o BACEN ficou, durante longos anos, “infernoso” a questões políticas isso se deve, exclusivamente, à decisão pessoal e discricionária do Chefe do Poder Executivo Federal.

O objetivo, portanto, da presente pesquisa de pós-doutoramento, partindo-se dessa introdução, que critica a atuação fática de alguns órgãos e entidades nacionais que desempenham funções de capital relevância para a sociedade, vis-à-vis os preceitos da Constituição Federal de 1988, é:

a) sistematizar informações sobre a atuação intervencionista do Estado Brasileiro e apresentar a estrutura clássica da organização administrativa piramidal;

b) identificar características do modelo constitucional de Estado Regulador, apontando as modificações ocorridas na estrutura clássica e hierarquizada da Administração Pública brasileira, com a criação, por lei, de entes com autonomia funcional reforçada e sob a ótica de “rede”;

c) demonstrar como o Governo Federal e o Poder Judiciário vêm se comportando diante dessas novidades, que provocam, inclusive, mutação do direito administrativo clássico,⁵⁰

d) examinar projetos de lei que, em sua maioria, chegaram às pautas do Congresso Nacional visando à criação ou alteração de entidades públicas, que, por certos mecanismos (mandato fixo etc.) tenderiam a alcançar modelo similar, próximo, às atuais entidades reguladoras autônomas;

e) entrevistar profissionais com experiência no tema, de modo a colher importantes observações sobre questões práticas e aplicadas, e, ao final;

f) apresentar algumas conclusões e, diante do material colhido, sugerir propostas que possam contribuir para a estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de Estado.

presidentes de bancos centrais. Na mesma reunião, o BC passou a fazer parte do conselho de governança do BIS, como membro permanente. Xerifes de finanças temem que BC brasileiro perca autonomia.” CHADE, Jamil. Presidentes dos maiores BCs do mundo estão preocupados com o Banco Central no governo Dilma Rousseff. *O Estado de São Paulo*. 08 de novembro de 2010.

⁵⁰ Mutações no sentido de que o “atual” direito administrativo deve ser um instrumento propício para sustentar uma atuação estatal executiva voltada não mais à simples definição isolada de um interesse público, unívoco e com prevalente superioridade sobre direitos individuais em todos os casos. Este deve, especialmente, ser a base para uma atividade administrativa próxima e permeável à colaboração dos cidadãos na identificação do interesse geral, sopesando os conflitos inerentes à cotidiana ambivalência.

Por meio desta pesquisa, realizada no âmbito do programa de pós-graduação da Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE), da Fundação Getulio Vargas, pretende-se trazer certa inovação na forma de sistematizar o tema - e provocar o debate - visando incrementar a cooperação científica nos estudos dos processos e intervenções que, na área pública, se voltam à alteração da forma de atuação e organização da máquina estatal.

Buscou-se dispor à comunidade acadêmica, ao Governo e à sociedade organizada estudos e pesquisas que possam contribuir nas reformas administrativas necessárias à concretude plena do Brasil como Estado Democrático de Direito; este sob a forma reguladora e propícia ao equilíbrio entre as forças do Estado, os interesses da sociedade civil e os agentes econômicos.

1 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA NO ESTADO DE DIREITO MODERNO

Pesquisas e obras doutrinárias sobre a administração pública são iniciadas, regra geral, procurando abordar a estruturação, algumas características e atribuições administrativas vinculadas ao modelo do Estado mínimo, liberal, que teria introduzido a concepção de Estado Moderno.⁵¹

Surge a idéia, sobre esse modelo, de que a organização da administração estatal voltava-se, apenas, à garantia de liberdade, salubridade, arrecadação de impostos, relações exteriores e segurança no interesse de poucos.⁵² Também é comum se afirmar que o liberalismo não teria, na grande maioria das situações em que foi implantado, atingido o pleno bem-estar da sociedade. Daí, uma nova forma de estruturação do Estado se apresentou de modo que o Governo da ocasião (Poder Executivo) deveria passar a atuar ativamente em determinadas áreas, inclusive - ou especialmente - na econômica e social.⁵³

A essa fase inúmeras características foram destacadas⁵⁴; contudo, atribui-se, a essa etapa histórica, maior relevo ao forte intervencionismo estatal à luz da teoria *keynesiana*.⁵⁵

⁵¹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização*. Barueri, SP: Manole, 2003. p.1-3

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 30.

⁵³ "A função primordial atribuída ao Estado do século XX – pondo-se de lado as experiências totalitárias de direita e esquerda, aqui consideradas como regimes de exceção – é a proteção a uma determinada gama de direitos 'fundamentais'. Noutros termos, o Estado está a serviço da sociedade e perante ela deve legitimar o poder de que foi investido, utilizando-o para cumprir as promessas inscritas no estatuto da modernidade. [...]. Humanismo, pluralismo e reformismo são, pois, valores básicos desse Estado nascido da Ilustração e que pretende levar a efeito as promessas inscritas no estatuto da modernidade, e o *Welfare State* é produto da articulação, da dinâmica, desses princípios num momento histórico específico". BENTO, Leonardo Valles. *Governança...*, op. cit., p. 8-10.

⁵⁴ "A nossa Constituição [1988] não deixa dúvidas ao nível dos princípios, pelo menos, quanto a filiar-se ao modelo de organização econômica de mercado. É dizer, consagra-se a propriedade (arts. 5º, XXII, e 170, II) e a liberdade de iniciativa (caput do art. 170). As nossas Constituições precedentes também nunca reservaram ao Estado um papel de protagonista pleno da atividade econômica. Sua atuação dependeu de preenchimento de requisitos constitucionais. Em outras palavras, só quando devidamente justificada ela se tornava legítima. Tal circunstância não impediu, no entanto, que um volumoso setor público viesse a desenvolver-se. Um pouco por toda parte, no correr deste século, acreditou-se nas virtudes miraculosas de um Estado interventor na economia. A ela passou-se a atribuir um suposto papel de distribuidor da renda nacional, que ele cumpriria por meio das suas empresas, mas voltadas supostamente ao interesse comum do que as privadas, entregues nas mãos de empresários egoístas, cujos únicos móveis consistiriam na

Sabe-se que vários Estados que adotaram uma postura de forte intervencionismo - inclusive o Brasil - perderam as condições econômicas para atuar satisfatoriamente nos setores econômicos e sociais. Não conseguiram, diante de patente ambivalência⁵⁶, manter amplas políticas públicas e estrutura de atendimento pleno, compatível com os diversos interesses em confronto.

Cumpra, assim, examinar o desenvolvimento do Estado Brasileiro no século XX, num ambiente de forte pluralismo⁵⁷, para a perfeita compreensão do cenário que levou o país à atual estrutura organizacional pública.

1.1 Intervencionismo brasileiro no decorrer do século XX formador da estruturação da organização administrativa racional-legal

No Brasil, pode-se dizer que sempre houve grande intervencionismo estatal. Por aqui, o liberalismo teria passado ao largo, e, como não poderia deixar de ser, a organização administrativa foi estruturada para esse fim intervencionista.⁵⁸

voracidade e cupidez por lucros cada vez maiores." BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 252.

⁵⁵ A economia capitalista seria um jogo de soma positiva, e todas as classes deveriam tomar em consideração os interesses da outra. J. M. Keynes publicou em 1926 o texto de uma conferência intitulada de "*The end of laissez faire*". Na opinião do autor, a primeira guerra mundial marcara definitivamente o fim do abstencionismo econômico do Estado que a representação liberal oitocentista postulava.

⁵⁶ A ambivalência aparece diante da impossibilidade de que da execução de políticas públicas surja sempre o consenso por parte dos cidadãos. Há uma distribuição não só de benefícios, como se pretendia ao tempo do Estado de Bem-Estar Social, mas também de malefícios, como se dá, por exemplo, na construção de vias expressas ou de instalações nucleares. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 177. Beck chega a afirmar que, diante das questões de riscos, a sociedade necessita ou apela para o reconhecimento da ambivalência. BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

⁵⁷ O pluralismo aqui aludido se refere às sociedades contemporâneas, que devem perseguir uma convivência de culturas e grupos diversificados, em um consenso democrático que respeite as diferenças. Nesse sentido, ver a obra do filósofo da Universidade de Harvard, John Rawls, *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (publicada originalmente em francês sob o título *Justice e démocratie*, em 1978).

⁵⁸ Enrique Saravia aponta os seguintes fatos sobre essa assertiva: "A intervenção do Estado na economia constitui um fato consubstanciado com a tradição ibérica. Em todas as épocas, o governo - ou a Coroa metropolitana - interferiu profundamente nos afazeres econômicos da comunidade sob o seu domínio. Seus instrumentos principais foram a regulamentação e a tributação. A implantação de monopólios em favor da cabeça visível do poder e as proibições de produção e de comércio, foram políticas corriqueiras. Pelo tratado de Methuen, de 1703, Portugal aceitou fechar sua indústria têxtil em troca da proteção inglesa às suas colônias e à compra, pelos ingleses, de vinhos portugueses.

Para confirmar essa assertiva, vale destacar alguns eventos ocorridos no século passado.⁵⁹

Com a denominada economia de guerra, entre 1914 e 1918 houve uma relevante alteração do papel do Estado em todo o mundo. Várias nações tiveram que se preparar para o esforço bélico fazendo com que esse movimento atípico e inesperado, em grande parte, tenha provocado o alargamento das atividades estatais.

Com efeito, nesse período o Brasil foi governado por Venceslau Brás. Seu governo sofreu influxos negativos naturalmente advindos da Primeira Guerra Mundial, malgrado o prolongamento de o conflito ter aberto ao Brasil algumas oportunidades comerciais.

Exemplo dessa reação foi a comercialização de gêneros alimentícios, com altos preços. Destaque-se, ainda, que a impossibilidade de importar produtos fabris gerou um surto industrial acidental, e que contribuiu para uma mudança importante em nossa estrutura tradicionalmente agrícola.

Portugal ficou dependente dos produtos da indústria inglesa os que eram pagos com o ouro das Minas Gerais. Estavam também proibidas a produção de sal e de aguardente, e o cultivo de oliveiras, vinhas e especiarias, em particular pimenta e canela. Em 1780, uma Carta Régia tornou ilegal a existência de fundições e mandou destruir as existentes. Em 1785, um alvará da Rainha Maria I mandou extinguir todas as manufaturas têxteis da colônia, com exceção apenas das de panos grossos de algodão que serviam para vestimenta dos escravos ou se empregavam em sacaria. Registraram-se, na época, em menor escala relativa, incursões diretas do Estado na produção de bens e na prestação de serviços de natureza econômica. Criou-se, por exemplo, o serviço postal, em 1662, e a Casa da Moeda da Bahia, em 1694, destinada a cunhar moedas. A vinda da Corte portuguesa para o Brasil mudou a atitude do governo. D. João VI fundou o Banco do Brasil (1808), a Imprensa Régia - serviços de Imprensa da Coroa -, as empresas de fundição Real Fábrica de Ferro São João de Ipanema e Usina do Morro do Pilar e a Real Manufatura de Espingardas criada em São Paulo, sob orientação de mestres e operários alemães. Depois da Independência e durante o Segundo Império foram criadas a Estrada de Ferro D. Pedro II (1858) e a Caixa Econômica e Monte de Socorro (montepio, em 1861). O Banco do Brasil, no final do século XIX, já captava metade dos depósitos bancários e efetuava mais da metade do total de empréstimos do setor produtivo. A ação intervencionista manteve-se apesar da adoção de instituições e discursos oriundos da filosofia política liberal. O Estado gendarme, o Estado do *laissez faire* foi uma ficção defendida em incendiados discursos pelos que apoiavam o respaldo do poder político e, às vezes, dele se beneficiavam. Mas a ação dos particulares foi tradicionalmente fraca e dependente. Mesmo na época dos grandes investimentos estrangeiros na área dos serviços de infraestrutura, o poder "concedente" estava sempre presente para diminuir ou eliminar os riscos do empreendimento." SARAVIA, Enrique J. *O Sistema empresarial público no Brasil: gênese e tendências atuais*. Brasília, Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA)/Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL): 1988 (Versão ampliada e atualizada: Rio de Janeiro 2002).

⁵⁹ Conforme já tivemos oportunidade de, em parte, examinar em nosso: GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O período governamental que encerraria a “República Velha” teve início a 15 de novembro de 1926, quando tomou posse o Presidente Washington Luís Pereira de Souza, que se preocupou com a construção de estradas e reforma financeira.

Nessa ocasião a situação financeira do país não era satisfatória, tendo o nosso principal produto, o café, desde 1925, ultrapassado suas possibilidades de exportação em virtude do crescimento contínuo dos cafezais. Ademais disso, praticamente não mais se exportava borracha e a produção do cacau sofria uma séria crise.

Entre 1929 e 1933 ocorreu a chamada *grande depressão*,⁶⁰ que se irradiou por todo o mundo. No Brasil essa crise foi devastadora para a economia, que se sustentava por meio das atividades primárias. O café, principal produto da pauta de exportações, vinha tendo parte significativa da safra estocada por quase uma década para garantir os preços internacionais.

Justamente no ano em que ocorreu a grande depressão se esperava uma safra recorde de café; contudo, com a queda dos preços em mais de 60%, em três meses, o governo queimou os estoques para tentar sustar o movimento de queda.

A intervenção estatal foi extrema no período.

No campo econômico, decretou-se moratória externa e se emitiu papel-moeda, assegurando a compra da safra pela socialização das perdas potenciais da aristocracia cafeeira. O país perdeu sua capacidade de importar e o mercado interno acabou sendo crescentemente abastecido pela indústria nascente.

Getúlio Vargas chegou ao poder em 1930, quando assumiu a Presidência da República e, desde então, sobreveio a política de “Estado Desenvolvimentista”, caracterizado pela forte intervenção estatal, tanto no plano social, quanto no econômico.

⁶⁰ A *grande depressão* (*great depression*), na verdade, é um termo popular para a crise econômica mundial que começou em outubro de 1929, quando a Bolsa de Valores de Nova Iorque sofreu um colapso, o chamado *crack* da bolsa. Como resultado desse episódio os bancos americanos começaram a resgatar empréstimos internacionais, especialmente aqueles concedidos à Alemanha.

A organização administrativa federal foi bastante impactada, pois na década de 30 foram criadas inúmeras entidades autárquicas que regulavam a produção e o comércio de alguns produtos, bem como estruturavam programas visando direcionar atividades econômicas.

Em 19 de junho de 1933, Getúlio Vargas criou o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, para regular a agricultura canavieira, controlando a produção, o comércio, a exportação e os preços do açúcar e do álcool de cana. Ainda em 1933 foi criado o Departamento Nacional do Café (posteriormente, transformado no IBC).

Acrescente-se que, em 1934, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República e, em julho daquele ano, foi promulgada nova Constituição Federal, sendo a primeira Constituição brasileira a determinar que a economia se organizasse de acordo com os princípios da justiça social e que possibilitassem vida digna, garantindo a liberdade econômica.

Com a aproximação das eleições presidenciais de 1938, e sob o argumento de que havia necessidade de se deter um novo golpe por parte dos comunistas, que supostamente queriam lançar o país a uma guerra civil, Getúlio Vargas deu o “golpe”. Fechou o Congresso Nacional e anunciou a promulgação de uma nova Constituição.⁶¹

Em 1938 criou-se o Instituto Nacional do Mate – INM, e avançou-se no controle estatal das atividades ligadas ao petróleo e combustíveis, por meio da criação do Conselho Nacional do Petróleo.

Em 1940 Vargas estatizou duas empresas que atuavam na região amazônica, fundidas ao Serviço de Navegação da Amazônia e Administração do Porto do Pará – SNAAPP. Criou, ainda, o Instituto Nacional do Sal - INS e o Instituto de Resseguros do Brasil - IRB.

Em 1941, foi criado o Instituto Nacional do Pinho – INP e, no ano seguinte, foram instituídas as Comissões Executivas de Frutas, do Leite, de Produtos da Mandioca e da Pesca.

⁶¹ A Constituição de 1937, elaborada por Francisco Campos, se inspirou na Constituição autoritária da Polônia, ficando conhecida como a “Constituição Polaca”.

Estimulou a indústria de base com a criação, em 1941, da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) de Volta Redonda, no Rio de Janeiro, e, por meio de financiamento norte-americano, instalou a Fábrica Nacional de Motores (FNM), também no Rio de Janeiro.⁶²

No ano de 1942 surgiu o Banco de Crédito da Borracha, posteriormente transformado no Banco de Crédito da Amazônia e, depois, em Banco da Amazônia S/A.

Em 1943, Getúlio criou a Companhia Vale do Rio Doce, empresa estatal com o objetivo de explorar minérios e, ainda, a Caixa de Crédito Cooperativo, posteriormente transformada em Banco Nacional, confirmando, assim, a forte intervenção estatal em diversas áreas e setores econômicos.

É assinalável que Getúlio Vargas esteve fora do governo no período entre 1945 e 1950, sendo que em 1946 foi promulgada nova Constituição Federal trazendo o anseio da instauração da democracia⁶³; vale dizer, alicerçada em bases voltadas às políticas econômicas e sociais equitativas e justas.

Por seu turno, entre 1946 e 1950, o governo do General Eurico Gaspar Dutra buscou reduzir a intervenção do Estado na economia, com vistas à adoção de uma política econômica liberalizante, facilitando o acúmulo de capital à custa de baixos salários e expansão das empresas estrangeiras.

Adveio o denominado Plano SALTE, que significava a idéia de forte intervenção nas áreas de saúde, alimentação, transporte e energia. Esse plano foi apresentado ao Congresso Nacional em maio de 1948, tendo durado dois anos para a sua aprovação. Envolveu investimentos da ordem de vinte e sete bilhões de cruzeiros, dos quais cerca de dez bilhões viriam de capital estrangeiro.

Vale ressaltar, nessa fase, que a Comissão Técnica Mista Brasil-EUA (missão John Abbink), estabeleceu diretrizes para os investimentos internacionais

⁶² Merece destaque que nesse mesmo ano de 1941 o Ministro Bilac Pinto lançou o seu livro intitulado "Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública", pela Editora Forense, onde já pugnava em demonstrar a importância da regulação por meio de Comissões autônomas, similar ao modelo norte-americano. Por suas palavras: "A Comissão Federal de Serviços de Utilidade Pública deverá ser um órgão autárquico, com plena autonomia administrativa e financeira, e superiormente orientado pelo Chefe da Nação". PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços públicos*. 2. ed. atualizada por Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 96.

⁶³ Sobre o tema, ver SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza, 1987 (a edição original foi publicada em inglês sob o título *Theory of democracy revisited*), destaque-se nesta obra um aspecto relevante nesta pesquisa, referente à democracia material (e não apenas formal).

no Brasil, destacando-se o Plano Nacional de Reparcelamento Econômico, cujas obras de maior vulto dependiam de financiamento externo superior a trezentos milhões de dólares norte-americanos. A liberação desses recursos condicionava o Brasil a adotar providências de ordem econômica e financeira, nos mesmos termos preconizados pelo Fundo Monetário Internacional – FMI para os países subdesenvolvidos (estabilização monetária, liquidez internacional, congelamento salarial, fortalecimento da livre-empresa e garantias de estímulo ao capital estrangeiro).⁶⁴

Com o seu retorno à Presidência da República, em janeiro de 1951, Vargas não deu seqüência ao Plano SALTE e retomou a sua política desenvolvimentista, mais voltada para o setor industrial.⁶⁵

Frederico Lustosa adverte que, do ponto de vista institucional, a década que vai de 1952 a 1962 foi marcada pela realização de estudos e projetos que jamais seriam implementados. A criação da COSB (Comissão de Simplificação Burocrática) e da CEPA (Comissão de Estudos e Projetos Administrativos), em 1956, representa as primeiras tentativas de realizar as chamadas reformas globais.⁶⁶

⁶⁴ MACHADO, Luiz Toledo. *Formação do Brasil e unidade nacional*. São Paulo: IBRASA, 1980. p. 223

⁶⁵ “Em maio de 1948 o presidente Dutra enviou ao Congresso Nacional uma mensagem (nº 196) indicando os objetivos gerais de um plano para o desenvolvimento nacional. O plano, elaborado sob a coordenação do DASP, tinha como objetivo coordenar os planos federais e regionais existentes, melhorando a situação no que diz a Saúde, Alimentação, Transporte e Energia (SALTE). Essa proposta foi analisada por uma Comissão interpartidária do Congresso e aprovada definitivamente em maio de 1950, último ano do governo Dutra. Em 1951 o presidente Vargas criticou o Plano SALTE, que foi totalmente esvaziado a partir de 1953.” TEIXEIRA, Alberto. *Planejamento público: de Getúlio a JK (1930-1960)*. Fortaleza: IPLANCE, 1997. p.73.

⁶⁶ Complementa o autor: “A primeira [COSB] tinha como objetivo principal promover estudos visando à descentralização dos serviços, por meio da avaliação das atribuições de cada órgão ou instituição e da delegação de competências, com a fixação de sua esfera de responsabilidade e da prestação de contas das autoridades. A CEPA teria a incumbência de assessorar a presidência da República em tudo que se referisse aos projetos de reforma administrativa. Esse período se caracteriza por uma crescente cisão entre a administração direta, entregue ao clientelismo e submetida, cada vez mais, aos ditames de normas rígidas e controles, e a administração descentralizada (autarquias, empresas, institutos e grupos especiais *ad hoc*), dotados de maior autonomia gerencial e que podiam recrutar seus quadros sem concursos, preferencialmente entre os formados em *think thanks* especializados, remunerando-os em termos compatíveis com o mercado. Constituíram-se assim ilhas de excelência no setor público voltadas para a administração do desenvolvimento, enquanto se deteriorava o núcleo central da administração.” COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(5):829-74, set/out. 2008. p. 848.

Contudo, Vargas criou uma série de entes autárquicos. Em 1952, criou o Instituto Brasileiro do Café - IBC, entidade autárquica com personalidade jurídica e patrimônio próprio, a quem conferiu as funções de regulação da política econômica do café brasileiro no país e no estrangeiro.

O processo de criação dessas empresas cresceu no Brasil durante a Segunda Grande Guerra Mundial, período esse em que houve redução na oferta de artigos industrializados e que obrigou a substituição das importações, fomentando o desenvolvimento das indústrias locais.

Na época, havia discussões entre os partidos políticos acerca da origem do capital financiador desse desenvolvimento industrial. De um lado a UDN, favorável à entrada do capital estrangeiro, e de outro lado o PSD e o PTB, favoráveis ao capital interno (público e privado).

Esse período também foi marcado pela implementação de uma política de exploração das riquezas nacionais, com o Estado participando das atividades econômicas, principalmente aquelas de vital importância e que não tinham condições de se desenvolver, como no caso da siderurgia.

1.2 Estado Empresário

Em decorrência de todo esse histórico, aos poucos o Estado brasileiro foi tornando-se acionista, materializando-se sua atuação por meio das sociedades de economia mista e, depois, nas empresas públicas.

As sociedades de economia mista não tinham nas suas origens essa denominação genérica e nem representaram um deliberado avanço na técnica da execução do setor industrial dos serviços públicos.

Razões diversas, todas de ordem prática, foram propiciando ao Poder Público o ensejo de associar-se a empresas particulares para o desempenho de certos serviços de natureza comercial ou industrial.

A inovação substancial do sistema consistiu em que o Estado passou a associar-se a “empresas privadas” para a realização de seus objetivos. A sociedade comercial, que já se havia revelado um importante instrumento na expansão da economia particular, quer pelas possibilidades de aglutinação de pequenas parcelas de capital, quer pelas novas técnicas de organização e de

racionalização do trabalho, que começavam a ser utilizadas, passou, então, a ser adotada pelo Poder Público, mediante variados processos de co-participação público-privada.⁶⁷

Como se vê, nas sociedades de economia mista o que atraiu o poder público foi, de um lado, a possibilidade de, em uma única empresa voltada para a execução do serviço público de natureza comercial e industrial, acumular grande volume de recursos financeiros que o Estado, sozinho, não conseguiria levantar, e, de outro lado, a possibilidade de atuar sob o mesmo regime das empresas privadas.⁶⁸

Vargas criou o Banco do Nordeste do Brasil – BNB, responsável pelo fornecimento de crédito para o desenvolvimento da região. Foi no contexto de que o Estado deveria participar ativamente nos incentivos e desenvolvimento do mercado, o Estado passou a criar empresas estatais.

Foi criado, ainda, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE⁶⁹, com a finalidade de financiar o programa de crescimento e modernização da infra-estrutura nacional. É assinalável que o BNDE foi criado quando era Ministro da Fazenda o diplomata Horácio Lafer e decorreu das discussões ocorridas na Comissão Mista Brasil - Estados Unidos (1950), composta para identificar e definir projetos de investimento em infra-estrutura.

Foi a partir dos trabalhos dessa Comissão que se definiu que o Brasil estruturaria um fundo, e que se comprometia a depositar igual valor àquele que os norte-americanos depositariam por meio de empréstimo do Banco Mundial e do Eximbank. Com isso, foi criado o BNDE por Vargas em 20 de junho de 1952.

Merece registro que em 1953 foi criada a Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS, com o slogan “O petróleo é nosso”, recebendo o monopólio da exploração e refino do petróleo, visando a garantia do fornecimento interno.

⁶⁷ Segundo Bilac Pinto em palestra proferida em 1954, na Fundação Getúlio Vargas: “(O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, pp. 1-15, abr./jun. 1953).

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 52.

⁶⁹ Posteriormente teve seu nome alterado para Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

Após o fim do segundo governo Vargas (que se suicidou em 1954), e com a eleição do ex-governador de Minas Gerais, Juscelino Kubitschek para a Presidência da República (1955), o país viveu uma nova postura frente ao capital estrangeiro. Na verdade, houve a partir dessa data um grande crescimento econômico, com a instalação de vários grupos multinacionais. Foi elaborado um Plano de Metas para os anos de 56 e 61, período em que o capital estrangeiro foi atraído com a indústria de construção naval, material elétrico pesado e, especialmente, automobilística, a exemplo da Willis-Overland (americana), Volkswagen (Alemã) e Simca-Chambor (francesa).

Foram criadas diversas companhias, tais como: Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP (1956), Centrais Elétricas Furnas (1957), Rede Ferroviária Federal S/A (1957), Serviço de Transporte da Bahia de Guanabara – STBG (1959), Companhia Hidroelétrica do Vale do Paraíba (1960), Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais - USIMINAS (1956), Companhia Siderúrgica Vatú (1960) e foram transferidas para a União Federal a Companhia Ferro e Aço Vitória – COFAVI (1959), fundada em 1942, Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA (1960) e a CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS – ELETROBRAS, em 1961.

Em 1962, foram criadas a Companhia Brasileira de Alimentos – COBAL e a Companhia Brasileira de Armazéns – CIBRAZEM e, no ano seguinte, a Companhia de Navegação DOCENAVE, empresa subsidiária da Companhia Vale do Rio Doce.⁷⁰

1.3 Administração Pública e o modelo intervencionista sob o regime militar

O regime militar foi instituído com o golpe de 1964⁷¹, durando longos vinte e um anos. Em 1965 foi criado o BANCO NACIONAL DE HABITAÇÃO – BNH,

⁷⁰ Para ver a relação de todos os órgãos criados no período compreendido entre as décadas de 30 e de 60, recomenda-se a leitura de VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁷¹ O golpe de 64 foi o episódio ocorrido no Brasil no dia 1º de abril de 1964, em que os militares destituíram o Presidente João Goulart e instalaram uma ditadura. Os chefes militares assumiram o comando do país e atribuíram a si próprios poderes excepcionais por meio dos chamados Atos Institucionais. Cassaram mandatos e direitos políticos, prenderam pessoas sem autorização judicial, suspenderam as eleições diretas para presidente da República, governadores dos Estados, prefeitos das capitais e de Municípios considerados áreas de segurança nacional;

sendo que no dia primeiro de março de 1967 entrou em vigor a nova Constituição Federal, traduzindo a ordem estabelecida pelo regime militar e institucionalizando a ditadura.

Nas décadas de 1960 e 1970 surgiram os grandes grupos estatais, conhecidas as holdings como "família Bras": Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS, Siderúrgica Brasileira S/A - SIDERBRÁS, Empresas Nucleares Brasileiras S/A - NUCLEBRÁS, Portos Brasileiros S/A - PORTOBRÁS e Telecomunicações Brasileiras - TELEBRÁS, além da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO e a Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL. Também foram criadas: a Empresa Brasileira de Turismo S/A – EMBRATUR, a Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER e a Empresa Brasileira de Filmes S/A – EMBRAFILME.

O Marechal Costa e Silva, que ocupou a Presidência da República entre 1967 e 1969, e o General Emílio Garrastazu Médici, que veio a ser Presidente da República entre 1969 e 1974, lideravam a ala mais progressista dos militares, favorável ao progresso e às novas idéias.

Esse grupo defendia uma abertura da economia ao capital estrangeiro, fazendo com que entre os anos de 1967 e 1973 o país vivesse um importante período de crescimento na esfera econômica.

A denominação utilizada no período foi de verdadeiro "milagre econômico", com o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), diversificação das atividades produtivas, concentração de renda e surgimento de uma nova classe média com alto poder aquisitivo.

Em 1974 o General Ernesto Geisel assumiu a presidência provocando fortes mudanças na economia do país. Geisel resgatou o modelo de intensa intervenção sustentado por meio de grandes empréstimos estrangeiros às empresas estatais.

Esse crescimento desmesurado do Estado acabou por afetar a própria separação dos poderes e conduzir à ineficácia do serviço público. E isso ocorreu porque com a transformação do Estado em um prestador de serviços, empresário e, até mesmo, investidor, conseqüentemente houve um fortalecimento do Poder

estabeleceram a censura sobre a imprensa e um forte controle sobre a sociedade, enviando para o cárcere quem se manifestasse contra o regime.

Executivo. Este, diante do complexo e demorado processo legislativo, passou a deter competência normativa, exercida pelos Decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos.⁷²

O último Governo brasileiro comandado por um militar foi o do General João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1984). Foi nesse momento que se iniciou o “desmantelamento” do Estado Empresário com o Programa Nacional de Desburocratização, iniciando o processo de privatizações.⁷³

Por meio desse Programa⁷⁴, foram preconizadas as seguintes ações visando “dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal”: a) construir para a melhoria do atendimento dos usuários do serviço público; b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco; c) agilizar a execução dos programas federais para assegurar o cumprimento dos objetivos prioritários do Governo; d) substituir, sempre que praticável, o controle prévio pelo eficiente acompanhamento da execução e pelo reforço da fiscalização dirigida, para a identificação e correção dos eventuais desvios, fraudes e abusos; e) intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa de que trata o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, especialmente os referidos no Título XIII; f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado; g) impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais; h) velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, op. cit., p. 21.

⁷³ Sobre essa fase e o início das privatizações no Brasil, ver item 2.4.

⁷⁴ Nos termos do Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979.

equacionamento dos casos em que for possível e recomendável a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria.

Em 1980 a inflação disparou, alcançando 110% nesse ano e 200% em 1983, fazendo com que o país entrasse em uma recessão que teve como principal consequência a elevação do desemprego.

O sucessor do General Figueiredo, José Sarney, vice de Tancredo Neves, enfrentou grave crise econômica no país. No primeiro ano de governo a inflação chegou a 239,05%. Diversos planos econômicos foram lançados, sem, contudo, chegar-se ao equilíbrio econômico. Em 1987 a inflação passou dos 394% e, em 1988, atingiu 993,28%.⁷⁵

1.4 Modelo burocrático hierarquizado adotado durante toda a fase de forte intervenção estatal

O Brasil adotou o modelo de estado intervencionista, empresário, que, por sua vez, moldou a forma de gestão da administração pública nacional, próxima ao desenho *weberiano* instituído com Vargas.

Vargas, visando burocratizar a administração pública, criou o Departamento de Administração e Serviço Público – DASP, que, por sua vez, comandou mudanças significativas no funcionalismo estatal.⁷⁶

Foi com Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes que a racionalização foi instituída na máquina pública, estruturada por meio de carreiras burocráticas na tentativa de serem preenchidas por concurso público. A idéia era a de modernizar a burocracia no âmbito da política e do aparato administrativo do Estado Novo.⁷⁷

⁷⁵ Dados colhidos no *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br (Acesso em 25 de agosto de 2010).

⁷⁶ “O DASP representou a concretização desses princípios, já que se tornou a grande agência de modernização administrativa, encarregada de implementar mudanças, elaborar orçamentos, recrutar e selecionar servidores, treinar o pessoal, racionalizar e normatizar as aquisições e contratos e a gestão do estoque de material. O DASP foi relativamente bem-sucedido até o início da redemocratização em 1945, quando houve uma série de nomeações sem concurso público para vários organismos públicos. A liberdade concedida às empresas públicas, cujas normas de admissão regulamentadas pelos seus próprios estatutos tornavam facultativa a realização de concursos foi em parte responsável por tais acontecimentos.” COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 42(5):829-74, set/out. 2008.p. 846.

⁷⁷ Nome do regime político, centralizado e autoritário, surgido com a promulgação da Constituição Federal de 1937, que apresentou o seguinte texto inicial: “ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de

Diante das novas atividades assumidas pelo governo, a missão do DASP era formar quadros técnicos que deveriam ser capazes de dinamizar a máquina pública.

Segundo Frederico Lustosa da Costa,⁷⁸ o DASP foi efetivamente organizado em 1938, com a missão de definir e executar a política para o pessoal civil, inclusive a admissão mediante concurso público e a capacitação técnica do funcionalismo, promover a racionalização de métodos no serviço público e elaborar o orçamento da União. Essa primeira experiência de reforma de largo alcance inspirava-se no modelo *weberiano* de burocracia e tomava como principal referência a organização do serviço americano. A reforma administrativa do Estado Novo foi, portanto, o primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo.

Nesse contexto, destaque-se a criação da Fundação Getúlio Vargas, também sob a inspiração de Luís Simões Lopes, então presidente do DASP. A idéia foi criar uma fundação dedicada ao estudo e ao ensino dos problemas de administração. Sua criação data de 20 de dezembro de 1944, com recursos financeiros de órgãos públicos e de empresas privadas.⁷⁹

Tanto o DASP quanto a FGV são considerados importantes atores na estruturação do princípio do mérito profissional no âmbito das carreiras de

desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País: ...”

⁷⁸ COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 97.

⁷⁹ A FGV começou atuando na área de economia em 1946, sob a liderança de Eugênio Gudín. O Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) foi criado em 1951, a Escola Brasileira de Administração Pública (EBAP), hoje Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas (EBAPE), em 1952, no Rio de Janeiro. A Escola de Administração de Empresas (EAESP) foi criada em 1954, em São Paulo. Depois, vieram a Escola de Pós-Graduação em Economia (EPGE), em 1966 e o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), em 1973. Mais recentemente, foram criadas as Escola de Economia de São Paulo (EESP), Escolas de Direito de São Paulo (FGV DIREITO GV) e do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO), em 2002.

Estado⁸⁰, sempre devendo destacar a forma de organização pública hierarquizada.

Segundo o princípio da hierarquia de cargos e da seqüência de instâncias, contrapondo-se à idéia de patrimonialismo⁸¹, o modelo *weberiano* desenhou um sistema fixamente regulamentado de mando e subordinação das autoridades, com fiscalização das inferiores pelas superiores.⁸²

O modelo racional-legal, pelo qual a dominação se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático (ao invés da burocracia patrimonial),⁸³ foi estruturado por Weber⁸⁴ de modo que os funcionários: (a) são pessoalmente livres; isto é, devem obedecer apenas as obrigações objetivas de seu cargo; (b) são nomeados – e não eleitos – sob uma rigorosa hierarquia dos cargos; (c) têm competências funcionais fixas; (d) livre seleção por meio da qualificação profissional (contratação) mediante concurso (provas etc.); (e) são remunerados em dinheiro – compatível com a posição na hierarquia – com direito a aposentadoria; (f) devem exercer o cargo como profissão única; (g) devem ter um plano de carreira: progressão por tempo de serviço ou por merecimento, ou as duas; (h) devem separar trabalho das questões pessoais (não haver apropriação do cargo); (i) devem seguir rigoroso sistema de controle administrativo disciplinar.

⁸⁰ Conforme Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI3.HTM. (Acesso em 21 de outubro de 2010).

⁸¹ “No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles. [...] Os funcionários, por sua vez tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e o interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos.” BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Trad. Elisabeth Hanna e Jose Viegas Filho. Brasília: UNB, 1986. p. 270-271. Sobre o tema, entre nós, ver a obra: COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado...*, op. cit., p.30.

⁸² WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v.2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 199 (título original: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*).

⁸³ Sobre os problemas ocorridos no Brasil, no processo de burocratização ou de racionalização burocrática como fenômeno histórico que decorre da superioridade da administração pública sobre as formas patrimonialistas, ver BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 48.

⁸⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v.2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 144.

Por essa estrutura, Weber sustentou que se atingiria, de forma mais racional, o exercício de dominação. Nessa forma, se alcançaria tecnicamente o máximo rendimento (eficiência) em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas públicas.⁸⁵

A partir do quadro acima, compreende-se, em parte, as razões que levaram à atual estruturação da organização administrativa brasileira fortemente estruturada pela hierarquia, com decisões de cima para baixo.⁸⁶

Somente na década de noventa reestruturadas (CADE, CVM) e criadas (ANEEL, ANATE etc.), no bojo do processo de desestatização, entidades reguladoras (autarquias especiais vinculadas, e não subordinadas ao poder público central), com órgãos colegiados, autonomia administrativa e financeira e independência decisória, compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta.

1.5 Configurações jurídicas da organização estatal no Brasil disciplinadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 e o ingresso de novas formas organizativas da Administração Pública

Pode-se afirmar que a organização administrativa brasileira vivenciou, desde sua estruturação formal: (i) o modelo de gestão patrimonialista, (ii) o sistema racional-legal burocrático, e (iii) ensaiou a administração gerencial.⁸⁷

Sabe-se que a adoção do modelo de organização estatal está diretamente atrelado ao seu arcabouço jurídico. Malgrado algumas leis especiais e disposições constitucionais que disciplinam a matéria, o marco legal da organização administrativa brasileira ainda é disposto, em grande parte, pelo Decreto-Lei nº 200/67.

⁸⁵ Idem, p. 145;

⁸⁶ Expressão utilizada por Sérgio Buarque de Holanda para se referir aos movimentos “aparentemente reformadores” ocorridos no Brasil, conduzidos pelos grupos dominantes. BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil...*, op. cit. p. 160.

⁸⁷ Sobre a não superação da lógica burocrática pelo gerencialismo puro na administração pública, ver BENTO, Leonardo Valles. *Governança...*, op. cit., p. 90.

Por essa norma, verifica-se a idéia de ampla centralização administrativa no Poder Executivo federal e certo desequilíbrio de forças na relação federativa. Ademais, cogita-se que essa norma constituiu um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo, até mesmo, ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil:

Tendo em vista as inadequações do modelo, a administração burocrática implantada a partir de 30 sofreu sucessivas tentativas de reforma. Não obstante, as experiências se caracterizaram, em alguns casos, pela ênfase na extinção e criação de órgãos, e, em outros, pela constituição de estruturas paralelas visando alterar a rigidez burocrática. Na própria área da reforma administrativa esta última prática foi adotada, por exemplo, no Governo JK, com a criação de comissões especiais, como a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos, objetivando a realização de estudos para simplificação dos processos administrativos e reformas ministeriais, e a Comissão de Simplificação Burocrática, que visava à elaboração de projetos direcionados para reformas globais e descentralização de serviços. A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei nº 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se, como princípios de racionalidade administrativa, o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle. O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de "flexibilizar a administração" com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado. Entretanto, as reformas operadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central. O núcleo burocrático foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que não desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao invés, contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais. Em meados dos anos 70, uma nova iniciativa modernizadora da administração pública teve início, com a criação da SEMOR - Secretaria da Modernização. Reuniu-se em torno dela um grupo de jovens administradores públicos, muitos deles com formação em nível de pós-graduação no exterior, que buscou implantar novas técnicas de gestão, e particularmente de administração de recursos humanos, na administração pública federal. No início dos anos 80 registrou-se uma nova tentativa de

reformatar a burocracia e orientá-la na direção da administração pública gerencial, com a criação do Ministério da Desburocratização e do Programa Nacional de Desburocratização - PrND, cujos objetivos eram a revitalização e agilização das organizações do Estado, a descentralização da autoridade, a melhoria e simplificação dos processos administrativos e a promoção da eficiência. As ações do PrND voltaram-se inicialmente para o combate à burocratização dos procedimentos. Posteriormente, foram dirigidas para o desenvolvimento do Programa Nacional de Desestatização, num esforço para conter os excessos da expansão da administração descentralizada, estimulada pelo Decreto-Lei nº 200/67.⁸⁸

Nessa norma (Decreto-lei 200/67), a Administração Pública aparece como centralizada ou direta, isto é, aquela exercida diretamente pela União, Estados e Municípios que, para tal fim, utilizam-se de ministérios, departamentos etc. Por outro lado, essa mesma normativa disciplina que a Administração Pública descentralizada ou indireta é aquela exercida por outras pessoas jurídicas que não os entes federados, criadas pelos mesmos, a saber: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.⁸⁹

Segundo Bresser Pereira, a reforma iniciada pelo Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, com base no pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada.⁹⁰

Instituíram-se, como princípios de racionalidade administrativa, o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle de resultados. Nas unidades descentralizadas foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho. O momento era de grande expansão das empresas estatais e das fundações. Com a flexibilização de sua

⁸⁸ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI3.HTM. (Acesso em 21 de outubro de 2010).

⁸⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 273.

⁹⁰ Idem, *ibid.*

administração, buscava-se uma maior eficiência nas atividades econômicas do Estado.⁹¹

1.6 Alargamento das formas organizativas na Administração Pública

A atuação estatal alargou-se, e muito, desde a edição do Decreto-Lei 200/67. Surgiram, no Brasil, inúmeras formas e categorias organizativas da Administração Pública, seja por meio de normas legais, seja por meio de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações diretas sobre a constitucionalidade de leis federais e estaduais.

A situação acaba por criar certa confusão acerca dos modelos estatais atualmente em vigor,⁹² trazendo, em muitas situações, uma desorientação sobre as formas organizativas da administração e, assim, insegurança jurídica nas relações do Estado com o mercado e a sociedade.⁹³

Além das formas jurídicas tradicionais, antes expostas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), surgiram inúmeros debates envolvendo algumas “novas” categorias jurídicas de entes,

⁹¹ Idem, ibid.

⁹² “Temos um Poder Executivo bastante fragmentado internamente, pela existência de ministérios e secretarias no âmbito da Administração direta em razoável quantidade e, quando comparamos com outros países, vemos uma quantidade significativa de órgãos nessa estrutura: fundações, autarquias e empresas, beirando mais de duas centenas de entidades diferentes; um setor “quase estatal”, parte dele oriundo da estrutura corporativa do Estado Novo – como os serviços sociais autônomos que giram em torno do sistema sindical, as organizações sociais, um tipo institucional novo que alguns estados implantaram em maior número do que a União; e instituições de controle no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, que atuam, frequentemente, tensionando a forma como o Executivo se comporta.” SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In. *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório* (Pedro Ivo Sebba Ramalho – Org.). Brasília: Anvisa, 2009. p. 179.

⁹³ “A nosso ver, apesar de ter um projeto bem definido para a mudança institucional, a reforma acabou causando uma fragmentação do aparelho do Estado, pois novos formatos organizacionais sugeridos pela reforma não substituíram os antigos: há uma convivência de ambos. Nem todas as autarquias e fundações públicas se transformaram em agências executivas e várias entidades da sociedade civil iniciaram o processo de conversão em organizações sociais, mas acabaram optando pelo antigo status institucional.” PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. *Revista de Administração de Empresas (RAE)*, v. 45, n. 1, jan./mar. 2005. p.73

modelos de governança, regimes de funcionamento de entes estatais e, até mesmo, tipos de cargos na Administração Pública.⁹⁴

As autarquias, por exemplo, passaram a ser examinadas sob diversas formas: as autarquias comuns, as autarquias executivas e as autarquias especiais, como serão examinadas neste relatório.

A título exemplificativo, no caso das autarquias especiais (Agências Reguladoras), na ADIN nº 1949-0-RS, que examinou a constitucionalidade de dispositivos da legislação gaúcha que criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, o STF fez interpretação sobre o termo “mandato” dos dirigentes. De certa forma, o STF construiu uma nova modalidade de cargo no qual o seu detentor não pode ser demitido “ad nutum”.

Com efeito, com essa decisão do STF é plausível inferir que se criou, no Brasil, espécie de cargo público não disciplinada no art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988. Veja-se que essa decisão passa a ser de superlativa importância para o tema da presente pesquisa, pois se está diante de um cargo público de investidura a termo por ato complexo (nomeado pelo Chefe do Poder Executivo e a aprovação do Senado Federal); contudo, a exoneração somente ocorrerá por ato condicionado (sem previsão na Constituição Federal).

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no art. 37, inciso I, com as alterações feitas pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, estabelece, inicialmente, a forma de vínculo com o serviço público: cargos (servidor público), empregos (empregado público) e funções públicas (servidor temporário). No inciso II, desse mesmo artigo, a carta magna traz, apenas, dois tipos de provimento em cargos: provimento efetivo e provimento em comissão, este para direção, chefia e assessoramento, de livre nomeação e exoneração.

Desse modo, salvo no caso específico do Procurador Geral da República,⁹⁵ é jurídico concluir que se não há, na Constituição Federal, indicação

⁹⁴ “A administração pública copia um modelo do direito estrangeiro e começa a aplicá-lo, muitas vezes, com afronta direta e flagrante à Constituição; depois é que vem a lei e, finalmente, a alteração da Constituição (quando vem). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, op. cit., p. 29.

⁹⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 128. [...] § 1º - O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes

de cargo cuja exoneração deverá ser condicionada, uma vez mais estar-se diante de estruturação da organização administrativa brasileira por meio de decisão do Poder Judiciário (STF).

As universidades, inseridas no modelo autárquico, possuem autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (art. 207, CF),⁹⁶ gozam, ainda, de sistema de governança diferenciado por força da Súmula 47, do Supremo Tribunal Federal: “Reitor de universidade não é livremente demissível pelo presidente da República durante o prazo de sua investidura.”

As Fundações Públicas, com as decisões do Supremo Tribunal Federal, passaram a ser equiparadas às autarquias. Veja-se a ementa do acórdão proferido nos autos da ADI 191-4-RS, de 07 de março de 2008, em que foi relatora a Ministra Carmem Lúcia:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. 2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inciso XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. § 2º - A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. § 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996) § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996).

Com isso, as Fundações de direito privado não se confundem, como no passado se pensava, com as fundações públicas (estas, verdadeiras autarquias). Sobre essa questão, permite-se trazer parte do voto da relatora na referida ADI 191-4:

[...] 4. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. Nesse sentido, ao tratar da natureza jurídica das fundações, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que: Saber se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Público ou de Direito Privado é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.) Hely Lopes Meirelles ensina que: (...) a Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, (instituiu) as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (...) ora de “fundação pública” (...) ora de “fundações mantidas pelo Poder Público” (...) ora simplesmente de “fundação” (...) Com esse tratamento a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais. Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da constituição anterior, que “tais fundações são espécie do gênero autarquia”. Não entendemos como uma entidade (fundação) pode ser espécie 18 RTJ — 205 de outra (autarquia) sem se confundirem esses conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias. (MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 356.) 5. A interpretação e aplicação daquele dispositivo, nos tempos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, levaram à distinção entre fundações simplesmente instituídas pelo poder público e aquelas mantidas pelo poder público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime jurídico idêntico. Entretanto, permaneceram, nos diferentes quadros de administração pública, não poucas fundações de direito privado, e a elas não se aplicavam o regime de direito público, nem a seus servidores regime jurídico-administrativo. Criadas como tais — mesmo quando instituídas pelo ente público —, não tiveram a sua transformação em pessoas de direito público quando do advento da Constituição de 1988. 6. Aquela orientação constitucional alterou-se pela EC 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da administração pública. Daí o comentário que se tem, agora, na obra de Hely Lopes Meirelles (edições posteriores ao advento daquela emenda), em que se observa: “A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da

CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: 'somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação'. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia (idem, ibidem).

A Ordem dos Advogados do Brasil, também por construção pretoriana (STF) em julgamento na ADI 3026/DF, em que foi Relator o Ministro Eros Grau, ocorrido em 08/06/2006, passou a ser considerada uma entidade prestadora de serviço público independente. Trata-se de uma natureza jurídica *sui generis*, como se depreende da ementa do referido acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está

vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.

Quanto às empresas estatais, dividiram-se em empresas dependentes e independentes. A Lei Complementar nº 101/2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, dispõe que sujeita-se, aos seus dispositivos, a Administração Direta, nos diversos níveis federativos (União, Estados e Distrito Federal e os Municípios). Ademais, alcança, ainda, as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes.

Empresa dependente é, nos termos daquela normativa, a empresa controlada que recebe, do ente controlador, recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

Das 117 estatais de propriedade ou controladas pelo governo federal, cerca de 99 são consideradas não dependentes do tesouro nacional, enquanto 18 são consideradas dependentes. Das 99 empresas independentes, cerca de 30 possuem poucos projetos, enquanto cerca de 70 são independentes e possuem projetos. Deve ser salientado que o setor não dependente é bem maior que o

dependente – com emprego, no final do ano de 2007, de 235.000 trabalhadores, comparados com 32.500 no setor dependente.⁹⁷

Ademais disso, existe a figura do consórcio público, previsto no art. 241 da Constituição Federal, disciplinado na Lei nº 11.107/2005 e regulamentado com a edição do Decreto nº 6.017/2007. Trata-se de pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação e tem, por finalidade, estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum.

Os consórcios públicos podem ser constituídos como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica (e, assim, integram a administração pública indireta), ou como pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos.

Registre-se, nessa ordem de considerações, haver especificidades nas entidades de colaboração, tais como os Serviços Sociais Autônomos, as Corporações Profissionais, os Ofícios Públicos, a Organização Social (OS), a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Fundações de Apoio.⁹⁸

Somem-se a tudo isso polêmicas sobre os limites nas relações de colaboração entre órgãos e entidades públicas e entidades colaboradoras (*i.e.* cessão de servidores públicos, fiscalização por órgãos de controle etc.).

Apenas para ilustrar, cite-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, em que se questiona a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98, que “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”, e contra a alteração do inciso XXIV, do artigo

⁹⁷ Conforme estudo publicado intitulado “BRASIL: Estudo da eficiência da gestão do investimento público”. Outubro de 2009, produzido a pedido do Ministério do Planejamento. Disponível em http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/Avaliacao_Eficiencia_gestao.pdf, p. 13. (Acesso em 15 de dezembro de 2010).

⁹⁸ Sobre a natureza jurídica dessas organizações, ver: MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. In *Intervenção do Estado no domínio econômico e domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello/Coordenadoras: Priscilia Sparapani; Renata Porto Adri*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 287 ss.

24, da Lei nº 8.666/93, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98, que permite a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as Organizações Sociais (OS).⁹⁹

Veja-se que o tema é altamente complexo, valendo ressaltar que em conclusão de julgamento, em sede de cognição liminar, o STF, por maioria, indeferiu a medida cautelar nessa ação direta de inconstitucionalidade.

Entendeu o STF, inexistir, à primeira vista, incompatibilidade da norma impugnada com Constituição Federal de 1988. Quanto ao art. 1º da Lei nº 9.637/98, que autoriza o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, considerou, o STF, que a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, também indeferindo a liminar, asseverou que a Lei nº 9.637/98 institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, dinâmico e eficiente. Ressaltou que a busca da eficiência dos resultados, mediante a flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado.

Registrou, ademais, que esse modelo de gestão pública tem sido adotado por diversos Estados-membros e que as experiências demonstram que a Reforma da Administração Pública tem avançado de forma promissora. Acompanharam os fundamentos acrescentados pelo Ministro Gilmar Mendes os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

⁹⁹ Acerca da contextualização político-institucional e dogmática da matéria, ver OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 189.

O Ministro Eros Grau, tendo em conta a força dos fatos e da realidade trazida no voto do Ministro Gilmar Mendes, mas sem aderir às razões de mérito deste, reformulou o voto proferido na sessão de 2/02/2007.

Foram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98; Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do art. 1º da Lei nº 9.648/98; e Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar, somente com relação ao inciso XXIV, do art. 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do art. 1º da Lei nº 9.648/98.¹⁰⁰

Desse modo, parece ser indisputável haver, no Brasil, grande complexidade no debate acerca da organização administrativa, sendo imperativa a sua reestruturação; inclusive, já existe proposta governamental de revisão de algumas formas da organização administrativa do Estado (anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública).

1.7 Anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal

Uma comissão de juristas foi constituída para elaborar um anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, conforme Portaria 426, de 6/12/07, alterada pela Portaria 84, de 23/04/2008, do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão.¹⁰¹

O anteprojeto de lei estabelece normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração. Segundo consta da exposição de motivos¹⁰², a Comissão abandonou, logo de

¹⁰⁰ Dados obtidos junto ao resumo apresentado no Informativo STF 474, de agosto de 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm> (Acesso em 11 de dezembro de 2010).

¹⁰¹ Os membros da comissão escreveram artigos sobre os temas tratados no anteprojeto, que constam do livro: *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para a reforma da organização administrativa brasileira*. (Paulo Modesto, org.) Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹⁰² BRASIL. Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública. Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007 – Resultado Final, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Brasília, 16 de julho de 2009, disponível em http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729

início, a idéia de fazer uma simples lei orgânica para a Administração Pública federal, por entender que a necessidade atual – no âmbito federal, mas não restrita a ele – é de uma redefinição das várias classes de entidades que compõem a administração indireta, especialmente as que têm personalidade de direito privado, bem como a reconfiguração de seu regime jurídico.

A comissão também considerou altamente relevante abranger, no anteprojeto, determinadas entidades que, embora instituídas no âmbito não estatal – ainda que, em alguns casos, com impulso estatal – desenvolvem atividades de interesse público, que as habilitam a atuar como parceiras do Estado. Elas estão a meio caminho entre o estatal e o não estatal, gerindo, muitas delas, verbas públicas. Por isso mesmo, sua atuação está sujeita, sob alguns aspectos, a normas de direito público, especialmente no que diz respeito ao controle. São as entidades paraestatais e as entidades de colaboração (estas últimas pertencentes ao chamado terceiro setor).

O trabalho, segundo constou da exposição de motivos, considerou as insuficiências, contradições e imprecisões do Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, a necessidade de dispor sobre aspectos relevantes das emendas constitucionais 19/98 e 32/01, o crescimento da agenda organizatória, sobretudo com a emergência das parcerias com o terceiro setor e a ampliação dos serviços sociais, a fragmentação de iniciativas em matéria de organização e perda de visão de conjunto das alternativas no modo de funcionamento do aparato administrativo do Estado. Este estado de coisas produziu a confusão conceitual que atualmente impõe obstáculos à gestão pública e promove desencontros entre órgãos de controle sobre aspectos fundamentais da organização e funcionamento das entidades administrativas.

Registrou-se haver impropriedades nos conceitos de algumas entidades estatais, contidos no Decreto-lei nº 200/67, e imprecisões em diversos aspectos da disciplina das empresas estatais. Por igual, reconheceu-se na lei vigente a falta de delimitação mais nítida entre as atividades de supervisão e controle; a ausência de disciplina do controle social da administração, a confusão entre descentralização e desconcentração; o não tratamento adequado do tema das subsidiárias das entidades da administração indireta, bem como o não tratamento

transitórias, inclusive indicando as normas do Decreto-lei nº 200/67 que continuam em vigor.

Diante dessas considerações, cumpre inferir ser de capital relevância a busca de novas definições quanto à organização administrativa estatal, de maneira a estruturar o Estado com entes e categorias que possam, efetivamente, garantir os preceitos contidos na ordem econômica e social da Constituição Federal de 1988.

2 IMPLANTAÇÃO DO ESTADO REGULADOR E SUA ORDEM ECONÔMICA: PROGRAMAS E REFORMAS DA DÉCADA DE 90 QUE LEVARAM A MITIGAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA HIERARQUIZADA

Em que pese o Estado ter suas atribuições estabelecidas de acordo com a realidade política, cultural, social e econômica dos povos, alguns Estados, paulatinamente, passaram a implantar, na prática, a tese do Estado mínimo sob o rótulo do neoliberalismo.¹⁰⁴

A origem desse movimento neoliberal foi a obra “*O caminho da servidão*”, de Friedrich Hayek, escrito em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política. O alvo imediato de Hayek, naquele momento, era o Partido Trabalhista inglês, às vésperas da eleição geral de 1945 na Inglaterra, que este partido efetivamente venceria. A hegemonia deste programa não se realizou do dia para a noite. Levou mais ou menos uma década, aplicando-se nos anos 70, quando a maioria dos governos da OCDE – Organização Europeia para o Comércio e Desenvolvimento – tratava de aplicar remédios *keynesianos* às crises econômicas.¹⁰⁵

A proposta neoliberal pautou projetos brasileiros de reforma da organização administrativa brasileira. Sabe-se que na proposta neoliberal deve prevalecer a globalização¹⁰⁶ e o Estado mínimo, alcançado por meio das privatizações¹⁰⁷ de empresas estatais, desregulando-se¹⁰⁸ a economia, reduzindo-

¹⁰⁴ Bresser Pereira sustenta que a administração pública gerencial é frequentemente identificada com as idéias neoliberais. O fato é que as medidas decorrentes do modelo gerencial são quase sempre introduzidas ao mesmo tempo em que se implantam programas de ajuste estrutural que visam enfrentar a crise fiscal do Estado. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7.ed. (Luiz Carlos Bresser Pereira, Peter Spink) Org. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 31. Sobre o tema, ver o nosso: GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 21-22.

¹⁰⁵ ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 09-23.

¹⁰⁶ Sobre a complexidade do tema, ver: BECK, Ulrich. *O que é globalização. Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁰⁷ Acerca da polissemia do termo, ver o estudo de OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora,

se os direitos sociais, diminuindo-se os gastos estatais e a prestação direta de serviços públicos.¹⁰⁹

Se no âmbito do Estado neoliberal “é a economia que, efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas”¹¹⁰, a ordem econômica deve ter como eixo a liberdade para a atuação do poder econômico privado.

O retorno parcial ao *laissez faire* de Adam Smith¹¹¹ foi comandado pelos economistas da Escola de Chicago, nos Estados Unidos, liderados por Milton Friedman, e, sob essa modelagem neoliberal, o Estado deveria retornar as suas missões clássicas: emitir moeda, garantir a segurança pública, manter a justiça e não mais ser o protagonista do direcionamento das atividades econômicas.¹¹²

Na concepção dos *founding fathers*¹¹³ do neoliberalismo, com o fim do modelo de Estado Socialista (v.g., a queda do muro de Berlim, em 1989 e o fim da União Soviética, em 1991), não havia mais opção para os Estados Democráticos de Direito.

Foi nesse contexto que se sustentou a prevalência do mundo globalizado e o papel mínimo de cada Estado na atuação econômica direta. As privatizações vieram nesse contexto, na busca da reorganização das finanças e redução de

1999. p. 11.

¹⁰⁸ Giandomenico Majone adverte que o termo “desregulação” é enganador. Segundo o autor, não se trata de um dismantling da regulação governamental, uma volta ao *laissez-faire*, mas, ao invés disso, uma combinação de desregulação com nova regulação. MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. Paulo Todescan L. Mattos (Coord.). São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 57. Carlos Ari Sundfeld adverte que “desregulação” significa, em relação aos serviços públicos, a crescente opção de substituir a “regulação autoritária das tarifas” pela chamada “regulação pela concorrência”. E conclui: “Sua adoção não significa a renúncia, pelo Estado, de suas competências relativamente a esses serviços, mas um possível modo para seu exercício.” SUNDFELD, Carlos Ari. Preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 321.

¹⁰⁹ Sobre os fracassos e efeitos positivos do neoliberalismo, ver as advertências de: BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade...*, op. cit., p. 46-51.

¹¹⁰ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1.ed. 4.t. São Paulo: Malheiros, 2004. p.178.

¹¹¹ O lema do liberalismo clássico era o *laissez faire, laissez passer* (deixar fazer, deixar passar). O mundo andaria por si mesmo em que a fonte das riquezas seria o trabalho (e não simplesmente a terra, como defendiam os fisiocratas). Sobre o pensamento de Adam Smith, remete-se o leitor para: DOMINGO, Rafael (Ed.). *Juristas universales*. v. II. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 641-646.

¹¹² Nesse sentido, ver COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado...*, op. cit. p. 149.

¹¹³ Em uma analogia aos “pais criadores” do constitucionalismo estadunidense.

gastos públicos; seja com a redução ou flexibilização dos monopólios estatais, seja com a delegação dos serviços públicos.

Diante desse quadro e mesmo perante certa desconfiança¹¹⁴, o Estado teve de adotar uma nova forma de atuar no exercício das atividades econômicas, ancorando-se em bases funcionais e burocráticas diferenciadas.

Nesse ambiente do “novo Estado regulador”¹¹⁵, o Brasil, sob os influxos do movimento neoliberal,¹¹⁶ promulgou, em 1988, uma Constituição Federal extremamente detalhada e “invasora”¹¹⁷ no que se refere aos direitos fundamentais, mas ainda com forte viés intervencionista¹¹⁸.

¹¹⁴ “Con mayor razón, en los países en desarrollo el auge del neoliberalismo es visto con desconfianza en la medida en que propugna por la privatización y el libre juego del mercado, dentro del contexto de globalización de las diferentes actividades, en el cual las naciones económicamente más débiles sienten el justificado temor de sólo poder participar en condiciones de desequilibrio, como simples suministradoras de mano de obra y de materias primas y como consumidoras; mientras que los países desarrollados, es un escenario de esas características, podrán obtener inmensas ventajas gracias a la explotación de los grandes capitales y de los avances tecnológicos”. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. In: *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Jorge Fernández Ruiz (Coord.). Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 98.

¹¹⁵ Sobre os diversos aspectos do Estado Regulador, sugere-se: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 109.

¹¹⁶ Há um debate travado sobre as vantagens e desvantagens do neoliberalismo, em que se cogita a busca de uma “terceira via”. Um dos autores que se vem destacando nesse tema é o sociólogo Anthony Giddens, que apresenta os seguintes valores desse novo enfoque: (i) igualdade, (ii) proteção aos vulneráveis, (iii) liberdade como autonomia, (iv) não há direitos sem responsabilidades, (v) não há autoridade sem democracia, (vi) pluralismo cosmopolita; e (vii) conservadorismo filosófico. GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 76.

¹¹⁷ A expressão é adotada por Riccardo Guastini, ao advertir que a constitucionalização do direito faz com que a constituição seja capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, além dos atores políticos e as relações sociais. GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005. p. 49.

¹¹⁸ Sobre a necessidade de reforma constitucional para atingir essa política não intervencionista, de fato ocorrida em 1995, é digno de menção o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Dois são os temas de reforma: o da ordem econômica e o da ordem financeira. Com relação à necessidade de rever-se o capítulo da ordem econômica basta lembrar da Constituição de 1967-1969, dita estatizante e autocrática, era menos regulatória da economia e menos monopolista que a Constituição de 1988. Passamos de sete para mais de vinte modalidades de intervenção regulatória e de uma para seis previsões de intervenções monopolistas. Houve, portanto, um retrocesso. [...] O Estado, ao imiscuir-se na ordem econômica para competir com a sociedade ou para se substituir a ela com exclusividade, ou seja, nas modalidades de intervenção concorrencial e monopolista, se afasta do exercício regular de seu poder coercitivo, do qual detém o monopólio, para ser mais apenas uma empresa ou mais um concorrente. Com isso, ele perde suas características públicas. O Estado se privatiza, perdendo de vista os interesses gerais, que lhes são próprios, para ter interesses privados. Além de não existirem mais recursos para recapitalizar as empresas do Estado, escasseiam também os recursos para o desempenho de suas atividades públicas: o Estado privatizado acaba se despublicizando”. MOREIRA NETO,

Segundo Barroso¹¹⁹, o renascimento do direito constitucional brasileiro se deu no ambiente de reconstitucionalização do país capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito com o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

Interessam a presente pesquisa as mudanças decorrentes desse neoconstitucionalismo¹²⁰ brasileiro no campo de atuação estatal em relação à regulação das atividades econômicas exploradas pela iniciativa privada.¹²¹

2.1 Organização econômica brasileira impositiva de uma nova forma de atuação estatal e governamental

As formas e o grau de participação do Estado na dinâmica econômica de um país dependem fundamentalmente do tipo de organização expresso na Constituição Econômica, na qual se encontra a determinação do regime básico de ordenação dos fatores de produção, bem como seus princípios regedores e objetivos almejados.¹²²

Quatro são os requisitos que caracterizam uma ordem econômica como¹²³ sendo “descentralizada” ou “de mercado”: trata-se de uma economia multipolar,

Diogo de Figueiredo. Reforma da ordem econômica e financeira. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 3, n. 9, p. 22-25, out/dez. 1994.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. p. 45.

¹²⁰ O neoconstitucionalismo, difundido de um modo ainda impreciso para se referir a distintos aspectos de uma nova cultura jurídica, pode ser caracterizado por uma positivação, na Constituição, de um catálogo de direitos fundamentais, pela presença de valores, princípios e regras; isto é, por algumas peculiaridades na interpretação moral do texto fundamental. A perspectiva jusfilosófica desse tema pode ser encontrada no pensamento de alguns autores, em que se destacam Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin (notadamente na crítica à Hart), Gustavo Zagrebelsky e Robert Alexy.

¹²¹ Para Jacques Chevallier, a regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações. CHEVALIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Forum, 2009. p 73.

¹²² Como já tivemos oportunidade de expor em GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia. *Serviços públicos e controle da administração pública* (Roteiro de curso), 6ª. ed. 2010.1. Disponível em <http://academico.direito-rio.fgv.br> (Acesso em 18 de dezembro de 2010).

¹²³ Como adverte Paulo Otero: “Um primeiro efeito da imperfeição do Direito decorrente da sua progressiva ‘textura aberta’ (Hart) ou de suas ‘indeterminações significativas’ (Castanheira Neves),

constituída por redes de troca entre centros de produção, de oferta de fatores e de consumo, ligados por uma solidariedade funcional; trata-se de uma economia de empresa, que constitui uma unidade econômica de produção que assegura a ligação entre os mercados de bens e serviços (demanda de consumo final) e os mercados de fatores de produção (trabalho e capital); trata-se de uma economia de cálculos em moeda, sendo que os preços exprimem as tensões de escassez da vida econômica, traduzem as necessidades e as pretensões entre as quais se instaura um equilíbrio econômico; e trata-se de uma economia em que o Estado exerce somente uma interferência indireta e global, podendo orientar, influenciar a economia através de políticas, mas sem cunho determinante.¹²⁴

A Constituição de 1988 adota o modelo de organização econômica capitalista, sendo a livre iniciativa princípio fundamental da República e da Ordem Econômica; garantindo-se o direito de propriedade, inclusive dos bens de produção e; respeitando-se a liberdade de atividade econômica independentemente de prévia autorização, salvo nos casos previstos em lei.

Quanto às diversas espécies de intervenção estatal nas atividades econômicas, a forma matriz de intervenção está disposta no art. 173, caput, da Constituição Federal, que consagra o princípio da subsidiariedade.¹²⁵

Portanto, a Constituição determina que, como regra geral, o Estado se abstenha de exercer diretamente atividade econômica. Para que possa desempenhá-la, faz-se necessário que exista previsão constitucional ou lei que determine haver relevante interesse coletivo ou necessidade relacionada aos imperativos da segurança nacional.

O princípio da subsidiariedade, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e o dever de regular as atividades que possam

enquanto resposta à satisfação das necessidades colectivas impostas por uma 'Estado-providência' [...], será, obviamente, a transfiguração material da legalidade: um modelo de disciplina legislativa exaustiva, clara e precisa da realidade é substituído por um modelo normativo 'aberto', ponderativo de interesses, bens e valores concorrenciais e, neste sentido, imprevisível na sua concretização aplicativa." OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 162.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 9, e GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, cap. II.

¹²⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.¹²⁶

A participação direta do Estado na atividade econômica, quando admitida, concretiza-se geralmente pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, para as quais a Constituição previu um regime jurídico próprio e aproximado daquele aplicável aos agentes privados, cujos princípios encontram-se estatuídos no art. 173, §1º.¹²⁷

Se de um lado a abertura constitucional visa à contenção das pressões do capitalismo (em busca do bem-estar da sociedade e de cada cidadão), em que desponta a preocupação com a solução justa no caso concreto, de outro deve ser objeto de ponderação sem desconsiderar outros princípios.

Isto porque, no Brasil a Carta Magna de 1988 pautou a ordem econômica sob o princípio da livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, reservando, ao Estado, funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Somados estes princípios aos valores e outros princípios constitucionais, forma-se um sistema aberto em que o jusnaturalismo iluminista liberal e o intervencionismo social que o sucedeu cedem lugar à intervenção estatal na ordem econômica e social sob uma configuração diferenciada (reguladora).

Para uma melhor compreensão do papel do Estado face à atividade econômica não se pode desconsiderar que a Constituição de 1988 possui uma plêiade de objetivos da República de conteúdo marcadamente distributivo (art. 3º da Constituição de 1988), os quais vão reclamar uma atuação positiva do Estado na seara econômica para a sua efetivação.

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

¹²⁷ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 173. (...) §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Os artigos 5º, XXIII e 170, III, da Constituição Federal determinam que a propriedade cumprirá função social. Ademais, a livre concorrência como princípio fundador da Ordem Econômica exige uma intervenção do Estado na prevenção e repressão do abuso do poder econômico, na proteção do meio ambiente e dos consumidores.

Em adição aos princípios supracitados, uma das chaves para guiar o esforço de hermenêutica da Ordem Econômica é o artigo 174 da Constituição, que dispõe: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Como se vê, esse dispositivo constitucional se mostra bastante elucidativo no que tange ao papel regulador, nas suas “múltiplas dimensões”,¹²⁸ conferido ao Estado na atividade econômica após a inauguração do novo regime constitucional.

Por um lado, o Poder Constituinte não previu a prestação direta da atividade econômica como função primordial do Estado (art. 173, caput, CRFB/88); por outro lado, conferiu-lhe amplos instrumentos de intervenção indireta, mediante, por exemplo, das funções de planejamento e regulação de atividades privadas.

Ao transferir algumas atividades identificadas como serviço público à execução por particulares, por meio do processo de desestatização, e ao autorizar o exercício de determinadas atividades econômicas, o Estado brasileiro não deixou de possuir profunda influência sobre essas atividades econômicas. Sua tradicional participação direta (como Estado-empresário) foi substituída por uma intervenção primordialmente de regulação.

Portanto, encontra-se no artigo 174 da Constituição Federal uma previsão genérica de ordenação da economia pelo Estado, baseada no exercício do poder-dever ordenador, fiscalizatório, normativo e sancionador, estruturado nas competências outorgadas para a conformação dos ordenamentos setoriais regulatórios, hoje personificados, em parte, na figura das Agências Reguladoras.

¹²⁸ CAVALCANTI, Bianor Scelza; PEÇI, Alketa. *Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais*. Revista de Administração Pública, 34 (5), 99-118, set.out/2008. 2000. p. 101.

Essa intervenção estatal pode ocorrer de diversas formas, a seguir examinadas.

2.2 Formas de intervenção Estatal no modelo de Estado Regulador

A luz do texto constitucional de 1988 pode-se identificar inúmeras formas de intervenção do Estado em face da ordem econômica, e que orientam as escolhas políticas em diversas atuações. Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, destaca que com vistas ao desenvolvimento do atual papel pelo Estado (regulador) estão previstas as seguintes formas de intervenção: normativa, repressiva, tributária, regulatória e exploração direta da atividade econômica¹²⁹. Outros autores apresentam classificações distintas acerca das formas de intervenção.¹³⁰

Malgrado haver dificuldade prática em apontar todos os mecanismos de intervenção estatal, no Estado Regulador, cumpre indicar algumas formas de fazê-lo, de modo a melhor compreender qual aparato é necessário para a estruturação da organização administrativa brasileira.

O Estado intervém quando proíbe, por meio de lei, a exploração de atividade econômica, como, por exemplo, a produção de materiais com o uso do amianto (Lei, do Estado de São Paulo, nº 12.684/2007).

Também é uma forma de intervenção quando o Estado cria um monopólio para a exploração de atividade econômica, a exemplo do que ocorria com as atividades inerentes à indústria do petróleo, notadamente antes da edição da emenda constitucional nº 9/95 e o monopólio das atividades afetas aos correios (Lei nº 6.538/78, recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF 46).

¹²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

¹³⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello denota que existem três formas de interferência do Estado na ordem econômica: poder de polícia, incentivos e atuação direta empresarial. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 619. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sem considerar o fomento público por não ter natureza impositiva, as classifica em quatro tipos: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*...., op. cit., p. 129. Por sua vez, Diogenes Gasparini apresenta as seguintes formas de intervenção no domínio econômico: controle de preços, controle de abastecimento, repressão ao abuso do poder econômico, monopólio, fiscalização, incentivo e planejamento. GASPARIINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 605.

Constitui mecanismo de intervenção do Estado ao reservar algumas atividades econômicas como sendo serviços públicos e, portanto, executados pelos particulares por meio de concessão, permissão ou autorização.¹³¹ Exemplos marcantes alcançam os serviços de telecomunicações, distribuição de energia elétrica e transporte público, atualmente regulados, em sua maioria, por Agências Reguladoras.

A presença do Estado é marcante quando atua na qualidade de agente econômico de forma direta, como nos casos de empresas estatais prestadoras de serviços públicos (serviços postais – Lei nº 6.538/78, com a observação supra ou no caso da ELETROBRÁS).

A regulação do exercício de atividades determinadas como, por exemplo, a regulação do sistema financeiro – Lei nº 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, é forma de intervenção estatal.

Mesmo atuando em sentido mais amplo, quando regula o exercício de atividades gerais (ex.: no caso da disciplina ambiental (Lei nº 6.938/81) e da concorrência (Lei nº 8884/04), o Estado atua de maneira intervencionista.

Também, o Estado, disciplina normativamente o exercício de atividades econômicas (ex.: legislando acerca da atividade da indústria do tabaco – Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 e Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999).

Outra forma de intervenção está na delegação de funções de autorregulação, como, por exemplo, os casos das profissões regulamentadas (CRA, CRECI etc.).

Ao atuar na figura de “contratante” de bens e serviços, o Estado atua na intervenção da economia (ex.: contratação de infra-estrutura por meio de Parcerias Público-Privadas – Lei nº 11.079/2004).

Incentivando ou induzindo a atuação dos agentes econômicos privados (ex.: política aduaneira, disciplinada pelo vetusto Decreto-Lei nº 37, de 18 de

¹³¹ Para uma parcela da doutrina, as atividades previstas no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal de 1988, quando prestadas no regime de autorização, não caracterizam serviços públicos, mas sim atividades privadas de interesse público. Para essa corrente, os serviços públicos efetivamente titularizados pelo Estado somente podem ser delegados à exploração privada pelos institutos da concessão e da permissão, conforme a previsão do art. 175 da Constituição, o que não impede, por outro lado, que haja serviços de interesse público autorizados relativamente àquelas atividades elencadas no art. 21.

novembro de 1966) ou quando o Estado exerce o poder de polícia sobre atividades econômicas, como no caso da vigilância sanitária (Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999), está ele intervindo.

Vale destacar que a forma de intervenção estatal pode ocorrer isolada ou, até mesmo, de forma cumulativa em determinados setores, de modo que o Estado reserva uma atividade econômica como serviço público, regulando-a, atuando como agente econômico e criando políticas indutivas (ex. setor elétrico).

Como se vê, são inúmeras formas de intervenção estatal na ordem econômica, de modo que o Estado deve estar preparado para atuação de sua organização administrativa.

2.3 Ajustes nas funções estatais diante da complexidade, pluralismo e ambivalência atual.

Não só a ordem econômica prevista na Constituição Federal deve ser comentada em termos de impacto na forma de estruturação da máquina governamental. Com efeito, a complexidade e a tecnicidade do mundo pós-moderno impõem o deslocamento de competências sobre questões complexas do Poder Legislativo para o Poder Executivo.

As operações que dependem de escolha de natureza técnica não devem, regra geral, ser incluídas nas matérias reservadas à lei estrita, haja vista que (i) a “vontade geral” *rousseauniana*¹³² não está na técnica (meio) e, sim, no resultado almejado (fim); (ii) o legislador não tem como exaurir, a tempo e a contento, o âmbito dessas questões, de grande complexidade tecnológica, e até mesmo econômica, a serem reguladas paulatinamente em cada subsistema de acordo com o caso concreto.

A realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas jurídicas; dependem, basicamente, da realidade social

¹³² Rousseau pregava que os homens, vivendo em um estado de natureza e diante da existência da lei do mais forte, abdicavam, tacitamente, da ilimitada liberdade que tinham para viver em sociedade, sob a direção de um poder que iria distribuir justiça, garantir a paz e punir os excessos de violência. Veja-se sua principal obra: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31 ss. (título original: *Du contrat social: principes du droit politique*).

e econômica do momento. Devem ser levadas em consideração tanto as razões passadas quanto os efeitos prospectivos. Não deve caber ao legislador primário tecer minúcias normativas em um subsistema econômico moldado por aspectos técnicos de alta complexidade com vistas ao correto funcionamento.¹³³

Na fase atual, de forte complexidade, até mesmo diante da maior proximidade com os fatos concretos da vida, deve incumbir ao Executivo (e seus órgãos e suas entidades reguladoras), a busca de solução das questões cotidianas. O Executivo está em melhores condições de avaliar qual será, em determinado caso, a melhor solução para se encontrar um grau ótimo de execução da norma legal (ou das demais políticas públicas), pois dispõe de melhor aparato institucional para tecer os detalhamentos normativos.¹³⁴

Ainda que a ciência econômica recorra ao uso de modelos e formas matemáticas, é certo que, por sua própria definição, os conceitos econômicos levam consigo a existência de interesses valorativos. Esses valores, muitas das vezes, implicam na realização de juízos que supõem a necessidade de ponderar entre diferentes interesses e garantias fundamentais que estão envolvidas, suplantando, em muito, o instituto determinativo de conceitos ou da discricionariedade administrativa.

Registre-se ainda a necessidade de periódicas reformas regulatórias, notadamente em atividades econômicas que abrangem oscilações de mercado e muitos componentes tecnológicos (v.g. setor de telecomunicações), ou seja, a “progressiva tecnização no tratamento dos assuntos a cargo da Administração”.¹³⁵ Nas palavras de Sánchez Morón¹³⁶:

¹³³ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.137 ss.

¹³⁴ Nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto: “O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos a editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento do mercado tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a freqüente necessidade de movimentação do Poder Legislativo”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 46.

¹³⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...*, op. cit., p. 186. Sobre a inserção de inúmeros termos técnicos nas normas reguladoras, Alexandre Santos de Aragão denota que através das normas abertas, e mesmo de regras fixas, mas consideradas sob o prisma dos objetivos públicos aos quais se destinam, o Direito insere em seu âmbito aspectos do subsistema regulado, aspectos estes de elevado conteúdo técnico-especializado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista de Direito da*

Superado el viejo modelo burocrático weberiano, en el que el funcionario es un simple aplicador automático de reglamentaciones detallistas, la imagen de la función administrativa como simple función ejecutiva (de la ley) ya no tiene vigencia general, salvo en los supuestos en que la ley dispone potestades regladas.

Uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa em sede de temas complexos e arriscados não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos¹³⁷. Esse equívoco foi cometido no passado recente, quando as leis que tratavam de matéria administrativa procuravam esgotar todas as situações possíveis sob sua égide.

A clareza das diretrizes e dos fundamentos da função administrativa, ao contrário, se expostas ao conhecimento e à deliberação dos cidadãos, podem funcionar como poderoso meio de constrangimento ao abuso do aparelho administrativo para fins que não interessam à coletividade. Vale dizer, a sociedade atual é um agregado altamente diferenciado, com numerosas interdependências, sendo muito comum que uma intervenção reguladora em um âmbito parcial do conjunto social repercuta em outros, fazendo com que a vantagem parcial seja menor que as desvantagens globais¹³⁸.

Nesse sentido, o desafio da tecnicidade é apontado com clareza por Vital Moreira e Fernanda Maças¹³⁹, que advertem não ser indiferente o acentuado progresso científico e tecnológico que se tem verificado com a conseqüente manifesta insuficiência ou incapacidade das estruturas da Administração tradicional para responderem aos problemas das sociedades complexas e evolutivas atuais.

Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XI, 2002. p. 27.

¹³⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994. p. 110-111.

¹³⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15-16.

¹³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: *Direito da regulação*. Alexandre Santos de Aragão (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. v. XI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 8.

¹³⁹ MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003. p. 52.

A inadequação dos instrumentos do agir administrativo tradicional é especialmente notória em determinados setores em que a evolução tecnológica redefine e altera diariamente os mercados, transfere capital e destrói artificialmente as fronteiras territoriais, como acontece com o setor financeiro.

É certo inferir que, dada a tecnicidade que se apresenta diante da sociedade, impõe-se, para além das diretrizes constantes na ordem econômica constitucional, a busca pela estruturação da governança e da governabilidade brasileira. A organização administrativa deve ser compatível e ter metodologia própria para atuar na garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Para isso, deve-se implementar modelos administrativos decorrentes de ambos os conceitos que envolvem, na visão de Enrique Saravia¹⁴⁰, inúmeras ações e projetos, a seguir: (i) A necessidade de técnicas e instrumentos que permitam agir face à frequência, rapidez e imprevisibilidade das transformações do contexto social, político, econômico, internacional e tecnológico; (ii) A exigência cada vez maior de qualidade dos serviços e atividades públicas; (iii) A conveniência de assimilar todas as tecnologias de informação e comunicação que propiciam formas mais ágeis e eficientes de interação entre o Estado e a sociedade; (iv) As urgências de uma descentralização política e econômica que dote de poder decisório os diversos níveis de governo e que leve a um fortalecimento das instâncias municipais; (v) A melhora dos sistemas regulatórios, de modo a permitir a cooperação do setor privado na prestação dos serviços e atividades públicas, assegurando, ao mesmo tempo, a defesa dos direitos do cidadão e seu acesso universal a esses serviços; (vi) A possibilidade de abrir espaços de mútua cooperação entre o Estado e as empresas através de parcerias permanentes entre ambos os setores; (vii) A conveniência de estabelecer formas de acesso dos cidadãos à decisão, à implementação e ao controle da atividade pública, assegurando a participação¹⁴¹ e a transparência; (viii) A incorporação de novas formas de organização do setor público e do

¹⁴⁰ SARAVIDA, Enrique J. *Governança social...*, op. cit., p. 23.

¹⁴¹ Sobre o tema da participação dos cidadãos na elaboração de normas pelas Agências Reguladoras, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

terceiro setor para permitir uma fértil cooperação entre o Estado e as organizações da sociedade civil.

2.4 Evolução do processo das privatizações e as consequentes reformas da Administração Pública hierarquizada na década de 90

Diante das considerações antes expostas, envolvendo a nova ordem constitucional econômica, bem como diante da grande complexidade e tecnicidade do mundo pós-moderno, é relevante examinar o programa levado a cabo pelo Executivo Federal brasileiro na década de 90.

Com os governos conservadores na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América, vieram os instrumentos do modelo de administração gerencial direcionada à redução de custos e ao aumento da eficiência e produtividade da organização. Com efeito, buscava-se, naquele momento, implementar alterações no setor público, vinculadas ao projeto de reforma do Estado, de modo a levar o aparato governamental a um menor número de atividades diretas.

A palavra de ordem da primeira-ministra inglesa era “*rolling back the state*”, o que, na prática, significou a privatização de empresas nacionalizadas no pós-guerra, desregulamentação, devolução de atividades governamentais à iniciativa privada ou à comunidade e as constantes tentativas de reduzir os gastos públicos.¹⁴²

No Brasil também houve um amplo processo de privatizações, que se estruturou com a edição da Lei nº 8.031/90, promulgada na gestão do Presidente Fernando Collor de Melo.

Sabe-se que o Programa Nacional de Desestatização (PND) caracterizou-se no cenário internacional como um dos maiores já concebidos, tanto pelo volume de recursos como pela diversidade dos setores envolvidos; contudo, antes mesmo do PND a privatização já fazia parte da agenda nacional há muitos anos, tendo passado por fases distintas.¹⁴³

¹⁴² ABRUCIO, Fernando L. O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Revista do Serviço Público*, v. 47, abril de 1996.

¹⁴³ Conforme já tivemos oportunidade de examinar em: GUERRA, Sérgio. Neoempreendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: *Direito Empresarial Público II*. Organizadora: Carla Marshall. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

A primeira fase, compreendida entre 1981 e 1989, antes mesmo do Governo Collor, caracterizou-se pela denominada "reprivatização" de empresas que haviam sido absorvidas por estarem em situação falimentar.

Segundo Caio Tácito, o primeiro passo, ainda modesto, de inversão da tendência expansionista da administração pública brasileira se manifestou, em julho de 1979, quando o Decreto nº 83.740 adotou o Programa Nacional de Desburocratização. Este programa definiu, a partir de 1981, as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado. Em 1985, o Decreto nº 91.991 aperfeiçoou o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, ao qual sucede, em 1988, o Conselho Federal de Desestatização (Decreto nº 95.886). Foram, até 1989, incluídas no esquema vinte e quatro empresas, das quais quinze foram alienadas, três foram liquidadas, duas incorporadas e catorze transferidas ao plano estadual. Segundo dados oficiais, no período de 1979-1985, no plano federal, vinte empresas foram privatizadas, três transferidas a governos estaduais, outras três foram objeto de fusão, catorze incorporadas e duas outras convertidas em órgãos da administração direta, no total de quarenta e duas transformações.¹⁴⁴

Nesse período foram privatizadas empresas de pequeno porte com modestos resultados econômicos, com arrecadação de cerca de setecentos milhões de dólares norte-americanos.

Com efeito, nessa fase não havia, ainda, por parte do Governo Federal intenção de implementar um programa de larga escala, mas, apenas, de desfazer-se de empresas que vieram parar em suas mãos por insucessos empresariais.

Como dito, o processo de privatizações brasileiro foi estruturado por meio da edição da Lei nº 8.031/90. Entre 1990 e 1992 foram incluídas sessenta e oito empresas no Programa Nacional de Desestatização, das quais dezoito foram desestatizadas, com a arrecadação de cerca de quatro bilhões de dólares norte-americanos, em grande parte através de títulos representativos da dívida pública federal¹⁴⁵.

¹⁴⁴ TÁCITO, Caio. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. o exemplo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, v. 202/1.

¹⁴⁵ Disponível em <http://www.bndes.gov.br> (Acesso em 15 de dezembro de 2003).

Com efeito, uma das críticas ao programa foi no sentido de que admitiu-se as chamadas “moedas de privatização” (vulgarmente chamadas de *moedas podres*), para a aquisição das participações acionárias das sociedades desestatizadas, que consistem em títulos que representam dívidas contraídas no passado pelo Governo Federal.

Em cada desestatização competiu ao Presidente da República decidir sobre o percentual mínimo de moeda corrente a ser utilizada, sendo que o percentual restante pode ser complementado com as moedas de privatização.

As moedas de privatização utilizadas no PND são as seguintes: Debêntures da Siderbrás - SIBR; Certificados de Privatização - CP; Obrigações do Fundo Nacional de Desenvolvimento - OFND; Créditos Vencidos Renegociados (securitizados) - DISEC; Títulos da Dívida Agrária - TDA; Títulos da Dívida Externa - DIVEX; Letras Hipotecárias da Caixa Econômica Federal – CEF e Notas do Tesouro Nacional, série M-NTN-M¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Com relação à possibilidade de utilização das chamadas “moedas podres” no Programa Nacional de Desestatização – PND, permite-se transcrever ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Pleno, do Supremo Tribunal Federal, no MS 22493-RJ: Mandado de Segurança. Licitação para venda de empresa estatal. utilização de títulos da dívida pública. Incidência da medida provisória 1.197, de 24.11.95. Programa nacional de desestatização: possibilidade de o Presidente da República estabelecer limites para a aceitação de moedas convertidas em títulos da dívida pública como meio de pagamento: seu recebimento em transação realizada entre a união federal e particulares valendo-se de títulos públicos. ato jurídico perfeito: inexistência. Aplicação do princípio da isonomia entre os licitantes: artigo 37, inciso xxi, da constituição federal. Mandado de Segurança indeferido. 1. Dispõe o Presidente da República do poder discricionário, por recomendação do Conselho Nacional de Desestatização, para estabelecer os quantitativos em moeda corrente nacional e em títulos da dívida pública que poderão ser utilizados nos procedimentos licitatórios de venda de empresas estatais em processo de privatização. Incidência, na espécie, do artigo 16 da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, com a nova redação que lhe deu o artigo 1º da Medida Provisória nº 1.197, de 24 de novembro de 1995. 2. A outorga delegada ao Chefe do Poder Executivo para estimar os volumes, entre títulos e moeda corrente nacional na composição na alienação de bens estatais, tem o sentido de lhe conferir, para cada espécie em venda, o exame da dimensão do interesse da clientela e as características de valorização mercadológica do negócio. 3. Não ocorre ato jurídico perfeito e acabado resultante de transação, se ao tempo de sua homologação, ainda que perante o Supremo Tribunal Federal, já vigia lei que não o assegurava. 4. Se do ato transacional constou cláusula condicionante submetendo uma das partes ao cumprimento da legislação vigente, deve essa ser prevalente, não se revestindo os títulos recebidos *in solutum* como moedas de valor absoluto para comporem oferta em leilão de venda de estatais. 5. Não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública. 6. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu caput - obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade - e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. (CF, artigo 5º, caput). Mandado de segurança indeferido e cassada a liminar concedida.

Nos três primeiros anos do PND a estratégia governamental constituiu-se em concentrar esforços na venda de empresas estatais produtivas, pertencentes a setores anteriormente estratégicos para o desenvolvimento do País, tais como companhias siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes.

Em 1992 houve o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Melo, assumindo o seu vice Itamar Franco, intensificou-se, nos anos seguintes (1993/1994), o processo de transferência de empresas produtivas ao setor privado, concluindo-se a privatização das empresas siderúrgicas. Nesse período foram desestatizadas quinze empresas, com a arrecadação de cerca de quatro e meio bilhões de dólares norte-americanos, em sua maior parte em moeda corrente.¹⁴⁷

Cabe acrescentar que em março de 1994, pelo Decreto nº 1.068 a Administração Pública Federal incluiu no PND as participações societárias minoritárias detidas por fundações, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e quaisquer outras sociedades controladas, direta ou indiretamente, pela União Federal. Com a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1995, houve uma intensificação nas privatizações. O PND foi apontado como sendo um dos principais instrumentos do Programa Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Convém registrar alguns trechos da apresentação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,¹⁴⁸ que bem reflete os objetivos do mesmo:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por conseqüência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. Com a finalidade de colaborar com esse amplo trabalho que a sociedade e o Governo estão fazendo para mudar o Brasil, determinei a elaboração do 'Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado', que define objetivos e estabelece diretrizes para a

¹⁴⁷ Informações disponíveis na internet: <http://www.bndes.gov.br>

¹⁴⁸ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM. (Acesso em 03/04/2010).

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

Em 1995, notadamente com a promulgação de Emendas Constitucionais, o Estado pode avançar com a desestatização. Essas significativas alterações da matriz constitucional flexibilizaram inúmeros segmentos importantes para mudar o foco de atuação da administração pública.

Ademais disso, com a edição de lei específica acerca da concessão e permissão dos serviços públicos (Lei nº 8.987/95), iniciou-se uma nova fase do PND, em que os serviços públicos, em grande parte até então prestados por empresas estatais, foram sendo concedidos à iniciativa privada, com destaque para o setor elétrico, de transportes e telecomunicações.

As Emendas Constitucionais cujas matérias estão voltadas à nova política de retirada do Estado da execução direta das atividades econômicas são as de nº 5, de 15 de agosto de 1995, que transferiu aos Estados a competência para a exploração diretamente, ou mediante concessão, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado; nº 6, de 15 de agosto de 1995, que pôs fim à distinção entre o capital nacional e estrangeiro; nº 7, de 15 de agosto de 1995, que tratou da abertura para navegação de cabotagem; nº 8, de 15 de agosto de 1995, que flexibilizou o monopólio dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; e nº 9, de 9 de novembro de 1995, que flexibilizou o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural.

Após a promulgação das Emendas Constitucionais de nºs 5 a 8, foi aprovado, em 21 de setembro de 1995, o já mencionado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, sob a motivação de reconstruir o Estado de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.¹⁴⁹

¹⁴⁹ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM. (Acesso em 03/04/2010).

Este “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a ‘memória administrativa’, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental. É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para o poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.

Nesse Plano Diretor o programa de privatizações apresentou-se como sendo a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada por meio das empresas estatais.

Nesse preciso sentido, o Plano Diretor previu a criação de agências autônomas, vinculadas às atividades de Estado.

Essas agências autônomas surgiriam da análise das missões dos órgãos e entidades governamentais, identificando superposições, inadequação de funções e possibilidades de descentralização visando dotar o Estado de uma estrutura organizacional moderna, ágil e permeável à participação popular.

Ao se referir às agências autônomas, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabeleceu que a responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão inspiraram a formulação desse projeto. O objetivo era a transformação de autarquias e de fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão.

O Plano previa que o projeto das agências autônomas desenvolver-se-ia em duas dimensões. Em primeiro lugar, seriam elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento

visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, seriam aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformariam em laboratórios de experimentação.¹⁵⁰

Paralelamente ao que constou do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (que não apontava esse caminho), surgiram as Agências Reguladoras brasileiras nos moldes atualmente conhecidos. O foco era criar um ambiente que privilegiasse certeza e estabilidade, de modo a atrair investimentos, sobretudo estrangeiros, e gerar salvaguardas institucionais que significassem um compromisso com a manutenção de regras e contratos a longo prazo.¹⁵¹

A competência preponderantemente técnica foi destacada nas mãos de entidades descentralizadas demonstrando-se que a regulação de sistemas complexos e sensíveis deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado.

2.5 Novos entes públicos federais com característica estrutural de organização por rede (não-piramidal)

Na estrutura do princípio tripartite da separação de poderes, se três são, conceitualmente, as funções de Estado, uno e indivisível,¹⁵² na prática, é o Poder

¹⁵⁰ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM. (Acesso em 03/04/2009).

¹⁵¹ “A grande movimentação em direção a liberalização, privatização e consolidação de uma competição com base na concorrência que ocorreu nos anos 90 demandou uma nova organização institucional. Passos significativos foram dados em termos de política de concorrência. Outras ações incluíram o rápido estabelecimento de diversas agências reguladoras para os setores recentemente privatizados e/ou liberados. Essas estruturas regulatórias foram implementadas antes da privatização do setor. Isso ocorreu com o setor de energia e telecomunicações, por exemplo, mas não no setor de transportes. No entanto, o principal foco político foi a privatização, que criou diversas oportunidades econômicas, contribuindo para o equilíbrio do orçamento público e facilitou a modernização da infra-estrutura básica, como, por exemplo, na área de telecomunicações e ferrovias. A esperança era que essa determinação fosse suficiente para atrair investimentos, desencadear mais incentivos para o crescimento e resolver algumas das antigas deficiências de provisão de serviços públicos. O desenho regulatório das agências recebeu menor atenção.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008.

¹⁵² Conforme leciona Clémerson Merlin Clève, o poder político é indivisível, teoricamente, porque seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

que deve ser exercido não apenas para aplicar a lei como também para concretizar, de um modo geral, os valores e princípios políticos compartilhados na sociedade.¹⁵³

Essas funções clássicas do Estado brasileiro (Legislativo, Executivo e Judiciário), inspiradas nos moldes preconizados na obra de Montesquieu¹⁵⁴, se dividem em órgãos públicos (desconcentração) e em entidades (descentralização).

Na desconcentração, uma das classificações acerca dos órgãos públicos é: a) órgãos independentes; b) órgãos autônomos; c) órgãos superiores, e; d) órgãos subalternos¹⁵⁵. Quanto à descentralização, dividem-se em: a) autarquia; b) sociedade de economia mista; c) empresa pública, d) fundações e, e) consórcios públicos.

Tradicionalmente, o Brasil republicano adotou o modelo tripartite. Assim está dito no artigo 2º, da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Contudo, a Constituição Federal de 1988 não estruturou, exatamente, o Estado Brasileiro em apenas três “poderes”.

E isso não ocorreu somente no Brasil.¹⁵⁶

A realidade político-institucional e social da segunda metade do século XX apresentou-se muito mais complexa em relação à época de Montesquieu. Nesse contexto muitas instituições que hoje existem em grande parte dos ordenamentos ocidentais são dificilmente enquadráveis em alguns dos três clássicos poderes quanto à vinculação estrutural e hierárquica¹⁵⁷.

¹⁵³ GUERRA, Sérgio. *Discrecionabilidade...*, op. cit., p. 92 ss.

¹⁵⁴ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 16-17.

¹⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 66.

¹⁵⁶ “As mudanças no Brasil também refletem tendências mais amplas que ocorrem no âmbito internacional. Essas tendências foram observadas em muitos países europeus, onde o arcabouço para os amplos setores de infra-estrutura está em constante transformação. As diretrizes européias determinaram padrões claros de regulação dos setores abrangidos pelo estudo e até mesmo para o estabelecimento de processos independentes de tomada de decisões dos órgãos reguladores. Na Europa, essas diretrizes também abordavam os planos de saúde privados. É importante que o Brasil assegure que as mudanças no seu ambiente regulatório avancem, de uma maneira geral, *pari passu* às tendências gerais observadas no âmbito internacional.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008.

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo...*, op. cit., p. 120.

Essa mudança, segundo Jacques Chevalier, é sensível a partir do início da década de 80, assistindo-se um movimento de desintegração, que se traduz pela diversificação crescente das estruturas administrativas. A ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder de hierarquia. A figura pós-moderna de *rede* tende a partir daí a se substituir àquela da *pirâmide*.¹⁵⁸

Com efeito, a carta cidadã de 1988 trouxe, de forma objetiva, órgãos públicos independentes dos três poderes (ou funções) clássicos.

Atualmente, além daqueles que estruturam as funções clássicas inerentes a legislação, a administração e a jurisdição (v.g. o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais, em geral, o Congresso Nacional, a Chefia dos Poderes Executivos, nos três níveis da federação etc.), são órgãos públicos independentes, por força do texto constitucional, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.

Tanto o Ministério Público quanto o Tribunal de Contas são órgãos independentes, pois, nos termos da carta magna, têm definidas suas competências e não estão subordinados, hierarquicamente, a qualquer outro órgão.

Vale lembrar, como antes apresentado neste relatório, que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, também é considerada uma entidade independente, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Além de órgãos independentes, criados pela Constituição Federal de 1988, - e que não se inserem na teoria tripartite - para melhor realizar o feixe de atribuições regulatórias da atividade econômica e social que lhe foi conferido pela Constituição de 1988 o Estado instituiu, por lei, entidades reguladoras autônomas conferindo-lhes competências para fiscalizar e ditar normas sobre determinados setores.

A função regulatória – e seu modo de execução, por meio de órgãos com ou sem autonomia – não foi explicitada na Carta de 1988. Apenas no artigo 20, XI, e no artigo 177 da Constituição Federal está prevista a criação de órgãos

¹⁵⁸ CHEVALIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Forum, 2009. p 98.

apenas utilizou o termo “órgão regulador” para se referir à criação de autoridades regulatórias.

Em que pesem críticas formuladas¹⁶⁴ à legislação infraconstitucional, parte da doutrina¹⁶⁵ e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶ não identificaram haver inconstitucionalidade na criação dessas entidades vis-à-vis o disposto no art. 84 da Constituição Federal de 1988¹⁶⁷ que atribui ao Chefe do Poder Executivo a direção superior da Administração Pública.

A principal característica dessas entidades, sem prejuízo da diversidade das áreas que regulam, foi o afastamento da clássica estrutura hierárquica dos ministérios e da direta influência política do Governo, com certo grau de autonomia. E, essa autonomia, está diretamente ligada a sua caracterização como última instância decisória na esfera administrativa.¹⁶⁸

A organização dos quadros de funcionários¹⁶⁹ e a atribuição da natureza de servidor público ao pessoal técnico¹⁷⁰, por sua vez, foram importantes passos no processo de se evitar a captura.¹⁷¹

¹⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que a denominação “agências reguladoras” deve ter sido copiada dos Estados Unidos da América, presumivelmente pelo fato de se imaginar que uma terminologia corrente na organização administrativa estadunidense conferiria prestígio e certa grandiosidade às nossas autarquias. “Aliás, é sabido que países subdesenvolvidos muitas vezes têm uma reverência servil para com os desenvolvidos. Será, talvez, o atavismo cultural dos colonizados”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 150.

¹⁶⁵ Cf. nosso GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.99.

¹⁶⁶ Ver ADIN 1494-RS.

¹⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal. (1988). Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

¹⁶⁸ TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. *Revista de Direito Administrativo*, nº 221, julho - setembro/2000, pp. 3 e 4.

¹⁶⁹ A esse respeito, observa Cristiane Derani: “A concessão de serviços públicos e a criação das agências implicam numa ampliação da atividade normativa do Estado. E, quanto mais complexa for a atividade concedida, quanto mais abrangente e fundamental forem os serviços entregues à atividade privada, maior será a necessidade de funcionários altamente qualificados, independentes e vinculados a um extenso rol de deveres normatizados.” DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 93-94.

¹⁷⁰ Ver ADIN 2310-1.

¹⁷¹ Nas palavras de Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta, a expressão “captura” “foi cunhada para retratar o problema do vínculo de dependência que se forma entre regulador e regulado. Entre eles existe uma questão básica, a assimetria de informação (e problemas associados). O regulado, na medida em que desempenha diretamente a atividade econômica, dispõe de informação – sobre custos, principalmente, e condições de operação – que o regulador só obtém de segunda mão, por meio do próprio regulado. O regulador pode ser levado a tomar decisões contrárias às suas intenções de zelar pelo interesse público por não dispor de informações adequadas ou por ser pressionado a tomar decisões em uma direção ou outra. É o

A teoria da captura das entidades regulatórias (*capture theories*) surgiu nos Estados Unidos da América no fim dos anos sessenta, sendo o trabalho de George Stigler, de 1971 (*The theory of economic regulation*) considerado o marco dessas discussões. A linha de pensamento adotada por Stigler na referida obra consiste na contaminação das Agências Reguladoras pelos diversos grupos de interesses, com vistas à obtenção de benefícios.

Pedro Dutra sustenta que captura é uma atração que os técnicos da agência ou os dirigentes da agência, em seu processo decisório, sofrem em razão, basicamente, de três fatores: ideológico, partidário e corporativo. O agente tem sua origem numa corporação, pública ou privada, e suas decisões se darão em função dessa origem. Em se tratando de uma corporação pública, não raro ele assume uma postura de defesa do interesse público. Por exemplo, quando um agente privado viola claramente a lei, sua defesa é vista apenas como meio protelatório a atrasar a efetivação da defesa do interesse público. Mesmo antes de o processo administrativo concluir pela culpa do agente privado, muitas vezes o agente que tem poder sancionador vai à mídia responsabilizar o agente privado pelo cometimento da infração.¹⁷²

Floriano Marques Neto identifica quatro graves riscos de captura dos agentes reguladores. O risco de concussão, ligado ao tema da corrupção que permeia as nossas instituições; o risco de contaminação de interesses, que envolve a assunção dos interesses do regulado pelo agente regulador; o risco da insuficiência de meios, que toca à questão do esvaziamento dos recursos (financeiros, logísticos e humanos) da Agência Reguladora e, finalmente, o risco de captura pelo poder político, em que há confusão entre a entidade reguladora e os interesses do bloco do poder.¹⁷³

que se convencionou chamar de seleção adversa.” Hoje em dia, entretanto, esse risco “abrange também a relação entre regulador e governo, ou seja, o governo também pode ser sujeito dessa captura”. SALGADO, Lucia Helena; SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 9-10.

¹⁷² DUTRA, Pedro. As agências reguladoras nos âmbitos federal e estadual: natureza jurídica da atividade de fiscalização e regulação. In: *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Enrique Saraiva, Alketa Peci e Edson Américo Brasilico (Orgs.). Rio e Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 42.

¹⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89-90.

Assim, a além dos casos envolvendo os dirigentes das Agências Reguladoras, a captura pode ser feita pelo Governo, pelos usuários/consumidores e pela própria corporação (quadro de servidores permanentes das entidades regulatórias).

2.5.1 Surgimento das Agências Reguladoras brasileiras

O surgimento das Agências Reguladoras brasileiras, como já se teve a oportunidade de afirmar¹⁷⁴, começa, basicamente, paralelamente ao lançamento, pelo Governo Federal, do denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, sob a motivação de reconstruir o Estado de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.

Referindo-se às agências, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado previu que dois fatores inspiraram a formulação do projeto: a responsabilização por resultados e a autonomia de gestão. Assim, o objetivo inicial - não implementado na prática - focava na modernização da máquina pública visando transformar autarquias e fundações, que exerciam atividades exclusivas do Estado (com o necessário poder de polícia), em agências autônomas.

O Plano previa que o projeto das agências autônomas desenvolver-se-ia em duas dimensões. Em primeiro lugar, seriam elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes.

Em paralelo, seriam aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformariam em laboratórios de experimentação.

¹⁷⁴ GUERRA, Sérgio. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

2.5.2 Influxos estrangeiros absorvidos na criação das agências reguladoras no Brasil

É comum indagar quais foram os influxos que inspiraram os autores do modelo brasileiro de Agências Reguladoras independentes.

Certamente, a idéia de descentralização advém do movimento estruturado no Reino Unido, denominado de New Public Management – NPM, adotado a partir da década de 80 visando modernizar a organização administrativa; isto é, esse termo foi utilizado para descrever a onda de reformas do setor público nesse período.

Enrique Saravia¹⁷⁵ leciona que nas décadas de 80 e 90, vários países – entre eles o Brasil - tentaram reformas que permitissem maior agilidade e flexibilidade à atividade estatal. Os diversos planos de melhora receberam a denominação comum de Nova Gerência Pública (*New Public Management*) e seus principais enunciados foram sintetizados num memorável relatório da OCDE (1996). Tratava-se de medidas destinadas a dotar a administração pública de um comportamento gerencial que aliviasse a máquina ou o aparelho do Estado. Muitos países avançaram por esse caminho e se registraram melhoras efetivas em muitos deles. No entanto, o modelo funcionou melhor nos países de democracias e economias evoluídas e estáveis. Não aconteceu idêntico fenômeno nos países com fortes desigualdades sociais e regionais, com pesados endividamentos e déficits fiscais, ou com sistemas políticos em transição.

O programa do NPM¹⁷⁶ pode ser resumido, de forma objetiva, nas seguintes medidas: (i) diminuir o tamanho do Estado, inclusive do efetivo do pessoal; (ii) privatização de empresas e atividades; (iii) descentralização de atividades para os governos subnacionais; (iv) terceirização de serviços públicos (outsourcing); (v) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado; (vi)

¹⁷⁵ SARAIVA, Enrique. *Governança social...*, op. cit., p. 22.

¹⁷⁶ “Nas décadas de 1980 e 1990, vários movimentos, abrigados sob o guarda-chuva da New Public Management (NPM), especialmente nos países anglo-saxões, propunham soluções para a administração pública. Pontos centrais se referiam à adaptação e à transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, pressupondo a redução do tamanho da máquina administrativa, uma ênfase crescente na competição e no aumento de sua eficiência.” PECL, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Sílvia. *Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro*. O&S - v.15 - n.46, julho/setembro, 2008.

transferência de atividades sociais para o terceiro setor; (vii) desconcentração de atividades do governo central; (viii) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; (ix) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; (x) autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes; (xi) flexibilização da gestão orçamentária e financeira das agências públicas; (xii) adoção de formas de contratualização de resultados; (xiii) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização das relação de trabalho no serviço público.¹⁷⁷

No bojo das reformas administrativas, trazidas nos governos Margaret Thatcher e John Major, foram criadas diversas entidades regulatórias.

Destaque-se a OFFICE OF TELECOMUNICATION - OFTEL, na área de telecomunicações, criada no ano de 1984; a OFFICE OF GAS - OFGAS, para regular o setor de gás, e a OFFICE OF ELECTRICITY REGULATION - OFFER, regulando o setor de eletricidade.

Estas entidades, após fusão no ano de 1999, transformaram-se na OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS - OFGEM, abrangendo os setores de gás e eletricidade.¹⁷⁸

Foram criadas a WATER SERVICES REGULATION AUTHORITY - OFWAT¹⁷⁹ para o setor voltado aos recursos hídricos; a OFFICE OF RAIL REGULATION - ORR¹⁸⁰, do sistema ferroviário, a CIVIL AVIATION AUTHORITY - CAA¹⁸¹, para o setor aéreo, a OFFICE OF FAIR TRADING - OFT¹⁸² atuando na defesa da concorrência, e uma agência responsável por loterias, a OFFICE OF THE NATIONAL LOTTERY – OFLOT, sucedida pela NATIONAL LOTTERY COMMISSION.¹⁸³

Registre-se, ainda, a influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios, propriamente ditos. Com efeito, os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial

¹⁷⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado...*, op. cit., p. 154.

¹⁷⁸ Disponível em www.ofgem.gov.uk. (Acesso em 13 de dezembro de 2010).

¹⁷⁹ Disponível em www.ofwat.gov.uk (Acesso em 13 de dezembro de 2010).

¹⁸⁰ Disponível em www.rail-reg.gov.uk (Acesso em 13 de dezembro de 2010).

¹⁸¹ Disponível em www.caa.co.uk (Acesso em 13 de dezembro de 2010).

¹⁸² Disponível em www.of.gov.uk (Acesso em 13 de dezembro de 2010).

¹⁸³ Disponível em www.natlotcomm.gov.uk (Acesso em 13 de dezembro de 2010).

desde 1887, quando surgiu a Interstate Commerce Commission, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual.

A Independent Regulatory Commission é um ente estatal autônomo, dirigido por um colegiado composto por Commissioners eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. Desse modo, esses dirigentes só podem ser exonerados em caso de falta grave.

Os mandatos dos Commissioners variam, sendo certo que sempre são determinados por prazos escalonados, de forma que os mandatos não sejam coincidentes. A nomeação do Chairman, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.

Por essas e outras características, verifica-se que, do ponto de vista estrutural (e não quanto à idéia de adotar, na administração pública, mecanismos gerenciais), o paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a Independent Regulatory Commission norte-americana, que não se confunde com a denominada administrative agency,¹⁸⁴ similar às nossas agências executivas, adiante examinadas.

A administrative agency é um ente criado por lei e dotado de personalidade jurídica de direito público, com a atribuição de dirigir, de forma descentralizada, um programa ou uma missão governamental. Essas entidades gozam de autonomia funcional, estando subordinadas hierarquicamente ao Presidente e ao Ministro de Estado responsável pela pasta a qual a agência está vinculada.

2.5.3 Natureza jurídica das Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras brasileiras são autarquias de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público.

¹⁸⁴ Jean-Jacques Daigre leciona que as Agências Reguladoras francesas também tiveram como paradigma as agências norte-americanas. Por suas palavras: "Les autorités de régulation sont nées de la transposition des agences américaines et en particulier, dans le secteur financier, de la SEC, la Securities and Exchange Commission, mise en place à la suite de 1929, pour marquer la politique nouvelle engagée par Roosevelt". DAIGRE, Jean-Jacques. Ombres et lumières: examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes. *In: Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*. Paris: Economica, 2002, p. 5.

Já foram criadas no Brasil, sob essa forma e nomenclatura, dez agências reguladoras federais: ANEEL, ANP, ANATEL, ANVISA, ANA, ANS, ANCINE, ANTT, ANTAQ e ANAC, cada uma com as suas especificidades adiante examinadas.

No direito positivo brasileiro as autarquias surgiram com a edição do Decreto-lei nº 6016, de 22 de novembro de 1943, como sendo um serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei.

Em 1949 a Lei nº 830, de 23 de setembro, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, ao fixar normas acerca do disposto no artigo 97 da Constituição Federal então vigente, definiu, em seu artigo 139, as entidades autárquicas como sendo: (i) o serviço estatal, descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; e (ii) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei para execução de serviço de interesse público ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro.

Por sua vez, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, definiu autarquia como sendo o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Exatamente por serem pessoas de Direito Público, as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas, em sendo pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas; não, porém, para titularizar as atividades públicas.¹⁸⁵

Cumprido ressaltar que houve certa polêmica acerca da natureza jurídica das autarquias. Com efeito, a Constituição de 1967, por disposição da redação inicial do art. 163, § 2º, determinava que as empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista “reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas

¹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139

privadas". Contudo, a falta foi corrigida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, pois o artigo 170, § 2º, repetiu aquela norma, excluindo a referência às autarquias.¹⁸⁶

Com efeito, o art. 173, §1º, da Constituição Federal, antes de sua alteração pela Emenda Constitucional nº 19/98, apontava a natureza jurídica de direito privado a outras entidades que exploram atividades econômicas. O fato é que a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98 resolveu a questão acerca da natureza jurídica das autarquias, ao referir-se apenas como tendo natureza privada as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividades econômicas.¹⁸⁷

Assim, é justo concluir que as autarquias têm natureza jurídica de direito público, criadas com o objetivo de executar atividades típicas da Administração Pública (exercício de funções exclusivas de Estado).

A criação dessas entidades deve partir do Chefe do Poder Executivo e ser aprovada mediante lei pelo Congresso Nacional. Nos termos do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a criação de órgãos da administração pública, cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica.

O regime especial – *i.e.* diferenciado – significa que à entidade autárquica são conferidos privilégios específicos visando aumentar sua autonomia

¹⁸⁶ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 366.

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Em sua redação original o § 1º dispunha: A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Com a nova Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, o § 1º passou a dispor: A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.¹⁸⁸

Além das atribuições de competência regulatória, com a ampliação das funções normativas e judicantes da administração pública indireta, pode-se congregiar os seguintes elementos confirmadores da autonomia das Agências Reguladoras: organização colegiada; impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes; autonomia financeira e orçamentária, e, por último, a independência decisória.¹⁸⁹

2.5.4 Autonomia regulatória

As Agências Reguladoras são entidades autônomas em relação ao poder central, sendo, em termos¹⁹⁰, detentora de independência decisória.

Em prol da autonomia regulatória das Agências, Vital Moreira¹⁹¹ aponta diversas razões. A primeira seria a separação entre a política e a economia, de modos que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a segunda seria a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório. Segue sustentando, como razão para a autonomia, o favorecimento do profissionalismo e a neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes.

¹⁸⁸ Nesse sentido, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 315.

¹⁸⁹ Luís Roberto Barroso bem resume a questão ao denotar que “é desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômica-financeira”. BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In: Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

¹⁹⁰ Cf. Alexandre Santos de Aragão quando adverte que a qualificação de independente conferida a muitas das agências reguladoras deve ser entendida em termos. Em nenhum país em que foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, pp. 11-56, abr. 2001.

¹⁹¹ MOREIRA, Vital. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a “declaração de condeixa”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, nº 01, jan./fev./mar. 2003, pp. 252-253.

Tem-se, ainda, a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados. Destaca a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrações próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados e, por fim, a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.

Analisando, em apertada síntese, esses traços que garantem a autonomia e independência decisória das Agências Reguladoras, pode-se trazer as seguintes observações.

A organização dessas entidades autárquicas estruturou-se de forma que as suas decisões definitivas observem, em regra, a forma colegiada. O Conselho Diretor é composto pelo Diretor-Presidente e demais Diretores, com *quorum* deliberativo por maioria absoluta. As nomeações desses dirigentes são feitas por mandatos por prazos certos e não coincidentes,¹⁹² havendo impossibilidade de exoneração *ad nutum*.¹⁹³

A autonomia financeira e orçamentária está assegurada nas leis instituidoras de cada Agência Reguladora, em que pese o contingenciamento de recursos (retardamento ou inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária) que essas autarquias vêm experimentando nos últimos anos.¹⁹⁴

¹⁹² Celso Antonio Bandeira de Mello é radicalmente contra a garantia dos mandatos dos dirigentes das Agências Reguladoras por prazo posterior ao fim do mandato do Chefe do Poder Executivo que o nomeou. “Isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p. 153.

¹⁹³ Ver ADIn 1949-RS, em que essa matéria foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Vale registrar sobre o tema que a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, padronizou a forma de escolha dos seus dirigentes.

¹⁹⁴ Vejam-se algumas das diversas notícias jornalísticas sobre essa questão: “Orçamentos cada vez mais apertados estão na origem do poder cada vez mais escasso das agências reguladoras. No ano passado, sofreram o maior corte de repasses desde que foram criadas, em meados da década de 90, e acumulam R\$ 37 bilhões em reduções entre 1998 e 2009. Já elevado, de 65,6% em 2002, o contingenciamento cresceu para 85,7% das receitas totais, segundo levantamento da Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib), com informações do Tesouro Nacional. Contingenciamento é uma espécie de limitação para reforçar o superávit primário do governo federal recursos que terminam sendo usados para pagar o juro da dívida pública interna. Só em 2009, foram contingenciados R\$ 8 bilhões de receitas, como royalties, taxas de fiscalização cobradas das concessionárias e bônus, que pesam no preço dos serviços. Como esses recursos

Os recursos das Agências Reguladoras advêm das denominadas taxas de fiscalização ou regulação pagas por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas, de modo a que inexista dependência de recursos do orçamento do Tesouro.¹⁹⁵

Finalmente, a independência decisória representa o estabelecimento do Conselho Diretor da Agência Reguladora como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério.¹⁹⁶

Vale ressaltar que recente ato normativo, expedido pelo Advocacia-Geral da União – AGU, provocou certa polêmica envolvendo a autonomia das Agências Reguladoras.

A AGU é instituição prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 131), cuja missão envolve a representação judicial e extrajudicial da União, seja por via direta ou por órgãos vinculados, além das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Por meio da edição da Lei Complementar 73/1993, foram disciplinadas as funções desse órgão, envolvendo: (i) o controle interno da legalidade dos atos administrativos; (ii) a fixação da interpretação da Constituição, das leis, tratados e demais atos normativos; (iii) a unificação da jurisprudência administrativa, com a solução de controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal, bem como que a edição de enunciados de súmula administrativa resultante da jurisprudência iterativa dos tribunais.

não podem ser usados para cobrir outro tipo de despesa, entram no superávit. Um dos principais reflexos da redução de receita é o enfraquecimento da fiscalização. Sem dinheiro suficiente e quadro de funcionários restrito, diminui a capacidade para detectar falhas no mercado. Isso dá margem para a piora na prestação de serviços. No setor aéreo, o aumento da demanda provocou o caos nos aeroportos e testou a paciência dos passageiros. O último episódio, no início do mês, expôs a fragilidade da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), que não conseguiu evitar o colapso da mudança das escalas da Gol. No fim do ano passado, o mesmo havia ocorrido com a TAM, que mudou o sistema de check-in. [...] Esse tipo de medida enfraquece e reduz o poder de decisão das agências avalia o professor de direito administrativo da Fundação Getúlio Vargas, Carlos Ari Sundfeld. Até o final do mandato, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva deverá indicar mais sete dirigentes de agências reguladoras. Há duas vagas abertas, uma na ANP e outra na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Nos próximos meses, haverá mais cinco a preencher." *Receita de agências reguladoras perde R\$ 37 bilhões em 12 anos*. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 16/08/2010.

¹⁹⁵ Acerca das questões orçamentárias em cotejo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, em que se discutiu os limites de atuação do Poder Executivo em relação aos órgãos constitucionalmente independentes, ver o debate travado na ADIN 2238-MC.DF.

¹⁹⁶ Nas Agências Reguladoras Estaduais e Municipais, a vinculação administrativa, logicamente, será às respectivas Secretarias.

Em 2002, por meio da Lei nº 10.480/2002, foi criada a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU, a quem compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais. A partir de então, foram integrados à estrutura da AGU esses serviços de representação judicial e consultoria jurídica.

Nesse contexto, a AGU editou a Portaria 164, de 20 de fevereiro de 2009, por meio da qual se atribuiu à Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria Federal¹⁹⁷ a representação judicial de autarquias e fundações públicas federais junto aos tribunais superiores (STF e STJ) e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Assim, a representação judicial dos interesses das Agências Reguladoras, pela AGU, passou a ser considerada medida que, em tese, pode macular a autonomia desses entes autárquicos, haja vista que, originalmente, as Agências Reguladoras eram representadas em juízo por procuradores dos seus próprios quadros.

2.5.5 Agências Executivas: o caso do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO

As autarquias especiais, reguladoras, não se confundem com as Agências Executivas.

O modelo das Agências Executivas prevê que se constituem de autarquias ou fundações já existentes, que podem passar a ter, nos termos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, bem como ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor.¹⁹⁸

¹⁹⁷ A Adjuntoria de Contencioso é o órgão de direção da Procuradoria-Geral Federal, dirigida pelo Adjunto de Contencioso, com as atribuições de coordenação e orientação das atividades de contencioso das Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Seccionais Federais e Escritórios de Representação da PGF. Exerce a representação judicial das 157 autarquias e fundações públicas federais e da União (esta por delegação de competência, na defesa de contribuições previdenciárias nas ações trabalhistas) junto ao Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e, extraordinariamente, junto a qualquer outro juízo ou Tribunal. Exerce também, competências delegadas para autorizar acordos e aprovar análises de precatórios entre outras. Disponível em <http://www.agu.gov.br> (Acesso em 15 de dezembro de 2010).

¹⁹⁸ Sobre contrato de gestão no INMETRO, ver: OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 67-68.

As Agências Executivas devem ser criadas pelo Poder Executivo, por Decreto, e devem ter como fim realizar políticas estabelecidas pelo próprio Executivo, devendo, como dito, atuar segundo as bases ajustadas no contrato de gestão.

Nos termos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, o Poder Executivo poderá editar medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas pré-definidos.

Os contratos de gestão deverão ser celebrados com periodicidade mínima de um ano e devem estabelecer os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

Ademais disso, planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional devem definir as diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

Esse modelo, até o momento, só foi implantado, no Brasil, na reestruturação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, a seguir examinado.

Em 31 de outubro de 1973, a exposição de motivos que encaminhou o projeto de lei ao Presidente da República para a criação de um sistema de metrologia sustentou que a expansão da produção industrial, ao mesmo tempo em que ampliou o mercado interno, diversificado e crescentemente exigente, abriu para nosso País novas perspectivas de exportação de bens manufaturados.

O texto afirmava que as previsões indicavam que por volta de 1980 a nossa economia e, especialmente, a nossa produção e comércio de bens manufaturados, atingiria escala comparável à de países industrializados da Europa Ocidental, sendo necessário adotar medidas para que a evolução prevista tivesse lugar não somente do ponto de vista quantitativo como, também, do ponto de vista qualitativo.

Em primeiro lugar, dar a idéia de disciplinar, do ponto de vista qualitativo, a produção e comercialização de bens manufaturados entregues ao consumidor brasileiro, inclusive aqueles importados, os quais nem sempre atendem a requisitos mínimos e razoáveis de qualidade e segurança.

Em segundo lugar, tornava-se necessário estabelecer normas e procedimentos, técnicos e administrativos, que promovessem a melhoria e regulamentassem a verificação da qualidade dos produtos industriais destinados à exportação, visto que a sua reputação e competitividade no mercado internacional dependem, cada vez mais, da sua qualidade dimensional, material e funcional. Ao mesmo tempo, era necessário estudar, de forma sistemática, as dificuldades e as potencialidades do mercado externo no que diz respeito às normas e especificações de qualidade, internacionais, peculiares a cada mercado nacional, propondo as medidas adequadas para assegurar a defesa dos interesses do nosso comércio exterior.

Ademais dessas considerações, a exposição de motivos destacou que seria necessário desenvolver de forma racional, integrada e extensiva a todo o território nacional, a normalização, a inspeção, a certificação e a fiscalização das características metrológicas, materiais e funcionais dos bens manufaturados, tanto os produzidos no País quanto os importados.

Assim, o Projeto de Lei então encaminhado, convertido na Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, propôs a criação de um Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Certificação da Qualidade, constituído pelo conjunto dos órgãos, instituições e empresas nacionais interessados nessas atividades. Como órgão normativo e supervisor do Sistema, o Projeto previu a criação de um Conselho – CONMETRO, ao qual cabe formular a política de metrologia, normalização e qualidade industrial, coordenando, regulamentando e supervisionando a sua execução e, como órgão executivo central da política estabelecida pelo CONMETRO, o Projeto de Lei propôs a ampliação das atribuições do INSTITUTO NACIONAL DE PESOS E MEDIDAS - INPM e sua reformulação institucional, transformando-o em INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL – INMETRO, com caráter de autarquia federal.

O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO - é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que atua como Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, colegiado interministerial, que é o órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - SINMETRO.

Em 1998 o INMETRO passou a ser a primeira e única instituição estatal a ser qualificada como Agência Executiva.

Com efeito, a qualificação do INMETRO como Agência Executiva decorre do Decreto s/nº, de 29 de julho de 1998, que, em seu art. 1º, dispõe: “Fica qualificado como Agência Executiva o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, Autarquia Federal criada pela Lei Nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973.”

Com a edição da Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999, o CONMETRO, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, recebeu competência para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

Por sua vez, o INMETRO teve sua competência indicada normativamente para: elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo CONMETRO; elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem assim os desvios tolerados; exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal; exercer o poder de polícia administrativa na área de Avaliação da Conformidade, em relação aos produtos por ele regulamentados ou por competência que lhe seja delegada; executar, coordenar e supervisionar as atividades de Metrologia Legal em todo o território brasileiro, podendo celebrar convênios com órgãos e entidades congêneres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para esse fim.

Em decorrência da qualificação como Agência Executiva, o INMETRO firmou diversos contratos de gestão, vigorando, atualmente, o contrato firmado em 29 de maio de 2009 válido até 31 de dezembro de 2011.

Nos termos do contrato de gestão, o INMETRO teve ampliada sua autonomia de gestão por meio das seguintes medidas: I. Não se aplicarão ao INMETRO os limites anuais para realização de serviços extraordinários de que trata o Decreto nº 948, de 5 de outubro de 1993, desde que previamente atestada a existência de recursos orçamentários disponíveis, devendo o INMETRO estar preparado para apresentar justificativa sobre a necessidade da realização do serviço, sempre que solicitada. II. Fica delegada ao Presidente do INMETRO competência para: a. Aprovação ou readequação de sua estrutura regimental ou seu estatuto, sem aumento de despesas, observadas as disposições específicas previstas em lei e o quantitativo de cargos destinados à entidade; b. Autorização de afastamento do País dos servidores civis da instituição, tratada no art. 2º do Decreto nº 1.387, de 7 de fevereiro de 1995; c. Regulamentação do registro de frequência de seus funcionários; d. Fixação de limites específicos, aplicáveis ao INMETRO, para concessão de suprimento de fundos para atender a despesas de pequeno vulto, prevista no inciso III do art. 45 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, observadas as demais disposições do referido Decreto; e. Edição de regulamento próprio dispondo sobre valores de diárias no País e condições especiais para sua concessão, observado o disposto no art. 2º do Decreto nº 343, de 19 de novembro de 1991, nos § 1º e 3º do art. 58 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os valores máximos unitários estabelecidos em tabela editada pelo Ministério do Planejamento; f. Nomeação, designação e dispensa de servidores do INMETRO para ocuparem cargos em comissão (DAS 1 até 4) e funções gratificadas; g. Edição de normas próprias sobre valores de diárias no País e no exterior, conforme o art. 1º do Decreto nº 6.548, de 25.08.2008.

A teor do que dispõe a Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, o INMETRO é dirigido por um Presidente, nomeado em comissão pelo Presidente da República; isto é, não tem mandato nem garantia de permanência no cargo.

2.5.6 Independência decisória versus o cabimento de recurso hierárquico impróprio dirigido ao Ministro de Estado ao qual esteja a agência reguladora vinculada

Sobre a questão acerca da independência decisória, vale mencionar que a doutrina controverte acerca da possibilidade ou não de interposição de recurso hierárquico impróprio¹⁹⁹, contra as decisões das Agências Reguladoras.

Se, por um lado, não se discute que a Administração Pública é um todo coeso e orgânico, que deve articular todas as unidades administrativas, sejam os órgãos ou entidades da administração direta ou indireta, por outro, não é uníssono o entendimento doutrinário de que as Agências Reguladoras, por terem natureza autárquica especial, devem se sujeitar a uma supervisão ministerial e do Chefe do Poder Executivo, que permita à Administração Pública direta rever os atos regulatórios por meio do controle administrativo.

Acerca da supervisão ministerial, o art. 20 do Decreto-lei nº 200/69 dispõe que o Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.

A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei. O art. 26 dispõe: No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa.

¹⁹⁹ Recurso hierárquico impróprio, em síntese, é aquele endereçado a autoridade administrativa que não é hierarquicamente superior àquela de que exarou o ato recorrido. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para a autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p.129. Na mesma linha de raciocínio, José Cretella Júnior denota que "Recurso hierárquico impróprio é o que se dirige a autoridade não hierarquicamente superior aquela de que emanou o ato impugnado. É recurso previsto em lei, mas de uso excepcional, visto faltar-lhe o fundamento indispensável da hierarquia". CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 22.

E quanto às medidas a serem adotadas na supervisão pelo Ministério, dispõe o parágrafo único do art. 26, daquela normativa, o seguinte: a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica; b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle; f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interesse público.

Considerando-se que a possibilidade de supervisão ministerial não se presume – dentro do princípio de que não há controle sem norma que o defina – o Decreto-lei nº 200 estabelece os limites do controle administrativo dos atos praticados pelas entidade autárquicas.

Ademais disso, diz o art. 25 que a supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: I - Assegurar a observância da legislação federal; II - Promover a execução dos programas do Governo; III - Fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II; IV - Coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios; V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados; VI - Proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas; VII - Fortalecer o sistema do mérito; VIII - Fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos; IX - Acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços; X - Fornecer

ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro; e XI - Transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério.

Para Caio Tácito, a supervisão ministerial acolhida no direito brasileiro atual tem os mesmos contornos de articulação política da Administração Indireta com os parâmetros e objetivos globais da ação administrativa de Governo. Isso quer dizer que não se enquadra, em seus moldes, tão-somente o controle da legalidade, a ser exercido em grau de recurso ou mesmo em atos de intervenção. Para a harmonia dos entes personalizados e autônomos com a política geral da Administração, a autoridade ministerial supervisora deve igualmente emitir juízos de oportunidade e de conveniência na orientação superior das entidades supervisionadas.²⁰⁰

Arnold Wald, com arrimo em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustenta que devem ser evitados os abusos ou excessos de poder praticados pelas Agências Reguladoras, especialmente quando agirem em desacordo com a política pública do governo, uma vez que o papel inerente a todo Estado é o controle das atividades individuais em vista do interesse geral.²⁰¹

E complementa seu pensamento afirmando que "abusos estes que podem ser evitados através do monitoramento pela lei da atividade regulatória das Agências, ou através de recurso ao Ministro ao qual a Agência está vinculada, e até mesmo mediante recurso ao Presidente da República, pois os preceitos constitucionais são claros: Compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal e dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, na forma da lei (art. 84, II e VI, da CF/88)".²⁰²

Por essa linha de pensamento, a decisão exarada pela Agência Reguladora, na qualidade de autarquia estando ela apenas vinculada ao Ministério (ou Secretarias, no caso dos Estados e dos Municípios), não pode ficar

²⁰⁰ TÁCITO, Caio. Competência ministerial para suspensão de julgamento de concorrência em empresa pública sob sua supervisão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 43, 1991, pp. 27-28.

²⁰¹ WALD, Arnold. O controle político sobre as agencias reguladoras no direito brasileiro e comparado. *Boletim de Direito Administrativo*. V. 20, n. 9., set. 2004.

²⁰² Idem.

infensa à apreciação superior. Isso porque a provocação de instâncias executivas superiores não é apenas direito dos administrados, mas torna-se também imperativa se pretenda observar o esgotamento da instância administrativa antes de sujeitar a questão ao controle judicial.²⁰³

Tem-se em conta, ainda, que a supervisão ministerial não é uma faculdade, e sim um poder-dever atribuído ao Ministro de Estado como uma de suas tarefas públicas. Nas palavras de Jessé Torres Pereira Júnior, é que o Ministro quando supervisiona passa a ser um fiscal da legalidade e da moralidade nas atividades dos órgãos sob sua supervisão.²⁰⁴

Destarte, não deve ser admitido recurso hierárquico impróprio contras decisões finais das Agências Reguladoras (cuja lei de criação disponha que suas decisões se dêem em último grau), quando exercem as funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências preponderantemente técnicas.²⁰⁵ Contudo, se as Agências Reguladoras usurparem competência legal dos Ministérios e atuarem em flagrante contraste às normas legais, pode-se admitir recurso hierárquico impróprio.

A Advocacia Geral da União vem mantendo esse entendimento. Com efeito, nos autos do processo Nº 50000.029371/2004-83, em que foi interessado o Ministério dos Transportes, ao tratar de assunto envolvendo Deliberação da ANTAQ, a AGU concluiu ser jurídica a interposição de recurso hierárquico impróprio em caso envolvendo divergência entre o Ministério e a Agência.

O Parecer AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, da lavra do Consultor da União, Marcelo de Siqueira Freitas, foi adotado por meio do despacho do

²⁰³ GUERRA, Sérgio. Controle das agências reguladoras por meio de supervisão ministerial. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005.

²⁰⁴ Supervisão Ministerial e Entidades Vinculadas no Moderno Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Informação Legislativa*, jan./mar. 1976, p. 186. E citando Oliveira Franco, destaca que as faculdades técnicas, os critérios de oportunidade e conveniência, as normas legais programadas, de que use ou deixe de usar o agente administrador delegado, podem escapar ao exame do Judiciário, mas não escapam, na supervisão, à responsabilidade do Ministro. Transfere-se, destarte, a responsabilidade de quem praticou o ato de delegação. Responde aquele Ministro pela inobservância dos deveres gerais afetos ao seu cargo. Internamente, pode-se imputar o agente, mas externamente a responsabilidade envolve autoridade a quem a lei conferiu o poder de delegar.

²⁰⁵ GUERRA, Sérgio. *Controle das agências reguladoras...* cit., p. 210.

Consultor-Geral da União nº 438/2006, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.²⁰⁶

O Presidente da República aprovou esse parecer em 13 de junho de 2006, vinculando toda a organização administrativa federal às seguintes premissas: a) o recurso hierárquico próprio, decorrente do princípio e da organização hierárquica no âmbito próprio de cada instância ou nível administrativo, tendente a submeter à autoridade superior o ato ou decisão praticada pela autoridade inferior, na escala organizacional, tem sempre cabimento, independente da previsão legal, salvo se, excepcionalmente, a lei ou o regulamento excluí-lo, de modo explícito; b) o recurso hierárquico impróprio, entendido como aquele que devolve à autoridade superior, estranha ao corpo administrativo da entidade, mas incumbida de sua vigilância e controle, os atos e decisões emanados dos Órgãos da Administração Indireta, tem irrefutável cabimento quando expressamente previsto em lei, e na extensão em que previsto; c) cabe, implicitamente, o recurso hierárquico impróprio, das decisões finais dos Órgãos da Administração Indireta, em virtude do poder de supervisão ministerial, quando os atos e decisões possam suscitar, mediante o recurso, o controle repressivo (art. 25, I; art. 26, I, do DL 200-67), quer se tenha por objeto a proteção de direitos subjetivos legítimos, quer o resguardo do interesse público; d) não terá cabimento, porém, o recurso impróprio, quando a própria lei atribuir, de modo indubitado, a determinados atos e decisões, caracteres de definitividade e preclusão, no âmbito administrativo, de modo que somente tenha lugar o seu controle e revisão no âmbito da apreciação judicial; e) em qualquer caso, porém, embora numa colocação e efeitos de todo diversos da matéria recursal, todo assunto em curso na esfera da Administração Federal é sujeito à avocação de competência pelo Presidente da República, desde que ocorra relevante motivo de interesse público, operando-se uma substituição do poder decisório nos termos do

²⁰⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 73 (1993): Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

artigo 170 do DL 200-67 (Parecer CGR L-084/1975, aprovado pelo Presidente da República e publicado no DOU de 02.12.75).

2.5.7 Tendência quanto à confirmação judicial dos atos regulatórios proferidos pelas Agências Reguladoras

Antes, porém, de analisar cada uma das agências reguladoras federais, cumpre ressaltar que uma das questões de superlativa importância, atualmente, no campo regulatório, refere-se ao controle judicial dos atos regulatórios, notadamente no âmbito da mais alta Corte do país em sede infraconstitucional: o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Se, de um lado, é sustentável maior participação do Poder Judiciário no controle das escolhas administrativas, para evitar-se decisões arbitrárias do agente público; de outro, também é necessária uma comedida e moderada atuação das funções jurisdicionais na revisão dessas escolhas, notadamente em sede liminar.

Quando um magistrado decide modificar uma escolha administrativa de caráter geral com o fim de por fim a determinado litígio, individual ou coletivo, os efeitos dessa escolha, em regra, afetam apenas os cidadãos envolvidos ou seus impactos quase sempre são abrandados e diluídos na coletividade.

O mesmo não ocorre em questões regulatórias.

Nas escolhas regulatórias complexas a atuação do administrador público, em um determinado aspecto do conjunto social, tende a produzir impacto em outro segmento, regulado ou não, e afetar o direito individual.

Quer-se dizer que na esfera regulatória é grande o risco de o magistrado, no julgamento de fato passado, usurpar a competência preponderantemente técnica do regulador (ANATEL, ANEEL, ANAC, BACEN, CVM etc.), que deve ser voltada à mediação de interesses com visão prospectiva (custos e benefícios).

Uma decisão regulatória deve envolver, fundamentalmente, a eleição dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais. Assim, quando o Poder Judiciário altera, por meio de uma decisão voltada apenas a um dos aspectos em questão, poderá o magistrado, sem conhecimento de causa, danificar a harmonia ou, até mesmo, destruir o subsistema regulado.

Uma das questões mais sensíveis, e que, recorrentemente, chega aos tribunais, tem a ver com a indefinição dos limites entre a lei e as normas editadas pelas entidades reguladoras.

A dificuldade está no fato de que no campo da regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado (telecomunicações, distribuição de energia elétrica, transportes etc.), a atuação regulatória não se basta naquilo que está disciplinado nas leis editadas pelo Poder Legislativo.

Nos casos difíceis (*hard cases*) submetidas à escolha regulatória, as leis têm, apenas, linhas mestras da política econômica e social, fazendo com que tenha de haver uma flexibilidade para o regulador executar os comandos gerais da norma.

Para além da lei, as entidades reguladoras devem decidir levando em consideração: (i) os dados empíricos, decorrentes das avaliações das técnicas disponíveis e testadas; (ii) a circunstância fática em que a norma está sendo aplicada, e (iii) os impactos prospectivos multilaterais decorrentes do ato.

Considerando que as regras criadoras das entidades reguladoras brasileiras não dispõem acerca desses mecanismos, a eleição quanto aos meios de materialização dos comandos normativos técnicos encontra-se no campo da discricionariedade administrativa de cada entidade regulatória, desfavorável à segurança jurídica.

Assim, nos parece relevante perseguir no Brasil a instituição de um sistema formal para a edição de normas regulatórias, permitindo que o Judiciário melhor controle e decida nesse campo de questões sem, contudo, usurpar a competência do regulador.²⁰⁷

²⁰⁷ Olhando para o modelo estadunidense (berço do padrão regulatório pátrio) verifica-se que eles têm um sistema denominado *adjudication*, que corresponde à catalogação dos precedentes regulatórios. Por esse sistema, busca-se impedir que situações concretas, marcadas por questões técnicas idênticas ou semelhantes, sejam decididas de formas diversas ou adotadas de acordo com a conveniência ocasional ou passageira das autoridades regulatórias. Além de facilitar o controle judicial, as vantagens na padronização dos mecanismos de edição de normas regulatórias podem ser resumidas no aumento da eficácia da ação administrativa, na diminuição da pressão dos interesses privados organizados sobre a escolha administrativa e na potencialização dos valores de certeza, igualdade e segurança. Também nos parece recomendável para a redução da insegurança jurídica provocada pelo número incontável de normas regulatórias: (i) a fixação, nas leis, de espaços mais claros e objetivos do que seria considerado política pública, de competência dos órgãos da administração direta, bem como a indicação do que representa competência técnica, voltada à atuação do regulador; (ii) reconhecer como válida a trilha antes seguida por países como a Alemanha, Reino Unido e a Suécia, no sentido de pôr termo prefixado às normas. Isto é, transcorrido aquele tempo de vigência da norma, a mesma fica derogada

Nesse sentido, Barroso conclui ser decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma Agência Reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das Agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.²⁰⁸

Considerando que, até o momento, não se dispõe de qualquer sistema formal para edição dessas normas, as decisões judiciais – notadamente da mais alta Corte infraconstitucional (STJ), passam a ser importante elemento a ser observado sob uma visão institucionalista²⁰⁹ do modelo regulatório brasileiro.

Assim, ao final da análise das competências e características de cada agência reguladora federal, examinaremos algumas decisões do STJ e que vêm contribuindo na consolidação da regulação estatal no Brasil.

automaticamente; (iii) poder-se-ia cogitar, ainda, uma publicação anual das normas de regulação de cada subsistema, a exemplo do que já se encontra no artigo 212 do Código Tributário Nacional; e, finalmente, (iv) a definição de mecanismos claros de participação da sociedade nos processos que definem resoluções e deliberações. Alcançando-se a conjugação cumulativa dessas propostas, pensa-se que as escolhas e decisões das Agências Reguladoras e entidades afins deixariam de ser atos unilaterais, voltados a critérios de conveniência, oportunidade e excludentes da participação dos interessados. Desse modo, estar-se-ia privilegiando não só a segurança jurídica, mas, também, permitindo um controle judicial mais eficaz e transparente.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002. p. 127. Marcos Juruena Villela Souto também apostilou nesse sentido: “A solução justa de um conflito entre partes é da essência da função judicial, mas o juiz não pode reduzir todas as variáveis a uma solução justa, pois a Administração não está obrigada a reduzir seu leque de opções às regras de interpretação jurídica, até porque, como dito, voltada para o impacto futuro da regulação”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório...*, op. cit.. p. 359. O pensamento de Alexandre Santos de Aragão é em igual sentido. Em vista do caráter técnico-especializado da entidade regulatória, o Autor pensa que deve prevalecer, na dúvida e desde que razoável, a decisão executiva, “até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do judiciário”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução...*, op. cit. p. 350-351.

²⁰⁹ Sobre a visão institucionalista, ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p.83.

3 ENTIDADES REESTRUTURADAS OU INSTITUÍDAS NO BRASIL SOB OS INFLUXOS DO MODELO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA GERENCIAL

No bojo do modelo de organização pública gerencial foram criadas dez agências reguladoras federais na busca de implementação do modelo de organização administrativa gerencial.

São elas: ANEEL, ANP, ANATEL, ANVISA, ANA, ANS, ANCINE, ANTT, ANTAQ e ANAC, cada uma com as suas especificidades adiante examinadas. Também foram reestruturadas entidades, como o CADE (criado em 10 de setembro de 1962) e a CVM (criada em 7 de dezembro de 1976), trazendo, praticamente, a esses entes estatais as mesmas características das Agências Reguladoras.

Posteriormente, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, trouxe algumas questões visando trazer certa padronização a todas as Agências Reguladoras federais. Constou, por exemplo, nessa normativa que todas as Agências Reguladoras serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.

O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria deverão ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

Esses dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Veja-se que a lei de criação da ANA não previa a sabatina pelo Senado Federal; contudo, por força da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, essa regra passou a alcançar aquele órgão colegiado.

Também foi padronizado o modelo de que o Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Sobre o mandato dos dirigentes, terão o prazo fixado na lei de criação de cada Agência e, em caso de vacância no curso do mandato, este será

completado por sucessor investido na forma prevista no art. 5º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

Sobre a não-coincidência de mandato, permaneceu a disposição de cada normativa de criação da Agência Reguladora.

Previu-se nessa lei geral que terminado o mandato, o ex-dirigente ficará impedido, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato. Nesse caso, durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à Agência Reguladora, fazendo jus a remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu e os benefícios a ele inerentes.

Ainda nos termos dessa normativa de caráter geral, os dirigentes das Agências Reguladoras somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar; contudo, ressaltou-se outras condições para a perda do mandato previstas nas leis de criação de cada Agência Reguladora.

Mais recentemente, surgiram outras entidades, com algumas características das entidades reguladoras autônomas instituídas sob os influxos do modelo de administração gerencial. Foi criado o CONSELHO NACIONAL DE PREVIÊNCIA COMPLEMENTAR – CNPC e autorizada a criação da AUTORIDADE PÚBLICA OLÍMPICA – APO, que também serão examinados neste capítulo.

3.1 Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

Nossa pesquisa se inicia com a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que foi a primeira Agência Reguladora federal de serviços públicos e de uso dos bens públicos, surgida no atual contexto jurídico-constitucional do Estado Regulador.

Sua criação deu-se pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Por essa normativa, a ANEEL é dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado. Suas funções são estabelecidas no ato administrativo que aprova a estrutura organizacional da autarquia. Tanto o Diretor-Geral quanto os demais Diretores são nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos.

A nomeação dos membros da Diretoria depende de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

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

Competia originariamente à ANEEL, nos termos de sua lei de criação, implementar as políticas e diretrizes do Governo Federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, podendo: expedir atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público; expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica; dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de

energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica; estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição; estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando à universalização do uso da energia elétrica; efetuar o controle prévio e *a posteriori* de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato.

As alterações dessas competências vieram com a Lei nº 10.848, de 15/3/2004. Com efeito, por essa normativa foram reduzidas as competências da ANEEL. Por exemplo, a partir dessa normativa, a ANEEL não tem mais competência para promover, diretamente, as licitações. Esta só poderá promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente. A ANEEL não pode mais celebrar os contratos de concessão ou permissão, acima citados e, sim, apenas gerir os mesmos.

A ANEEL vem descentralizando algumas de suas atividades para Agências Reguladoras Estaduais. Essa descentralização visa agilizar os processos de regulação, fiscalização, mediação e outorgas; adaptar as ações de

regulação, fiscalização e mediação às circunstâncias locais; e trazer a solução do problema para o local de sua origem.

Por esse mecanismo se permite sejam delegadas atividades relacionadas à fiscalização e à ouvidoria. Para tanto, as Agências Reguladoras Estaduais recebem delegação da ANEEL por meio de Convênios de Cooperação. Para suportar financeiramente a execução das atividades descentralizadas, a ANEEL repassa recursos financeiros provenientes da Taxa de Fiscalização recolhida pelos agentes regulados. As Agências Reguladoras conveniadas auxiliam nos processos de regulação e outorga, de competência exclusiva da ANEEL.

Algumas questões chegaram ao Poder Judiciário com relação às funções da ANEEL.

Cumprir destacar, no âmbito do STJ (última palavra em sede infraconstitucional) decisão monocrática do seu Presidente, na Suspensão de Liminar 162, proferida pelo Ministro Edson Vidigal, publicada em 20 de setembro de 2005.

No caso em tela o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Pernambuco ajuizaram, contra a CELPE – Companhia Energética de Pernambuco, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e a Termopernambuco S/A, Ação Civil Pública pretendendo a declaração de nulidade do reajuste de tarifa autorizado pela referida entidade regulatória por meio da Resolução Homologatória nº 112/2005, bem como do Despacho ANEEL nº 892, de 08/11/2004, que autorizou revisão tarifária extraordinária. Postulou-se, em consequência, a nulidade de todos os atos normativos ou homologatórios emanados da ANEEL que, de uma forma ou de outra influenciaram na respectiva revisão tarifária.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo Juízo *a quo*, para suspender os efeitos dos mencionados atos, até a fixação de novos valores para as tarifas. Determinou-se, ainda, naquela decisão, a fixação provisória, pela ANEEL, de novos percentuais para as tarifas de energia elétrica fornecida pela CELPE e a desconsideração, nas faturas de energia, dos valores decorrentes da Resolução n.112/2005, mantendo os valores anteriores até que fossem divulgadas as novas tarifas, devendo a CELPE substituir as faturas que já tivessem sido expedidas com o aumento impugnado.

É assinalável que contra essa decisão a ANEEL formulou pedido de suspensão de liminar, negado pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que ensejou agravo regimental, não provido pelo Pleno daquele Regional, restando mantida, por consequência, a liminar concedida pelo juiz da causa.

Em decorrência dessa decisão, foi requerido à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, pela ANEEL, pedido de suspensão da antecipação da tutela, com base na Lei nº 8.437/92 c/c Lei nº 9.494/97, por alegadas lesões ao interesse público, à ordem administrativa e à economia pública.

O que interessa ao tema enfrentado nesta pesquisa se além à fundamentação da decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Enfrentando o mérito preocupando-se com a contra-cautela, destacou o potencial lesivo da liminar em comentário diante do ponto nevrálgico destacado pela ANEEL, e que envolve os critérios técnicos adotados para a autorização do reajuste, fiéis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente.

Segundo manifestou-se o Ministro Edson Vidigal, na oportunidade da celebração do contrato de concessão da distribuidora de energia elétrica, conforme autorizado pela legislação pertinente, inseriram-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste tarifário.

Foi destacado na decisão monocrática que esses mecanismos têm origem na política tarifária previamente aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização – CND, e são vitais para que a prestação do serviço público possa se dar em conformidade com os princípios constitucionais e legais incidentes, e que não só permitam, mas viabilizem a celebração de tais contratos entre o Poder Público e o particular que se disponha a negociar com a Administração, notadamente em se tratando de contratos de concessão com prolongado prazo de duração.

Nesse aspecto, e valendo-se de decisão outrora proferida, reafirmou que o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção. Implica ausência de investimentos no setor, prejudica os usuários, causando reflexos negativos na

economia pública, porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública, afastando os investidores, resultando graves conseqüências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado “Risco Brasil”.

Prosseguiu sua decisão afirmando que o interesse público não se resume a conter tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, a manutenção do contrato de concessão do serviço público, de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão. O descumprimento do que foi legalmente pactuado, com a chancela do Judiciário, pode, no caso, afetar o seu equilíbrio econômico-financeiro, até porque não há como olvidar a real inflação do País a atingir a quem contrata a longo prazo.

Aduziu que no caso concreto não lhe passou despercebido que a decisão impugnada determinou que a ANEEL fixasse o índice de reajuste tarifário com base em parâmetros não previstos nos contratos aprovados pelo Poder Concedente, desconsiderando, inclusive, o contrato de fornecimento de energia termoelétrica firmado entre a CELPE e a Termopernambuco, já aprovado pela Agência Reguladora. Assim, obrigou a administração a calcular o reajuste tarifário substituindo o valor da energia termoelétrica adquirida pela CELPE pelo valor da energia hidráulica apontado no Leilão de 2005.

Entendeu aquele magistrado que dada a complexidade do cálculo dessas tarifas não se pode, simplesmente, igualar parâmetros desiguais. Considerou, também, que o preço da energia contratado com a Termopernambuco deve ser ponderado à luz do momento em que firmado o negócio jurídico. Notadamente no setor de energia elétrica, ao tomar decisões, os agentes públicos ou quem as vezes lhes fizer, têm que prever como ficará o cenário a longo prazo, ou seja, nos próximos 10, 20 ou 30 anos, sob pena de não poder garantir a oferta de energia suficiente para atender demanda futura.

É o que denominamos, nesta pesquisa, de atuação sob uma visão prospectiva da ANEEL e demais entidades reguladoras. Suspendeu-se a liminar requerida pela ANEEL, e concluiu afirmando que o setor elétrico não pode sofrer os efeitos da volatilidade do mercado de curto prazo, sob pena de criar um ambiente instável no setor.

Constitui, assim, manifestação do Poder Judiciário de que a ANEEL executa típica atividade de Estado.

3.2 Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

No ano de 1997 foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que, como a Agência Nacional de Petróleo, teve sua previsão de forma “aberta” em sede constitucional.

Com efeito, o art. 21, ao dispor sobre a competência da União, estabeleceu no inciso XI: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Sua criação ocorreu pela edição da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, como entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério das Comunicações.

A ANATEL tem, como órgão máximo, um Conselho Diretor. A lei dispõe, expressamente, caracterizar-se como uma autoridade administrativa independente; isto é: independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes (não podem ser demitidos “ad nutum”) e autonomia financeira.

Também conta, a ANATEL, com um Conselho Consultivo.²¹⁰

A ANATEL recebeu competência para o exercício das funções inerentes ao Poder Concedente dos serviços públicos de telecomunicações, podendo

²¹⁰ Conforme consta da página da ANATEL (www.anatel.gov.br, acesso em 28 de dezembro de 2010), o Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade nas atividades e nas decisões da Agência. É integrado por 12 membros, designados por decreto do presidente da República mediante indicação de dois representantes de cada uma das seguintes entidades/órgãos: Senado Federal; Câmara dos Deputados; Poder Executivo; Entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações; Entidades representativas dos usuários; e Entidades representativas da sociedade. Os membros do Conselho Consultivo, cuja qualificação deve ser compatível com as matérias afetas à Anatel, não são remunerados e têm mandato de três anos, sendo vedada a recondução. Anualmente, o Conselho é renovado em um terço. Entre as atribuições do Conselho Consultivo estão: opinar, antes do encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o Plano Geral de Outorgas, o Plano Geral de Metas de Universalização de serviços prestados em regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; e requerer informações e fazer proposições a respeito das ações de competência do Conselho Diretor.

expedir normas, celebrar e gerenciar contratos de concessão e autorizações, e fiscalizar a prestação do serviço no regime público e no regime privado.

Sobre a expedição de normas pela ANATEL, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em cognição liminar na ADI nº 1668, em que diversos partidos políticos questionaram dispositivos da Lei Federal nº 9.472/1997. Dentre os vários dispositivos legais atacados pela referida ADI, destacam-se os incisos IV e X, do artigo 19, da mencionada Lei nº 9.472/97, que trata da competência da ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Com relação a esse dispositivo legal, foi deferido, em parte, o pedido cautelar requerido na ADI, no sentido de dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da ANATEL para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Essa decisão é de relevante destaque, tendo em vista que houve um aceno do STF sobre o seu posicionamento quanto à competência das Agências Reguladoras. Ou seja, por esse entendimento, as Agências Reguladoras criadas sob o regime autárquico especial são competentes para expedir normas de caráter geral desde que essas normas estejam subsumidas (não contrariem) à lei.

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

Na seqüência da competência da ANATEL, cabe, ainda, a realização de busca e apreensão de bens; deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações; reprimir infrações dos direitos dos usuários; exercer,

relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público; e, por fim, decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor.

Vale trazer o julgamento das seguintes questões que foram apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, envolvendo a competência da ANATEL, e que, de certa forma, norteia a atuação dessa entidade autárquica.

Merece destaque o acórdão, publicado no dia 14 de junho de 2004, proferido por unanimidade pela Egrégia 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro João Otávio de Noronha. A ementa foi assim redigida:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no

art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.

Verifica-se, nesse acórdão, que a Corte não adentrou no mérito da decisão proferida pela ANATEL ao definir o que compreende o *conceito jurídico indeterminado* “área local”.

O tema da discricionariedade (pura ou técnica) envolve a controvertida teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. É sabido que grande parte das normas regulatórias contemplam conceitos jurídicos indeterminados, carecendo, portanto, de integração pelo agente regulador.

Estes conceitos estão inseridos no tema da discricionariedade administrativa,²¹¹ pois é plausível a existência de mais de uma solução justa para cada caso. Nessa linha de pensamento, o binômio oportunidade/conveniência está presente na integração da norma, aplicando-se, assim, a tese que recomenda parcimônia no controle judicial positivo dos atos discricionários.

Vale dizer, é possível inferir que a interpretação (ou integração) dos termos fluidos e técnicos previstos nas normas gerais e setoriais, a que as Agências Reguladoras estão vinculadas, se insere na discricionariedade administrativa pura ou, para alguns, na “discricionariedade técnica”.

Cumprе ressaltar outro acórdão da 1ª Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, no agravo regimental na medida cautelar 10443/PB²¹², em que funcionou

²¹¹ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 174.

²¹² EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE TELEFONIA PRÉ-PAGO. VALIDADE DOS CRÉDITOS. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. CONJUGAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DA LIMINAR. I - O agravante postula a reforma da decisão que indeferiu a liminar que buscava atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão que viabilizou tutela antecipada para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pagos. II - Entendo relevantes os argumentos lançados pelo requerente, pelo que se deduz que, para a execução do acórdão infirmado pelo recurso especial vinculado, far-se-ia necessária uma alteração no sistema técnico implantado, o qual implicaria em efetivo prejuízo para a parte em face mesmo da mudança no planejamento, que segundo o requerente implica em investimentos da ordem de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) para os próximos dois anos. III - Nesse diapasão, estaria mesmo caracterizada lesão irreparável para o requerente, tendo em vista que, in casu, o acórdão que ampara a tutela antecipada tem natureza provisória pendente de confirmação no juízo ordinário, sem falar dos recursos aplicáveis, e a reversibilidade da implantação de nova tecnologia para permitir a utilização dos créditos para período indeterminado importaria em maior prejuízo para a companhia requerente. IV - Além da análise encimada observe-se ainda que os valores não auferidos pelo requerente dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago.

como Relator o Ministro Francisco Falcão, no julgamento ocorrido em 13/12/2005, publicado no Diário de Justiça de 06/03/2006.

Consistiu em medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pela TNL PCS S/A - OI, buscando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido em agravo de instrumento, o qual reverteu decisão que havia indeferido tutela antecipada em ação civil pública para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pago.

O julgamento em questão levou em consideração o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que assim ementou sua decisão, enfrentando o tema da capacidade técnica das entidades reguladoras autônomas:

LIMINAR E TELEFONIA. SERVIÇO PRÉ-PAGO. DEFESA AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES. ATUAÇÃO CONFORME ATO DA AGÊNCIA REGULADORA. 1. Vigente ato normativo da Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrem exercício regular do direito. 2. A modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação, acarreta *periculum in mora*, mercê de o *fumus boni iuris* repousar no cumprimento do ato da Agência. 3. Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário. (Sérgio Guerra *in* Controle Judicial dos Atos Regulatórios, Editora Lumem Juris, Jan/2005, págs. 355/369). 4. *Ratio essendi* dos precedentes da Corte Especial na análise de Suspensões de Segurança calcadas em atos das Agências e no princípio *pacta sunt servanda*. (AgRg na SL 57/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004). 5. Impossibilidade de atendimento técnico da decisão liminar, que configurou para o Relator *periculum in mora* inverso, máxime porque a adoção da providência contrária ao ato da ANATEL (art. 55 da Resolução 316/2002, e itens 4.6 e 4.6.1, da Norma 0398). 6. Notória inversibilidade do provimento (art. 273, § 5º, do CPC), revelando-se prematura, em sede de liminar, alterar-se um quadro normativo complexo e idealizado pela Agência Reguladora, induzindo o Judiciário não só a invadir a seara administrativa exclusiva da Agência, como também a atuar como legislador positivo, em manifesta afronta à sedimentada jurisprudência da Corte Suprema. 7. Agravo Regimental provido, para deferir a medida liminar, acompanhando o E. Relator.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça colhe-se acórdão proferido no REsp 573475/RS, em que foi Relator o Ministro JOSÉ DELGADO e Relator para

acórdão o Ministro LUIZ FUX, perante a 1ª Turma. O julgamento ocorreu em 08/06/2004 e foi publicado em 16/08/2004. A ementa assim foi assim elaborada:

COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA PELA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ANATEL. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. 1. Proposta a ação em face da Agência Reguladora Federal, de natureza autárquica, é competente a Justiça Federal. Acaso a pretensão não seja acolhida em face da mesma, a matéria é meritória. A legitimidade afere-se in abstracto (*vera sint exposita*). 2. No caso em tela, as ligações telefônicas emanadas de bairros de um mesmo Município eram cobradas a título de ligações locais. Com a implantação da denominada privatização dos serviços de telefonia, sem qualquer comunicação ou aviso prévios aos usuários, as conexões provindas ou endereçadas a algumas dessas localidades passaram a ser consideradas ligações interurbanas, com os conseqüentes reflexos na tarifação. Não se trata, portanto, de ação de repetição de indébito contra a concessionária, mas de ação civil pública em que se discute a delimitação da área urbana que autorize a cobrança da tarifa interurbana. Nesse segmento, a ANATEL deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. 3. Deveras, a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas prescinde de notório interesse da Agência reguladora em prol dos consumidores. 4. A Constituição Federal, em seu art. 21, inc. XI, dispõe: "Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais". Regulamentando o dispositivo constitucional supramencionado, foi publicada a Lei nº 9.472, de 1997 que, ao dispor sobre os serviços de telecomunicações, enfatizou o fortalecimento do papel regulador do Estado e o respeito aos direitos dos usuários, *in verbis*: Art. 19. À Agência Nacional de Telecomunicações compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente. 5. Dissentindo do voto do E. Ministro Relator, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial para reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal para julgar a ação civil pública.

Em que pese a atuação das agências não se limitar, como constou no acórdão, à proteção dos consumidores, e sim do mercado regulado, essa é mais

uma decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que privilegiou a competência da ANATEL e a sua capacidade técnica.

Por fim, vale trazer questão que encerra tema polêmico, envolvendo a competência da ANATEL e dos órgãos de defesa do consumidor. No julgamento do REsp 1138591/RJ, perante a 2ª Turma do STJ, em que foi Relator o Ministro Castro Meira, decidiu-se em 22/09/2009 nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO PROCON. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA DA SANÇÃO. VALIDADE DA CDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COMPETÊNCIA DO PROCON. ATUAÇÃO DA ANATEL. COMPATIBILIDADE. 1. A recorrente visa desconstituir título executivo extrajudicial correspondente à multa aplicada por Procon municipal à concessionária do serviço de telefonia. A referida penalidade resultou do descumprimento de determinação daquele órgão de defesa do consumidor concernente à instalação de linha telefônica no prazo de 10 (dez) dias. 2. No que concerne à alegação de divergência jurisprudencial, o recurso não preenche os requisitos de admissibilidade, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão impugnado. Com efeito, o exame da razoabilidade e da proporcionalidade das multas aplicadas nos acórdãos cotejados foi apreciado sob o contexto específico de cada caso concreto, que retratam condutas diversas, com peculiaridades próprias e potenciais ofensivos distintos. 3. Não se conhece do recurso no tocante à apontada contrariedade aos arts. 17, 24, 25, 26 e 28 do Decreto Federal 2.181/97; e ao art. 57 do CDC, pois realizar a dosimetria da multa aplicada implica no revolvimento dos elementos fáticos probatórios da lide, ensejando a aplicação da Súmula 07/STJ. Verifica-se o mesmo óbice quanto à aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e regularidade. 4. Não há violação ao art. 535, II, do CPC quando o acórdão recorrido examina todos os pontos relevantes à resolução da lide, apenas não acolhendo a tese sustentada pela recorrente. 5. Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária. 6. No caso, a sanção da conduta não se referiu ao descumprimento do Plano Geral de Metas traçado pela ANATEL, mas guarda relação com a qualidade dos serviços prestados pela empresa de telefonia que, mesmo após firmar compromisso, deixou de resolver a situação do

consumidor prejudicado pela não instalação da linha telefônica. 7. Recurso conhecido em parte e não provido.

Constata-se, nesse julgado, que o STJ manteve a competência do PROCON diante de atos praticados pela concessionárias de telefonia – reguladas pela ANATEL – em questões ligadas a consumo.

3.3 Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – ANP

Com a Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95, passou a ser admissível que as atividades relacionadas à pesquisa, lavra, importação, exportação e transporte de petróleo e gás natural fossem exploradas por empresas privadas.

Por força dessa flexibilização constitucional, foi publicada, em 06 de agosto de 1997 a Lei Federal nº 9.478, que dispôs sobre a Política Energética Nacional. Essa lei estabeleceu as atividades econômicas relativas ao monopólio do petróleo, bem como a operação de instalações e equipamentos relacionados com o exercício dessas atividades.

Esse mesmo ato legislativo dispôs acerca da criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP (hoje, Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis), a quem coube regular as atividades relativas ao monopólio da indústria do petróleo e do gás natural.

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

A nomeação desses dirigentes é a termo; isto é, recebem mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução.

Cumpre ressaltar que o art. 12 dessa lei foi objeto de veto pelo Presidente da República. Esse artigo dispunha que “Os membros da Diretoria da ANP somente poderão ser exonerados em razão de: I - condenação penal, transitada em julgado; II - prática de ato de improbidade apurado em processo administrativo; III - violação administrativa grave ou descumprimento manifesto de

suas atribuições, reconhecidos em decisão fundamentada do Senado Federal, por provocação do Presidente da República.

No parágrafo único, estava disposto que nas hipóteses acima, "o Presidente da República poderá afastar temporariamente do cargo o Diretor sob investigação, até decisão final do Senado Federal."

Nas razões do veto o Presidente da República informou tratar-se de dispositivo inconstitucional, pois o inciso III do art. 12 condicionou a exoneração de membros da Diretoria da ANP pelo Presidente da República ao reconhecimento pelo Senado Federal, em decisão fundamentada, numa flagrante ingerência em área de competência privativa do Presidente da República, qual seja a de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal (CF art. 84, VI), configurando-se assim infringência ao princípio da independência dos poderes reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 2º.

As atividades da ANP são de extrema importância econômica e social. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.478/97, qualquer empresa, em regime de livre concorrência, constituída sob leis brasileiras, tem o direito de participar - por sua conta e risco - dessas atividades antes monopolizadas, justificando, em parte, o modelo regulatório adotado.

Com efeito, o Poder Público dispôs acerca do regime jurídico da concessão para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural por meio de licitação, assim como o regime jurídico para o refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, seus derivados e gás natural.

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

Ademais disso, cabe também à ANP expedir autorizações para atividades de refino, processamento, transporte, importação e exportação, estabelecer critérios para o cálculo das tarifas de transporte por meio de condutos e instituir procedimentos com vistas a declarar de utilidade pública, para fins de

desapropriação e instituição de servidão administrativa das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, seus derivados e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais.

Algumas de suas competências foram alteradas pela Lei nº 11.909, de 04 de março de 2009, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.

Merece ainda destaque as novas competências da ANP no marco regulatório do pré-sal e no setor de etanol.²¹³

A ANP teve algumas de suas decisões questionadas no Poder Judiciário. Algumas das manifestações pretorianas sobre a competência atribuída pela lei, acima mencionada, à ANP merecem destaque.

Veja-se, a título exemplificativo, o acórdão proferido no REsp 732795/RJ, em que foi Relatora a Ministra Denise Arruda, em julgamento ocorrido em 07/10/2008. O posicionamento do STJ pode ser verificado na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128, 460 E 515, § 1º, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. PORTARIA ANP 116/2000. VEDAÇÃO À ENTREGA DE COMBUSTÍVEL NO DOMICÍLIO DE GRANDES CONSUMIDORES. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE. (...) 3. A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP -, incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º). 4. Também constitui atribuição da ANP, nos termos do art. 56, caput e parágrafo único, do mesmo diploma legal, baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, estabelecendo as condições para a autorização e para a transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego. 5. No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 116/2000, à qual se opõe a recorrente, proibindo o revendedor varejista de entregar combustíveis no domicílio do consumidor. Agiu, portanto, nos limites do poder normativo conferido às agências reguladoras.

Como se depreende do julgado acima, a competência regulatória da ANP tem sido preservada pelo Poder Judiciário.

²¹³ Medida Provisória 532, de 28 de abril de 2011.

3.4 Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA foi criada pela Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999, sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde.²¹⁴

A ANVISA é dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Os Diretores devem ser brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

O Diretor-Presidente da Agência é de livre escolha e nomeação pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada. O Presidente é investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Todos os dirigentes recebem mandato e, por isso, a exoneração imotivada somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia.

A Agência tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

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

²¹⁴ Sobre um balanço das atividades da ANVISA, ver: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Insulamento burocrático, accountability e transparência: dez anos de regulação da Agência Reguladora de Vigilância Sanitária. *Revista do Serviço Público*, Brasília, 60(4): 337-364, out/dez, 2009.

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

No rol de atribuições ainda compete exigir o credenciamento dos laboratórios públicos de análise fiscal no âmbito do SINMETRO; interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde; proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos; cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, tudo isso no caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde.

Compete, ainda, coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde; estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica; promover a revisão e atualização periódica da farmacopéia; manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar; monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde; coordenar e executar o controle da qualidade de

bens e produtos relacionados em lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde; e, por fim, autuar e aplicar as penalidades previstas em lei.

A ANVISA tem estado, nos últimos tempos, no centro de amplo debate sobre a sua atuação reguladora descentralizada. São inúmeras as reportagens na imprensa sobre restrições impostas pela ANVISA a determinadas atividades econômicas.²¹⁵

Restrições à publicidade de alimentos pouco nutritivos, restrições à publicidade de bebidas alcoólicas, restrições nas farmácias (serviços bancários e produtos não relacionados à saúde), dentre outras, sempre seguidas de questionamentos pelas empresas.

Essas normas são constitucionais? A ANVISA tem competência regulatória plena como outras Agências Reguladoras de serviços públicos (ANATEL, ANEEL etc.)?

A polêmica acerca da função normativa das entidades reguladoras, não enfrentada em profundidade nesta pesquisa²¹⁶, se insere em uma profunda discussão no direito administrativo, que envolve sua adaptação ao sistema tripartite, subsumido no princípio da separação e do equilíbrio entre os poderes estatais.

²¹⁵ Como, por exemplo: "Resolução publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) na semana passada determina que as propagandas de alimentos com alto teor de gorduras, sódio ou açúcar e bebidas com baixo poder nutritivo sejam veiculadas com frases de advertência sobre os males à saúde que podem provocar quando consumidos em excesso. As empresas têm 180 dias para se adaptar. No caso do sódio, a exigência será válida para alimentos com quantidade igual ou superior a 400 mg por 100 g do produto. Para o açúcar, valerá para 15 g ou mais por 100 g do produto. Para gordura saturada, 5 g ou mais por 100g. E para gordura trans, 0,6 g ou mais por 100 g. A maior preocupação é preservar as crianças do grande apelo para o consumo de alimentos industrializados, com baixo teor nutritivo e com alta dosagem de substâncias que, quando consumidas em excesso, são prejudiciais à saúde. A medida, no entanto, não vale para as embalagens de alimentos. Segundo a Anvisa, os rótulos têm de ser harmonizados nos países integrantes do Mercosul e, por isso, mudanças não podem ser feitas unilateralmente. A resolução é considerada um avanço para a saúde pública, mas veio em uma versão bem mais branda que a proposta inicial. No texto original, propagandas desses alimentos, além de serem feitas com advertências, somente poderiam ser veiculadas das 20 horas às 6 horas. Ficavam proibidos o uso de desenhos e personagens admirados pelas crianças nos comerciais, além da distribuição de brindes e promoções. No texto final, desenhos e distribuições de brindes são permitidos, mas terão de vir acompanhados das advertências." TOLEDO, Karina. Propaganda de alimentos pouco saudáveis terá alerta. *Jornal O Estado de São Paulo*, 04 de julho de 2010. Disponível em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100704/not_imp576073,0.php. (Acesso em 18 de dezembro de 2010).

²¹⁶ Remete-se o leitor ao nosso: GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 177.

É sustentável, inicialmente, a constitucionalidade do exercício da função normativa secundária por Agências Reguladoras por não se detectar, em tese, qualquer usurpação da função do Poder Legislativo, nem, tampouco, do poder regulamentar de atribuição precípua do Chefe do Poder Executivo.

Isto porque, regulação é mais do que simplesmente baixar atos normativos. Pela regulação se permite o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas para dispor com maior densidade sobre as matérias que lhe competem para equilibrar um subsistema regulado.

A base para sustentar a constitucionalidade da normatização pelas Agências Reguladoras está na necessária maleabilidade normativa inerente ao direito administrativo econômico. Há noções próprias do direito econômico que o direito administrativo não convivia nas relações entre o Estado e a sociedade. As leis, nesse campo de questões, devem ser, cumulativamente, menos imperativas, mais instáveis e imprecisas do que as escolhas administrativas clássicas.

Uma Agência Reguladora que tem o dever de manter o equilíbrio sistêmico (a exemplo dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica, transportes ou mesmo telecomunicações), necessita conviver com essa maleabilidade normativa primária e certo regramento dinâmico, sob pena de ficar travada, não ter mecanismos para proteger o subsistema regulado.

Contudo, no caso da ANVISA a hipótese é diversa. Na vigilância sanitária busca-se do agente estatal uma atuação fiscalizatória, normativa e sancionatória sobre o exercício de determinadas atividades econômicas privadas (um certo poder de polícia reforçado).

A regulação desenvolvida pela ANVISA não se enquadra na idéia de haver imperiosa regulação estatal descentralizada, contra barreiras às pressões políticas e sociais, estruturada para promover o equilíbrio sistêmico do setor regulado. A ANVISA não carece de maleabilidade de normas legais para agir e coibir excessos eventualmente cometidos pelos agentes regulados.

Nesse importante setor não se deve desconsiderar os possíveis e sérios problemas para a saúde que impõem uma atuação estatal atenta e célere; contudo, não pode ser considerado um risco sistêmico como ocorreu, recentemente, no mercado financeiro dos Estados Unidos da América, e como já

ocorreu, entre nós, no período em que houve racionamento de energia elétrica (mais conhecido como “apagão”).

Nesse sentido, a ANVISA detém poder de polícia sanitária, que consiste em um conjunto de intervenções no sentido de disciplinar a atuação de determinadas atividades econômicas, objetivando prevenir ou reprimir perturbações à saúde pública.

O poder de polícia sanitária é disciplinado pela norma de Direito que, definindo o limite de competência da autoridade, repele e torna ilícito o abuso ou desvio de poder, interditando excessos, a irrazoabilidade, a desproporcionalidade e a arbitrariedade.

Esse pensamento está alinhado com decisão do STJ, no acórdão proferido no Resp 906.175, em que foi Relator o Ministro Castro Meira. O caso conclui ser ilegal Portaria da ANVISA que impôs restrições não previstas em lei e inviabilizou atividade econômica.

Diante do exposto, é plausível inferir, em tese, a constitucionalidade na competência outorgada por lei à ANVISA para expedir normas; contudo a ANVISA não se enquadra no modelo de regulação sistêmica e, assim, exerce apenas um *poder de polícia reforçado* (Resp 906175) sobre atividades econômicas.

Assim, para ser jurídico o exercício do poder de polícia sanitária da ANVISA, este deve estar de acordo com o disposto no marco regulatório, que, por óbvio, se estrutura por meio das leis editadas pelo Congresso Nacional. Some-se a isso a necessária observância do devido processo legal, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, tratando-se de atividade que a lei tenha conceitos jurídicos indeterminados (e atribua discricionariedade), sem abuso ou desvio de poder.

Vale lembrar que questão similar ao tema foi submetida à Advocacia Geral da União quando a ANVISA pretendeu editar resolução para disciplinar a propaganda de bebida alcoólica. A Diretoria Colegiada da ANVISA presumiu possuir competência para alterar o conceito de bebidas alcoólicas para restringir as propagandas desses produtos por meio de uma resolução normativa (baseava-se na Lei nº 9782/99, que outorga competência aberta para edição de normas regulatórias).

A AGU concluiu que apenas um projeto de lei ou uma medida provisória podem alterar o conceito de bebidas alcoólicas para restringir as propagandas desses produtos. Esse parecer foi submetido ao Consultor Geral da União (Despacho nº 249/2007) que, de forma expressa, afirmou que a questão está submetida à reserva absoluta da lei.

Assim, é justo concluir ser inconstitucional e ilegal qualquer resolução da ANVISA que extrapole sua competência que, como dito, não se enquadra no conceito restrito de regulação sistêmica; sua capacidade se enquadra no exercício de um mero poder de polícia reforçado.

3.5 Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi criada pela Lei nº 9961, de 28 de janeiro de 2000, com natureza de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A natureza de autarquia especial conferida à ANS, nos termos da lei, é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

A direção da ANS é feita por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Estes dirigentes deverão ser brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

O Presidente da República designa o Diretor Presidente da ANS, dentre os membros da Diretoria Colegiada. O Presidente é investido, na função, por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

A lei dispõe que após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de condenação penal

transitada em julgado; condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão.

Compete à ANS propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - CONSU para a regulação do setor de saúde suplementar; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.

Nas suas atribuições se insere aquelas para fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS; estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades,

Compete ainda estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998; estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998; decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998; estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro

dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde.

Tem função de expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário.

O alcance de sua competência envolve as funções de fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar; avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde e fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação.

Deve aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede

prestadora de serviços a elas credenciadas; instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; proceder à liquidação das operadoras que tiverem cassada a autorização de funcionamento; promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; e zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar.

Também verificou-se, no âmbito da presente pesquisa, importante manifestação judicial sobre a competência da ANS. Trata-se de acórdão da Corte Especial do STJ, que determinou que as operadoras de planos de saúde Bradesco e Sul América poderiam reajustar, respectivamente, em 25,8% e 26,1%, os contratos firmados antes de janeiro de 1999, bem como aumentar em 11,69% os novos contratos de planos de saúde.

Suspendeu-se a liminar que impedia a aplicação dos índices determinados pela ANS, confirmando decisão anteriormente proferida pelo Ministro Edson Vidigal, então presidente do STJ.

O caso foi decidido após o voto-vista do Ministro Cesar Asfor Rocha, que acompanhou o ministro Edson Vidigal, relator do processo, votando, no mesmo sentido, os Ministros Barros Monteiro, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fisher, Eliana Calmon e Laurita Vaz.

Apenas o Ministro Nilson Naves votou pela manutenção da liminar que limitava os reajustes a 11,69% para todos os contratos.

A ANS queria a suspensão da decisão que impediu os reajustes dos planos de saúde Bradesco e Sul América, tomada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julho daquele ano. A questão chegou ao STJ e pedia a cassação do efeito suspensivo conferido à ação movida por duas entidades que representam os usuários.

Os reajustes de 25,8% para o Bradesco Saúde e de 26,1% para a Sul América Companhia de Seguro haviam sido autorizados pela ANS nos contratos firmados antes de janeiro de 1999, e, quanto aos contratos novos, o reajuste autorizado foi de 11,69%.

Esse pedido foi deferido pelo Ministro Edson Vidigal em setembro de 2005, advertindo em sua decisão para os riscos que "conclusões açodadas"

poderiam ocasionar “desarmonia e desequilíbrio” para o setor da saúde suplementar:

Com isso em vista, atento, principalmente aos efeitos prospectivos da medida, o alto interesse público envolvido, ponderando-se, também, os riscos e os resultados que conclusões açodadas possam ocasionar – desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar –, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao agravo de instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da ação civil pública naquela Corte.

Contra essa decisão a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde - ADUSEPS e a Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECON recorreram, por meio de agravo regimental. Ao votar, o Ministro Edson Vidigal se ateve ao seu entendimento anterior, mantendo a suspensão da liminar da Justiça Federal que impedia o aumento:

Superada a preliminar e a despeito da judiciosa argumentação expendida pelas agravantes, não revela elementos capazes de alterar o convencimento anteriormente firmado ao deferir o pedido de suspensão. Com os olhos postos no relevante interesse público envolvido, atento aos riscos e conseqüências que conclusões precipitadas poderiam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que deferi o pedido para suspender a decisão da Quarta Turma do TRF/5ª Região no Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em decisão assim exarada: 'A discussão aqui travada gira em torno da questão da aplicação ou não aos contratos firmados anteriormente a 1999 das regras de reajustamento das contratações pecuniárias dos planos privados de saúde definidas na Lei nº 9.656/98, bem como dos critérios diferenciados de aplicação do reajuste entre aqueles contratos e os novos, sob a regência da citada Lei. Como reconhece a própria requerente, na via restrita da suspensão, a apreciação da matéria de natureza exclusivamente jurídica se acha assegurada na via recursal própria. Relevam, aqui, as circunstâncias próprias da natureza de contra-cautela, permeada por juízo político, notadamente a possibilidade de a decisão liminar, contrária ao Poder Público, causar lesão, de natureza grave, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, Lei nº 8.437/92, art. 4º. O Acórdão que manteve o efeito modificativo ativo dado ao Agravo de Instrumento, assinalando a observância da preservação do equilíbrio financeiro dos contratos, disse que o critério adotado para os reajustes anuais é a variação média dos custos dos atendimentos médico-hospitalares, como reconheceu a própria agência reguladora, permitindo aferir que essa variação ocorreu de forma isonômica, porque não é possível que tal variação tenha ocorrido de forma muito mais abrupta nos contratos antigos. Primeiro, porque, tomados os procedimentos médico-hospitalares

singularmente, a variação dos seus preços é rigorosamente a mesma, qualquer que seja o plano de saúde do usuário, pois utiliza-se invariavelmente a tabela de procedimentos médicos da Associação Médica Brasileira – AMB. Segundo, porque, analisando-se o conjunto dos contratos antigos, é muito mais lógico acreditar que, tendo uma cobertura menos ampla do que os contratos novos, geram aqueles, para as operadoras, custos menores' (fl. 197). Reconheceu o *fumus boni iuris* em favor das agravantes, a complexidade da questão dos percentuais para o exercício de 2005, de 28,80% e 26,10%, para os contratos antigos celebrados com as operadoras Bradesco e Sul América, a exigir perícia, não se vislumbrando qualquer justificativa para a 'fixação daqueles índices em patamares diversos e, aliás, muito superiores, ao que a ANS aplica para os contratos novos, de qualquer operadora, que é de apenas 11,69% para 2005' (fl. 197). Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotado para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar. Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, "se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários" (REsp 572.070, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004). Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em "Controle Judicial dos Atos Regulatórios", anotando que: "se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado" (2005, fls. 272/275). Igualmente, não se pode adentrar em sede de suspensão na discussão sobre ter ou não, os contratos antigos, maiores vantagens e custos do que os novos, o que justificaria, ao ver da ANS, a disparidade dos índices adotados para o reajuste, questão de mérito a ser ainda apreciada pelas instâncias ordinárias. Enquanto as decisões judiciais se atêm ao direito, "a Administração é livre para eleger, detentor do amplo espaço em que cada caso lhe permitem a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito" (a. op. cit., p. 275). Com isso em vista, atentando-se, principalmente, para os efeitos prospectivos da

medida, o alto interesse público envolvido, ponderando-se, também, os riscos e os resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da Ação Civil Pública naquela Corte. Expeça-se comunicação. Intime-se. Publique-se" (fls. 249/254). Realça, ainda, o expressivo fundamento, pelo prisma da lesão à economia pública acarretada pelo enfraquecimento do setor da saúde suplementar, vez que os consumidores, 'antes protegidos por provimento jurisdicional bem intencionado, mas fragilmente abalizado, correm o risco de suportar, ao final, negativos reflexos financeiros, advindos da modificação da decisão provisoriamente lançada, pois terão de arcar com o pagamento de diferenças oriundas de prestações vencidas' (fl. 19). Restando o perigo do inadimplemento das contraprestações pecuniárias 'e, conseqüentemente, da manutenção da assistência suplementar à saúde de parcela dos consumidores que eventualmente não possam suportar o pagamento do respectivo montante acumulado. Trata-se de situação indesejada, de grave e de difícil reparação, que coloca em risco a saúde pública, considerada em seu sentido amplo' (fl. 20). Assim sendo, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao Agravo.

O entendimento, nesse caso, foi de que a assunção de atividades econômicas, de relevante compromisso social (saúde suplementar), pelo setor privado, impõe a regulação por meio de entidades estatais descentralizadas, com amplas funções e conhecimento técnico.

3.6 Agência Nacional de Águas – ANA

No termos da Lei nº 9984, de 17 de julho de 2000, foi criada a Agência Nacional de Águas – ANA, na forma de autarquia federal sob regime especial, responsável para efetivação das outorgas de direito de uso de recursos hídricos sob o domínio da União.

Sua criação deu-se em consonância com as diretrizes constantes da denominada Política Nacional de Recursos Hídricos, aprovada pela Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que dispõe que determinadas formas de utilização de recursos hídricos estão condicionadas à obtenção de outorga e cobrança pelo seu uso.

Nos termos daquela normativa, a ANA é dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da

República, com mandatos não coincidentes de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva, e contará com uma Procuradoria.

Diferentemente das demais Agências Reguladoras, os dirigentes da ANA não passavam pela sabatina do Senado Federal. Isso foi alterado em vista da lei geral das Agências Reguladoras, que padronizou essa premissa.

O Diretor-Presidente da ANA é escolhido pelo Presidente da República, entre os membros da Diretoria Colegiada, e é investido na função por quatro anos ou pelo prazo que restar de seu mandato.

A exoneração imotivada de dirigentes da ANA só poderá ocorrer nos quatro meses iniciais dos respectivos mandatos; desse modo, após esse prazo os dirigentes da ANA somente perderão o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.

De acordo com a Política Nacional de Recursos Hídricos, estarão sujeitas à outorga e cobrança pelo uso da água as atividades que contemplem a derivação ou captação de águas superficiais e subterrâneas, a diluição, transporte ou disposição final de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos e todos os outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água (rios, represas etc.).

Nas outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, serão respeitados os seguintes limites de prazos, contados da data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização: I – até dois anos, para início da implantação do empreendimento objeto da outorga; II – até seis anos, para conclusão da implantação do empreendimento projetado; III – até trinta e cinco anos, para vigência da outorga de direito de uso.

Para licitar a concessão ou autorizar o uso de potencial de energia hidráulica em corpo de água de domínio da União, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL deverá promover, junto à Agência Nacional de Águas - ANA, a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica.

Quando o potencial hidráulico localizar-se em corpo de água de domínio dos Estados ou do Distrito Federal, a declaração de reserva de disponibilidade

hídrica será obtida em articulação com a respectiva entidade gestora de recursos hídricos.

A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será transformada automaticamente, pelo respectivo poder outorgante, em outorga de direito de uso de recursos hídricos à instituição ou empresa que receber da ANEEL a concessão ou a autorização de uso do potencial de energia hidráulica.

Podem-se destacar as seguintes funções conferidas a essa entidade reguladora: supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos; disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Sua competência alcança, ainda, o poder-dever de outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União; fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União; elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inciso VI do art. 38 da Lei nº 9.433/1997.

A ANA deve estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica; implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, na forma do disposto no art. 22 da Lei nº 9.433/1997; planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios; definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas.

Por fim, cabe promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias; organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos; estimular a pesquisa e a capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos; prestar apoio aos Estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos; e propor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos.

3.7 Agência Nacional de Cinema – ANCINE

A Agência Nacional de Cinema – ANCINE, autarquia especial, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, foi criada pela Medida Provisória nº 2228-1, de 06 de setembro de 2001, como ente de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira.

A ANCINE é dirigida em regime de colegiado por uma diretoria composta de um Diretor-Presidente e três Diretores, com mandatos não coincidentes de quatro anos.

Esses dirigentes devem ser brasileiros, de reputação ilibada e elevado conceito no seu campo de especialidade, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal.

O Diretor-Presidente da ANCINE será escolhido pelo Presidente da República entre os membros da Diretoria Colegiada. Nos termos da lei, em caso de vaga no curso do mandato de membro da Diretoria Colegiada, este será completado por sucessor, que o exercerá pelo prazo remanescente.

Compete à ANCINE executar a política nacional de fomento ao cinema; fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento; promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; aplicar multas e sanções, na forma da lei; regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional,

resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; coordenar as ações e atividades governamentais referentes à indústria cinematográfica e videofonográfica, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações; articular-se com os órgãos competentes dos entes federados com vistas a otimizar a consecução dos seus objetivos; gerir programas e mecanismos de fomento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; estabelecer critérios para a aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; promover a participação de obras cinematográficas e videofonográficas nacionais em festivais internacionais; aprovar e controlar a execução de projetos de co-produção, produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica a serem realizados com recursos públicos e incentivos fiscais, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações; fornecer os Certificados de Produto Brasileiro às obras cinematográficas e videofonográficas.

Compete, ainda, à ANCINE, fornecer Certificados de Registro dos contratos de produção, co-produção, distribuição, licenciamento, cessão de direitos de exploração, veiculação e exibição de obras cinematográficas e videofonográficas; gerir o sistema de informações para o monitoramento das atividades da indústria cinematográfica e videofonográfica nos seus diversos meios de produção, distribuição, exibição e difusão; articular-se com órgãos e entidades voltados ao fomento da produção, da programação e da distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas dos Estados membros do Mercosul e demais membros da comunidade internacional; prestar apoio técnico e administrativo ao Conselho Superior do Cinema; e, por fim, atualizar, em consonância com a evolução tecnológica, as definições referidas no art. 1º da Medida Provisória nº 2228-1, de 06 de setembro de 2001.

3.8 Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT foi criada pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, como entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes.

O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

A Diretoria da ANTT atua em regime de colegiado como órgão máximo de sua estrutura organizacional. É composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores.

Os membros da Diretoria da ANTT devem ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos, e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

O Diretor-Geral é nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes da Diretoria, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Todos os dirigentes cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, sendo admitida uma recondução.

Os membros da Diretoria perderão o mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições.

A competência é do Ministro de Estado dos Transportes para instaurar o processo administrativo disciplinar, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.

Constituem a esfera de atuação da ANTT: o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; o transporte rodoviário de cargas; a exploração da infra-estrutura rodoviária federal; o transporte multimodal; o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

Cabe à ANTT, como atribuições gerais: promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte; promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos

por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre.

São, ainda, de competência da ANTT: elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição; editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos.

Nas funções desta Agência se incluem, também, as de proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento; autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados; promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção; habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes; estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas e, por fim, exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas.

Vale mencionar que a lei de criação da ANTT e da ANTAQ, a seguir examinada, traz um artigo que, para alguns, constitui autorização expressa para a interposição de recurso hierárquico ao Ministro de Estado de Transportes.

Com efeito, dispõe o art. 68, da Lei nº 10.233/2001 o seguinte: “Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.”

Cite-se, a título exemplificativo, manifestação do STJ acerca das atribuições da ANTT, no Conflito de Competência 48635/RS, em que foi Relator o Ministro Luiz Fux, perante a 1ª. Seção, em julgamento ocorrido em 28/05/2008, publicado em 12/08/2008:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. MAJORAÇÃO DE TARIFA DE PEDÁGIO. ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A competência para apreciar e julgar as ações gerais contra atos de dirigentes de pessoa jurídica de direito privado, de mera gestão administrativa, é da justiça estadual. Todavia, a autoridade de instituição privada, no exercício de função federal delegada, sujeita-se ao crivo da Justiça Federal, desde que o ato não seja de simples gestão, mas de delegação, competindo à Justiça Federal decidir a impetração do writ. (Precedentes: CC 46.740 - CE, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, DJ de 17 de abril de 2.006 e CC 54.854 - SP, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Seção, DJ de 13 de março de 2.006). 2. O art. 21 da Lei 10.233/2001, além de ter instituído a Agência Nacional dos Transportes Terrestres - ANTT, submeteu a mesma a regime autárquico especial, diretamente vinculada ao Ministério dos Transportes, ao dispor que: Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei. 3. In casu, trata-se de mandado de segurança, indicando como autoridade, delegada do poder federal, por força de majoração de tarifa de pedágio. É que a tarifa aplicada pela concessionária é reajustada e revisada por ato do poder público, sempre no afã de manter o equilíbrio econômico-financeiro da avença (Precedente: CC 34.199 - RJ, Relator Ministro GARCIA VIEIRA, Primeira Seção, DJ 26 de junho de 2.002). Neste sentido, a doutrina assenta em lição clássica, *verbis*: Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo de concessão, e às tarifas que serão cobradas; esta é a parte mutável da concessão por ato exclusivo do Estado (...) (DE

MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2001, 14ª Ed., p. 643) [...] 5. O agravamento da situação do concessionário ameaça a efetiva e segura prestação do serviço, gerando risco a todos aqueles que se utilizam do serviço concedido. Dessarte, ressoa inequívoco o interesse da União, encartado na essencialidade do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. 6. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PELOTAS - RS.

3.9 Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ

Juntamente com a ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ teve sua criação pela mesma Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, como entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes.

De acordo com a mencionada norma, foi prevista uma Diretoria composta por um Diretor-Geral e dois Diretores, quadro esse alterado pela lei geral das Agências Reguladoras. Os membros da Diretoria da ANTAQ devem ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos, e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

O Diretor-Geral é nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes da Diretoria, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Todos os dirigentes cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, admitida uma recondução.

Os membros da Diretoria perderão o mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições.

A competência é do Ministro de Estado dos Transportes para instaurar o processo administrativo disciplinar, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.

Sua esfera de atuação compreende a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso;

os portos organizados; os terminais portuários privativos, e o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.

Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários; promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária e de prestação de serviços de transporte aquaviário.

A competência da ANTAQ comporta, ainda: elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos.

Ademais disso, compete reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001; controlar, acompanhar e proceder à revisão e ao reajuste de tarifas, nos casos de serviços públicos de transporte de passageiros, fixando-as e homologando-as, em obediência às diretrizes formuladas pelo Ministro de Estado dos Transportes, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; promover estudos referentes à composição da frota mercante brasileira e à prática de afretamentos de embarcações, para subsidiar as decisões governamentais quanto à política de apoio à indústria de construção naval e de afretamento de embarcações estrangeiras; supervisionar a participação de empresas brasileiras e estrangeiras na navegação de longo curso, em cumprimento aos tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Na sua função compete estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições avençadas nos contratos de concessão quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União e arrendados nos termos do inciso I do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; e, por fim, estabelecer padrões e normas técnicas relativos às operações de transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.

Na linha de apresentar, nesta pesquisa e sempre que possível, o posicionamento do STJ sobre as competências das Agências Reguladoras examinadas, cumprir trazer desse tribunal superior a manifestação no REsp 894442/RJ, em que foi Relatora a Ministra Denise Arruda, em julgamento perante a 1ª Turma, ocorrido em 16/10/2008 e publicado em 05/11/2008:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. DEVER DE OBEDIÊNCIA AOS REQUISITOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO ANTAQ 843/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. 1. Mandado de segurança voltado contra a Portaria 6/MT, de 5 de janeiro de 1998, que aprova "Normas para Outorga de Autorização para Operação de Empresas Brasileiras de Navegação de Longo Curso, Cabotagem, Apoio Portuário e Apoio Marítimo", exigindo, da pessoa jurídica interessada em operar como empresa brasileira de navegação, o cumprimento dos seguintes requisitos: (a) possuir pelo menos uma embarcação inscrita no Registro de Propriedade Marítima, em tráfego, operando comercialmente; (b) possuir capital mínimo integralizado de 6.500.000 UFIR (seis milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referência), para a navegação de longo curso. 2. O referido ato normativo, entretanto, não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. Aliás, o setor de transportes aquaviários, atualmente, é controlado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ -, a quem incumbe, entre outras atribuições, nos termos do art. 27, V, XXI e XXIV, da Lei 10.233/2001: (a) "celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos arts. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos"; (b) "fiscalizar o

funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre"; (c) "autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997". 3. O art. 29 da Lei 10.233/2001 dispõe, ainda, que "somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência." 4. O legislador ordinário conferiu amplos poderes normativos à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ -, entre os quais o de criar requisitos para a obtenção de autorização necessária ao funcionamento das empresas brasileiras de navegação de longo curso. 5. O art. 50 do mesmo diploma legal também não deixa dúvida acerca da necessidade de adequação dessas empresas, inclusive das que já eram detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor dos transportes, às novas determinações estabelecidas pela agência reguladora. 6. No exercício dessas prerrogativas, a ANTAQ editou a Resolução 843, de 14 de agosto de 2007, prevendo diversos requisitos para o fim de se obter autorização para operar em navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário, entre os quais: (a) ser proprietário de pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira que não esteja fretada a casco nu a terceiros, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial; (b) comprovar ter boa situação econômico-financeira caracterizada por patrimônio líquido mínimo de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), para a navegação de longo curso. 7. A norma em comento não difere muito daquela prevista no ato impugnado por intermédio da presente impetração. Conclui-se, portanto, que a ora recorrente, para obter a autorização almejada, deverá preencher todos os requisitos definidos pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ -, sobretudo porque o art. 2º da Lei 9.432/97, cuja ofensa fora invocada nas razões recursais, é claro ao definir o conceito de "empresa brasileira de navegação" como sendo "a pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente". 8. Recurso especial desprovido.

Esse é mais um dos julgamentos que reforça as competências regulatórias previstas nas leis de criação das Agências Reguladoras.

3.10 Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC é a única agência reguladora criada no governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva. Isto é, trata-

se de exceção à idéia de criação das Agências Reguladoras em plena tentativa de adotar um modelo de organização administrativa gerencial.

É uma entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, com prazo de duração indeterminado.

Sua competência, de forma geral, envolve a regulação das atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária. Ela tem competência para a representação do Brasil em convenções, acordos, tratados e atos de transporte aéreo internacional com outros países ou organizações internacionais de aviação civil; o estabelecimento do modelo de concessão de infra-estrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República; a outorga de serviços aéreos; a suplementação de recursos para aeroportos de interesse estratégico, econômico ou turístico; e a aplicabilidade do instituto da concessão ou da permissão na exploração comercial de serviços aéreos.

De acordo com sua normativa de regência (Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005), a natureza de autarquia especial conferida à ANAC, como autoridade de aviação civil, é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

As competências da ANAC, a exemplo das demais Agências Reguladoras, são bem abertas.

À ANAC compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País. Para isso, a lei atribui à ANAC poderes para implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil; representar o País junto aos organismos internacionais de aviação civil, exceto nos assuntos relativos ao sistema de controle do espaço aéreo e ao sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; elaborar relatórios e emitir pareceres sobre acordos, tratados, convenções e outros atos relativos ao transporte aéreo internacional, celebrados ou a ser celebrados com outros países ou organizações internacionais; realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil; negociar o estabelecimento de acordos e tratados

sobre transporte aéreo internacional, observadas as diretrizes do CONAC; negociar, realizar intercâmbio e articular-se com autoridades aeronáuticas estrangeiras, para validação recíproca de atividades relativas ao sistema de segurança de vôo, inclusive quando envolvam certificação de produtos aeronáuticos, de empresas prestadoras de serviços e fabricantes de produtos aeronáuticos, para a aviação civil; regular e fiscalizar a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil; promover, junto aos órgãos competentes, o cumprimento dos atos internacionais sobre aviação civil ratificados pela República Federativa do Brasil; regular as condições e a designação de empresa aérea brasileira para operar no exterior; regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil; expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde; regular e fiscalizar as medidas a serem adotadas pelas empresas prestadoras de serviços aéreos, e exploradoras de infra-estrutura aeroportuária, para prevenção quanto ao uso por seus tripulantes ou pessoal técnico de manutenção e operação que tenha acesso às aeronaves, de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, que possam determinar dependência física ou psíquica, permanente ou transitória; regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos; conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos; promover a apreensão de bens e produtos aeronáuticos de uso civil, que estejam em desacordo com as especificações; fiscalizar as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas de segurança de vôo; proceder à homologação e emitir certificados, atestados, aprovações e autorizações, relativos às atividades de competência do sistema de

segurança de vôo da aviação civil, bem como licenças de tripulantes e certificados de habilitação técnica e de capacidade física e mental, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; administrar o Registro Aeronáutico Brasileiro; regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infraestrutura aeroportuária disponível; compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; aprovar os planos diretores dos aeroportos e os planos aeroviários estaduais; propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, manutenção e expansão da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; homologar, registrar e cadastrar os aeródromos; arrecadar, administrar e suplementar recursos para o funcionamento de aeródromos de interesse federal, estadual ou municipal; aprovar e fiscalizar a construção, reforma e ampliação de aeródromos e sua abertura ao tráfego; expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos; expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem; expedir certificados de aeronavegabilidade; regular, fiscalizar e autorizar os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil; expedir, homologar ou reconhecer a certificação de produtos e processos aeronáuticos de uso civil, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; integrar o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER; reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as

sanções cabíveis; arrecadar, administrar e aplicar suas receitas; contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com a legislação aplicável; adquirir, administrar e alienar seus bens; apresentar ao Ministro de Estado da Defesa proposta de orçamento; elaborar e enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério da Defesa e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional; aprovar o seu regimento interno; administrar os cargos efetivos, os cargos comissionados e as gratificações de que trata esta Lei; decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência; deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União; deliberar, na esfera técnica, quanto à interpretação das normas e recomendações internacionais relativas ao sistema de segurança de vôo da aviação civil, inclusive os casos omissos; editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos necessários à aplicação desta Lei; promover estudos sobre a logística do transporte aéreo e do transporte intermodal, ao longo de eixos e fluxos de produção, em articulação com os demais órgãos governamentais competentes; firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; e contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória da aviação civil e da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, em cooperação com as instituições dedicadas à cultura nacional, orientando e incentivando a participação das empresas do setor.

Também se inclui na competência da ANAC credenciar pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, de notória especialização, de acordo com padrões internacionalmente aceitos para a aviação civil, para expedição de laudos, pareceres ou relatórios que demonstrem o cumprimento dos requisitos necessários à emissão de certificados ou atestados relativos às atividades de sua competência.

As competências da ANAC podem ser compartilhadas, como no caso de regulação de aeródromo de interesse militar ou de aeródromo administrado pelo

Comando da Aeronáutica. Nesse caso, algumas de suas atribuições se darão em conjunto com o Comando da Aeronáutica.

No que se refere à sua estrutura, a ANAC é dotada de um órgão de deliberação máxima (Diretoria), contando, também, com uma Procuradoria, uma Corregedoria, um Conselho Consultivo e uma Ouvidoria.

Manteve-se na ANAC o sistema de decisão colegiada: um Diretor-Presidente e quatro Diretores. Compete à Diretoria, vedada a delegação dessas funções: propor, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, ao Presidente da República, alterações do regulamento da ANAC; aprovar procedimentos administrativos de licitação; conceder, permitir ou autorizar a prestação de serviços aéreos; conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; exercer o poder normativo da Agência; aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão, na forma do regimento interno; aprovar o regimento interno da ANAC; apreciar, em grau de recurso, as penalidades impostas pela ANAC; e aprovar as normas relativas aos procedimentos administrativos internos da Agência.

Cada Diretor recebe mandato, de cinco anos, sendo os prazos intercalados. Os Diretores somente perdem o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de pena demissória decorrente de processo administrativo disciplinar instaurado pelo Ministro de Estado da Defesa.

A ANAC atravessou momentos complexos, polêmicos, merecendo destaque o caso envolvendo o denominado “apagão aéreo”, o acidente com avião da GOL e a queda do avião da TAM no aeroporto de Congonhas.

Toda a Diretoria da ANAC acabou sendo substituída, tendo havido a renúncia de seus membros diante da crise no setor aviário. Renunciaram ao mandato os Diretores Denise Abreu, Jorge Velozo, Leur Lomanto e Josef Barat. Posteriormente, o então Presidente, Milton Zuanazzi, também renunciou no dia 31 de outubro de 2007.

Para se ter a real dimensão dos conflitos vivenciados na ANAC, vale trazer para a presente pesquisa trechos da carta de renúncia²¹⁷ do Diretor Josef Barat, que bem refletem o momento por que passou aquela estrutura regulatória criada no Governo do Presidente Lula:

1. Introdução. Inicialmente, quero reproduzir uma manifestação que fiz, há tempos, em reunião de Diretoria, sobre a minha visão da Anac: 1) A Anac passou por três transições de grande complexidade: a) de uma estrutura organizacional militar para uma de caráter civil; b) de um órgão executivo (antigo DAC) para uma Agência Reguladora; e c) de segmento que era parte de um sistema decisório unificado e centralizado, para um de natureza multipolar, parte do qual cabe a ela articular e regular. 2) Tomando por empréstimo a linguagem militar, a Anac é basicamente uma organização de Estado Maior e não um corpo de combatentes. 3) A função da Diretoria Colegiada não é a de atuar constantemente na frente de batalha, mas sim a de assegurar a melhor coordenação das ações de combate e os melhores planos e estratégias de logística e suprimento, em apoio à função articuladora e coordenadora do Ministério da Defesa. 4) A Anac deve preservar a sua autonomia e autoridade perante os consumidores, os meios de comunicação, as empresas reguladas e o mercado em geral. Informações desencontradas associadas à falta de visão estratégica de prazo mais longo geraram instabilidade e tornaram a Anac refém da sucessão de episódios da crise aérea. Em seguida, quero lembrar que a consolidação do sistema de aviação civil foi o resultado de um esforço institucional de mais de seis décadas e que envolveu o trabalho árduo e conjunto de militares e civis. O país tem uma dívida de gratidão a todos que dedicaram os seus esforços ao desenvolvimento da aviação civil, desde os primórdios, com a atuação do Correio Aéreo Nacional, passando pela implantação das infra-estruturas aeronáutica e aeroportuária, pelo extraordinário crescimento do transporte aéreo, até atingir a posição de destaque mundial da indústria aeronáutica. Do ponto de vista institucional, os avanços foram significativos desde a criação do Ministério da Aeronáutica. Muito se avançou em matéria de regulação dos requisitos de segurança e de maiores facilidades para o transporte de passageiros e cargas. A integração territorial e o desenvolvimento do país tiveram um apoio inestimável no sistema de aviação civil, amparado num modelo em que os objetivos estratégicos de ordem militar e civil tinham o substrato de um comando único. Por outro lado, desde a criação da Organização Internacional da Aviação Civil, o Brasil sempre se destacou nos foros internacionais, sendo respeitado pela organização, gestão e segurança do transporte aéreo e de suas infra-estruturas de apoio. A presença do país é imprescindível em qualquer debate internacional sobre os mais variados temas que envolvem a aviação civil mundial. A criação

²¹⁷ Esse texto foi publicado no Jornal Estado de São Paulo no dia 26 de setembro de 2007. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,leia-a-carta-de-renuncia-de-josef-barat-da-diretoria-da-anac,56991,0.htm> (Acesso em 13 de novembro de 2010).

da Agência Nacional da Aviação Civil foi uma decorrência lógica de todo este processo de modernização e contemporaneidade. Isto porque, a regulação da aviação civil vem acompanhando mundialmente, não somente os avanços tecnológicos, mas, sobretudo, as mudanças nas características dos mercados, assim como os novos modelos de gestão e competitividade.

2. As características inovadoras da Anac: Permito-me, nesta oportunidade, fazer um breve comentário sobre a diferença conceitual entre a Anac e o DAC. Anteriormente à criação da Anac, as competências do DAC eram estabelecidas no art. 18 do Anexo I do Decreto nº. 5.196, de 26 de agosto de 2004, que dispunha: "Ao Departamento de Aviação Civil compete planejar, gerenciar e controlar as atividades relacionadas com a aviação civil". Portanto, em virtude dessa competência, qualificava-se como "autoridade aeronáutica", exercendo, por via de consequência, as atividades relacionadas a essa função pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986). Com o advento da Lei de criação da Anac, a atividade de autoridade aeronáutica foi transferida, com todas as suas responsabilidades, para a Anac. Muitas dessas atribuições e competências foram repetidas no Decreto que regulamentou a Lei da Anac. Posso citar como exemplos o poder de: [...] 3. A crise da aviação civil: No que diz respeito à crise da aviação civil, já expus, em várias oportunidades, a minha visão quanto a duas vertentes de problemas: 1) os de natureza estrutural, decorrentes da insuficiência de investimentos públicos nas infra-estruturas por mais de duas décadas; e 2) os de natureza conjuntural, decorrentes de uma sucessão de fatores imprevisíveis que afetaram os diferentes segmentos da aviação civil. Em paralelo com a implantação da Anac, os desequilíbrios estruturais da aviação civil se evidenciaram, há mais de um ano, com os graves problemas enfrentados pelos usuários e originados numa multiplicidade de fatores que se tornaram cumulativos. De início houve a drástica redução da oferta nos vôos domésticos e internacionais resultante do colapso da Varig. As soluções encaminhadas, por meio da recuperação judicial, geraram mais problemas, uma vez que sucessivas decisões da Vara Empresarial acabaram se traduzindo em reserva de mercado, pelo congelamento de posições em aeroportos e horários de transporte. Tais decisões dificultaram as ações reguladoras, sempre submetidas a decisões judiciais e contestações. O acidente com a aeronave da Gol, trouxe à luz carências na infra-estrutura aeronáutica, agravadas pelos sucessivos problemas com o amotinamento dos controladores de vôo. As graves deficiências de alguns aeroportos ficaram patentes quando se avolumaram os problemas de sequenciamentos de vôos, desinformações aos passageiros e dificuldades de acomodação e embarque. Acrescente-se a contradição de um sistema onde, de um lado, empresas aéreas passaram a operar com altos níveis de produtividade frente ao crescimento da demanda e, de outro, infra-estruturas com limitações físicas, operacionais e de gestão. Por fim, o trágico acidente da TAM, não necessariamente decorrente da crise, deu ensejo a uma reflexão mais profunda sobre as mudanças estruturais no sistema de aviação civil. [...] Neste momento crítico urge consolidar conceitos, diretrizes e linhas de ação, para que se busque a eficácia e o equilíbrio na atividade reguladora, considerando as possíveis mudanças na estruturação institucional do setor. Cabe ao Conselho Nacional de Aviação Civil - CONAC e ao Ministério da Defesa, resgatar o processo de formulação das diretrizes

estratégicas, políticas públicas, estudos e planejamento de longo prazo. É importante, ainda, definir as prioridades e a natureza da regulação, nos seus aspectos técnicos e econômicos. A ANAC, como ente autônomo, cabe aplicar regulamentos, exercer o controle e a fiscalização, monitorar os resultados e avaliar o desempenho, sempre com o enfoque abrangente e por meio de ação sistêmica. A ANAC deverá, por fim, resolver o conflito de ser, de um lado, uma agência com objetivos inovadores - especialmente no que diz respeito à regulação econômica - e, de outro, a sucessora de uma multiplicidade de funções específicas herdadas de um Departamento que desempenhava estas funções sob a administração militar. É importante, por conseguinte, fortalecer institucionalmente a ANAC como Agência Reguladora autônoma, no sentido de reforçar os postulados básicos que deram ensejo à criação das Agências. Tais postulados são os de exercer o controle, a regulação e a fiscalização dos serviços públicos prestados por empresas privadas mediante concessão ou permissão ou setores da atividade econômica ou social de relevante interesse público. Se as crises sempre abrem as portas para as oportunidades, que deixemos entrar, por todas as portas e janelas, a luminosidade do contemporâneo, para que a ANAC possa finalmente desempenhar o importante papel a que foi destinada. Josef Barat. Brasília, 25 de Setembro de 2007.

Pesquisando sobre controle judicial dos atos da ANAC, cumpre destacar acórdão foi proferido pelo STJ nos autos do AgRg na SLS 1161/SP (AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA), sendo Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, perante a Corte Especial (julgamento em 03/03/2010).

Nesse caso, foi lavrada a seguinte ementa apoiando a competência da ANAC:

AGRAVOS REGIMENTAIS. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE SLOTS DE COMPANHIA AÉREA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AEROPORTO DE CONGONHAS. COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC AFETADA NEGATIVAMENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO. DECISÃO MANTIDA. - A eventual alienação judicial de slots juntamente com parte da empresa Pantanal Linhas Aéreas S.A., em recuperação judicial, pode causar grave lesão à ordem e à economia públicas, afetando negativamente a competência da ANAC, a quem cabe gerir o transporte aéreo privado mediante o controle de linhas, horários de decolagem e de pouso, preços de passagens e outros, evitando monopólios e abusos de empresas e sempre preservando os direitos dos usuários do serviço de transporte aéreo. Agravo regimental da Pantanal improvido, ficando mantida, em sua totalidade, a decisão deferitória do pedido de suspensão. Agravo regimental da ANAC prejudicado.

3.11 Comissão de Valores Mobiliários – CVM

A Comissão de Valores Mobiliários - CVM, foi criada pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, inicialmente como autarquia e tendo seus membros nomeados pelo Presidente da República.

Com a alteração dessa regra legal pela Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002, a CVM passou a ser uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

A administração da CVM é exercida por um Presidente e quatro Diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais. O mandato dos dirigentes da CVM é de cinco anos, vedada a recondução, devendo ser renovado a cada ano um quinto dos membros do colegiado.

É assegurado aos dirigentes certa garantia na condição de somente perderem o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Esse processo disciplinar deve ser instaurado pelo Ministro de Estado da Fazenda, e é conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.

Como se vê, seu sistema é bastante similar às Agências Reguladoras, funcionando, inclusive, como órgão de deliberação colegiada.

A competência da CVM envolve: regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; administrar os registros instituídos pela lei; fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o art. 1º da Lei nº 6385/76, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; propor ao Conselho Monetário

Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

No âmbito dessas competências, a CVM poderá publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados; convocar, a seu juízo, qualquer pessoa que possa contribuir com informações ou opiniões para o aperfeiçoamento das normas a serem promulgadas; examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos: a) das pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários; b) das companhias abertas e demais emissoras de valores mobiliários e, quando houver suspeita fundada de atos ilegais, das respectivas sociedades controladoras, controladas, coligadas e sociedades sob controle comum; c) dos fundos e sociedades de investimento; d) das carteiras e depósitos de valores mobiliários; e) dos auditores independentes; f) dos consultores e analistas de valores mobiliários; g) de outras pessoas quaisquer, naturais ou jurídicas, quando da ocorrência de qualquer irregularidade a ser apurada nos termos da lei, para efeito de verificação de ocorrência de atos ilegais ou práticas não eqüitativas; intimar as pessoas referidas na lei a prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades; requisitar informações de qualquer órgão público, autarquia ou empresa pública; determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou aditamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas; apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado; e, aplicar penalidades aos autores de infrações indicadas na lei, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.

Ainda se insere na competência da CVM, com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado: suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores; suspender ou cancelar registros; divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado; e, proibir aos participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular.

A CVM será competente para apurar e punir condutas fraudulentas no mercado de valores mobiliários sempre que: seus efeitos ocasionem danos a pessoas residentes no território nacional, independentemente do local em que tenham ocorrido; e os atos ou omissões relevantes tenham sido praticados em território nacional.

Ademais, a CVM tem atribuições para firmar termos de ajustes de compromisso. Para tanto, a CVM tem competência para suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado concordar com a assinatura de termo pelo qual se comprometa a: cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

Contra as decisões da CVM que apliquem penalidades, nos termos da referida lei, cabe recurso hierárquico ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Esse fato, por si só, diferencia a CVM das agências reguladoras haja vista que nas leis de criação das agências não há previsão expressa de que os atos administrativos ensejadores de aplicação de penalidades poderão ser revistos, em sede recursal, por outro órgão.²¹⁸

Sobre a função regulatória da CVM, vale trazer um dos poucos julgamentos no âmbito do STJ, este ocorrido nos autos do REsp 82605/CE, em que foi Relator o Ministro Peçanha Martins, perante a 2ª Turma, em 17/12/1998:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL - COMPETÊNCIA DO STF - BOLSA DE VALORES - CONTRIBUIÇÃO ANUAL - INSTRUÇÃO CVM 136/90 - CONTRARIEDADE AO CTN - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES. Escapa ao âmbito de competência deste STJ a

²¹⁸ Sobre o cabimento de recurso hierárquico impróprio, veja-se o item 2.4.6.

apreciação de violação a preceito constitucional, a ser analisado em sede de recurso extraordinário, perante o Pretório Excelso. A contribuição anual criada pela Instrução CVM 136, de 1990, exigida pela bolsa de valores das sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais tem feição de preço privado, nada tendo a ver com o Código Tributário Nacional, por isso que não se configura qualquer afronta a dispositivo da lei tributária. - Recurso não conhecido.

Em que pese tratar-se de questão que escapa à competência do STJ, o mesmo manteve íntegra resolução da CVM em cotejo com a lei tributária. Por outro lado, não se detectou, na pesquisa, decisões judiciais que restringem a atuação regulatória da CVM.

3.12 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

O CADE, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi transformado em autarquia por meio da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Essa normativa trata o CADE como órgão judicante, vinculado ao Ministério da Justiça.

O CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

O mandato dos seus membros é de dois anos, permitida uma recondução. A autonomia do CADE é reforçada, haja vista que a perda de mandato dos seus membros só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar.

A competência do CADE envolve zelar pela observância da citada lei, seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que

determinar; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento; apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator; intimar os interessados de suas decisões; requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da lei; contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos da lei; apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso; requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei; requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; responder a consultas sobre matéria de sua competência; instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 da Lei nº 8.884/94; propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal; elaborar proposta orçamentária nos termos da lei; indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.

O Presidente do CADE tem atribuições específicas, a saber: representar legalmente a autarquia, em juízo e fora dele; presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; distribuir os processos, por sorteio, nas

reuniões do Plenário; convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta; cumprir e fazer cumprir as decisões do CADE; determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia; assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho; submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade; orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

A autonomia decisória do CADE advém da previsão legal de que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Está prevista, na competência do CADE a de firmar compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, discricionariamente (em juízo de conveniência e oportunidade), entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Diante dessas questões, pode-se inferir que o CADE é um ente autônomo, e suas decisões são definitivas a teor do que dispõe o art. 50 da Lei nº 8.884/94; isto é não comportam recursos hierárquicos impróprios ao Ministro da Justiça.

Sobre o tema, veja-se posicionamento da AGU:

"3. O artigo 3º da Lei nº 8.884/94 estabelece que o CADE é -órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional-. O artigo 50 da mesma Lei diz ainda: Lei nº 8.880/94 - Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. 4. Portanto, a despeito de o CADE se constituir administrativamente como uma autarquia, suas decisões em processos atinentes à defesa da ordem econômica não estão sujeitas ao controle hierárquico de mérito. Em outras palavras, as decisões do CADE em seus processos de sua área fim, a defesa da ordem econômica, somente podem ser revistas administrativamente por ele próprio, mas não pelo Ministro da Justiça ou mesmo pelo Presidente da República. 5. Contudo, como ocorre com qualquer órgão ou entidade especial da Administração Pública, sua autonomia não é absoluta, e se contém nos exatos limites definidos por sua legislação de regência. Pelo teor do artigo 50 da Lei nº 8.880/94, no caso do CADE, essa autonomia se restringe às decisões nos processos

que se refiram à defesa da ordem econômica, motivo pelo qual as decisões de seu Presidente ou de seu colegiado em matéria de gestão administrativa estão subordinadas ao poder hierárquico tanto do Ministro da Justiça, quanto do Presidente da República.

6. Essas duas conclusões preliminares acerca da inexistência de poder hierárquico sobre as decisões do CADE em processos de defesa da ordem econômica, e de sua existência quanto às decisões administrativas da entidade, são reconhecidas pela Administração Federal desde a antiga Consultoria-Geral da República, como se lê no Parecer CGR L-084/1975, da lavra do então Consultor-Geral da República, Luiz Rafael Mayer, aprovado pelo Presidente da República, e publicado no Diário Oficial da União em 02.12.75: Parecer CGR L-084/1975 - EMENTA: O CADE, como órgão autônomo, integrante da estrutura do Ministério da Justiça, está sujeito à supervisão ministerial prevista nos arts. 19 e 25 do Decreto-Lei nº 200-67. Entretanto, o processo específico de apuração e repressão de abuso ao poder econômico, no molde de sistema misto, administrativo-judicial, está exaustiva e completamente regulado, em todos os seus trâmites, na Lei nº 4.137/62 (arts. 26-71), não comportando incidentes, procedimentos ou recursos que não os previstos explicitamente. As decisões do CADE, nessa matéria específica, estão apenas sujeitas ao controle judicial necessariamente subsequente, não sendo suscetíveis de revisão por via de recurso hierárquico.

7. Ainda que, atualmente, o processo de apuração e repressão de infrações da ordem econômica esteja regulado em outra Lei, a de nº 8.884/94, as conclusões a que chegou a antiga Consultoria-Geral da República no Parecer do então Consultor-Geral, Rafael Mayer, permanecem válidas hoje, tendo em vista o que prevê de forma expressa o acima transcrito artigo 50 desta Lei, inserido no título que regulamenta o processo administrativo de apuração de infração da ordem econômica, motivo pelo qual, repita-se, somente se aplica nesse caso.

8. Não se ignora que a própria Consultoria-Geral da República reviu esse entendimento através do Parecer CGR SR-97/1989 e, posteriormente, do Despacho CGR CS-13/1992, mas não para excluir o poder hierárquico sobre o CADE em todas as matérias, e sim para admiti-lo inclusive em relação aos processos referentes à defesa da ordem econômica.

9. Quanto ao Despacho CGR CS-13/1992, do Senhor Consultor-Geral da República Célio Silva, que adotou a NOTA CR/RN-07/92, registre-se que o mesmo sobreveio em momento absolutamente particular, quando estava em vigor a Lei nº 8.158/91, que, tratando de normas para a defesa da concorrência, estabelecia em seu artigo 21 que -as decisões administrativas previstas nesta lei serão passíveis de recurso, voluntários ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de dez dias-. Contudo, essa Lei, de vigência curta, foi expressamente revogada pela Lei nº 8.884/94, a qual, como demonstrado, possui dispositivo expresso em sentido contrário (art. 50), razão pela qual esse precedente administrativo tem apenas valor histórico.

10. Outrossim, em relação ao Parecer CGR SR-97/1989, redigido pelo então Consultor-Geral, Saulo Ramos, esclareça-se que a matéria de fundo nele discutida era a incompetência do CADE, não se tendo analisado o mérito de sua decisão, como se lê abaixo: Parecer CGR SR-97/1989 - (...) 12. A competência do CADE, que antes decorre do próprio texto constitucional, vem definida na lei que o criou. Cabem-lhe a apuração e a repressão dos abusos do poder econômico. O CADE não pode, assim, agir ultra vires, além dos limites estabelecidos

em nosso ordenamento positivo. O extravasamento do âmbito de sua atuação material tornará irritas as resoluções dele emanadas. Daí a advertência de Hely Lopes Meirelles, de que "todo ato... realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração" (ver "Direito Administrativo Brasileiro", p. 111, 13ª ed., 1987, RT). Identicamente, Celso Antônio Bandeira de Mello: "... a questão da competência material concerne também - e sempre - à delimitação de poderes jurídicos distribuídos por ramos de atividade administrativa, que correspondem a uma segmentação por matéria; vale dizer: por setores de especialidade. Os órgãos da administração têm suas atribuições compartimentadas (...). Daí que o plexo de poderes residentes nos órgãos é balizado pelo objeto temático. Não há poder ilegítimo, ou seja, não há competência material fora do círculo temático predefinido. Assim, não apenas o órgão, mas o agente nele preposto são carentes de poder jurídico administrativo em áreas exteriores a este campo" (ver "Ato Administrativo e Direito dos Administrados", p. 58/59, 1981, RT). Os elementos de que disponho evidenciam que o CADE pretende, muito além dos estritos limites de sua competência, avaliar a política do Governo Federal para o setor petroquímico. Ora, a essência das políticas governamentais e os motivos que as determinam refogem, por inteiro, ao círculo temático predefinido que delimita, estritamente, o campo de atuação do CADE. Trata-se de inaceitável interferência em área sujeita às decisões do Chefe do Poder Executivo e às diretrizes fixadas pelo Congresso Nacional. Parecer AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, da lavra do Consultor da União, Marcelo de Siqueira Freitas, foi adotado por meio do despacho do Consultor-Geral da União nº 438/2006, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Essa, aliás, foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Mandado de Segurança número 10138/DF, em que foi Relatora a Ministra Eliana Calmon, perante a Primeira Seção, em julgamento ocorrido no dia 09 de novembro de 2005.

O aresto em comento teve a seguinte ementa: PROCESSO CIVIL – RECURSO HIERÁRQUICO – NÃO CABIMENTO – LEI 8.884/94. 1. Da decisão do CADE não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa (art. 50 da Lei 8.884/94). 2. Recurso hierárquico interposto pelo MPF ao Ministro da Justiça, contra decisão colegiada do CADE, devidamente arquivado. 3. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse.

Não obstante esse aspecto acerca das funções daquela autarquia, cumpre destacar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência do CADE na regulação de atos de concentração de instituições financeiras (Recurso Especial 1.094.218-DF).

O acórdão foi proferido pela 1ª Seção do STJ, em processo que foi relatora a Ministra Eliana Calmon, com o seguinte aresto: ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios. 7. Recurso especial provido.

Como é possível constatar, o STJ manifestou-se no sentido de que o BACEN, como “Agência Reguladora” detém competência exclusiva para regular o sistema financeiro, nos termos do parecer normativo GM-20, da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, expedido em 25/04/2001.

Ademais, concluiu aquela Corte, por maioria dos votos, que se acolhida a tese defendida pelo CADE “como Agência Reguladora”, além de vulnerar o princípio da legalidade, importaria atribuir à autarquia poderes superiores aos do dirigente máximo da nação, conferidos diretamente pelo próprio constituinte originário.²¹⁹

²¹⁹ Colhe-se do voto da Relatora: “Tem o órgão, pelo visto, perfil eminentemente técnico, mantendo-se os seus dirigentes equidistante das decisões e nomeações eminentemente políticas, próprias dos Chefes de Poder. Nem por isso poderia o CADE, como agência reguladora, deixar de subordinar-se às regras da política econômico financeira ditadas pelo Presidente da República. Por outro ângulo, examinando-se o artigo 50 da mesma lei, verifica-se que não pode ter o dispositivo o alcance imaginado pelo CADE; a menção do legislador no sentido de que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, deve ser interpretada no contexto em que está inserida, ou seja, com relação aos julgamentos proferidos nos processos administrativos que se desenvolvem dentro de um iter próprio, como disciplinado na Lei Antitruste, a partir do artigo 30. É preciso, portanto, que se tenha presente a existência de decisões do CADE de dois tipos: as decisões tomadas no âmbito do Poder Executivo, no exercício de sua competência, e as decisões adotadas pelo colegiado, a partir de um processo administrativo, que confere ao órgão antitruste o poder decisório. Estas últimas são imutáveis pela administração,

3.13 Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC

As inovações em termos de estruturação de entes autônomos chegaram, recentemente, na área da previdência complementar. Foi criado um Conselho, similar ao CADE, e uma entidade reguladora para o setor da previdência complementar sem algumas características comuns às Agências Reguladoras, a exemplo da investidura a termo.

Com a edição da Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, foram criadas: a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC; o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC e a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC.

A Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC foi criada como autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede e foro no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional.

A PREVIC atuará como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Nos termos da referida norma de criação, compete à PREVIC: I - proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações; II - apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis; III - expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Previdência Complementar, a que se refere o inciso XVIII do art. 29 da Lei nº10.683, de 28 de maio de 2003; IV - autorizar: a) a constituição e o funcionamento das entidades fechadas de previdência

porque submetidas ao pleno controle da legalidade. O que não se pode aceitar é a afirmação de que as decisões do CADE, mesmo técnicas fiquem em posição superior à decisão do Chefe do Poder Executivo, subtraindo-se do Presidente da República a competência que lhe foi outorgada expressamente pela Constituição Federal para decidir acerca do funcionamento dos órgãos e entidades da Administração Pública. Sob esse ângulo, portanto, não se pode deixar de observar o Parecer GM-20 da AGU que, a propósito, permanece em vigor sete anos após a sua edição, quando várias operações envolvendo aquisições de instituições financeiras já foram apreciadas e decididas pelo Banco Central.”

complementar, bem como a aplicação dos respectivos estatutos e regulamentos de planos de benefícios; b) as operações de fusão, de cisão, de incorporação ou de qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas de previdência complementar; c) a celebração de convênios e termos de adesão por patrocinadores e instituidores, bem como as retiradas de patrocinadores e instituidores; e d) as transferências de patrocínio, grupos de participantes e assistidos, planos de benefícios e reservas entre entidades fechadas de previdência complementar; V - harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência complementar com as normas e políticas estabelecidas para o segmento; VI - decretar intervenção e liquidação extrajudicial das entidades fechadas de previdência complementar, bem como nomear interventor ou liquidante, nos termos da lei; VII - nomear administrador especial de plano de benefícios específico, podendo atribuir-lhe poderes de intervenção e liquidação extrajudicial, na forma da lei; VIII - promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; IX - enviar relatório anual de suas atividades ao Ministério da Previdência Social e, por seu intermédio, ao Presidente da República e ao Congresso Nacional; e X - adotar as demais providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos.

No que se refere à estrutura básica, a PREVIC é composta por uma Diretoria Colegiada composta por um Diretor-Superintendente e quatro Diretores, escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e de notória competência, a serem indicados pelo Ministro de Estado da Previdência Social e nomeados pelo Presidente da República.

Como se vê, diferentemente das Agências Reguladoras, a Diretoria da PREVIC não é indicada pela Presidência da República e sabatinada pelo Senado Federal. Não há garantias contra ingerências políticas, nem, tampouco, a proteção contra a demissão *ad nutum*.

Quanto à competência da Diretoria, envolve: I - apresentar propostas e oferecer informações ao Ministério da Previdência Social para a formulação das políticas e a regulação do regime de previdência complementar operado por

entidades fechadas de previdência complementar; II - aprovar os critérios e as diretrizes do programa anual de fiscalização no âmbito do regime operado por entidades fechadas de previdência complementar; III - decidir sobre a conclusão dos relatórios finais dos processos administrativos, iniciados por lavratura de auto de infração ou instauração de inquérito, com a finalidade de apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, e sobre a aplicação das penalidades cabíveis; IV - apreciar e julgar, em primeiro grau, as impugnações referentes aos lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar - TAFIC; V - elaborar e divulgar relatórios periódicos de suas atividades; e VI - revisar e encaminhar os demonstrativos contábeis e as prestações de contas da PREVIC aos órgãos competentes.

O Ministério da Previdência Social estabelecerá metas de gestão e de desempenho para a PREVIC, mediante acordo celebrado entre o Ministro de Estado da Previdência Social e a Diretoria Colegiada da autarquia.

Essas metas de gestão e de desempenho devem referir-se a um ano e constituir-se-ão no instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da PREVIC e de avaliação de seu desempenho.

Essa mesma lei transformou o Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, no Conselho Nacional de Previdência Complementar. Este passou a exercer a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

O Conselho Nacional de Previdência Complementar conta com oito integrantes, com direito a voto e mandato de dois anos, permitida uma recondução, sendo: cinco representantes do poder público; e três indicados, respectivamente: a) pelas entidades fechadas de previdência complementar; b) pelos patrocinadores e instituidores; e c) pelos participantes e assistidos.

Ou seja, os membros do Conselho – e não da PREVIC – é que receberam mandato.

Também foi criada, no âmbito do Ministério da Previdência Social, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar. Essa Câmara passou a ser a instância recursal e de julgamento das decisões da PREVIC. Seu

pronunciamento encerra a instância administrativa, diferentemente das Agências Reguladoras que não se inserem no modelo hierarquizado da PREVIC.

Sua composição é de sete integrantes, com direito a voto e mandato de dois anos, permitida uma recondução, sendo: I - 4 (quatro) escolhidos entre servidores federais ocupantes de cargo efetivo, em exercício no Ministério da Previdência Social ou entidades a ele vinculadas; e II - 3 (três) indicados, respectivamente: a) pelas entidades fechadas de previdência complementar; b) pelos patrocinadores e instituidores; e c) pelos participantes e assistidos.

Os membros da Câmara de Recursos da Previdência Complementar e respectivos suplentes são designados pelo Ministro de Estado da Previdência Social.

Diante dessas considerações, é justo inferir que no sistema de previdência suplementar o Poder Executivo criou um modelo de regulação híbrido, com dirigentes indicados por Ministro de Estado e atribuindo o sistema de mandato apenas aos integrantes do Conselho Nacional de Previdência Complementar. Contudo, as decisões desse colegiado não serão definitivas, competindo a apreciação das mesmas por meio de recurso hierárquico à Câmara de Recursos da Previdência Complementar.

A CRPC é composta por quatro servidores titulares de cargos de provimento efetivo, com exercício no Ministério da Previdência Social, na PREVIC ou no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Além disso, é composta por um representante das entidades fechadas de previdência complementar, por um dos patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar e por um dos participantes e assistidos de planos de benefícios dessas entidades.

A regulamentação da atuação da CRPC veio com a edição do Decreto nº 7.123, de 03 de março de 2010. Nessa normativa está previsto mandato de seus membros e atribuições, disciplina as sessões ordinárias e extraordinárias e os procedimentos processuais referentes à apreciação dos recursos administrativos.

3.14 Autoridade Pública Olímpica - APO

A Autoridade Olímpica Brasileira não foi criada como autoridade reguladora, nos moldes das Agências Reguladoras antes examinadas. Sua natureza jurídica é de um consórcio público, que objetiva coordenar as ações de planejamento e entrega de obras para a realização, na Cidade do Rio de Janeiro, dos Jogos Olímpicos de 2016.

No âmbito federal, para sua criação foi editada por Medida Provisória, que recebeu o número 489/2010. Essa Medida Provisória foi convertida na Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011.

A APO foi criada sob a forma de autarquia com regime jurídico especial. De acordo com o Protocolo de Intenções, aprovado pela citada Lei nº 12.396/2011, nos termos dos consórcios públicos instituídos pela Lei nº 11.107/2005, a APO integrará a administração de cada um dos entes federados consorciados.

Na exposição de motivos estruturante da referida MP sustentou-se que a APO seria uma garantia oferecida pelo Brasil ao Comitê Olímpico Internacional (COI); isto é, a constituição da Autoridade Pública Olímpica seria um dos compromissos assumidos pelo Brasil por meio do Dossiê de Candidatura, apresentado ao Comitê Olímpico Internacional, no decorrer do processo seletivo para escolha da sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016.

O fato mais relevante para a presente pesquisa é que sob o argumento de assegurar a continuidade da gestão dos projetos que integram a Carteira de Projetos Olímpicos, a Autoridade Pública Olímpica contará com um Presidente, a ser escolhido pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para o exercício de um mandato de quatro anos, permitida sua recondução. Ou seja, atribuiu-se, no âmbito federal, autonomia administrativa ao ente.

A exemplo do modelo de Agências Reguladoras, o Presidente da APO só perderá o mandato em virtude de renúncia; condenação penal transitada em julgado; ou decisão definitiva em processo administrativo disciplinar, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Quanto a sua duração, a APO deverá ser extinta em 31 de dezembro de 2018, ou antes, por decisão unânime dos membros do Conselho Público

Olímpico, que, do mesmo modo, poderão deliberar quanto à extensão do prazo de duração do consórcio por até dois anos.

Conforme ocorreu no CRPC, a APO foi estruturada de forma diversa àquela que a Administração Pública federal adotou para as Agências Reguladoras; contudo, valeu-se do mesmo sistema de nomeação a termo, valendo-se do disposto no art. 52, inciso III, letra “f” da Constituição Federal.

3.15 Exemplos de novas entidades exógenas à organização administrativa que gerenciam temas de interesse público: pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, criadas por lei e atuação mediante autorização estatal, tendo dirigentes com mandatos e garantias contra demissão *ad nutum*.

É assinalável que surgiram, no Brasil, por força de lei, entidades privadas que gerenciam temas de interesse público, cuja direção é exercida por profissionais indicados, em parte, pelo Governo.

A razão para incluir essas entidades na presente pesquisa está no fato de que – malgrado serem entidades privadas – seus dirigentes recebem mandatos fixos, a exemplo das entidades reguladoras autônomas.

Ora, qual é a motivação para que o Estado crie entidades privadas e prevendo, para seus cargos diretivos, garantias diferenciadas a exemplo das autarquias especiais?

Tome-se como exemplo duas instituições que foram geradas com essas características. O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, cujas características são adiante examinadas.

3.15.1 Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS

O Operador Nacional do Sistema Elétrico é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, criada em 26 de agosto de 1998, responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Como acima ressaltado, o ONS é uma das entidades que se apresentam de forma híbrida; isto é, é uma sociedade privada criada por lei com características de entidades públicas, cujos dirigentes são indicados, em parte, pelo Governo Federal.

Nos termos da normativa de regência, as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, são executadas pelo ONS.

O ONS é integrado pelos titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores livres que sejam conectados à rede básica, sendo detentor das seguintes competências: o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados; a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos; a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais; a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares; propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão; e propor regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela ANEEL.

De forma que, cabe, por força de lei, ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários ao seu funcionamento.

Malgrado ser uma entidade privada, o ONS é dirigido por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, sendo três indicados pelo Poder Concedente, incluindo o Diretor-Geral, e dois pelos agentes, com mandatos de quatro anos não coincidentes, permitida uma única recondução, a exemplo do que ocorre com as Agências Reguladoras.

Esses dirigentes não podem ser exonerados sem motivação, prevista na Lei nº 10.848/2004. A exoneração imotivada de dirigente do ONS somente poderá ser efetuada nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado

seu pleno e integral exercício. Somente por condenação em ação penal transitada em julgado o dirigente do ONS poderá ser exonerado.

3.15.2 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE

A CCEE é outra instituição de natureza híbrida (público/privada). Foi instituída pela Lei nº 10.848/04 e criada pelo Decreto nº 5.177/04. A CCEE absorveu as funções do MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELÉTRICA - MAE e suas estruturas organizacionais e operacionais.

De acordo com essa normativa, a CCEE foi instituída como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica.

Essa associação civil é integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores livres (arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995).

O Governo, por meio da referida lei, definiu que as regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A mesma norma legal autorizou as empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem.

A missão da CCEE envolve: manter o registro de todos os contratos fechados nos Ambientes de Contratação Regulada (ACR) e de Contratação Livre (ACL); promover a medição e registro dos dados de geração e consumo de todos os Agentes da CCEE; apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD - do Mercado de Curto Prazo por submercado; efetuar a Contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados no Mercado de Curto Prazo e a Liquidação Financeira; apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica

e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da Convenção de Comercialização, aplicar as respectivas penalidades; apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de Garantias Financeiras, relativas às Liquidações Financeiras do Mercado de Curto Prazo, nos termos da Convenção de Comercialização; promover Leilões de Compra e Venda de energia elétrica, conforme delegação da ANEEL; promover o monitoramento das ações empreendidas pelos Agentes, no âmbito da CCEE, visando à verificação de sua conformidade com as Regras e Procedimentos de Comercialização, e com outras disposições regulatórias, conforme definido pela ANEEL; executar outras atividades, expressamente determinadas pela ANEEL, pela Assembléia Geral ou por determinação legal.

Quanto aos dirigentes, foi previsto o sistema de mandatos fixos e conseqüente garantia e estabilidade, como o fez na estruturação do ONS.

O Conselho de Administração da CCEE é composto de cinco conselheiros, eleitos em Assembléia Geral conforme estabelecido na Convenção de Comercialização e no Estatuto Social da CCEE, com mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida uma única recondução no cargo.

O presidente do Conselho de Administração é indicado pelo Ministério de Minas e Energia – MME, três membros são indicados pelas Categorias de Geração, de Distribuição e de Comercialização, sendo um membro por Categoria; e um membro é indicado pelos Agentes da CCEE em conjunto.

Ademais, criou certas regras para que os dirigentes assumissem seus mandatos. O eleito para o cargo de Conselheiro do Conselho de Administração da CCEE deve ter experiência anterior no setor elétrico de, no mínimo, cinco anos e não poderá manter com qualquer concessionária, permissionária, autorizada, detentora de registro e empresa que represente consumidor livre, consumidor especial ou consumidor potencialmente livre, bem como de empresa coligada, controlada ou controladora, órgão governamental ou com fornecedora de bens ou serviços a quaisquer dessas entidades, nenhum dos seguintes vínculos: acionista ou sócio com participação no capital social de empresa coligada, controlada ou controladora; membro de conselho de administração, fiscal, de diretoria executiva ou de órgão gerencial; empregado, mesmo com contrato de trabalho suspenso,

prestador de serviço permanente ou temporário, inclusive das empresas controladoras e controladas ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras; ou membro de conselho ou de diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses dos Associados ou de órgãos governamentais, de conselho ou diretoria de categoria profissional de empregados dos Associados ou de órgãos governamentais, bem como membro de conselho ou diretoria de associação ou classe de consumidores de energia.

Os membros do Conselho de Administração da CCEE devem respeitar uma quarentena, estando, assim, impedidos de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço aos Agentes da CCEE e a empresas fornecedoras e prestadoras de serviços a esses Agentes, inclusive controladoras, controladas, coligadas ou subsidiárias, sendo preservados, durante esse período, a remuneração e os benefícios percebidos na vigência do mandato.

Algumas formalidades se apresentam para a posse dos Conselheiros. O dirigente deve apresentar declaração expressa e individual de que não está enquadrado em nenhuma condição de impedimento; e assinatura de termo de compromisso relativo à manutenção de confidencialidade em relação às atividades desenvolvidas pela entidade, em que conste o período de quarentena ao final do mandato e a concordância com a expressa proibição de que faça uso de informações ou obtenha qualquer vantagem em razão de sua função, sob pena de responder civil e criminalmente.

Como se vê, exige-se experiência técnica no setor de, pelo menos, cinco anos para a assunção de cargo de membro do Conselho de Administrativo, medida essa de aguda importância para evitar-se o preenchimento desses cargos com interesses preponderantemente político-partidários.

4. ALGUMAS PROPOSTAS VISANDO ESTENDER O SISTEMA DE AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E/OU FUNCIONAL NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Além das atuais entidades estruturadas, por lei, com certa autonomia funcional em relação à Chefia do Poder Executivo, como no caso das Agências Reguladoras, tramitam – ou tramitaram – alguns projetos de lei com características próximas ao modelo regulatório autônomo, descentralizado, surgido na busca de implantação do modelo de organização administrativa gerencial.

O interesse em examinar esses projetos de lei para a presente pesquisa se deve ao fato de que pode-se extrair, dos mesmos, elementos relevantes para compor as propostas que visem contribuir na estruturação dos quadros dirigentes de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de Estado.

4.1 Agência Nacional de Serviços de Correios - ANSEC

Tramitou no Congresso Nacional o Projeto da Lei Geral do Sistema Nacional de Correios (PL 1.491, de 1999) que, dentre outras disposições, pretendia criar a Agência Nacional de Serviços de Correios - ANSEC.

Pelo citado projeto, retirado de pauta em 2003 pela Presidência da República, a ANSEC seria criada sob a forma de autarquia especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, e teria a função de implementar a política governamental para o setor, regular e controlar a prestação dos serviços.

Sua natureza de autarquia especial seria caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, a exemplo das demais agências reguladoras federais. Ademais disso, o projeto de lei dispôs que a ANSEC atuaria como autoridade administrativa independente, a exemplo da ANATEL, sendo-lhe assegurada prerrogativas necessárias ao exercício adequado da sua competência.

Quanto à competência da ANSEC, previu o projeto: expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços prestados no regime público;

editar atos de outorga e extinção de direito de exploração dos serviços prestados no regime público; celebrar e gerenciar contratos de concessão, controlando e fiscalizando o serviço prestado no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; fixar as tarifas dos serviços prestados no regime público, proceder à sua revisão, homologar reajustes, bem como controlar e acompanhar sua aplicação pelos operadores; expedir as mais variadas normas para regulação e controle do sistema; contratar pessoal por prazo determinado de acordo com o disposto em lei específica e funcionar como órgão de arbitragem.

Também compôs, no referido Projeto de Lei, o feixe de competência da Agência as seguintes medidas: implementar, em sua esfera de atribuições, a política governamental para o Sistema Nacional de Correios; integrar, sob o comando do Ministro das Comunicações, delegação para representar o Brasil nos organismos e foros internacionais nos quais são ou venham a ser abordados temas postais, especialmente na União Postal Universal - UPU, e designar, se for o caso, os operadores para participação nos referidos organismos e foros; elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas referidas no art. 3º do Projeto de Lei; expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços prestados no regime público; editar atos de outorga e extinção de direito de exploração dos serviços prestados no regime público; determinar ao operador em regime público que preste serviços de interesse social, mediante remuneração justa; celebrar e gerenciar contrato de concessão, controlando e fiscalizando o serviço prestado no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; fixar as tarifas de serviços prestados no regime público, proceder à sua revisão, homologar reajustes, bem como controlar e acompanhar sua aplicação pelo operador; expedir normas visando regular a prestação, no regime privado, dos serviços integrantes do Sistema Nacional de Correios; expedir e extinguir autorização para prestação dos serviços, fiscalizando e aplicando sanções; propor e articular, junto às autoridades competentes, política de segurança para o Sistema Nacional de Correios; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelos operadores quanto aos equipamentos que utilizarem; expedir ou reconhecer a certificação de produtos utilizados no Sistema Nacional de Correios, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; expedir normas e padrões que

assegurem a interoperabilidade das redes físicas; exercer o poder de polícia no âmbito do Sistema Nacional de Correios; coibir a prestação clandestina de serviços de correios, aplicando as sanções administrativas cabíveis; sugerir ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, proposta de declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público; arrecadar e aplicar suas receitas; decidir quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à contratação, nomeação, exoneração, demissão e aplicação de sanções disciplinares a seus servidores, realizando procedimentos necessários, na forma em que dispuser a regulamentação; contratar pessoal por prazo determinado de acordo com o disposto em lei específica, observado o disposto no art. 129 do Projeto de Lei; adquirir, administrar e alienar seus bens; formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento; aprovar o seu regimento interno; elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do Sistema Nacional de Correios definida nos termos desta Lei; enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações, cabendo à Presidência da República encaminhá-lo ao Congresso Nacional; rever periodicamente os planos referidos no art. 3º do Projeto de Lei, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação; regulamentar a fabricação e a emissão de selos e fórmulas de franqueamento postais e a utilização de chancelas comprobatórias de pagamento do serviço explorado em regime privado; deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação relativa ao Sistema Nacional de Correios; compor administrativamente ou resolver por meio de arbitragem os conflitos de interesses entre operadores; reprimir as infrações praticadas contra os direitos dos usuários do Sistema Nacional de Correios e contra as prerrogativas do operador em regime público, aplicando as sanções administrativas cabíveis e representando, quando for o caso, aos órgãos competentes; exercer, relativamente ao Sistema Nacional de Correios, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; fiscalizar os operadores, requisitando as informações necessárias à avaliação da qualidade e da

quantidade de seus serviços, especialmente os dados referentes a: abrangência territorial dos serviços; frequência e prazo de entrega de correspondências e objetos postais; indicadores de qualidade dos serviços; e detalhes de acordos celebrados entre operadores para o uso integrado de suas redes físicas; promover interação com os órgãos congêneres e Administrações Postais de outros países com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.

Como característica da autonomia da ANSEC, os Diretores, de acordo com o mencionado projeto de lei, deveriam ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso III, alínea “f”, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Os diretores teriam mandato por três anos, sendo vedada a recondução e em caso de vaga no curso do mandato, este seria completado por sucessor investido na forma prevista no Projeto de Lei.

A exemplo das Agências Reguladoras federais implantadas no Brasil, no caso dos correios, os integrantes da Diretoria também só perderiam o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de pena demissória decorrente de processo administrativo disciplinar.

A competência seria do Ministro de Estado das Comunicações para instaurar o processo administrativo disciplinar, e a condução seria por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo e proferir o julgamento.

Em conclusão, caso esse Projeto de Lei fosse aprovado, teríamos, no Brasil, mais uma Agência Reguladora nos moldes das atualmente instaladas com competência para regulação de serviço público sob privilégio da União.²²⁰ Vale ressaltar, apenas, no referido Projeto de Lei, a indicação expressa da Agência como órgão arbitral.

²²⁰ Conforme decidiu o STF na ADPF 46.

4.2 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

De acordo com o Projeto de Lei nº 5.877/2005, submetido ao Presidente Luis Inácio Lula da Silva pelos então ministros Márcio Thomaz Bastos, Antônio Palocci Filho e Paulo Bernardo Silva, o sistema brasileiro de defesa da concorrência passará, caso aprovado, a contar com estrutura totalmente não subordinada ao Governo.

Esse projeto visa a mudança da defesa da concorrência no Brasil por meio da reestruturação institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a alteração da Lei nº 8.884/1994.

Atualmente, esse sistema é composto pelo CADE (ente autônomo), pela Secretaria de Direito Econômico - SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE (órgãos subordinados ao Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda, respectivamente).

Com o projeto de lei em comento, o CADE passaria a ser constituído dos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos. Assim, em todas as fases, as questões relacionadas ao direito da concorrência seriam reguladas apenas por uma entidade autônoma.

Segundo consta na exposição de motivos do projeto de lei, com a nova proposta, a idéia é conferir maior autonomia à representação dos interesses dos consumidores no processo decisório.

O Tribunal Administrativo, na qualidade de órgão julgante, terá como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

Esse Tribunal terá, caso aprovado o Projeto de Lei, as seguintes atribuições: I - zelar pela observância da Lei, seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que

conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; IX - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da Lei; X - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos da Lei; XI - apreciar processos administrativos no controle de atos de concentração econômica, na forma da Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; XII - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XIII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIV - requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; XV - responder a consultas sobre matéria de sua competência, na forma do regimento interno; XVI - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XVII - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Chefe, durante o qual não correrão os prazos processuais fixados na Lei; XVIII - propor a estrutura do quadro de pessoal do CADE, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal; e XIX - elaborar proposta orçamentária nos termos da Lei.

O Superintendente-Geral da Agência, nessa nova linha, passaria a exercer a função de "promotor da concorrência" perante o Tribunal. Ademais,

além dos representantes legais das partes, o Superintendente-Geral também poderá sustentar oralmente suas posições perante o CADE, garantindo com isso, maior equilíbrio de interesses.

4.3 Lei Orgânica do Fisco - LOF

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, e, segundo seu regimento interno, é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério de Estado de Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos.

A SRF é responsável, dentre outros deveres, pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários, e aqueles incidentes sobre o comércio exterior, abrangendo parte significativa das contribuições sociais do País.

As competências da Receita Federal do Brasil podem ser assim sintetizadas: administração dos tributos internos e do comércio exterior; gestão e execução das atividades de arrecadação, lançamento, cobrança administrativa, fiscalização, pesquisa e investigação fiscal e controle da arrecadação administrada; gestão e execução dos serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiro; repressão ao contrabando e descaminho, no limite da sua alçada; preparo e julgamento, em primeira instância, dos processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União; interpretação, aplicação e elaboração de propostas para o aperfeiçoamento da legislação tributária e aduaneira federal; subsídio à formulação da política tributária e aduaneira; subsídio à elaboração do orçamento de receitas e benefícios tributários da União; interação com o cidadão por meio dos diversos canais de atendimento, presencial ou a distância; educação fiscal para o exercício da cidadania; formulação e gestão da política de informações econômico-fiscais; promoção da integração com órgãos públicos e privados afins, mediante convênios para permuta de informações, métodos e técnicas de ação fiscal e para a racionalização de atividades, inclusive com a delegação de competência; atuação na cooperação internacional e na negociação e implementação de

acordos internacionais em matéria tributária e aduaneira; e gestão dos recursos materiais, financeiros, humanos e tecnológicos.

Segundo anunciado em *website* criado para discutir projeto de lei orgânica do fisco - LOF²²¹, cuja previsão consta do art. 50, da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007²²², a crise recente na Receita Federal do Brasil teria sido evitada caso a LOF já estivesse em vigor.²²³

Atualmente, o Secretário da Receita Federal do Brasil é, nos termos da normativa de regência, escolhido entre brasileiros de reputação ilibada e ampla experiência na área tributária, sendo nomeado pelo Presidente da República; isto é, não tem mandato fixo.

Interessa na presente pesquisa o fato de que na minuta de projeto de lei, proposta pelo SINDIFISCO NACIONAL, está prevista a realização de

²²¹ Disponível em www.lof.org.br (Acesso em 15 de outubro de 2010).

²²² BRASIL. Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. Art. 50. No prazo de 1 (um) ano da data de publicação desta Lei, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei orgânica das Auditorias Federais, dispondo sobre direitos, deveres, garantias e prerrogativas dos servidores integrantes das Carreiras de que trata a Lei no. 10.593, de 6 de dezembro de 2002.

²²³ Sobre esse projeto, veja-se reportagem sob o título "Projeto que poderia ajudar a evitar ingerências políticas está parado": Repousa há mais de um ano na Secretaria da Receita Federal uma minuta de emenda à Constituição que, se aprovada, poderia evitar boa parte da crise que a entidade atravessa. A Lei Orgânica do Fisco (LOF), fruto de anos de debates entre auditores, entidades sindicais e direção da Receita, determina mecanismos que garantiriam maior autonomia ao órgão e a seus integrantes, evitando ingerências políticas. O projeto, de 65 páginas, cria um regime jurídico especial para os auditores fiscais e analistas tributários, semelhante ao do Ministério Público Federal. Assim, um auditor só poderia perder o cargo mediante sentença judicial de última instância ou processo administrativo disciplinar. — Com isso, teríamos segurança para investigar qualquer empresa sem medo de ingerências políticas — disse o presidente do Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Federal de Santos, Wellington Clemente. Além disso, os auditores não poderiam ser removidos de posto ou função sem justificativa fundamentada nem ser presos sem ordem judicial. Mas o ponto mais sensível diz respeito ao titular da Secretaria. Pelo projeto, o secretário seria indicado pelo presidente da República a partir de uma lista triplíce, e teria um tempo mínimo de mandato. Isso, para os auditores, evitaria ingerências políticas. O projeto prevê ainda a autonomia funcional e orçamentária da Receita, para reduzir possíveis interferências governamentais. O projeto ficou pronto em julho do ano passado, no fim da gestão de Jorge Rachid, depois de um longo processo de discussão em assembleias e audiências públicas. Nos onze meses em que esteve à frente da Receita, a ex-secretária Lina Vieira não deu andamento ao processo, que necessita de aprovação e encaminhamento ao Congresso pela Casa Civil. — Quando a Lina entrou, o processo travou. Perguntava sobre isso a ela em todas as reuniões. Lina dizia que ia encaminhar para a Casa Civil, mas nunca encaminhou. O motivo só ela pode esclarecer, porque o governo já se mostrou favorável, tanto que incluiu a necessidade de uma LOF no texto final da Reforma Tributária — disse Pedro Delarue, presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Unafisco). Delarue lembrou que se a LOF estivesse em vigor, Lina não poderia ter sido demitida, o que teria evitado a crise atual. Segundo ele, o novo secretário, Otacilio Cartaxo, já sinalizou que pretende dar andamento ao projeto." GALHARDO, Ricardo. Projeto que poderia ajudar a evitar ingerências políticas está parado. *O Globo*, 27 de agosto de 2009. p. 5

eleições internas, com nomeação a termo (mandatos definidos), para a escolha do Secretário da RFB.

Este pleito, após selecionar os três Auditores-Fiscais mais votados (lista tríplice), deverá encaminhar os nomes à apreciação do Presidente da República, visando uma gestão estável e isenta para a administração tributária do país.

A base constitucional, segundo aqueles que defendem maior autonomia em sede de lei, para a Receita Federal, está nos dispositivos constitucionais: Art. 37. (...) XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei; XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

O mote da campanha estruturada pelo SINDIFISCO é de que a Receita Federal do Brasil, nos termos das normas constitucionais acima, é um órgão de Estado e, como tal, deve ser autônomo; isto é, não pode estar sujeito a interesses passageiros de quaisquer governos.

4.4 Agência Reguladora Nuclear Brasileira - ARNB

Foi elaborado projeto de lei que dispõe sobre a política nacional de energia nuclear, cria o Conselho Nacional de Política Nuclear e a Agência Reguladora Nuclear Brasileira - ARNB.

É relevante destacar que pela referida proposta, caso aprovada pelo Congresso Nacional, ficará criada a ARNB, integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como entidade reguladora das atividades nucleares e radiativas, vinculada ao Ministério de Ciência e Tecnologia.

Segundo o projeto, a ARNB terá como finalidade zelar pela segurança dos trabalhadores, da população e do meio ambiente em relação a quaisquer fontes de radiação ionizante, cabendo-lhe regular, licenciar, autorizar, permitir,

fiscalizar e controlar as atividades e instalações nucleares, radiativas e minero-industriais com urânio e tório associados.

A competência da ARNB será a de fiscalizar e controlar, bem como expedir normas, licenças, autorizações e permissões relativas a: a) a seleção de local, o projeto, a construção, o comissionamento, a operação, as garantias e o descomissionamento de instalações nucleares e radiativas; b) a posse, a pesquisa, a lavra, a produção, a utilização, a industrialização, o enriquecimento, o reprocessamento, o armazenamento, o transporte, o comércio, a importação e a exportação de minérios, minerais e materiais nucleares, inclusive de forma associada, de combustível nuclear usado, rejeitos radioativos e radioisótopos derivados de urânio e tório; c) o desenvolvimento, a produção e o comércio de projetos, produtos, equipamentos e tecnologias considerados de interesse estratégico para o desenvolvimento de tecnologia nuclear; d) a posse, a produção, a utilização, a industrialização, a operação, o transporte, o comércio, a importação e a exportação de fontes e materiais radioativos, radioisótopos e equipamentos geradores de radiação para a aplicação na medicina, exceto aqueles utilizados para fins diagnósticos, na indústria e na pesquisa científica; e) a seleção de local, a construção e a operação de instalações de tratamento e depósitos de combustível nuclear usado e de rejeitos radioativos.

Compete, ainda, à ARNB, nos termos do projeto de lei, orientar a atuação dos agentes regulados, bem como exigir e fiscalizar os procedimentos de proteção radiológica e segurança nuclear dos trabalhadores expostos profissionalmente, do público e do meio ambiente; aplicar salvaguardas em materiais e instalações nucleares; autorizar e credenciar profissionais ao exercício de atividades com material nuclear ou fonte radioativa e em instalação nuclear ou radiativa; expedir notificações com exigência de regularização de atividades e instalações; fiscalizar, autuar, implementar e determinar medidas preventivas, processar, julgar e aplicar as sanções administrativas nos termos da Lei; especificar: os elementos que devam ser considerados nucleares, além do urânio, tório e plutônio, e aqueles de interesse estratégico para o desenvolvimento de tecnologia nuclear; as jazidas que devam ser consideradas nucleares, observando a concentração e a quantidade de minérios nucleares e a viabilidade

econômica de sua exploração; as atividades, fontes e materiais radioativos para fins de exclusão, isenção ou dispensa de autorização ou de aplicação das normas de proteção radiológica; os limites de dose à radiação ionizante, para população e para trabalhadores e os materiais, equipamentos e tecnologias considerados de interesse estratégico para o desenvolvimento da tecnologia nuclear; exigir, implementar e colaborar com medidas necessárias para reduzir ou eliminar a exposição crônica da população à radiação natural que não possa ser menosprezada sob o aspecto de proteção radiológica e àquela resultante de acidente nuclear ou radiológico; expedir diretrizes sobre proteção e segurança nuclear e radiológica e subsidiar, nestes aspectos, a atuação dos órgãos públicos nas esferas federal, estadual e municipal, encarregados da fiscalização e vigilância nas áreas da saúde e meio ambiente, da segurança pública, do transporte e da alfândega; informar a população e convocar e dirigir audiências públicas; exigir e receber dos agentes regulados informações relativas a histórico de doses dos trabalhadores expostos à radiação ionizante e a operações de produção, importação, exportação, industrialização, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, destinação e comercialização de serviços e materiais sujeitos à sua regulação; aprovar planos de emergência nuclear e radiológica, de observância obrigatória para os agentes regulados, e orientar e colaborar tecnicamente com os órgãos encarregados dos planos de emergência de defesa civil; pronunciar-se sobre projetos de lei, tratados, acordos, convênios ou compromissos internacionais de qualquer espécie, relativos a segurança nuclear e radiológica, proteção física e salvaguardas; promover o intercâmbio com organismos internacionais e de outros países visando o aprimoramento de recursos humanos, sistemas, técnicas e normas, bem como a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico voltados à proteção física e à segurança nuclear e radiológica; consultar e colaborar com organismos de segurança nuclear e radiológica de outros países, em cumprimento a acordos e tratados internacionais na área nuclear; e consolidar os dados e informações recebidas acerca das reservas nacionais de urânio e propor ao CNPN critérios para fixação de seus preços para fins de comercialização entre órgãos e empresas integrantes da Administração Federal.

No que se refere à estrutura da ARNB, a proposta é de que ela seja dirigida, em regime de colegiado, por uma diretoria composta por cinco Diretores, sendo um deles Diretor-geral.

A competência da Diretoria Colegiada envolve: I - aprovar o regimento interno, estabelecendo a estrutura e as competências no âmbito da ARNB; II - editar normas sobre matérias de competência da ARNB; III - cumprir e fazer cumprir as normas relativas à proteção física e à segurança nuclear e radiológica; IV - aprovar e divulgar relatórios sobre as atividades da ARNB; V - julgar, em grau de recurso, os processos administrativos sancionadores e, mediante provocação dos interessados, as decisões dos diretores; VI - aprovar a proposta orçamentária e as contas da autarquia; VII - escolher, entre os diretores, o substituto do Diretor-Geral; e VIII – as demais atribuições previstas no Regimento Interno.

Seguindo o modelo das Agências Reguladoras atuais, a proposta de criação da ANRB prevê que os Diretores sejam nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, e terão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida uma recondução.

A perda de mandatos só será devida no caso de exoneração voluntária; condenação penal transitada em julgado; e condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

4.5 Agência Reguladora Territorial Rural - ARTR

Foi elaborado Projeto de Lei do Senado Federal, em 2008, tramitando sob o número 401, que autoriza o Poder Executivo a instituir a Agência Reguladora Territorial Rural - ARTR, vinculada ao Ministério da Agricultura e de Reforma Agrária.

A proposta, do Senador Jayme Campos, se resume na idéia de constituir uma autarquia federal para fiscalizar, monitorar, controlar e autorizar transações comerciais de imóveis agrários, em todo o território nacional. Essa agência

reguladora teria, segundo o projeto de lei, plena autonomia administrativa, patrimonial e financeira.

Em sua justificativa, o autor do projeto destaca que o setor imobiliário rural, notadamente de estados que possuem áreas de Floresta Amazônica, carece de regulação e controle permanente, tendo em vista a crescente especulação mundial com relação a empreendimentos comerciais nesse segmento econômico brasileiro.

Afirma que somente na Amazônia, existem 3,1 milhões de hectares de terras nas mãos de empresas e pessoas físicas de outras nacionalidades (área equivalente ao estado de Alagoas). Ademais, aduz ser flagrante e geral a percepção de que a fertilidade de nossas terras virou alvo da cobiça internacional. E a própria preservação do bioma passa, necessariamente, por um controle mais rígido e criterioso na transferência de propriedades rurais para empresas e conglomerados estrangeiros.

Para tanto, o autor do mencionado projeto de lei afirma haver necessidade de um marco regulatório para transações imobiliárias rurais, em vista de ser um setor estratégico para o desenvolvimento e o equilíbrio do País.

O tema está imbricado com a polêmica envolvendo a compra de terras, no Brasil, por estrangeiros.

Em 2008 foi lavrado o parecer CGU/AGU nº 01/2008-RVJ, pela Advocacia-Geral da União (AGU), opinando pela restrição da compra de terras brasileiras por empresas nacionais formadas por capital estrangeiro.

Sob o argumento de melhor defender a soberania nacional, a preservação dos nossos recursos naturais, e de que havia "divergência" entre pareceres anteriores daquele órgão sob a ótica da mutação constitucional, esse parecer da AGU - datado de 03 de setembro de 2008, vinculativo para toda a administração pública federal - conclui haver restrições legais à aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras com maioria do capital social detida por estrangeiros.

Na redação original da Constituição Federal de 1988 havia distinção entre empresas sediadas ou não no país, e entre empresas de capital nacional e as que assim não se classificassem. Era com base na aludida norma federal (Lei nº 5.709, de 1971) que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

(INCRA) atuava no controle da aquisição de imóveis rurais no Brasil por empresas criadas com capital estrangeiro.

Considerando que o artigo 171 da Constituição Federal de 1988 foi expressamente revogado pela Emenda Constitucional nº 06, de 1995, suprimiu-se a quebra de isonomia entre empresas brasileiras. A própria definição de "empresa brasileira", a partir da EC nº 06, de 1995, passou a ser aquela estabelecida sob a égide das leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, como claramente constou na Exposição de Motivos 37/95 justificadora da citada emenda constitucional.

Essa vinha sendo a orientação jurídica governamental, por se basear no Parecer da Consultoria da União, GQ-181, de 17 de dezembro de 1998, que reexaminou outro parecer proferido em 1994, sob o nº AGU/LA-04/94, e vinculou toda a administração pública.

A linha adotada naquele parecer se concentrou na premissa de que a Constituição de 1988, apesar da revogação do aludido artigo 171, trata da questão relativa à participação de estrangeiros ou de capital estrangeiro em vários dispositivos, ora de maneira específica, ora genérica, ora absoluta, ora dependente de legislação infraconstitucional (art. 222: propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; parágrafo 3º do artigo 199: assistência à saúde no país; e art. 192: sistema financeiro nacional).

O parecer anterior - revisto pela AGU em 2008 - havia concluído que a matéria relativa ao tratamento a ser dado ao capital estrangeiro encontrava-se, também, de maneira genérica, referida no artigo 172 da Constituição Federal, que, a qualquer momento, poderia ser regulamentado pelo Congresso Nacional criando restrições ao capital estrangeiro no país. Por isso, era regra no âmbito federal não ser necessária autorização do Congresso Nacional no caso de aquisição ou arrendamento de propriedade rural por empresa brasileira, controlada por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

Esse posicionamento estava valendo até a chegada do novo parecer da AGU, cabendo ressaltar que a sua validade é, apenas, no âmbito interno da administração pública.

Assim, em que pese a existência do novo parecer ripristinando a Lei nº 5.709/71, e a possibilidade de "novos pareceres" desafiadores da segurança

jurídica, a qualquer momento o Congresso Nacional poderá alterar as regras quanto a aquisição de terras por empresas brasileiras com capital estrangeiro.

De fato, com a revogação do artigo 171 pela Emenda Constitucional nº 06, de 1995, a matéria foi deixada à discricionariedade do Poder Legislativo, que poderá discipliná-la por meio de ato normativo ordinário.

Diante dessas questões, a criação de uma entidade autônoma poderia, apenas e em tese, trazer mais segurança jurídica a esse segmento econômico.

4.6 Agência Nacional de Mineração - ANM

Malgrado ainda não divulgado o ante-projeto de lei, o fato é que o Ministro das Minas e Energia anunciou o firme propósito de criar a Agência Reguladora de Mineração.

Em entrevista publicada no jornal Valor Econômico de 20 de setembro de 2010,²²⁴ Márcio Zimmermann teria afirmado que há um grande esforço do governo para fazer uma reestruturação do setor de mineração, comentando que o projeto de lei para criação dessa agência deverá ser enviado ao Congresso ainda neste ano.

A idéia com a criação dessa nova entidade é atrair mais investimentos para a área de mineração brasileira. Segundo Zimmermann, a regulação do setor será semelhante à do setor de petróleo e gás, de modo que haverá Conselho Nacional de Política Mineral, regras mais claras para concessões, com prazos e condições, e penalizações para quem tiver o direito de mineração e não utilizá-lo:

²²⁴ “O ministro de Minas e Energia, Márcio Zimmermann, afirmou nesta segunda-feira que será criada no Brasil uma agência reguladora para o setor de mineração. “Há um grande esforço do governo para fazer uma reestruturação do setor”, destacou o ministro, comentando que o projeto de lei para criação dessa agência deverá ser enviado ao Congresso ainda neste ano. Com a nova entidade, o governo espera atrair mais investimentos para a área de mineração brasileira. “Vamos respeitar todos os contratos vigentes. Isso dará segurança aos investidores, ao mesmo tempo que criará instrumentos para desenvolver a mineração no país”, disse. Segundo Zimmermann, a regulação do setor será semelhante à do setor de petróleo e gás. “Teremos um conselho de política de mineração, regras mais claras para concessões, com prazos e condições, e penalizações para quem tiver o direito de mineração e não utilizá-lo”, detalhou. “Não haverá nada muito diferente do setor de petróleo e gás. Quem ganha o direito sobre o bloco tem de cumprir um programa estabelecido pela ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis). Se não cumprir, tem de devolver o bloco”, complementou. Brasil terá agência reguladora de mineração. *Jornal Valor Econômico*, 20/09/2010. Disponível em <http://www.valoronline.com.br/online/mineracao/8292/311134/brasil-tera-agencia-para-regular-mineracao>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

“Não haverá nada muito diferente do setor de petróleo e gás. Quem ganha o direito sobre o bloco tem de cumprir um programa estabelecido pela ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis). Se não cumprir, tem de devolver o bloco”.

O projeto, quando da conclusão da presente pesquisa, ainda encontrava-se em análise no Palácio do Planalto; contudo, colheu-se dados nas entrevistas de autoridades federais que adiantaram as seguintes premissas: criação, como dito, do Conselho Nacional de Política Mineral, como órgão de assessoramento ao presidente da República, e a criação de uma agência reguladora para o setor, em substituição ao atual Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM.

Ademais disso, destaque-se a definição do prazo de cinco anos para realização de pesquisa, que poderá ser prorrogado uma única vez por até três anos, e a definição do prazo de trinta e cinco anos para a exploração da lavra.

O projeto em desenvolvimento segue na linha de ser criado o Instituto de Autorização de Lavra, com pagamento de taxa de ocupação e determinação para que a mineradora faça investimentos mínimos.

Outro aspecto na pauta se refere à realização de licitação para oferecimento de áreas a serem exploradas, a criação de áreas especiais para pesquisa e lavra e ainda sanções para o descumprimento das obrigações previstas em contrato, entre elas a perda do direito de exploração.

5 ESTUDO QUALITATIVO ACERCA DA CONVENIÊNCIA OU NÃO DE O ESTADO BRASILEIRO AUMENTAR O ROL DE ENTES NÃO SUBORDINADOS AO PODER EXECUTIVO CENTRAL

Conforme ajustado com o Professor Supervisor desta pesquisa, uma das suas fases contou com a organização de entrevista semi-estruturada utilizada como uma ferramenta metodológica, configurando-se um estudo qualitativo de natureza exploratória. Basicamente, visou obter informações e experiências de profissionais que atuaram e atuam no problema.

As entrevistas realizadas compõem, portanto, o material a seguir mantido, praticamente, na íntegra visando manter a originalidade das opiniões dos entrevistados e facilitar o seu uso em estudos futuros.

Considerando que as entrevistas semi-estruturadas partem de um roteiro, utilizado para guiar o pesquisador, foram formuladas sete perguntas a cada um dos entrevistados, nos seguintes termos: Como o Senhor vê a tendência, no mundo, de alguns Estados em buscar separar questões de *Estado* e questões de *Governo* com o fim de instituir uma “neutralidade política” em determinadas matérias? Algumas entidades governamentais são aparelhadas com o preenchimento de cargos com indicados políticos e sem respaldo técnico, e atuam, em grande parte, no interesse político-partidário. Qual é a sua opinião sobre isso? Como o Senhor o vê a tendência, em alguns países – inclusive o Brasil no período das privatizações – de *temperar* a clássica “administração pública hierarquizada” e conceder autonomia e independência decisória a certos órgãos e entidades públicas que desenvolvem assuntos de Estado (serviços públicos) ou áreas sensíveis (ex.: saúde suplementar) a exemplo das Agências Reguladoras? Quais são os maiores desafios no Brasil para a consolidação desse modelo de Estado? Além dos atuais, algumas entidades/órgãos públicos deveriam, na sua opinião, também merecer maior autonomia? Quais? Quais seriam os *instrumentos* e *elementos* para conceder e assegurar autonomia aos órgãos/entidades de Estado? O senhor tem mais alguma questão sobre o tema?

Com essas perguntas, buscou-se identificar problemas e questões reais, vivenciadas pelos entrevistados e, assim, utilizar esse material para subsidiar conclusões e propostas.

A pesquisa contou com a participação de cinco entrevistados. A escolha dos entrevistados obedeceu ao critério de experiência, tendo sido debatida com o professor supervisor.

As entrevistas foram realizadas no período de maio a julho de 2010, e ocorreram nos locais de trabalho dos entrevistados. Todas as entrevistas foram gravadas com a permissão dos entrevistados, e foram transcritas posteriormente. O texto constante deste relatório reflete os principais pontos trazidos pelos entrevistados e/ou correspondem a trechos integrais decorrentes das gravações.

Os entrevistados possuem vasta experiência no setor público e nas questões objeto da presente pesquisa.

O primeiro a ser entrevistado é Luiz Guilherme Schymura de Oliveira, mestre e doutor em economia pela Escola de Pós-graduação em Economia, da Fundação Getulio Vargas, Pós-Doutor em Economia pela Wharton School of The University of Pennsylvania, Estados Unidos da América. Ex-Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e atualmente Diretor do IBRE – Instituto Brasileiro de Economia, da Fundação Getulio Vargas.

O segundo entrevistado é Jerson Kelman, que possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1971), mestrado em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1973) e doutorado em Hidrologia e Recursos Hídricos pela Colorado State University (1976). É professor da COPPE-UFRJ (atualmente licenciado). Foi diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, diretor-presidente da Agência Nacional de Águas - ANA, membro do Governing Board da UNESCO-IHE/Institute for Water Education (Holanda), do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, do Conselho Nacional de Meio Ambiente e do Conselho Nacional de Política Energética. Atualmente é presidente da LIGHT, concessionária de distribuição de energia elétrica do Rio de Janeiro.

O terceiro entrevistado é Luiz Alberto Machado Fortunato, que foi durante seis anos Diretor de Assuntos Corporativos do ONS e passou a assessorar a Diretoria Geral no desenvolvimento organizacional. Antes dessa experiência foi funcionário da Eletrobrás durante vinte e cinco anos, na carreira de Engenharia Eletricista. Professor do Centro Federal de Educação Tecnológica (licenciado).

O quarto entrevistado é Luiz Alberto dos Santos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pela Universidade de Brasília. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública - ENAP. Mestre em Administração e Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília. Foi professor de Direito Administrativo no Centro de Ensino Unificado de Brasília. Tem atuação nas áreas de Direito, Políticas Públicas e Administração Pública. Coordenou o Grupo de Trabalho Interministerial responsável pela elaboração da proposta da Lei Geral das Agências Reguladoras. Publicou, em 1997, o livro "Reforma Administrativa no Contexto da Democracia", pelo DIAP/ARKO Advice Editorial e, em 2000, o livro "Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle Social - possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado", pelo DIAP. Integrou, de 1990 a 2002, a Carreira de Gestores Governamentais do Governo Federal. Assessorou, de 1992 a 2002, a Bancada do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados. A partir de agosto de 2002, passou a ocupar, em virtude de aprovação em concurso público, o cargo de Consultor Legislativo do Senado Federal para a área de Administração Pública. Desde 1º de janeiro de 2003 é Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.

O quinto entrevistado é João Alziro Herz da Jornada, que possui graduação em Física, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1971), mestrado em Física pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1973), doutorado em Ciências pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1979) e pós-doutorado pela National Institute of Standards and Technology (1984). Atualmente é Presidente do Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, única agência executiva implantada no Brasil, e Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

5.1 Entrevista com Luiz Guilherme Schymura de Oliveira – Diretor do IBRE/FGV e Ex-Presidente da ANATEL

O tema foi apresentado ao nosso entrevistado ponderando-se que o Estado Regulador surge aparentemente com uma idéia nova do papel do Estado; isto é, intervenção com regulação, até mesmo com uma mutação do clássico poder de polícia detido pela Administração Pública inserido no clássico modelo weberiano (modelo racional-legal). Na década de 90 do século passado, sob o comando do então ministro Bresser Pereira, tenta-se implantar a idéia de Administração Pública Gerencial. Para se alcançar esse ponto, foram editadas Emendas Constitucionais, criadas Agências Reguladoras, e adotadas outras medidas visando trilhar pelo caminho da organização administrativa gerencial. Considerando o aparelhamento do Estado por meio do preenchimento de cargos por indicações políticas, surge a indagação: como fica essa questão (politização) nos casos de entidades, ou até mesmo de órgãos do Poder Público Central, que são vocacionados ao desenvolvimento de políticas de Estado? Como é que se vê essa tendência em alguns países do mundo de buscar separar questões de Estado das questões de Governo? Podemos alcançar certa neutralidade política em algumas matérias submetidas à competência estatal? É um caminho natural pela evolução da Administração Pública?

O entrevistado apontou que esse tipo de mudança deve ser feita, sempre, com muito cuidado; especialmente no caso específico do Brasil. Existem questões que estão inseridas em setores da economia em que a parte técnica é muito sofisticada, e as questões distributivas envolvidas, que requerem, digamos, um árbitro, são de menor importância para a sociedade local. Talvez o setor de seguros, embora tenham interesses específicos; mas, em tese, não se detecta questões políticas. Em que pesem os riscos sistêmicos, são questões técnicas mais complexas, e as questões políticas inerentes são mais localizadas. Diferentemente, ocorre, por exemplo, em setores como de energia elétrica, de telecomunicações, setor bancário, que afetam as pessoas de uma forma mais direta, mais precisamente os serviços de utilidade pública. Enfim, deve-se separar bem o que é; quando se constrói um órgão de Estado, deve estar claro o quanto de papel político, o quanto de decisão política tem envolvida na agenda do órgão.

Então, quando a agenda política é muito “carregada”, às vezes é complicado você ter um órgão de Estado gerindo isso, até porque o administrador passa a não ter muita legitimidade para tomar certas decisões. Tem legitimidade formal, mas não uma legitimidade informal. As pessoas não sentem que essa pessoa que está exercendo aquela função teria, a rigor, o “direito” de decidir coisas tão importantes tendo em vista que ela não foi eleita. Vale comparar a questão dos latinos com os anglo-saxões. Há uma questão que dificulta a atuação dos órgãos de Estado em países como o Brasil: quando você tem um país como os Estados Unidos (ele é sempre um exemplo, porque ele é um país que tem características muito próprias), cujas políticas são desenvolvidas com o objetivo do crescimento econômico; quando se contrata uma pessoa sem concurso, mas se consegue demonstrar que aquela pessoa vai agregar, vai aumentar a eficiência, diminuir o custo e aumentar o resultado de uma empresa, ou de um órgão público, ou alguma coisa assim, você já está respaldado; então já existe um entendimento, pelos órgãos, diferentes instituições do país, pela população. Existe uma coisa que já está dentro da consciência americana, que o foco é esse, o objetivo é esse. Então, quando se cria um órgão de Estado num país com essas características, as decisões políticas que são tomadas têm caráter redistributivo; contudo, tem que estar muito claro para quem decide a análise que foi feita, o que está por trás; e quando ele tomou a decisão, ele tomou a decisão com base em quê? É uma coisa mais mensurável, é mais observada, é mais clara. Então a decisão política está muito mais bem respaldada tecnicamente, continua sendo uma decisão política, mas se consegue, de alguma maneira, demonstrar para o eleitorado, ou pelo menos indicar para o eleitorado que a sua decisão faz sentido. Se conseguir convencer, apresentar a análise que se fez e tenta indicar: para se alcançar o crescimento será bom caminhar nessa linha, embora se esteja favorecendo essas pessoas; contudo, essas pessoas, em sendo favorecidas, o país vai crescer mais porque eu estou fazendo isso etc. Quando o país tem as características como o nosso, em que não está muito claro o que nós queremos, quer dizer, se é distribuir, se é atender a algum grupo de pessoas, os interesses difusos, que são mal representados, não sabemos qual é a essência do nosso país. Um exemplo emblemático é o caso do namorado da neta do Senador José Sarney. Ele ocupou um cargo – indicado pelo Presidente do Senado; contudo,

não era um cargo que teria que ser preenchido por concurso, e a pessoa tinha formação, era qualificado, e não tinha nada que depusesse contra a sua indicação. Mas, foi indicado pelo Senador Sarney. Talvez se o Senador Sarney tivesse contratado um deficiente físico, aí sim, porque coitado... ou, uma pessoa que tivesse tido dificuldades na vida e tivesse conseguido superar essas dificuldades, talvez tivesse sensibilizado as pessoas. Houve certa ocasião na qual um jogador de futebol que ao marcar o gol foi comemorar junto a torcida e tirou a camisa, e jogou a camisa para torcida. Pela Lei, pelo Regulamento, ele – que já tinha um cartão amarelo - deveria - e foi efetivamente expulso. O jogador saiu do campo arrasado, dizendo que a filha tinha tido câncer e tinha se curado, e ele prometeu que o primeiro gol que fizesse seria em homenagem a ela, e que ele iria jogar a camisa pra torcida, como sinal de uma homenagem de fato a ela. Todos os radialistas concordaram de imediato com a expulsão, e quando se ouviu a história do sujeito, todos os comentaristas esportivos foram totalmente favoráveis ao jogador e contrários ao Árbitro. O Árbitro, no intervalo, foi indagado porque ele tinha tomado aquela atitude. Ele disse: está na regra. Perguntaram a ele: - mas você não sabia? Aí contaram a história do jogador, tendo o juiz afirmado que se ele soubesse do fato não o teria expulsado; quer dizer, é uma regra que - e as regras no Brasil são assim - vale dependendo da história que você vai contar. Se você não tem uma história boa pra contar aplica-se a lei; se você tem, aí muda-se, readapta-se. Então, num sistema desses é mais difícil você ter um órgão de Estado.

O entrevistado afirmou que é favorável a ter Agências Reguladoras; contudo, vê a dificuldade que é estabelecer esse modelo por conta da nossa maneira de entender o mundo. Segundo afirmou, nós temos instituições que não podem ser instituições de Estado, no sentido de que a pessoa que está lá é um técnico sem ter um conhecimento profundo político, ou sem ter sido legitimada por um processo eleitoral, porque sempre fica fragilizado; quando o sujeito foi legitimado por um processo eleitoral, aquela decisão dele, na verdade, está respaldada por voto de muitas pessoas, e num país sem esse entendimento claro do que nós queremos, é mais complicado.

Após essas observações abordamos o fato de ser uma característica do Brasil - e que a cada dia vem se acentuando mais - que é o preenchimento de

cargos por interesses políticos partidários, inclusive de entidades que deveriam ter certa autonomia. Sobre essa questão o entrevistado afirmou que o Brasil evoluiu muito. Ao longo dos últimos anos, até os anos 70/80, pessoas ingressavam em carreiras do Serviço Público sem concurso. É relativamente recente a idéia do concurso público para preencher cargos do Setor Público, valendo destacar que 20 anos de história no País não é nada. Assim, houve muito avanço e todo avanço que há, traz, também, retrocessos e deve-se buscar os ajustes (adaptações).

O entrevistado afirmou sentir certo desconforto com a afirmativa acima, de preenchimento de cargos por interesses políticos partidários, inclusive de entidades que deveriam ter certa autonomia.

Como exemplo trouxe o caso público envolvendo Milton Zuanazzi, que foi Presidente da ANAC. Foi escolhido pelo Presidente da República e sabatinado pelo Senado. O Zuanazzi é engenheiro, havia sido Presidente de uma Cia. Telefônica no Rio Grande do Sul. Foi Assessor da Marta Suplicy; do Ministro do Turismo, enfim, já tinha uma bagagem. Então, currículo por currículo, o entrevistado afirmou que não sabia se o currículo dele depunha contra a indicação dele.

Nas palavras do entrevistado, obviamente que o papel não diz tudo, nem para contratar um Estagiário, você sempre faz uma entrevista para ver quem é o sujeito; então talvez tenha falhado, mas talvez tenha sido uma falha de avaliação, ou, talvez nem seja possível avaliar o desempenho de uma pessoa se viveu uma situação daquela.

Zuanazzi é uma pessoa que, a princípio, não teria competência para ocupar a posição que ocupou, e que o entrevistado afirmou não querer julgar isso. Foi uma indicação política, e que em tese não tinha competência. O entrevistado afirmou que não tinha muita certeza se, de fato, ele não tinha essa competência; se era possível, até detectar isso antes, porque muitas vezes só se sabe se a pessoa tem, ou não capacidade, até porque ele já tinha passado por provas importantes; pelo que consta não havia depoimento em contrário com relação à atuação dele nas outras passagens profissionais. Enfim, ali é o cargo que tem um aspecto político; talvez o que o Zuanazzi tenha falhado, naquela posição, justamente pela falta de conhecimento político. Não foi pela falta de conhecimento

técnico, até porque a função que ele ocupava, ele não tinha que ter conhecimento técnico tão grande. Ele tinha que ter o conhecimento político de operar com expertise aquele sistema.

Nesse instante da entrevista afirmei que essa é uma visão que quase ninguém comentou na ocasião. O entrevistado concordou e continuou sua manifestação afirmando que muitas vezes o problema, em entidades reguladoras, surge quando só estão presentes pessoas técnicas, sem experiência política. Segundo ele, o problema do técnico é que ele, regra geral, é mais engessado, tem uma visão de mundo muito dentro das suas premissas, de como ele vê, do que ele aprendeu, do que ele conheceu; óbvio, a pessoa pode ser preparada, inteligente; isso, não significa que seja uma pessoa obtusa no sentido de que não consiga conversar, dialogar; mas tem posições muito firmes. O político tem um "jogo de cintura maior", quer dizer, aqui a gente denigre muito a imagem do político, mas o político tem uma importância muito grande, o que a gente faz na verdade é um conselho, de qualquer lugar, você está ali, tem o seu conhecimento técnico, a sua formação, mas você é um político, você conduz politicamente o negócio, então, eu acho que a condução inclusive desse debate está muito mal encaminhada.

O entrevistado entende que tem que haver mais desse debate. Não é o fato de ele ser político que o faça ser ruim, isso não pode pesar negativamente; ao contrário, tem que pesar positivamente uma indicação de uma pessoa por um político. O que tem que pesar negativamente é essa pessoa representar um grupo de pessoas, um grupo de eleitores, um grupo de interesse específico. Você quer uma pessoa com perfil político adequado, mas que defenda os interesses difusos, ele não esteja amarrado com nenhuma base eleitoral, uma base eleitoral no sentido que represente algum grupo de interesses dentro da sociedade, seja ele qual for; todos os grupos são legítimos, sem dúvida nenhuma. Vivemos numa democracia; contudo essa pessoa não deve estar vinculada a esse grupo, é esse que é o cuidado que se tem que ter. Esse é o ponto. Ter relações faz parte; entretanto não pode estar comprometido com o grupo.

Nessa fase da entrevista indagamos ao nosso entrevistado sobre a conveniência de que entidades de Estado, por exemplo, tenham autonomia no sentido de ter mandato fixo. Perguntamos se esse instrumento, diante das

pressões que surgem, não é suficiente, como já aconteceu no passado com o Banco Central do Brasil, que tinha independência formal, mas não tinha fática e, hoje, ele tem fática e não tem formal.

O entrevistado afirmou não ter uma resposta, não ter uma posição fechada com relação a isso. Entende que muito mais importante do que ter independência formalmente, é tê-la informalmente. O Banco Central, hoje, tem uma independência legitimada através das suas ações ao longo dos últimos tempos. Tem dúvida se há necessidade de uma independência formal. Não se pode esquecer que o Brasil, em 1999, passou por um processo de mudança do sistema cambial, e que estávamos vivendo uma situação muito complicada do ponto da economia brasileira com reflexos obviamente, não só na economia, porque, isso é o detalhe, o que interessava, o problema é que essa questão econômica mal resolvida, ou problemática, estava gerando muitos problemas dentro da sociedade brasileira, com retorno de inflação, com desconforto, um desagrado muito grande da população como um todo. Imagine-se naquele momento se o Banco Central tivesse independência? Teria ocorrido um desastre, porque o Presidente da época, por mais competência que tivesse uma leitura, como um técnico, competente, mas, quem, na verdade, tomou a decisão política de fazer a mudança do sistema foi o Presidente Fernando Henrique Cardoso; não é economista, não é formado em economia, mas era o Presidente da República, que sabia o que estava acontecendo naquele momento, sentia o clamor popular, tinha o termômetro; até porque foi eleito por aquelas pessoas; então sabia o que as pessoas queriam, que tipo de risco, tinha até idosos envolvidos ali, tinham dilemas a serem resolvidos.

Quais eram os dilemas ali? Por um lado, estava perdendo reservas, uma pressão por causa do fixo, uma corrida contra o real, que chamava o termo técnico econômico, porque as pessoas estavam fugindo do real para entrar em dólar; por que o dólar estava congelado, as pessoas achavam que deveria haver uma desvalorização do real. E naquele momento o dilema era o seguinte, havia um risco do retorno da inflação, então, mantêm-se aquilo, e não corre-se o risco do retorno da inflação, mas com a corrida contra o real, com todo aquele cenário complicado, podia ter mais uma crise internacional? Ou, se fazia um movimento para a mudança cambial do sistema, que ia levar uma desvalorização do cambio,

e correria o risco da inflação; isso é um dilema, embora tenham questões econômicas envolvidas, é um dilema que o governante tem que sentir, e sente muito melhor do que o técnico que está lá, porque é uma decisão que pra ele é responsabilidade, não tem como ser diferente. Então, naquele momento foi importante que o Banco Central não tivesse autonomia.

O entrevistado observou que não estava nem criticando o Presidente da República, nem o Presidente do Banco Central da época, pois cada um tinha o seu papel naquele momento; o Presidente do Banco Central não podia tomar uma decisão política dessa envergadura. O problema é que tem certas situações, como o “apagão” que houve, tem-se o clamor popular pra solucionar aquilo: o tempo de um técnico é totalmente diferente do tempo de um político; o político tem a percepção do que representa uma hora de falta de luz, e o técnico não tem muita noção disso; quer dizer, o que representa aquele desgaste para a população. Então, o “apagão” requer medidas de um governante, de um político que, enfim, foi eleito pra produzir; ele tem que avocar para si a responsabilidade por isso, e tínhamos Agência Reguladora, que de alguma maneira se sentiu confrontada; teve a “comissão do apagão”, ou coisa que o valha, que o Pedro Parente até foi designado pelo Presidente da República Fernando Henrique, para assumir aquilo, e era decisão de Governo, não podia se esperar que fosse um grupo de técnicos, ou um grupo de pessoas com legitimidade, não pra tomar decisão daquilo; era uma decisão de Governo, então era uma coisa que necessitava; ou seja, tem vários casos e esses são os casos digamos assim, mais específicos. E, aí como é que se cria essa condição, como é que se cria uma autonomia que não é totalmente autônoma, às vezes tem-se que avocar; quando? Como é que se cria uma legislação que deixe claro “o quando”; que seja preciso, porque se alguém conseguir fazer, isso estará resolvido. Agora, como é que se faz isso? O tal do fato do príncipe.

Diante dessas manifestações, indagamos se isso não traria uma instabilidade para o mercado. Dizer: olha, há um quadro técnico aqui regulando por uma entidade independente. Você não acha que isso podia trazer uma instabilidade? A idéia é de que deva haver regras. Por exemplo, alguém vem de outro país. É investidor estrangeiro e quer conhecer as regras. Se existe, por exemplo, uma entidade reguladora no setor de Telecomunicações. Indaguei se

não teria uma sinalização negativa para o mercado, especialmente internacional, de que essa brecha, por exemplo, para em determinadas situações, permitiria ao Poder Público central avocar pra ele certas decisões. E se isso prejudicaria a idéia de segurança jurídica, de manter equidistância do Regulador frente o Estado e os usuários/consumidores.

O entrevistado afirmou que a segurança é importante. Sobre a questão das Agências Reguladoras ele se disse cada dia mais convencido de se tratar de uma questão de segunda ordem. Para ele quem cria essa segurança é o próprio país com a sua institucionalidade. Isso seria criado com o tempo, com o cumprimento dos contratos, é uma reputação. Não se consegue por no papel a reputação. O papel não cria reputação. O papel simplesmente dá, digamos assim, um maior entendimento do que é essa reputação, essa segurança, etc. Primeiro tem-se que ganhar reputação. Nós enfrentamos há alguns anos atrás o receio do risco, economistas chamam de "Risco do Principal". Não é o risco do lucro ser menor, é o "Risco do Principal". É ter uma expropriação (quase isso) do seu ativo, então põe-se o dinheiro ali, de alguma maneira se estatiza o valor ao bel prazer do governante do momento. Então, esse Risco do Principal era uma coisa que assustava muito; contudo, hoje em dia já estamos numa outra situação com a vinda do Governo do PT, que era um Partido importante; tinha um discurso da ala do Partido que deveria ter comportamentos erráticos com relação à condição de respeito às regras. Contudo, hoje em dia esses riscos não existem mais, essa reputação foi construída.

O entrevistado sugere que deva haver Agências Reguladoras em setores muito específicos, e que não deveria haver um movimento pra criar diversas Agências Reguladoras, porque, para o Brasil, não funciona muito bem. Somente algumas poucas, em setores importantes.

Nesse momento indagamos quais setores. O entrevistado trouxe dois: o "Apagão" e a Taxa de Cambio Flutuante. Indagamos, ainda, se além dessas entidades ele teria um exemplo, outra área em que se criaria uma entidade com autonomia. Isto é, além dessas áreas que nós já temos, se teria a sugestão de outra área que também contemplasse.

A resposta foi categórica: não. Segundo seu entendimento, a experiência brasileira com Agências Reguladoras foi um passo grande que demos e acha

extremamente válido. Disse ser cem por cento favorável ao que foi feito; contudo, o importante agora é nós aproveitarmos o que existe, e consolidarmos esse modelo, e na medida do interesse caminhar para aumentar o número de setores regulados; mas no momento é o contrário, ele sugere enxugar as Agências. Acha que tem setores, como por exemplo, o setor de Telecomunicações, onde claramente é importante ter uma Agência Reguladora. O entrevistado não alteraria o modelo do Banco Central. O Banco Central, como condutor da política monetária, tem outro papel que é importante, que é como Regulador do Setor Financeiro. Talvez essa área do Banco Central pudesse ser separada e aí poderia ser dada autonomia para esse órgão.

Segundo ele, não havia pensado muito como é que ficaria o arranjo de que, em quais setores deveria ter, ou não deveria ter, agências reguladoras. Claramente ele acha que está correto ter a ANATEL e a ANEEL, mas esta precisaria consolidar melhor o modelo. A ANP também é importante e precisa estar amadurecendo esse modelo; está num processo de amadurecimento. Deixou claro que não gostaria de criar mais Agências, porque tem algumas Agências que acabam se perdendo. A própria criação da ANAC entrou num contexto que não estava muito claro, muito bem identificado. É ruim, temerário, porque aí confunde-se “alhos com bugalhos”, e isso é perigoso. Então, dado que a nossa cultura é diferente da anglo-saxã, nós não sabemos claramente o que a sociedade procura, se é crescimento econômico, se é atender a “culpa” que nós temos em atender os idosos. Segundo ele, o Brasil é o país em que as pessoas estão mais culpadas em ter idosos com uma condição de vida pior.

Voltando aos reguladores, o entrevistado apontou com relação ao Banco Central que está se consolidando um modelo muito interessante do jeito que está agora. Só destaca a possível separação do Banco Central como Regulador do setor financeiro no sentido de tarifas etc., se é possível separar ou não, começaria a analisar um pouco nessa linha. Também não teria nenhuma proposta, só levantando uma possibilidade de encaminhamento da questão, quer dizer, que tipo de estudo teria que fazer na linha do setor financeiro, um pouco a SUSEP. Será que a SUSEP não tem que estar mais próxima também da Secretaria? Agora criaram uma super Secretaria de Fiscalização dos Fundos de Pensão. Será que o Fundo de Pensão Privado, Fundo de Pensão de Seguradora, também tem

que ter um tratamento semelhante? Talvez fosse interessante juntar tudo, dar uma autonomia, mas sem dar um mandato, tentar um modelo parecido com o do Banco Central, tentar criar uma coisa assim.

Concluiu que o modelo de Agência Reguladora foi uma experiência muito rica, mas já estão aí; vamos tentar entender um pouco melhor como que elas estão caminhando, como é que consolida, tem muita crítica com relação a atuação do Governo junto as Agências; vamos dar mais um tempo, eu acho que não precisa correr para isso. Temos que ver o momento político em que nós vivíamos e que elas foram criadas; naquele momento era fundamental que tivesse as Agências, porque não era claro para o Investidor se haveria respeito ao contrato, quer dizer, o “Risco de Principal” estava presente, agora não está mais, então não vamos mexer no que está aí, porque muitos ganhos foram conseguidos; mas vamos entender um pouco melhor o que a gente quer, como é que amadurece esse modelo.

5.2 Entrevista com Jerson Kelman – Diretor Presidente da LIGHT e Ex-Presidente da ANA e da ANEEL

Iniciamos a entrevista com a pergunta do roteiro, destacando a experiência do entrevistado na administração pública, como Presidente de duas Agências Reguladoras importantes no país, notadamente a ANEEL. Falamos um pouco, a título de introdução, acerca da retirada da regulação de determinadas áreas, de setores, da administração pública hierarquizada (típico modelo weberiano), e ingressar no modelo de administração pública “gerencial”, no qual algumas entidades passam a ter autonomia, independência, ao menos no desenho institucional. A questão é posta e direta: foi bom para o Brasil? É bom para o Brasil? Nós devemos continuar com este modelo, e criar novas entidades autônomas?

O entrevistado iniciou sua resposta dizendo que essa questão da autonomia depende da funcionalidade na entidade. Não está implícita na pergunta, nem ele concordaria que todas as Agências, por exemplo, do Executivo, virassem entidades independentes e autônomas. Para ele, isso não teria lógica nenhuma porque eliminaria a hierarquia, e o comando onde precisa ter comando.

Portanto, a independência de Agência Reguladora, ou de outros estágios, como Banco Central, por exemplo, esta atrelada a funcionalidade. Para se ter independência tem que ter autonomia administrativa; mas quando é que a independência é algo relevante? É quando aquela área necessita de ter uma entidade independente. Por exemplo, tratou da regulação de serviço público de infra-estrutura em que os investimentos duram muitas décadas. É o caso típico a independência do Banco Central, que, segundo o entrevistado, é o óbvio. Acha até que existem algumas Agências Reguladoras, que, na realidade, tem vocação para serem Agências Executivas, e não precisariam ter independência; precisariam ter mais flexibilidade administrativa, que é outro assunto, mas não independência. A própria ANA, que o entrevistado foi um dos principais criadores, tem mais um perfil de Agência Executiva, do que de Agência Reguladora. Deve-se ter Agência Reguladora no caso de monopólio natural; os investimentos são de longo prazo e a empresa não pode retirar a infra-estrutura e deslocar para outro local. Enfim, quando é necessário para o investimento, para a participação no capital privado, que haja uma entidade que veja o contrato de concessão, se for o caso, por um período muito superior ao período de mandato presidencial. Nesses casos, você precisa ter gente com mandato, que tem o mandato para olhar a longo prazo, e tenha independência em relação a que tem o mandato de olhar o curto prazo. Não é que tenha o mandato só olhar o curto prazo, o Presidente da República; por definição, teria que olhar o longo prazo, mas na prática, olha só o curto prazo; você precisa ter alguém que realmente tenha obrigação de olhar a longo prazo.

Nesse instante indagamos, com essas observações, se o entrevistado considerava alguma área que esteja hoje vinculada a algum órgão, ou mesmo entidade absolutamente subordinada a Presidência, ao Chefe do Poder Executivo nos três níveis e que deveria sair dessa esfera, e ir para o modelo de independência decisória. Por exemplo, esses dias o Presidente da República falou na questão da Autoridade Olímpica, que ele está pensando em criar sob a forma de que os dirigentes tenham mandato fixo. Indaguei se o entrevistado indicaria alguma entidade, ou algum órgão, que deveria também migrar para este modelo de independência.

Para ele o óbvio é o Banco Central que, na prática, já é isso; não é formalmente, mas já é de fato. Se o Banco Central não exerce essa independência de fato, é um problema. Mas ele poderia migrar para ser formalmente. Fora isso, não. Para o entrevistado a autoridade olímpica, por exemplo, não haveria necessidade. Ela não regula um serviço continuado, ou uma coisa de longo prazo, um investimento de infra-estrutura a longo prazo, a não ser que esteja associada à concessão, mas aí não é autoridade olímpica, é um serviço público. Ao contrário, acha que de novo tem uma confusão.

Segundo o entrevistado, o ministro Bresser Pereira foi muito claro na divisão entre o que é Agência Reguladora e o que é Agência Executiva e que ele mesmo, no passado - e muitas outras pessoas - acabaram misturando essas coisas; isto é, na busca de flexibilidade administrativa acaba vestindo uma roupa que é de independência decisória, que não é necessária. Então, para ele há modelos que não estão associados a independência decisória, mas que necessitam sim de alguma flexibilidade administrativa que são as OS, OSCIPs, e coisas desse tipo que são bons, ou Agência Executiva que também é boa, e que nós exploramos pouco aqui. Não ocorre ao entrevistado, além do Banco Central, nenhuma outra entidade que deveria migrar para ser Agência Reguladora. Acha o contrário, como já disse antes que algumas Agências Reguladoras poderiam ser Executivas.

Os jornais publicam que essas entidades, que deveriam ser independentes, são aparelhadas com preenchimento de cargos por indicados puramente políticos, interesses às vezes meramente partidários. Perguntando sobre essa questão, indaguei se haveria algum problema de ter uma indicação de alguém que está ligado a um determinado grupo partidário, ou se isso não afetaria porque depende da pessoa que esteja lá. Às vezes ele tem um foco político partidário, mas é preparado tecnicamente.

O entrevistado disse que já ouviu muitas vezes comentários de que não importa que o João da Silva tenha sido indicado pelo Partido XPTO, porque o João da Silva é um técnico muito competente, tem capacidade de exercer o cargo de dirigente, por exemplo, de uma Agência Reguladora. Ele não concorda com o argumento, e pensa que preencher cargos nessas Agências por indicação política

é uma praga que deve ser evitada, porque, por definição, o dirigente deixou de ter independência, porque ele foi indicado por um grupo político.

Frisou que não estava dizendo que o grupo político seja mal intencionado, mas ele já deve lealdade, e, portanto, algum tipo de tendenciosidade nas suas decisões àquele grupo político; acha que isso deve ser evitado no Brasil. Outro modelo é o que se faz nos Estados Unidos, que isso é explícito, quer dizer, explicitamente, aquele sujeito é um representante do Partido XPTO; aí, é outra coisa, é uma composição de partidos políticos. O entrevistado afirmou que não gosta desse modelo, mas funciona nos Estados Unidos. O ruim é entre nós, porque você veste, como se o cidadão fosse um cidadão independente, mas na realidade ele não é. Recentemente, mas no passado não era indicado por um grupo político.

Disse que nos dois cargos que ocupou na Agência Reguladora não foi indicado por partido político, e não aceitaria. E, nessa linha de raciocínio, sempre defendeu o ponto de vista de que o dirigente da Agência Reguladora não deveria ter um segundo mandato. É um assunto correlato, porque acha que a independência passa por não ser indicado por nenhum grupo, ser convidado por seus predicados pessoais, e foi assim nos seus dois casos, e não pretender ser reconduzido, porque se pretender ser reconduzido, mesmo que inconscientemente, o regulador já começa a perder independência.

Perguntamos ao entrevistado qual seria o maior desafio do Brasil para a consolidação deste modelo de Estado, ou seja, esta idéia de ter entidade reguladora independente. Qual é o desafio do Regulador, objeto, inclusive, de um livro escrito por ele? Também perguntamos se haveria algum instrumento, algum elemento para se assegurar a independência dessas entidades? Por exemplo, deveriam os dirigentes de entidades independentes ser eleitos? O entrevistado disse que a sua experiência de 4 (quatro) anos na Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, as condições de exercício do mandato que enfrentou, o permitiram ter independência. Isso significa o seguinte: que sob o ponto de vista de aparato legal, não vê necessidade de nada mais. Independência, para ele, não é birra, não é se contrapor ao poder constituído, só para mostrar que é importante, não aparecer, nada disso; ser independente é entender onde está o interesse do governo, eventualmente, ou do Parlamento; enfim, não coincide com

o interesse do consumidor, não coincide com o interesse de quem presta serviço público, ou coisa assim. Então, é entender claramente qual o seu papel, e não ter constrangimento de, por exemplo, chegar para quem o indicou para o cargo e dizer: lamentavelmente eu não posso atender esse seu pedido, porque é legítimo seu ponto de vista, e não tem nada de errado; contudo, não coincide com decisão de longo prazo. Ou ser injusto, por exemplo, com o concessionário. Na experiência do entrevistado, julga ter conseguido. Então, se ele conseguiu, ele entende que é possível. Não é sem esforço, não é sem constrangimento, quer dizer, não é agradável chegar para uma pessoa que lhe convidou para o cargo, e um ano depois dizer: olha, não vou fazer o que está pedindo. Isso não é agradável. A tendência humana é ser mais cordial. Então, você tem que ser às vezes não cordial. Então, isso não é simples, e é no fundo uma questão de escolher as pessoas que estejam dispostas a serem antipáticas. O entrevistado comentou que até no livro ele brinca que no início, na introdução, quando começou a escrever o livro imaginava que ia dar o título de: "Como influenciar as pessoas e fazer inimigos". Esse é o papel do Regulador, fazer inimigos, ser um sujeito impopular. A visão era um pouco pessimista, e não é tanto assim, e mudou o título para: "Desafios do Regulador".

Na realidade encontrou condições mais favoráveis do que se vislumbram no horizonte; porque no horizonte o que você observa: primeiro é que, de fato, cada vez mais, lamentavelmente, observa-se que os dirigentes das Agências têm que ter um respaldo político, que ele não precisou. Ele não precisou e outros também não precisaram; contudo, agora se vê cada vez mais precisando isso, o que ele acha lamentável. Não importa a honestidade e a capacidade do indicado, mas ele necessitar de uma indicação; ele acha isso péssimo. O Projeto de Lei que está lá tramitando no Congresso há muito tempo (PL3337/2004), ainda bem que não saiu, ele, na visão do entrevistado, ao criar a figura do Ouvidor diminui mais ainda a capacidade de independência do dirigente de Agência Reguladora. Faz uma comparação da Rússia, stalinista, em que havia o comissário do povo, que era, vamos dizer, o representante do Partido, ou na Universidade, ou no Exército, em todo lugar tinha assim o representante; não era nem do poder, porque dentro do Governo havia o representante do Partido; era do grupo dominante, e isto daí, na experiência soviética não foi boa, eu acho até que traiu, criou, enfim, uma série

de disputas de poder. Esse Ouvidor, de brincadeira ele chamava do comissário do povo - seria um sujeito que ficaria olhando sobre os ombros dos dirigentes, dizendo: ahh, aqui tá errado..., não teria nenhuma responsabilidade de tomar decisões, ele só ficaria dizendo o que os outros erram. Finalizou a entrevista com as seguintes palavras: "Aliás, esse modelo; que a gente tem no país.... isso fruto de muitas razões, mas este modelo que nós temos de ter pessoas especializadas, que não fazem, e ficarem olhando sobre os ombros dos que fazem só para achar o que está errado; e pessoas que nunca experimentaram fazer, que não sabem fazer; é o modelo que está errado, quer dizer na China ainda de Mao, o sujeito só chegava; agora não deve ser mais assim, mas o sujeito só chegava a ser Engenheiro, se antes fosse operário, entendeu? Quer dizer, o sujeito tinha que ter vivido para saber criticar, para saber como é que pode fazer melhor, mas era isso."

5.3 Entrevista com Luiz Alberto Machado Fortunato – Ex-Dirigente da ELETROBRÁS e Diretor do ONS

Começamos a entrevista comentando algumas mudanças no Brasil, ou, pelo menos, tentativa de mudanças na estrutura da administração pública, classicamente estruturada pelo modelo weberiano, ou seja, hierarquizado, com decisões de cima para baixo etc., conhecido por "modelo racional legal". Comentamos acerca da criação de Agências Reguladoras e uma Agência Executiva (o INMETRO) e sobre as especificidades do ONS, cuja estruturação é híbrida; ou seja, tem natureza privada, seus estatutos sociais foram aprovados por meio de lei, constituído como associação sem fins lucrativos, mas a diretoria tem um mandato. Estar-se diante de uma Instituição que não tem na tradição brasileira sua origem, mas de outro lado, segue, de certa forma, na linha de uma administração "Pública", que não é pública, mas têm interesses públicos envolvidos, mais voltado para o modelo de administração pública gerencial.

Indagamos, assim, ao nosso entrevistado como é ele compreende esse modelo brasileiro em que houve certo temperamento do modelo de administração pública hierarquizada, com a criação de entidades com autonomia, independência decisória (ou, certa autonomia), a exemplo das Agências Reguladoras, e o próprio

ONS. Como dito, em que pese ser o ONS uma entidade privada, foi criada por lei e os dirigentes têm mandato. Perguntamos se ele via como tendência; se esse caminho está funcionando e se deve ser replicado para outras áreas, outras entidades, outros setores.

O entrevistado vê esse modelo como tendência; contudo entende que deve haver contínuo aperfeiçoamento do modelo. Recordar-se que numa discussão sobre a campanha presidencial, onde os dois candidatos mais votados em pesquisa de intenção de voto estavam discutindo essa polarização entre: Estado Indutor e Estado Regulador (a ex-Ministra Dilma e o ex-Governador José Serra); e já estava num tom de conversa diferente, de uma polarização de situação e oposição. O entrevistado esclareceu que essas questões foram muito discutidas na reestruturação do Setor Elétrico e hoje vê as discussões como sendo sobre calibrações, sobre adequações, e não mais sobre reversão (já é uma nova etapa).

O entrevistado vê, portanto, como tendência, mas ainda, com muitas preocupações sobre, principalmente, o quadro e a consistência dos órgãos regulatórios. Ele trouxe como experiência, ocorrida em 1998, em um curso que participou na Universidade da Flórida. Esse curso foi feito à época para preparação dos países de terceiro mundo que receberiam investimento internacional. Nessa ocasião, o entrevistado teve contatos com muitos reguladores, muitos profissionais de Regulação dos Estados Unidos, que é o país que tem muito mais experiência do que a Inglaterra, que foi modelo assim paradigmático, que nós levamos em conta no final do século passado. Nessa ocasião o entrevistado só encontrou pessoas muito experientes nas diversas comissões. Advertiu que devido a estrutura política americana, cada Estado tem uma Constituição parcial autônoma, e um regulava água, um regulava gás; e os reguladores eram todos pessoas de cinquenta, sessenta anos, e que tinham uma vasta carreira, vastíssima experiência de trabalho, enquanto que os brasileiros estavam começando a emergir, e submergir naquele mundo sem entender. Critica o fato de não ver isto ainda reproduzido no Brasil.

Nos órgãos regulatórios o entrevistado identifica certa desvalorização do profissional; não que seja planejado, mas ele acaba alavancando carreira nas Agências para poder receber salários e reconhecimento profissional, e com esse

tipo de fragilidade em qualquer dos campos regulatórios haverá dificuldades. Então, ele entende que esse é o ponto que mais chama atenção: a fragilidade. Politicamente, acha que são poucas as vozes hoje que atacam a idéia da Agência, ou, ainda confundem com papel de Governo. Ressalta que, ainda hoje, tem-se que discutir muito sobre Estado e Governo. Mas, o que mais o preocupa é a inconsistência e fragilidade das equipes. Afirma que no ONS recebe pedidos da ANEEL, que é a Agência mais próxima, para ajudar com o quadro técnico, porque eles têm dificuldades para manter.

Nesse momento da entrevista indagamos, diretamente, se o entrevistado entende ser possível separar questões de Estado e questões de Governo na prática, para tentar criar essa neutralidade política.

Ele respondeu que é possível; contudo entende ser uma missão difícil. Segundo ele, é simples anunciar e difícil de fazer. Trouxe como exemplo sua experiência no ONS. No ONS viveu situações críticas e só na situação crítica é que se coloca em risco; na calmaria – segundo ele - não vê problema. Viveu situações críticas no período do racionamento (ou black-out, ou racionamento de longo prazo, ou black-out de curto prazo), tanto no Governo do FHC, quanto no Governo Lula; e nas duas situações percebeu que o governo confunde ou tende a confundir o que é Estado e o que é Governo. E isso pode comprometer a neutralidade, o lastro técnico, que tanto é necessário e pode e deve ser desenvolvido na Agência, quanto no ONS (que tem caráter híbrido, um pouco Agência, um pouco instituição, de natureza técnica). Exatamente por essa face, esse “multifacetamento” do ONS, é que às vezes o faz ser atraído por uma forma de atuar. Entende que para que isso tenha o mínimo prejuízo para a sociedade é importante haver: democracia desenvolvida, discussão, transparência, colocar só em prática aquilo que já são os valores declarados do ONS, mas que sempre terão maior dificuldade para serem colocados na prática, dependendo da situação crítica.

Para o entrevistado, a maturidade, a discussão técnica, a consciência sobre cidadania, a transparência, são questões que precisam ser desenvolvidas no país, de uma maneira geral, não só na função do ONS, como na saúde, na segurança pública, e como qualquer uma vai acabar sendo melhor fiscalizada, e portanto, exercida. Afirma: “Sem a fiscalização democrática não vamos nos iludir

de que a natureza humana, sempre vai permitir que haja caidinha para um lado, ou por outro”.

Nesse estágio da entrevista indagamos quais são os maiores desafios no Brasil para a consolidação desse novo modelo, ou seja, uma preocupação maior com a tecnicidade, com a manutenção de regras, com a estruturação de entidades a exemplo do que acontece em parte com o ONS. Ele afirmou que sintetiza tudo na palavra “reconsciência”. Isto significa consciência do papel da organização, consciência do papel de que a sociedade tem de expectativa, como a vida hoje é dinâmica, e o tempo todo mudando, nenhuma instituição pode se fechar em si mesma; ela tem sempre que encontrar canais para exercer a sua sustentabilidade no sentido mais amplo de relação. O entrevistado citou a expressão “stakeholder”, mesmo afirmando que fica estranha dentro do ONS, mas é a expressão – segundo ele - que a literatura de administração usa mais, e, no fundo, traduz todas as faces que o ONS se relaciona: os agentes como numa associação, o governo, a sociedade, o consumidor de uma maneira geral. Ressalta que “quanto mais houver discussão, debate, entrelaçamento, consciência sobre isso, maior é a probabilidade que cometamos, ou nos mantemos em erro persistente, ou de efeito muito grande; errar nós vamos sempre errar. Isso é.. não é chavão, mas é da natureza humana, a gente sempre vai errar. Agora, se a pessoa se encastela, ou se ilude, ou cria mecanismos de gestão, governança, que embutem dentro desse autoritarismo, ou cerceamento a uma crítica, ou a qualquer condicionamento de antagônico, ou discussão, aí, a chance de a gente ficar persistindo é maior. Eu diria a você que a gente já tem isso, os quadros novos do ONS, 13 ou 14% dos nossos quadros são formados por programas de trainee, meninos e meninas jovens. Eles já trazem dentro de si uma disposição para discussão, que quando a gente por erro, ou até por falha, mesmo inconsciente cerceia; o olhar deles é dizendo: eu não estou entendendo; porque que não pode discutir? Então, essa força que vem da juventude, do novo, e daquilo que tem de novo na gente, é que a gente deve tentar manter viva, porque ela coloca a não discussão, sob uma ótica que não tem sentido”. Alertou, o entrevistado, que quem já viveu de alguma forma, de um lado ou do outro, em modelos mais autoritários tem sempre um pouquinho desse perfil, e pode correr o risco de cair nesse erro.

Questionamos o entrevistado acerca da discussão nacional sobre o aparelhamento de algumas entidades por meio do preenchimento de cargos por indicados políticos, voltados para uma política partidária. Perguntamos a opinião dele se esse fato prejudica a idéia de manter um Estado ou órgãos de Estado mais autônomos, mais livres. O entrevistado entende ser uma questão de gradação. Não sabe identificar algum país, ou alguma situação institucional jurídica, que consiga separar esse modelo totalmente. Ele entende ser uma “idealização tola”. Portanto, prefere tratar a questão como sendo de gradação. Ele mesmo exerceu um mandato de diretor no ONS com injunções políticas; contudo, tomou cuidado para fazer isso com um nível de consciência, e base, e auscultação, de modo que a ponderação pudesse ser adequada.

Para o entrevistado, sempre haverá esforço para influência política. Por isso, afirma: “quanto mais democrático, mais transparente mais discutido for o processo, menor é a chance de se ter. O ONS, até agora, conseguiu se proteger de uma forma razoável, muito boa, até hoje; é uma exceção. Tomando como média uma exceção; há um espírito para preservar isso. Num passado mais recente, a gente andou na faixa perigosa, conseguiu dar uma escapada; é preocupante? É. Mas, ainda é uma idealização que deve ser mantida, essa de tentar ponderar a influência política, na medida em que o Governo tem direito a indicar três integrantes da direção do ONS (estamos falando só de direção); nós conhecemos várias empresas do Setor Elétrico, que tem influência política nos Estados, chegam naquilo que chamamos de “primeiro nível de gerência”. Há casos no setor elétrico que o primeiro nível de gestão numa empresa já é aparelhado. Isso não é recomendado. Então, entre uma coisa e outra, há espaços que podem ser vivenciados.”

Perguntamos ao entrevistado se esse modelo do ONS (modelo híbrido) seria recomendado para implantação em outras áreas, outras entidades ou órgãos públicos (mandato fixo, mais autonomia). Também indagamos qual(is) seria(m) o(s) instrumento(s) que ele identificaria como relevantes para conceder - ou assegurar - a autonomia. Seria o caso de manter o mandato fixo, obrigar a todos assinarem contrato de gestão ou, até mesmo, passar ao sistema de eleição direta dos conselheiros?

O entrevistado asseverou que o modelo do ONS surgiu no âmbito da onda da reforma do Setor Elétrico da Inglaterra. Segundo ele, haviam razões políticas diferentes; mas algumas coisas boas nós aproveitamos. Nas suas palavras: "Eu acho que essa forma de compor autonomia, principalmente saindo da Lei 8666/93 (a lei de licitações), que é uma falácia, que induz eficiência, ajudou muito o ONS. Realmente isso dá outra alternativa para responsabilidade de gestão. Você tocou em contrato de gestão, já foi muito discutido, hoje já não se fala tanto. Mas, o espírito do que está por trás, acho que deve ser resgatado. Eu acho mais importante, até do que um mandato; é uma organização estabelecer compromissos claros sobre as partes interessadas, objetivos; o que ainda não conseguimos no ONS, por exemplo, o nosso planejamento estratégico, só nesse exercício, ele foi feito com consulta com agentes, e com algumas instituições de fora, mais, ainda, não ganhou a repercussão que a gente acha que deveria ter."

Comentou que entidades que atuam em questões de Estado e Governo (citando o caso da criação da Autoridade Olímpica Brasileira), deveriam ter um compromisso de deixar claro qual o objetivo da gestão de modo que cada segmento pudesse acompanhar e verificar o que é que está acontecendo. Para o entrevistado, a independência e autonomia não passam por eleição, pelo democratismo no sentido mais pobre da idéia. Acha que uma organização como essa não deveria ter seus dirigentes passando por eleição, no sentido mais amplo. Eles deviam, sim, ter uma exigência técnica, de habilitação, ser submetido a um Conselho ou um grupo de colegiado que tenha essa responsabilidade. Submeter um plano de Governo, um plano de gestão, e serem cobrados por aquele plano de gestão. "Isso a gente ainda não conseguiu no ONS. Eu acho que a gente do ONS, ainda não é o ponto que eu acho ideal de afastamento de Governo. Por quê? Não é só a questão do Governo estar hiperbólico, é questão de que os Agentes, enquanto participantes de uma associação, no Brasil ainda dependem do Governo de uma forma tal, que não exercem adequadamente".

Afirmou que a despeito de no setor elétrico ter associações de consumidores, eles ainda não conseguem alcançar, de forma mais clara e imediata, os seus desejos, e traduzir isso na governança do ONS. Ressaltou que ainda tem um sentido técnico, inercial do passado, herança de órgão colegiado de gestão, mas com a variedade de fontes alternativas com interdependência de gás,

energia elétrica, relações internacionais, com toda a dinâmica do mundo hoje, esse tipo de modelo de gestão precisa se tornar mais automático. “A gente está vendo a crise do Irã, da relação do acordo Brasil/Turquia/Irã, está vendo como os organismos do mundo têm que se adaptar a novas conquistas. Eu acho que a governança do ONS ainda tem um desafio nos próximos anos para se tornar mais rapidamente, conectada com os interesses da sociedade, dos seus associados para poder traduzir no seu planejamento, e poder sentir e corrigir os rumos...”

Nesse ponto da resposta, intercedemos para que o entrevistado se posicionasse se esse seria, então, um modelo a ser adotado? A resposta foi de que pode ser; é um ponto de partida. Ao comentar a Autoridade Olímpica Nacional comentou o setor voltado ao futebol olímpico. Sobre esse aspecto afirmou: “Eu acredito que a maior parte do povo brasileiro se sente um pouco afastada da governança da CBF, que é uma instituição que trata de uma paixão nacional, e, no entanto, adota modelo de gestão, técnico. Influencia o humor de duzentos milhões, durante, não só os meses da Copa; no entanto não há nenhum tipo de auscultamento, no sentido de que: o que pensa, o que se espera. Há uma decisão centralizada. Acha que a exemplo do Comitê Olímpico Brasileiro, mais do que a CBF, poderia ser adaptada, aperfeiçoada para uma gestão, também de alguma maneira, ou se situasse sobre qual a importância, isso na cultura brasileira.

5.4 Entrevista com Luiz Alberto dos Santos – Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República

Começamos a entrevista tratando diretamente o tema da concessão, ou, a determinação de autonomia e certa independência decisória para algumas entidades no Brasil (Agências Reguladoras e outras entidades). Trouxemos como exemplo sobre a Autoridade Olímpica Brasileira (objeto de Medida Provisória recentemente expedida pelo Presidente da República), cuja estrutura de comando terá mandato, fixo.

O entrevistado iniciou sua exposição comentando o conceito de “flexibilização” na administração pública brasileira. Segundo ele, este é um

conceito um pouco problemático, porque vem associado particularmente no discurso da nova gerência pública, a idéia da ineficiência no âmbito da administração pública, e a necessidade da administração pública implementar formas de gestão que permitam gerir a coisa pública conforme padrões de comportamento e decisão que são aplicados na área privada.²²⁵

Ressaltou que há aí um equívoco central, que é o de fazer comparações de uma forma um pouco generalizada, como se fosse efetivamente importante e necessária - e até possível - que os dirigentes públicos se comportassem sob a lógica do setor privado.

Na verdade, essa discussão permeou grande parte do debate que foi travado na época da reforma da Emenda 19, e do programa nacional de politização e das ferramentas que o ministro Bresser Pereira quis implementar com esse mesmo objetivo. E, de alguma medida, acredita que o Ministro Bresser não obteve o resultado que ele esperava em termos de adesão dentro do próprio Governo.

Primeiro porque, quando se fala em flexibilização da gestão, uma boa parte do modelo gerencial depende da disponibilidade de recursos, do ponto de vista fiscal, que não estavam naquele momento disponíveis, e mesmo que estivessem disponíveis, demandaria outras pré-condições para que se pudesse atuar na lógica da flexibilização.

Segundo ele, uma dessas pré-condições, que foi muito debatida, precisamente a inexistência de uma estrutura e um corpo gerencial consistente no âmbito da administração pública, que pudesse evitar - ou contornar - os problemas derivados da má conduta dos agentes públicos, quando se afastam certos tipos de controle, ou regras de procedimento. Então, como por um lado não havia recurso, por outro lado não havia condições de gestão para adoção do próprio modelo que pressupunha, na visão de muitos, uma estrutura consolidada inclusive do ponto de vista burocrático.

Ocorre que a discussão foi feita sob o prisma de tentar estabelecer regras no âmbito da Constituição, e no ordenamento jurídico infraconstitucional, que autorizassem os dirigentes públicos a executar programas e adotar modelos com

²²⁵ Sobre o tema, veja-se: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

menor restrição no âmbito do Direito Público especial. Por exemplo, em relação à questão do regime jurídico único, substituir o regime jurídico único por uma legislação que pudesse copiar a legislação trabalhista; nesse ponto, inclusive, a Emenda 19 foi frustrada porque a alteração constitucional não foi validada. Lembrou que o Supremo Tribunal Federal, numa ADI, considerou que não foram cumpridos os requisitos formais para sua aprovação e retornou o texto do Artigo 39 caput, e é uma lei que foi aprovada regulamentando aquela alteração constitucional que se tornou uma lei “tampão”, só serviu pra criar poucos casos na administração federal, mas nos Estados houve mais casos; isso gerou até um paradoxo, porque o Supremo Tribunal Federal, se algum dia vier a julgar o mérito dessa Ação, vai ter que analisar sob esse prisma também.

Do ponto de vista da estrutura organizacional, o entrevistado enfatizou que o modelo partia da pressuposição da criação de novos tipos, como as organizações sociais (OS), também bastante questionadas do ponto de vista da sua validade constitucional. Há uma ação direta de constitucionalidade que foi promovida pela OAB e outra ação pelos Partidos Políticos, que ainda estão pendentes de decisão, em que foi denegada uma liminar, mas num julgamento muito complicado, inclusive com mudança de votos em virtude de receio de que uma decisão que parecia clara pela constitucionalidade do modelo, pudesse acarretar algum tipo de descontinuidade na esfera da prestação de serviços na área de saúde, particularmente, tendo em vista que alguns Estados, como São Paulo, avançaram muito nessa matéria em termos de implantação.

Na esfera Federal foram pouquíssimos os casos, não haveria tanto embaraço, mas o modelo de OS era, digamos, a pedra de toque desse modelo que partia da pressuposição de que é possível adotar, como regra, o regime de Direito Privado na Administração Pública com entidades que fossem custeadas e financiadas com recursos públicos; pudessem gozar de benefícios e privilégios da sua relação com o ente estatal, mas que não fossem elas mesmas entidades públicas. Isso gerou um debate sobre problemas que traria em termos de apropriação de recursos, patrimonialização, corrupção, perda da equidade no acesso etc.

A experiência internacional foi debatida na época. Particularmente o Reino Unido permitia que se tivessem algumas ressalvas em relação a esse

modelo. Ocorre que no elemento autonomia de gestão, nesse caso, ele não considerava como um fator fundamental, fator importante, uma visão mais abrangente dos problemas da administração pública; mas como se fosse possível, abandonando o modelo de administração pública, contornar os seus problemas.

A prática, segundo o entrevistado, demonstrou principalmente no período do Governo do Presidente Lula, que existe muito que se precisa fazer para, sem abandonar o regime direito público, tornar a administração pública mais ágil, mais eficiente etc. E as discussões sobre as Agências Reguladoras é uma discussão particularmente importante porque é preciso trabalhar com o conceito de autonomia (para alguns a palavra usada é “independência”), que valorize outro tipo de autonomia, que é autonomia decisória, a capacidade de decidir sem sofrer interferências políticas, sofrer pressões etc., que desvia a entidade daquele papel que a Constituição e a lei lhe asseguram que é o de regular, fiscalizar etc., de forma, portanto, isenta.

Nas palavras do entrevistado, “esse conceito de autonomia é um outro conceito de autonomia, que, de certa forma, depende da autonomia de gestão, da capacidade de ter recursos e tomar decisões administrativas, inclusive, sem ter que pedir permissão. Num contexto da administração pública essa questão também é complicada, na medida em que as Agências Reguladoras, em grande medida, dependem de recursos orçamentários, e disputam esses recursos orçamentários com conjunto da administração pública, com outras autarquias, fundações, órgãos de administração direta, muitos deles prestadores de serviços essenciais e no orçamento limitado, restrito, a parte do leão nem sempre pode ser apropriada por conta desse tipo de conceito. Ocorre que nesse período que nós vivenciamos, tentou-se rediscutir a questão da autonomia das Agências Reguladoras no sentido de qualificar melhor esse conceito, e de assegurar instrumentos no exercício dessa autonomia decisória e operacional, sem perder de vista a necessidade de que as Agências Reguladoras, como outras Instituições, ofereçam resultados, garantam que a prestação do serviço público vai ser atendida a custo razoável, tempestivo e correto. Essa matéria foi objeto inclusive de medidas adotadas setorialmente, e muitas das Agências melhoraram

essa gestão; mas, também, por alguns incentivos do Executivo como a discussão travada no âmbito do projeto de Lei das Agências Reguladoras”.

Além disso, enfatizou o entrevistado que o Governo trabalhou também na criação do quadro de pessoal das Agências, a estruturação de um quadro efetivo para a realização de concursos. Esses concursos foram realizados, hoje o conjunto das Agências Reguladoras está em torno de 6.000 funcionários concursados que não existiam até 2003, são funcionários contratados de 2004 pra cá; em função desse modelo, que por, um lado, reforça a autonomia decisória porque dá capacidade operacional e de funcionamento que elas não tinham. Por outro lado, vinculando também o instrumento de prestação de contas, de *accountability*, de transparência no processo decisório das Agências, com o propósito de legitimar essa autonomia que foi cada vez mais reconhecida como um atributo; a autonomia decisória nos seus campos de competência, como atributo fundamental para as Agências.

Afirmou que o governo conseguiu evoluir, mas tem dificuldade de avançar, por exemplo, em relação a questão orçamentária, ao ponto, por exemplo, de conferir à essas Instituições um orçamento fechado, e totalmente segregado. Uma das discussões travadas a respeito disso passou pelo reconhecimento, que inclusive foi acolhido pelo parecer do Deputado Ricardo Barros, por acordo com o Governo, mas não foi votado ainda, que prevê que as Agências seriam unidades orçamentárias autônomas, não mais dentro do próprio Ministério, mas tendo o mesmo nível que os próprios Ministérios no Orçamento Geral da União; com isso elas não precisam mais negociar com o seu Ministro os seus limites de orçamento, mas diretamente com o Ministério do Planejamento que é o órgão que coordena todo o orçamento federal. Essa questão orçamentária é, ainda, um problema particularmente quando temos algumas Agências que se vêem detentoras de direito à apropriação integral de receitas que elas arrecadam em função do exercício do seu poder de polícia, ou em função do exercício do poder concedente; isso gera algumas distorções. Nesse momento, inclusive, nós temos um trabalho sendo feito. Contratamos uma consultoria no âmbito do PRO-REG, que é o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação, para esmiuçar esse problema da execução orçamentária e financeira das Agências vis-à-vis suas fontes ou

receitas próprias, e as fundamentações legais de cada uma dessas receitas para nós podermos fazer um julgamento mais consistente. Por ora, o que a gente tem são argumentações das Agências que dizem que arrecadam X, mas só recebem um décimo de X. Por outro lado, nós temos uma visão orçamentária que vê o orçamento como um todo, e, portanto, prevê a alocação de recursos onde eles são necessários, senão na fonte de onde eles provêm, naquele órgão. Então, essa matéria continua em aberto.

Do ponto de vista da flexibilização da gestão, o entrevistado afirmou que o governo está buscando, em alguns momentos, traduzir em alterações legais certas necessidades que transcendem as Agências Reguladoras, mas são demandas vinculadas a ações de Governo, a necessidades urgentes, e que muitas vezes estão associadas a calendários, programas: é o caso, agora, do cronograma das obras para Olimpíada e Copa do Mundo. O Governo terá uma responsabilidade muito grande nisso tudo, e a criação da Autoridade Olímpica partiu precisamente da noção de que para que esse cronograma seja cumprido era preciso um esforço articulado, estruturado, e organizado institucionalmente da União, do Estado do Rio e do Município do Rio, para dar conta da grande complexidade das tarefas; então, foi criada na figura de consórcio público, que será liderado, terá como Presidente dessa Autoridade Olímpica o representante da União, e que terá um mandato; abaixo dessa autoridade olímpica, desse dirigente, desse Presidente, e dos demais componentes que compõem o Conselho Olímpico, haverá uma Diretoria Executiva composta por 1 Diretor Executivo e 6 Diretores, que vão cuidar da gestão do dia-a-dia. A autoridade olímpica vai fazer as articulações políticas com os Órgãos Internacionais, com a FIFA, com o Comitê Olímpico Brasileiro, no caso das olimpíadas, para que o calendário, então, seja cumprido e as exigências sejam observadas; mas, no dia-a-dia da execução, a gestão mesmo vai ficar sob a coordenação e responsabilidade de uma Diretoria Executiva.

Para garantir que não haja uma descontinuidade nesse relacionamento, consórcio e atores internacionais, particularmente com o Comitê Olímpico, e também com o Governo Federal, foi definida na Medida Provisória, que foi encaminhada ao Congresso, que o Presidente da Autoridade Olímpica teria que ser aprovado pelo Senado, ou teria um mandato. Então, não se trata do mesmo

tipo de mandato que se confere ao Presidente, ou Diretor de uma Agência Reguladora, que terá que ter mandato para não sofrer pressões e não mudar suas decisões de caráter regulatório em função de pressões políticas dos setores econômicos. No caso da autoridade olímpica, o mandato se dirige a outro tipo de interesse, que é o de assegurar continuidade administrativa; como é um cargo que certamente vai despertar grande interesse, e até certa cobiça, já que é uma ação integrada que envolverá bilhões e bilhões de investimentos públicos e privados, esse cargo poderia ser colocado até diante de negociações políticas: indica fulano, indica beltrano, tira, bota... Então, o Presidente da República em combinação com os demais atores e governamentais: Presidente, Governador do Rio, Prefeito do Rio, entenderam que era necessário preservar esse dirigente dessa insegurança; Se submeteu ao Congresso essa proposta de Medida Provisória com a previsão do Mandato de Autoridade Olímpica.

Então, disse o entrevistado, que o governo tem diferentes idéias e preocupações em relação a isso. Mas, além dessa questão do mandato, tem, também, a discussão sobre a revisão da Lei de Licitações. Acha-se no Congresso Nacional, inclusive, no Senado Federal um projeto de Lei que altera a Lei de Licitações que infelizmente não logrou ainda a aprovação no Senado, foi aprovado na Câmara, que se aprovado fosse, daria um tratamento mais homogêneo e consistente, afastando algumas aberrações. Para essa solução específica, da Autoridade Olímpica e da Copa do Mundo, inseriu-se regramento específico com alterações na Lei nº 8.666/93, para dar maior celeridade, maior agilidade aos processos licitatórios com a facilitação do exame das propostas, das modalidades de licitação, e que, na verdade, não representam muita novidade em relação ao que a Câmara já aprovou e que está no Senado; mas, dada a urgência e a necessidade de se tratar disso logo, se incorporou isso no próprio texto da Medida Provisória e estendeu-se esse modelo às obras de infra-estrutura aeroportuária, vinculadas a Copa do Mundo.

Houve uma reportagem, agora no final de semana, fazendo pesadas críticas a INFRAERO, de como uma regra mais flexível de licitações poderia aumentar o nível de corrupção. Sobre isso o entrevistado afirmou ter, enfim, preocupação com essa matéria. Nenhum dirigente público pode negligenciar essas questões, mas ao mesmo tempo tem enfatizado a necessidade de

transparência como antídoto para o desvio e para a má conduta nos processos no setor de licitações. Então, além de tudo que já está previsto na Lei 8666, ainda temos a previsão já regulamentada de que o portal da transparência veicule, em tempo real, informações sobre todos os contratos, tanto da Copa, quanto da Olimpíada; é uma forma de tentar contornar.

Então, flexibilização, pode ser implementada desde que seja feita de forma prudente, de forma cautelosa e associada a uma maior profissionalização da Administração Pública, e também uma maior participação da sociedade no exercício do controle da *accountability*. Se nós não tivermos esses outros elementos, a flexibilização; ela pode ter, de fato, como um jeito perverso de abrir brechas numa administração que ainda padece muito de clientelismo, corrupção, patrimonialismo, e tal, o desperdício ainda maior de recursos públicos do que o que a gente já vê.

Nessa linha de pensamento, indagamos se seria uma utopia a idéia, que se comenta muito nos dias atuais, acerca da tentativa de separação - por meio de algumas entidades, que gozam de certa autonomia – de questões de Estado das questões de Governo. Perguntamos se sempre haverá uma dose de questões políticas, e essas entidades acabam decidindo também sobre a ótica política. Também indagamos o ponto de vista do entrevistado sobre as críticas envolvendo o aparelhamento dessas entidades, especialmente as reguladoras com forte participação político-partidária.

O entrevistado afirmou que acha “uma utopia imaginarmos um ser humano que não seja igualmente um ser político; em que nível essa atuação política, é uma visão política de cada um vai interferir na sua capacidade administrativa; é que é o grande desafio da democracia. Um dirigente político que não leve em consideração o que a própria Constituição estabelece, por exemplo, mesmo que ele seja legitimado eleitoralmente, ele tende ao fracasso; não vai fazer uma gestão de acordo com os interesses da sociedade, mas provavelmente vai acabar sofrendo até um processo de impeachment, porque não sobrevive. Mas, ao mesmo tempo, nós não podemos endeusar a burocracia, e imaginar que pelo simples fato de que alguém que é funcionário público de carreira, que esta pessoa é invulnerável a certas pressões, tentações, desvios de conduta, e etc. Então, é o caminho do meio neste caso uma boa solução, o equilíbrio

especialmente nos escalões superiores da administração pública, entre o compromisso político, a militância política, a visão política no sentido mais nobre que se dá ao termo, o comprometimento com uma direção política, com diretrizes políticas, e a capacidade de cumprir essa diretriz, de honrar essa diretriz, essa orientação política, de maneira idônea, de maneira honesta, de maneira competente.

Quando nós olhamos a dicotomia que se faz, portanto, entre política-Estado ou Governo-Estado, me parece que essa é uma falácia, especialmente no ponto de vista de uma classificação institucional; alguns setores da administração pública têm trabalhado, inclusive com propostas de Emenda a Constituição, para tentar estabelecer este tipo de caracterização com o objetivo de promover um insulamento, de modo que, tal ou qual setor, se tornaria imune a qualquer espécie de interferência e de influência na esfera política sobre o raciocínio de que essa é uma função do Estado. Eu temo que o Estado, enquanto Instituição gerido pelo Governo, e que pra isso tenha a legitimidade que lhe dá o processo eleitoral dentro da democracia, e é por isso que existe também o sistema de freios e contra-pesos, existe o Poder Judiciário, existe o Poder Legislativo, e uma sociedade civil cada vez mais atuante, que permite que através do trabalho que é feito por ONG's, imprensa, cidadãos e particularmente nos dias de hoje com o controle viabilizado pelo acesso a informação, através de internet etc., torna muito menos fácil ao dirigente administrar a coisa pública como se fosse sua.

Então, essa noção de "Estado versus Governo", eu acho que ela tem um caráter até um pouco autoritário, um pouco autista, porque ela não condiz com a realidade; não reconhece legitimidade do poder político. Estudos feitos, por exemplo, nos Estados Unidos, mostram que numa sociedade democrática, pluralista como é os Estados Unidos, mesmo naqueles setores em que as agências reguladoras têm o maior grau possível de autonomia, o dirigente político tem a capacidade de nomear os dirigentes destas instituições, observando lá o critério até inclusive do bipartidarismo, em que evidencia a vinculação político-partidária dos dirigentes, e que as Agências tendem, com o tempo, num período, por exemplo, de um mandato presidencial de oito anos, a se adaptarem a visão política do Governo legitimamente eleito. Então, não existe na prática, inclusive, essa idéia de uma Agência contra o Governo; deve haver uma aproximação, ou,

uma adequação seguindo obviamente os princípios elementares da Constituição que não permite que se um dirigente invente uma loucura, que todo mundo vai fazer o que ele está dizendo; para isso mesmo a própria legislação oferece proteções aos funcionários públicos para não cumprir as ordens manifestamente ilegais, por exemplo. Então nós precisamos separar bem as situações para não misturar, e não confundir, e achar que qualquer influência é ilegítima.

Do ponto de vista do apadrinhamento, num contexto em que os partidos políticos de coalizão buscam exercer influência sobre o Governo, o apadrinhamento acaba sendo uma coisa visível no nosso dia-a-dia. Muitas vezes, mesmo pessoas da mais alta qualificação buscam padrinhos políticos, por exemplo, para ser indicado para Tribunais Superiores, para as próprias Agências Reguladoras, o que não quer dizer que elas vão servir aquela pessoa que as indicou; pode acontecer, mas não é um pressuposto. O fato é que nós precisamos buscar, valorizar, e fortalecer, primeiro: o papel do Congresso Nacional deste processo através do Senado Federal, fazer com que estas sabatinas sejam sérias, sejam corretas, sejam públicas, sejam transparentes, em que os critérios de aferição sejam critérios sérios, ou seja, que os currículos reflitam de fato qualificações e competências que as pessoas têm para o exercício daquelas funções, e não sejam pró-forma. Nós não temos tradição ainda no Brasil de fazer sabatinas rigorosas; muitas vezes as sabatinas são muito fracas e superficiais, e tal. Outras vezes, até a pessoa passa na sabatina, mas como a votação é secreta acontece uma surpresa. O caso é que, no âmbito desses debates sobre as Agências Reguladoras, por exemplo, nós temos discutido no âmbito do PRO-REG, formas de tornar os requisitos para provimento de cargos de dirigentes das agências mais rigorosos, mais clareza em relação aos requisitos de qualificação, mas ao mesmo tempo a própria comissão de infra-estrutura do Senado Federal aprovou uma normatização com essa finalidade; então, eu acredito que há uma preocupação crescente na sociedade; entendo que inclusive os próprios candidatos a eleição presidencial já manifestaram o interesse nele, e tenham disposição para fazer essa discussão com o objetivo de que nós tenhamos, em breve, regras mais claras, e possibilidades menores de que apenas, e tão somente, a afinidade política seja um valor, seja critério para provimento destes

cargos. Mas, eu acho que isso não significa dizer que nós devemos partir da premissa de que o estamento burocrático é imaculado e absoluto.

Aproveitando o comentário do entrevistado sobre as OS, lembramos que também existem outras entidades, por exemplo, o ONS, que é uma entidade privada, mas que têm recursos públicos; recebeu bens públicos, e que têm mandato. Indagamos se o entrevistado vê nessa evolução, ou nessa tendência, alguma outra área, por exemplo, o IBGE, o INCRA, o IBAMA ou outro órgão, como entidades que deveriam gozar de maior autonomia.

O entrevistado se posicionou da seguinte maneira: “Eu acho que não, eu acho que inclusive o papel do ONS não se confunde com o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica. A função do ONS é a função que, na medida do possível, podia ser exercido no princípio da auto-regulação, e por meio de uma associação entre os atores privados, ainda que, com alguma colaboração do Governo. Então, essa discussão sobre o papel do ONS, ele tem até aqui, ali, surgido como quem sabe, um caminho para que em outros setores ocorra modelo semelhante: mas, fora o ONS, há outros casos também de entidades privadas que recebem recursos públicos e que tem essa espécie de associação; o setor elétrico tem várias, inclusive, acho que o CEPEL é um caso semelhante, inclusive, mas nós temos outros setores também, modelos intermediários, como o caso, por exemplo, do Serviços Sociais Autônomos, o Sistema S, a própria Agência de Promoção de Exportações, a APEXBR; temos também a BBI, que são serviços sociais autônomos, desmembrados do SEBRAE que faz parte do sistema S ampliado, e que também recebe recursos de fontes para-fiscais, ou fundos fiscais, mas que não integram oficialmente, formalmente a administração pública.”

Então, essas alternativas, elas têm aqui e ali, servido para suprir certas necessidades, mas não são elas mesmas paliativos, ou panacéias, que possam ser generalizados especialmente para o caso do exercício de funções que envolvem prerrogativas típicas em Direito Público, especialmente o poder de polícia.

No caso particular da instituição como o INCRA, não me parece que fosse possível aplicar um modelo como esse ao INCRA, como um todo, embora parcerias em relação, por exemplo, a projetos de assentamento, ou colonização, poderiam ser feitos utilizando atores privados. O fato é que, quando nós olhamos

para essa área privada no Brasil, com as entidades do setor privado, nós percebemos que ainda há gaps, e deficiências de organização, e atuação, tão graves quanto o que há no setor público. Por exemplo, quando nós vemos que os recursos que são destinados através de termos de parcerias ou de convênios, seja para organizações de sociedade civil de interesse público, ou seja, para entidades sem fins lucrativos, as ONG's, às vezes nós nos deparamos com situações de grave mau uso, malversação, ou desvio, e isto nos deixa um pouco preocupados, porque se existe um grau de corrupção que está tão disseminado assim, a ponto de contaminar instituições que teoricamente deveriam ser menos infensas a essa problemática; temos que ver mais a fundo as causas, o que é que gera esse problema e essa situação. Então, acho que precisamos examinar os modelos possíveis, não descartar esses que já existem, mas no caso específico das organizações sociais eu não vejo essas instituições como uma contribuição relevante, na medida em que elas partiam na sua concepção inicial de uma premissa bastante problemática, que era o abandono da forma de gestão pública, e da transferência da função do Estado para instituições privadas.

Para finalizar o encontro, indagamos se o entrevistado teria mais alguma colocação ou alguma provocação. O mesmo respondeu: "Eu acho que essa é uma matéria, um tema muito rico, e mostra inclusive a necessidade que nós temos de discutir a própria definição dos tipos institucionais, dos modelos dos instrumentos do Estado, a partir de uma normatização como uma espécie, uma proposta de linha orgânica. Nesse sentido, inclusive, nós temos hoje colocado um ante-projeto que foi feito por uma comissão de juristas, que ainda que não seja a proposta ideal, ou perfeita, é um ponto de partida, e o Governo pretende ainda neste semestre dar início a um processo mais ampliado de discussão, sob a coordenação do Ministério do Planejamento, da Casa Civil, com o propósito de colher subsídios, não só da comunidade acadêmica, das instituições governamentais, e do setor privado, enfim, especialistas em geral, para que nós possamos elaborar, ou, re-elaborar uma proposta de lei orgânica que possa dar respostas a questões como essas.

5.5 Entrevista com João Alziro Herz da Jornada – Presidente do INMETRO

Começamos enfatizando a questão central da pesquisa acerca do exame da administração pública e suas alterações. Da clássica estrutura brasileira que ainda segue em sua maioria o modelo weberiano: hierarquizado, burocratizado, racional-legal, passamos a ter no INMETRO a aplicação do modelo brasileiro de agência executiva.

Comentamos a adoção, pelo Brasil, do modelo de entidades com certa autonomia, certa independência decisória, mandato fixo (agências reguladoras) e perguntamos ao entrevistado qual era a opinião sobre essa questão, e se ele a entendia como sendo uma tendência e, portanto, deve ser espriada no Brasil.

A resposta foi a seguinte: “A tua questão é realmente complexa e intrigante; ela tem muitas facetas, o que a gente observa e a minha própria opinião, é de que não existe propriamente uma fórmula muito definida. Se tu observar, por exemplo, a própria evolução no Brasil, o próprio conceito de autarquia, até o nome etimologicamente, é uma organização autônoma, uma autarquia, e o que se vê historicamente é que ao longo do tempo, as autarquias foram cercadas cada vez mais, digamos, de controles, até um ponto de tornar a administração extremamente difícil em termos de autonomia; quer dizer, aquela autarquia se transformou efetivamente numa instituição que não tem basicamente grandes autonomias administrativas. Isso é uma coisa histórica no Brasil, se olhar, por exemplo, as Universidades como autarquias, todas as Universidades acabaram no instituto das fundações, para inclusive trabalhar. Então, aí entra a questão da flexibilidade, da demanda por flexibilidade, da demanda por mais independência; enfim, mais autonomia, e o que a gente vê historicamente, as fundações imediatamente sendo mais e mais controladas por órgãos de controle. Aí chega a um ponto hoje de que as fundações estão, digamos assim, afeitas ao controle externo; eu não estou nem dizendo se isso é bom, ruim, ou simplesmente colocando uma realidade. O fato de que efetivamente essas coisas estão acontecendo. Eu acho que então o problema é mais uma questão de postura de agentes, tanto de Governo, quanto de agentes de administração do Estado, separando Estado e Governo, que não pode ser resolvido com o sistema; simplesmente, é uma questão de atitude e cultura. E acho que neste contexto é

que o nosso trabalho se encerra. O fato de sermos uma Agência Executiva nos dá algumas prerrogativas, que são pequenas, mas são úteis, e nós estamos tentando ampliá-las, através de diferentes medidas, e essencialmente o que é que está em jogo aqui, o que caracteriza isso, de que nós temos um plano de gestão, tem que ser aprovado por um Comitê, e esse plano, depois de avaliado, tem que ter a aprovação do plano de execução, e depois avaliado. Eu acho que isso aí é o esboço de um processo saudável; a minha impressão é de que no setor público brasileiro a coisa, muitas vezes, é feita ao reverso; se tu olhar nos países desenvolvidos, o plano de uma Instituição, o que é que ela se propõe a fazer, é discutido intensamente com os agentes superiores, intensamente, no detalhe etc. Eu, às vezes, seguidamente faço visitas ao Exterior, em instituições congêneres, muitas vezes a gente vê o pessoal: não posso, essa data não posso; porque está tão envolvido com o *board* disso, com o *board* daquilo, que estamos avaliando etc. Então o plano é extremamente, digamos assim, avaliado, e é uma coisa levada muito a sério. Agora, uma vez que é aprovado o plano, aí tu tens duas coisas interessantes que a gente não tem aqui. Primeiro, te dão os recursos solicitados para materializar, para desenvolver este plano. Segundo, te cobram. Aqui, o planejamento, muitas vezes, é uma obra de ficção, ou uma, digamos assim, uma aposta, simplesmente em grandes linhas. Portanto, a análise é feita de uma forma, muito especial... até porque o Estado brasileiro e o próprio Governo, não têm um nível técnico que permita muitas vezes uma análise profunda, técnica. Então, essa análise é mais superficial. Aí, quando te cobram, não vão te cobrar como deviam cobrar, porque também não tem estrutura técnica para isso. Agora, o lado pior é de que não te dão os recursos; se no meio do caminho tem um problema - e sempre tem - de contingenciamento e tal, aí o que acontece? Tem que mobilizar com todo o empenho para defender estes cortes todos. E a instituição que não está articulada para fazer um trabalho que é eminentemente político etc., e defender isso aí, obviamente ela fica prejudicada; então a eficiência de todo o sistema começa a não funcionar muito. Então, o contexto dessa questão de autonomia é um contexto muito complicado, porque nós temos um problema de cultura. Quando é que eu tenho autonomia? A autonomia é o seguinte: vai fazer do jeito que tu quiser, dentro de certos parâmetros, para chegar a esse resultado. Então, se eu não tenho um resultado

muito claro, e não tenho os recursos, autonomia passa a ser também uma ficção; e a gente não sabe fazer isso direito; o Estado brasileiro não sabe fazer, a gente está aprendendo, eu acho que estamos aprendendo.”

O entrevistado continuou sua assertiva afirmando, textualmente: “o INMETRO teve uma experiência interessante. Agora, no Exterior é uma tendência; e o que está por trás disso, é justamente eficiência, eficácia, a dificuldade do aparato de Estado e de Governo, de fazer uma análise muito profunda, e é interessante que isso iniciou num processo de encolhimento do Estado. Eu acompanhei inclusive isso, na tendência de alguns Institutos de Metrologia no mundo, há 20 anos, há 25 anos, final da era Thatcher, o instituto inglês, que era do Governo, foi privatizado. A idéia, uma série de coisas que o Estado está fazendo, pode ser feito pela iniciativa privada, melhor e dando lucro. Teve uma experiência interessante da área que eu conheço mais de perto, instituições desse tipo, e que imediatamente o pessoal viu que não dava para fazer como eles acharam; que a iniciativa privada ia entrar e o Governo ia ter condições de controlar essa produção de bens públicos pela iniciativa privada, como controla uma concessionária, e que, posteriormente, então, o Governo pode ficar só monitorando de longe, tudo fica parecendo que vai ficar bem, é claro, e o custo, no fim vai ser menor, o serviço vai ser melhor, etc., etc. Aí, quando tu entra em áreas mais sofisticadas, mais sutis, que envolvem pesquisa, desenvolvimento e coisa assim, aí o que é que o pessoal viu? Não dá para fazer isso. Então, aí que entrou na gestão pública, com gestão privada; então, por exemplo: esses institutos todos, que eu te falei, principalmente Inglaterra que fez isso, Holanda, também fez isso. Deu uma reversão onde os caras assumiram; o Estado é dono, não dá realmente, ninguém está interessado em comprar ações, porque sabe que não vai ganhar dinheiro. Então, a administração, o que é que fica? Fica uma empresa estatal com uma administração privada, mas o controle todo é do Governo. Então de fato, é o que tu colocas, é um mecanismo de dar maior autonomia. Pessoal por exemplo dessa Agência até não reclama, e no início, inclusive, tinha grande expectativa de salários, e tal, depois aconteceu o fenômeno, bem parecido com o que eu falei no Brasil; quer dizer, o setor público, a sociedade começa a controlar mais. Então, olha aqui: salário...? O médico, ele não vai ganhar tanto, isso aí não é bem assim. Quer dizer, o salário de um cara

desses, não é o salário de um executivo, entendeu? Quer dizer tipicamente, então, no fim, tu tens um troço muito parecido, está certo?”

Sobre o INMETRO, disse o entrevistado: “Com um pouco mais de autonomia, por exemplo no caso do INMETRO, eu estou te dizendo, porque esse pouquinho mais de autonomia que nós temos, e estamos ampliando, porque cremos que é melhor, isso é útil. Então, o problema todo que eu vejo, é mais uma questão de construir práticas, de mudar cultura, e essa mudança de cultura envolve não a instituição apenas, mas envolve todo o entorno dela, está certo? Envolve todos os agentes, todos os *players* que são importantes para ela. Por exemplo, envolve os administradores do Governo, envolve o aspecto político do Governo, ministros, envolve o Legislativo, as empresas; todas tem que entender uma nova filosofia; e envolve principalmente um aprendizado de como trabalhar nesse Sistema todo, é uma coisa complexa, mas é muito rica, e eu acho que é uma coisa boa, porque tem muito para fazer, e é uma coisa que depende muito da cultura. A cultura em termos de padrões de comportamento, de valores, de hábitos, digamos assim, isso é fundamental. E, isso aí mostra alguma dificuldade em tu transplantar algumas experiências do Exterior, porque tem certas coisas que são muito universais, tem outras coisas que são muito peculiares, a gestão de pessoas aqui é muito mais complicada. A chefia, por exemplo, não assume muitas vezes que o cara faltou, e abona; não assume que o sujeito é improdutivo.”

Acerca da estrutura interna do INMETRO, asseverou: “Nós criamos um sistema de avaliação de desempenho, cujo componente maior é de avaliação externa, pra quebrar um pouco isso; agora estamos botando um sistema de avaliação de registro de presença pra quebrar isso aí também, porque o cara não vem hoje, não veio ontem, tal, aí tu vai ver, muitas vezes, no setor público todo; o INMETRO não é ruim nesse ponto, mas isso é uma coisa errada, quer dizer, o cara abona a falta, como se não tivesse acontecido nada. O que nós estamos fazendo? Nós estamos botando um instrumento eletrônico, que diz o seguinte: - pessoal, por enquanto não é ponto, mas é um registro eletrônico para saber quem entra e quem sai. Bom, aí tu cria um constrangimento, o cara vai pensar duas vezes: - vem cá, poxa, tu não veio aqui, mas fica chato, está registrado lá, mas quem quiser dizer que eu estou fazendo uma má gestão, e estou sendo, digamos assim, infiel com o que eu estou assinando, é um prato feito, está registrado.

Então, quer dizer, isso aí são coisas que ajudam a mudar a cultura, mas esse é um troço interessante.”

Indagamos ao entrevistado sobre a possibilidade de dividir-se na prática questões de Estado e questões de Governo. Se seria possível instituir uma neutralidade política em determinadas áreas, como por exemplo, na área de Metrologia, ou na EMBRAPA, ou outras áreas; quer dizer, se dá para se separar, ou ter neutralidade política efetivamente? Se questões de Estado devem contar com entidades com mais autonomia ou não.

O entrevistado respondeu que “essa é a segunda pergunta complicada que tu fazes, mas realmente está no cerne das grandes questões, que particularmente a gente está muito sensível aqui no INMETRO. Eu diria o seguinte, eu separaria a questão política, pequenas e importantes, como política e tal, são sempre temas que podem ter diversos vieses, diversas interpretações. A Política como sendo, digamos assim, o reflexo legítimo dos anseios de uma comunidade, porque é a política do “P” maiúsculo, é uma coisa; muitas vezes o termo político é usado como sinônimo de politicagem, quer dizer: interesses de partidos específicos, partidários, ou até interesses de grupos específicos dentro de partidos, interesses menores, e essas coisas existem; tem toda a magnitude grande da política e a pequena. Eu diria o seguinte, a visão que nós temos é a seguinte: o INMETRO deve ser uma organização pautada pela Política de “P” maiúsculo, na medida em que o Estado tem que ser controlado pela sociedade através do Governo; o Governo é o legítimo representante da sociedade, e ele deve ter a prerrogativa e a missão de colocar ao Estado os novos interesses da sociedade. Então, neste sentido, nós temos um cuidado muito grande de auscultar, de perceber os direcionamentos políticos no País, e o INMETRO é sensível. Nós temos mecanismos para isso, nós temos um diálogo muito grande com várias instâncias no Governo. Para ter uma idéia, por exemplo: cada vez que o Presidente Lula manda mensagem ao Congresso, essa mensagem é lida, decodificada, estudada aqui dentro para ver que direcionamento nós achamos que são pertinentes como direcionamento para o INMETRO, manifestações do nosso ministro, diálogo muito próximo com o nosso ministro, Ministro Miguel Jorge, e coisas assim, que, aliás, é um ministro que não veio de partido político; então é um diálogo muito bom. Agora, obviamente que existe toda uma cultura

que gera certas pressões, de interesses menores, ou interesses que a gente vê que não são compatíveis com a instituição técnica, que é uma instituição de Estado.”

O entrevistado afirmou ver o INMETRO como uma Instituição de Estado: “E, respeitamos o Governo, obviamente como o direcionador político para esse órgão de Estado, porque ele também não pode ficar solto, ele tem que ser responsivo à sociedade. Agora, tem esse outro viés, a gente tem que saber interpretar e separar outra, e a gente tem feito isso; o INMETRO na nossa gestão, com o apoio do Ministro Miguel Jorge, com o apoio também do Ministro Furlan, com o qual eu comecei a trabalhar anteriormente, com o Presidente, me convidou, o Ministro Miguel Jorge me convidou para eu continuar; não houve nenhum constrangimento desse tipo. E, obviamente, a gente recebe manifestações de diferentes áreas, principalmente com relação à ocupação de cargos. Eu sempre explico com todo o respeito, com todo o cuidado, que eu tenho ao segmento político, eu sempre explico que o INMETRO está aberto ao diálogo, dentro desse caráter, nós vemos o Legislativo, os parlamentares sempre como uma representação importante de segmentos da sociedade. Agora, quando a gente percebe que tem uma questão menor, a gente com todo o respeito também, explica a nossa filosofia. Primeiro, uma indicação política para cargo técnico, primeira coisa é uma indicação que é inadequada aos propósitos maiores de eficiência do setor público. Porque eu estou colocando aqui uma pessoa com um critério, não é o critério técnico de adequação à função. Então, em princípio, já não é a pessoa mais adequada, então eu estou dando para a sociedade um serviço já inadequado. Segunda coisa é uma questão prática de administração; qualquer administrador sabe que essa pessoa que vem com esse viés não está interessado em se alinhar com a administração, ele não vai puxar para o mesmo lado, ele vai estar interessado em, obviamente, ficar alinhado com quem indicou, então a eficiência cai mais ainda. A primeira vez caiu pela incompetência dele, não é o cara mais competente para aquilo; a segunda, é que além dele não ser o mais competente naquilo, ele não vai estar querendo trabalhar de uma forma coerente, alinhada; aí cai a eficiência. E a terceira é sistêmica: um sujeito vendo isso, a mensagem que eu estou dando para a Instituição, é poderosamente negativa; quer dizer, o que é que eu estou dizendo para a instituição: - olha, o fato

de eu ser reconhecido pelas pessoas, não basta tu trabalhar duro, tu ser competente, ser uma pessoa séria, dedicada... não; o negócio é ser amigo de algum parlamentar influente, de um político influente, alguém influente. Aí eu estou atingindo não só aquele cara, eu estou atingindo toda a instituição, e eu explico isso para todo mundo. Explico às pessoas, eu acho que as pessoas têm entendido, e felizmente a gente tem seguido uma trajetória mais técnica, mais fundamentalmente muito respeitosa e balizada pela Política com "P" maiúsculo, que é essa política maior, isso eu acho absolutamente fundamental. Nós não podemos ter um Estado ditador da sociedade. Ele tem que ser responsivo, e ele tem que entender - a briga que eu falo sempre com o pessoal aqui - nós não temos súditos aqui, nós temos aqui clientes, *stakeholders*, mas não súditos, nós estamos aqui por isso."

Abordamos, nessa fase da entrevista, a questão que envolve alguns projetos atualmente tramitando no Congresso, por exemplo, de alteração do modelo de gestão da Receita Federal. Há um projeto de lei que pretende que a Receita Federal seja uma entidade autônoma. Mencionei a proposta de criação de uma agência de energia nuclear (há, também, um projeto tramitando). Recentemente o Presidente da República falou numa autoridade olímpica com mandato fixo (há uma Medida Provisória). Assim, indaguei ao entrevistado se ele identifica alguma entidade, ou algum órgão público, que deveria também merecer autonomia, e dizer: olha isso aqui é uma matéria de Estado que atualmente está no Governo.

O entrevistado apresentou a seguinte resposta: "eu não vejo a solução para este tipo de questionamento em formas, tem mais uma questão de como tu vai implementar, quer dizer, se tu vai colocar uma Agência Reguladora para fazer um determinado papel, e essa Agência começa a ser, começa a ter uma autonomia desmedida, ou seja, aquilo que eu disse, nós temos muito respeito pelo Político com "P" maiúsculo, a gente vê as diretrizes e tal; claro eu me esqueci de te dizer o seguinte na questão política: nós nos consideramos como agentes políticos também, ou seja, por ter conhecimento da área, e por ter noção de impacto etc., nós também fazemos política no sentido de estimular e influir certas decisões, tanto para nós reflexivamente, nós somos propositivos. Com relação a outros órgãos, o INMETRO participa de várias políticas; agora estamos fazendo

um programa de iluminação etc., que tem uma componente política forte, que vai impactar em questões tributárias etc., então, esse é um ponto. A questão fundamental, aí é o seguinte, os extremos desse processo é que são problemáticos, e o problema é se chegar a uma situação que realmente atenda aos interesses sociais. Se tu chegas e diz assim: não, tal Agência, tal área tem ser objeto de uma Agência, e essa Agência ficar, digamos assim, totalmente fora de controle, aí é muito negativo. Por outro lado, se ficar sob a tutela de Governo, e ficar muito afeita a questões, ou de politicagem, ou questões de dependência operacional, que o Governo não tem conhecimento técnico para fazer, isto também não. A idéia de Agência, como Agência Reguladora, como idéia que começou nos Estados Unidos, a gente está aperfeiçoando aqui, vem também disso porque o Governo, ou o setor Legislativo não tem rapidez e conhecimento técnico com a evolução toda, para legislar e operar em assuntos específicos; então, cria Agências que começam a regular, às vezes dá conflito, etc. e tal. Mas então, a questão toda é estabelecer, eu acho que procedimentos adequados, uma cultura adequada, e que realmente não haja, digamos assim, entraves a eficiência de um processo muitas vezes técnico, e por outro lado também não haja o descontrole do Agente, porque é muito fácil se não tem controle. Uma empresa privada, por exemplo, se ela está fazendo alguma coisa que a sociedade não está gostando, simplesmente ela entra em falência, o cara não vai comprar aquilo. Então, o setor público tem naturalmente uma reserva de mercado. Eu não posso ter duas ANVISA, dois INMETROS etc., para ver qual é o mais eficiente, é um troço complicado, então o processo é outro; e aí, eu utilizo o seguinte, não tem forma, eu não posso te responder; você tem que dizer: - tal setor... o próprio INMETRO; e aí? E se o troço ficar descontrolado? Se esse processo aí virar uma ditadura de Estado... fica ruim. O Estado, digamos assim, sufocando o cidadão. Então, o controle social aí deste processo, e o Governo como um agente de controle social, um agente operacional do controle social, é importante.”

O entrevistado afirmou: “Então, eu diria o seguinte, não tem forma, o que tem que fazer é melhorar procedimentos, através de envolvimento para a melhoria da qualificação de todo mundo, legisladores, os próprios Órgãos de controle, por exemplo, agora se fala muito de reduzir o poder de Órgãos de controle, eu acho que é uma discussão interessante, mas o que a gente vê no

frigir dos ovos aqui, é que problemas a gente tem, todos tem problemas com Órgão de controle, mas se tu vai ver no frigir dos ovos, não é tanto o problema com o Órgão de controle, mas é todo um arcabouço legislativo, e infra-judiciário que foi feito, e que os Órgãos de controle, bem ou mal tem que aplicar. Então, é uma questão de evoluir todo este arcabouço, de aprender a como trabalhar com isso, e aí envolve o desenvolvimento de toda uma melhoria de qualificação, de pessoal, da base legal, etc.; quer dizer, a gente está evoluindo neste processo, nós aqui no INMETRO, estamos recebendo agora novos funcionários; hoje eu estava em uma reunião, entusiasmados, gente bem mais qualificada, melhor, etc. Então, eu acho que está havendo uma melhoria de qualificação geral no País. Nós temos a Lei da Ficha Limpa agora, com isso acho que vai melhorar um pouco a questão do Legislativo. Então, nós temos que ir evoluindo em todos, digamos assim, os pedaços da máquina social, todos os componentes têm que ir evoluindo. Eu me lembro que no Brasil nós já tivemos um ministério de desburocratização, Ministro Hélio Beltrão; e resolveu? Não, não resolveu. Eu trabalhei fora, morei fora inclusive; eu me lembro: - vai para países como os Estados Unidos, Alemanha; lá não tem burocracia? Claro que tem. Tem burocracia, tem controle, tem tudo, as coisas funcionam. Então, não é a questão da burocracia, dizer não precisa mais isso, não precisa mais aquilo, aí vai haver fraude, vai haver problema, é uma questão do Estado trabalhar “azeitadamente” nisso aí; quer dizer, uma Lei na Alemanha, uma Lei que a pessoa entenda, o agente público entenda, sabe como aplicar, sabe como operar, sabe o significado, e a coisa anda celeremente; os Estados Unidos também. Então é uma questão mais importante, aí, não é uma resposta a priori que deve ser assim, mas o aperfeiçoamento de toda a máquina, de toda a máquina social, máquina pública, máquina estatal, de funcionar isso aí; infelizmente eu não posso dar uma resposta, até porque, tal agência devia ser assim, ia resolver.”

Afirmamos que agências reguladoras contam com os dirigentes que recebem um mandato, mandato fixo, e a idéia é de que esse mandato permita que ele tenha autonomia nas suas decisões para não sofrer pressões, ou melhor, sofrer pressões políticas, mas ter condições para poder se manter no cargo, e adotar as medidas que ele considera normal. Indaguei o entrevistado se via algum instrumento, algum elemento que deve ser implementado no Brasil para

assegurar essa autonomia, essa independência. O contrato de gestão, por exemplo, é interessante? Já se cogitou até mesmo de ter conselheiros em Agências serem eleitos pelo povo. Na experiência do INMETRO, o que ele podia nos dizer sobre esses aspectos.

O entrevistado abordou a questão da seguinte forma: “Eu acho que a existência de Conselhos, nesse processo todo, é sempre muito positivo. Se nós olharmos a administração de Instituições, desse tipo de Instituição pública, que nós estamos falando aqui, nós vemos no Exterior a existência de Conselhos, invariavelmente tem Conselhos; isso é outro detalhe, em todo mundo é uma questão de detalhe, quer dizer, se tiver um Conselho fajuto, é o mesmo que nada, se tiver um Conselho bom, vai ser positivo. Então, a presença de Conselhos de pessoas de alto nível, pessoas de impacto Político, Político com “P” maiúsculo, respeitabilidade, etc., isso acho muito positivo. Isso aí estabiliza o processo, isso aí representa também um controle social a mais, importante, e isso aí também representa um engajamento maior; quer dizer, é um vetor, um ponto de contato a mais da conexão do Estado com a sociedade. Quer dizer, eu vejo a existência de Conselhos como esse ponto de contato, então não fica só no formalismo do Governo com o órgão do Estado na sociedade representada pelo Governo, mas tu tens mecanismos diretos de controle, de governança, muito mais explícito muito mais rápida, direta, na existência de Conselhos fortes, Conselhos com credibilidade, etc. Eu me lembro que me interessei muito por estudar isso. No INMETRO agora nós estamos estudando propor um projeto de lei, na perspectiva de nós também propormos situações políticas, nós estamos construindo e propomos um projeto de lei para mudar a lei do INMETRO, aperfeiçoá-la, e aí, instituir um Conselho, um Conselho de porte. A essência disso aí, desse Conselho tem que ser de porte, um Conselho então que vai fazer uma espécie de meio termo, talvez o Presidente não tenha um mandato, mas ele, digamos assim, está avalizado pelo Conselho. E se tu olhar no Exterior, você está dizendo nos Estados Unidos, por exemplo, o equivalente ao INMETRO, um Órgão de altíssimo nível, eu trabalhei lá há muitos anos atrás, fiz o meu Pós-Doutorado lá; e tem um Conselho fortíssimo. Uma vez eu me lembro que estava discutindo com o pessoal de lá, mecanismos de orçamentos, defesa de orçamentos. Quem é que defende o orçamento deles junto ao Congresso? Não é o Presidente; é o Conselho, então, o

Presidente lá da HP, da IBM que é o Presidente do Conselho, uma pessoa de porte que vai lá e diz: - nós precisamos de um Ministro forte. E nós aprovamos isso aqui, entende? Então, isso aí se dá um processo muito mais robusto, e nós temos que aprender a construir isso aqui. Agora, tu fazer um Conselho, como eu estava te dizendo, um detalhe aí, é como diz o ditado inglês: *the devil is in the details*: Então, fazer um Conselho fajuto é a mesma coisa que nada; uma coisa é o Vice-Presidente, ou Presidente da HP ir defender o orçamento. Outra coisa é o presidente da firminha da esquina, que se sente muito honrado porque foi presidente do conselho defender, não serve pra nada. Então, são pontos de contato da sociedade com o Estado que são muito importantes. Os americanos fazem isso muito bem, os alemães fazem isso muito bem. Por exemplo, o Conselho do Inmetro alemão tem dois Prêmios Nobel. Tem gente, vice-presidente de Empresas importantes, não me lembro, tipo Siemens, Volkswagen, etc., e isso aí, também ajuda o quê? Ajuda também uma supervisão dentro dos critérios mais modernos de administração; se eu sou presidente de uma empresa de grande porte, e vou gastar um dia para ajudar o INMETRO, eu vou querer que esse troço funcione, e eu vou usar toda a minha experiência que me levou a ser um alto executivo de uma grande empresa, pra ajudar esse cara; quer dizer, é uma maneira generosa do cara que está ali ajudar, e os caras fazem isso, fazem porque eles têm interesse também, têm interesse que a coisa funcione bem, mas não é um interesse direto: - a minha empresa está precisando de uma É uma questão de eficiência sistêmica; eu estou no Brasil, tudo que eu fizer, que melhorar a eficiência do País como um todo, educação, etc., vai ser bom pra todos nós. Essa visão generosa, mas também inclusiva, é que move muito... A existência do Conselho, mas um Conselho bem calibrado, não é um Conselho com uma solução geral, é um Conselho mais de gente muito competente, de gente respeitada politicamente, Política com "P" maiúsculo, de gente com grande competência: técnica, política, etc., visibilidade. Então, um Conselho desses é um elemento que eu vejo assim, absolutamente fundamental, inclusive pra corrigir. A coisa não está indo bem aqui, vamos mudar; um cara desses tem uma visão de bom senso e tem autoridade pra propor uma mudança: o presidente aqui não está no caminho correto, essas coisas não podem acontecer; até uma instância interessante. Claro, pode ter conflito, pode conflitar com o Ministro? Pode. A gente

tem que saber fazer isso aí, os outros países já desenvolveram por tentativas e erros. O “INMETRO” dos EUA lá tem 100 anos, mais de 100 anos, o PTB da Alemanha tem 120 anos. Os caras já vão construindo, o que eu te diria é o seguinte, nós temos muito que aprender também, estudando com outras organizações que já deram certo, e fazendo as devidas adaptações considerando aquilo que eu falei, mudanças culturais; mas tem elementos universais.”

Indaguei se esse modelo se assimilaria ao nosso Conselho Nacional de Educação, com pessoas representantes de vários grupos. O entrevistado disse que “uma coisa é tu fazer um Conselho político pra dizer o seguinte: não, a Instituição é de todos, todos tem que estar representados aqui. A minha visão é outra, a minha visão é a seguinte: esse Conselho está aqui pra ajudar a Instituição a cumprir as suas funções sociais mais importantes. Então, eu vou ter gente aqui competente, pessoal que conheça gestão, que tenha respeitabilidade política, que tenha uma trajetória de realizações, que me dê garantia, que ele vai perceber uma realidade complexa, que vai poder tirar dessa realidade grandes linhas etc. Se tu vai pro Conselho dizendo o seguinte: bom esse troço aqui é nosso, vamos dividir, uma parte fica com fulano, outra parte fica com tal área, aí é a receita para dar errado; porque tu vai ter o quê? Qual é o objetivo daquilo? Cada um vai defender a área que ele está representando; se a área vai ser defendida por Estado, vai ser assim: eu quero uma universidade lá pro Rio Grande do Sul; o outro, eu quero... se é por segmentos: ah, esse é representante do trabalhador; esse é representante... também aí vai ficar... Então, é importante que o comprometimento desse Conselho seja como as funções maiores da Instituição; quer dizer, as funções sociais da Instituição, esse é o grande comprometimento; e não fazer um leilão, uma divisão, já que tem conflito aqui, vamos botar um, que tem interesse disso. Claro que num Conselho desses que nós estamos propondo, tem que ter uma visão de funcionários, nós estamos propondo um acerto pra funcionário, porque é óbvio que ele tem que trazer não o interesse do funcionário, mas a realidade, ele vai aportar ali informações sobre uma determinada realidade, que é rica, é importante; ao invés de defender interesses, vai aportar cada um a sua contribuição, a sua vivência, a sua realidade. Então, ter um representante dos funcionários/trabalhadores é importante, porque esse cara... agora, se ele for visto como defensor de um

pedaço contra outros, esse é o tipo de coisa que muitas vezes a gente tem colocado, inclusive, o INMETRO, colocado como se fosse o defensor do consumidor frente a agressão da empresa; não é isso, o INMETRO, se tu vai olhar a questão de pesos e medidas, que é a questão mais fundamental, mais simples, o negócio dele não é nem um, nem outro; o negócio dele é justa relações e trocas, é só isso, é o sistema; o sistema funcionando, e o bom empresário, se quer maioria, tem todo o interesse que tem um órgão que regula, até protege ele, se alguém acusar não é o INMETRO aferiu a balança: - como é que o senhor está dizendo que eu roubei no peso? E a maioria é assim. Então, há justiça nessas relações, em vez de uma relação polarizada conflituosa. Isso deve presidir um Conselho, o espírito não de polarização, mas de agregação de experiências complementares. Se houver pessoas de alta respeitabilidade, etc. eu acho que o Conselho é um dos elementos fundamentais; nós estamos trabalhando nisso.”

CONCLUSÕES

Muito em função da crise do financiamento do Estado e dos processos de democratização no mundo, o modelo intervencionista brasileiro, ancorado na atuação direta do Estado em diversos setores, cedeu espaço a um modelo temperado, inserido em um movimento, dito neoliberal, que surgiu no continente europeu na década de 80.

O modelo então adotado seguia, em parte, a estrutura proposta por Marx Weber sob a ótica da burocracia racional-legal.

Surge o modelo de Estado Regulador, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como eixo a busca da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 pautou a ordem econômica sob o princípio da livre iniciativa e na valorização do trabalho humano (art. 170), reservando ao Estado funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174).

Buscando ajustar-se a esse novo modelo, o Brasil implementou amplo processo de desestatização (notadamente, privatizações), transferindo, para a iniciativa privada, diversas atividades econômicas e a concessão de serviços públicos.

De tudo quanto foi examinado durante a realização da presente pesquisa, pode-se concluir que foi com o aparecimento desses novos operadores privados, na execução de atividades econômicas, que se adotou uma posição política, num ambiente globalizado, em que deveria haver uma “segregação” das funções de regulação daquelas típicas funções de governo.

A estrutura, de viés hierarquizado, deixaria, nessa fase por que passou o Estado brasileiro, de ser uníssona no bojo da Administração Pública. O Estado, seguindo influxos da *New Public Management*, procurou dar um viés de “administração pública gerencial” e, dentre outras medidas, criou autarquias especiais para regular alguns setores econômicos e a prestação de serviços públicos.

Essas entidades, denominadas de Agências Reguladoras, receberam uma série de competências não livres de controvérsias, tanto em sede doutrinária

quanto em sede pretoriana, à luz da clássica teoria tripartite de separação de poderes (também mitigado com o Ministério Público e o Tribunal de Contas).

Com efeito, na década de 90 do século passado, e diante da forte crise econômica, o governo brasileiro desenvolveu consistente esforço político e institucional para implantar o modelo constitucional de Estado regulador sem se valer da regra clássica da hierarquia; isto é, criou-se uma espécie de entidade estatal sem subordinação ao poder central e que teria, nas suas decisões, o “poder” de dizer a última palavra em sede administrativa.

É fato que este processo gerou significativas mudanças práticas na organização administrativa do governo; mudanças que trazem, em seu bojo, expressivas transferências de “poder” para novos atores.

Pode-se inferir que o fator fundamental para a adoção desse modelo estava atrelado à premente necessidade de atrair investimentos, sobretudo estrangeiros; gerar salvaguardas institucionais que significassem, para o setor privado globalizado, um compromisso com a manutenção de regras e contratos a longo prazo.

Com aquele gesto, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a aprovação do Congresso Nacional, na verdade, pretendeu demonstrar que a regulação deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado. Isto é, a regulação deveria ser efetiva, sem percalços inerentes aos processos político-partidários.

Os agentes políticos (eleitos pelo povo) liberariam parte de seus “poderes” a favor de entidades autônomas, não eleitas, para tentar reduzir o “risco regulatório”.²²⁶ Essas entidades passariam, na prática, até mesmo, a serem capazes de mitigar as decisões das autoridades que passaram pelo crivo das urnas (freios e contrapesos).

²²⁶ O relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) foi apresentado em seminário realizado pela Casa Civil da Presidência da República, no dia 28 de maio de 2008. O estudo realizado em 2007 analisa os marcos regulatórios e o desempenho das agências reguladoras nos setores de energia, telecomunicações, transportes terrestres e assistência suplementar à saúde no Brasil. Pela pesquisa as agências reguladoras contribuíram para a criação de um ambiente de concorrência e o bom desempenho da economia brasileira. Segundo a pesquisa: “Em termos gerais, depois de dez anos de experiência institucional, a situação macroeconômica melhorou e o progresso feito pelas agências reguladoras setoriais também foi satisfatório. Houve uma tendência de diminuição do risco regulatório.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008.

Além dessas premissas, também nos parece justo concluir, de acordo com a presente pesquisa, que essas entidades reguladoras foram criadas para a cessão da capacidade decisória sobre aspectos preponderantemente técnicos no sentido concorrencial (corrigir falhas de mercado). O Congresso Nacional, pela história brasileira, não teria condições de, a todo instante, deliberar sobre questões técnicas e que lograsse êxito no equilíbrio sistêmico setorial.

Até porque, a lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas sem engessar a atividade administrativa; deve, sim, conferir-lhe maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos.

É possível afirmar, com base nesta pesquisa, ser indisputável o distanciamento do circuito legiferante das inúmeras especificidades tecnológicas a serem decididas, paulatinamente, no curso da regulação econômica mediante a tentativa de suprimento das falhas provocadas pelas forças do mercado, sob forte competição.

Ao contrário do que ocorreu no modelo liberal positivista, em muitas situações, a busca de exaustiva regulação de atividades econômicas por meio da norma primária, decorrente do processo legislativo, pode, inclusive, produzir conseqüências nefastas ao interesse público.

A adequação da ação regulatória a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exige certa flexibilidade para sua correta apreciação e decisão.

Se o Poder Legislativo não tem capacidade e condições de regular em detalhes científicos e sopesar interesses conflitantes decorrentes da regulação dos subsistemas, submetidos a uma intervenção estatal, o desafio passa a ser, então, o de todos compreendam a “nova” categoria da regulação estatal brasileira.

Mas, por óbvio, isso não é fácil. Todos os profissionais entrevistados nesta pesquisa apontaram problemas culturais, que dificultam, no Brasil, existirem órgãos autônomos, de Estado.

Com efeito, retirando-se o debate sobre temas simples submetidos ao Estado, de fácil decisão, é difícil, em muitas situações, separar questões “políticas” das questões “técnicas”. Com isso, surgem inúmeros conflitos entre o

modelo de organização administrativa clássica, piramidal, com o novo modelo implantado, sob a forma policêntrica (em rede).

Nas escolhas regulatórias, de viés prospectivo, na maioria das vezes o Administrador Público tem de observar linhas mestras da política econômica e social, fazendo com que esteja subsumida a um novo referencial normativo a ser aplicado de formas diversas. E isso, depende, na maior parte das vezes, do momento e da circunstância em que a regra esteja sendo utilizada.

Vale sempre lembrar que a Administração Pública, no contexto atual, não basta só atuar de acordo com a lei. Deve ser considerado, dentre outros princípios, o da eficiência para, diante do caso concreto, se buscar a melhor forma de satisfação do interesse público.

Parece, conforme esta pesquisa, estar justificada a eleição “política” adotada no Brasil, na década de 90, de se deslocar o centro de gravidade da produção normativa legiferante – esta que se limitaria a ser o eixo do marco regulatório – para a escolha do regulador autônomo, protegido por investidura a termo (mandato).

Ultrapassada estas duas questões de aguda importância para compreender aquele momento histórico, a saber: (i) a criação de entidades reguladoras autônomas, visando criar um ambiente de segurança institucional²²⁷ e atração de investimos, e, (ii) de se permitir, diante da complexidade cotidiana, a perfeita regulação “concorrencial” de setores relevantes, por meio de atos de viés prospectivos; resta concluir: esse caminho deve ser trilhado, ainda que parte, para outros setores/subsistemas?

O ambiente institucional brasileiro atual justificaria a criação de novas Agências Reguladoras ou outras formas de entidades autônomas (Conselhos, Autoridades, Institutos, Empresas etc.) para além das diversas existentes?

Como devem ser compreendidas as indicações político-partidárias para o comando desses entes de Estado e que, constantemente, chegam às manchetes dos jornais?

O que constatamos na presente pesquisa é que o Brasil se encontra numa fase confusa, em termos de organização administrativa.

²²⁷ Acerca da segurança institucional, ver: BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

São diversas situações, pouco compreensivas, ora criadas por novas legislações ordinárias, ora criadas por decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis federais e estaduais.

Consultamos projetos de lei, que propuseram a criação de novas entidades autônomas. A idéia foi tentar extrair algum referencial, alguma linha de argumentação comum a todos.

Da análise dos projetos de lei, examinados nesta pesquisa, é possível concluir que a estrutura básica adotada nos projetos examinados seguiu a mesma linha estruturada para a edição das leis que criaram as Agências Reguladoras, notadamente, no que se refere à busca pela garantia das decisões desses entes autônomos: a investidura a termo (mandato). Isso não seria um problema jurídico haja vista a decisão do STF trazida nesta pesquisa.

Ademais, verificamos que a motivação para a criação dessas novas entidades reguladoras não é unívoca; varia de acordo com os argumentos dos interessados diretos na criação desses entes. Os dois argumentos acima destacados, utilizados para se propor a criação de Agências Reguladoras na década de 90, não foram apresentados como sendo fundamentais para a estruturação dessas entidades;

Assim, pode-se inferir que o foco, o objetivo final, com a elaboração dos referidos projetos de lei, seria a tentativa de segregar questões de Governo de questões de Estado, mas sem afirmar isso, objetivamente, seja nas exposições de motivos, seja na estruturação das competências.²²⁸

No que se refere às entrevistas realizadas neste projeto, na busca de se obter contribuições de profissionais experientes sobre aspectos práticos, merecem destaque diversos aspectos. A idéia é, a seguir, evidenciar os principais pontos das entrevistas, de modo a: (i) criar certa homogeneidade, que facilita a compreensão do pensamento dos entrevistados, para; (ii) aproveitar eventuais recomendações na criação de novos entes de Estado.

²²⁸ “Enquanto o principal foco inicial era a privatização e o equilíbrio do orçamento público, hoje em dia as questões referentes ao desenho institucional estão recebendo mais atenção, junto com a necessidade de estabelecer uma política regulatória ampla de governo. Isso muda o foco em direção a um contexto mais amplo da qualidade da regulação em uma moderna economia com base no mercado.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008.

Começando pelas manifestações de Luiz Guilherme Schymura de Oliveira, temos o seguinte:

a) como exemplo inicial, identifica a área de seguros como sendo um setor que, em tese, trabalha com questões preponderantemente técnicas mais sofisticadas; haveria pouco a se tratar do ponto de vista mais político nesta área;

b) ao contrário da área de seguros, os serviços de utilidade pública afetam, diretamente, o dia-a-dia dos cidadãos;

c) quando se cria um órgão de Estado deve-se separar o quanto de papel político atuará;

d) a questão envolve a legitimidade para tomar decisões políticas, levando-se em conta aspectos culturais;

e) no Brasil não é fácil ter um órgão de Estado, em vista de alguns aspectos culturais; as regras não valem em todas as situações;

f) é favorável ao modelo de Agências Reguladoras;

g) o Brasil, por questões culturais, dificulta a criação de órgãos de Estado dirigidos por técnicos, não eleitos pelo povo;

h) o Brasil evoluiu muito na questão que envolve acesso de pessoas aos cargos públicos;

i) ANAC: a crise talvez não tenha surgido por questão de ausência de técnicos; ao contrário, talvez o técnico não tenha tido competência "política" pra operar o sistema;

j) só ter técnicos no comando de um órgão de Estado não é garantia de sucesso na condução dos temas;

l) a condução desse debate, no Brasil, está mal encaminhada;

m) a indicação de um técnico por um político não deve pesar negativamente;

n) o que deve pesar negativamente é a pessoa, escolhida para gerir um órgão de Estado, representar um grupo de pessoas; um grupo de interesse específico;

o) dúvidas se há necessidade de mandato fixo para dirigente de órgãos de Estado;

p) em momentos críticos no Brasil, não seria bom ao Banco Central ter independência; as decisões mais importantes seriam políticas;

q) "Apagão": o "tempo" de um técnico é diferente do "tempo" de um político;

r) dificuldade: como ter um órgão de Estado e, em determinadas situações, o político poder avocar para si a decisão? Como ter uma legislação que permita isso?

s) a segurança jurídica vem com a "institucionalidade" (isso, só com o tempo);

t) no passado, os investidores tinham receio de "risco do principal". Hoje a reputação foi construída;

u) não deveria ter mais Agências Reguladoras. Só deve ter em setores importantes (ANATEL, ANEEL, ANP), e o exemplo do apagão e taxa de câmbio flutuante;

v) outras áreas/setores: não;

x) ao invés de criar novas Agências Reguladoras deve-se consolidar o modelo e enxugar o número delas;

z) talvez, a SUSEP (mas sem mandato), em modelo parecido ao BACEN.

Destaques da entrevista feita com Jerson Kelman:

a) autonomia depende de funcionalidade; e quando é relevante? Quando a área (setor) necessita;

b) algumas agências, por exemplo, tem vocação para serem agências executivas. Não precisaria ter independência decisória (Ex.: ANA, que ele foi um dos criadores);

c) deve-se ter Agências Reguladoras nos casos de monopólio natural e na regulação de contratos com períodos superiores ao mandato presidencial;

d) é necessário mandato para olhar a longo prazo e ter independência em relação a quem tem mandato de olhar a curto prazo;

e) Não vê áreas/setores que deveriam migrar para o modelo de entidade com independência decisória (só o BACEN);

f) Não vê necessidade de criar a Autoridade Olímpica nos moldes das Agências Reguladoras; ela não regula um serviço continuado;

g) deveria se explorar mais no Brasil o modelo de Agências Executivas;

h) preencher cargos diretivos por questão meramente política é desastroso e, portanto, deve ser evitado;

i) nos EUA há uma composição de partidos políticos que funciona; não gosta do modelo;

j) o dirigente de órgão independente não deveria ter direito a segundo mandato;

l) o mandato, como é atualmente, permite que o dirigente tenha independência decisória;

m) independência não é mostrar que é “importante”; é entender onde estão os diversos interesses em jogo;

n) o papel do regulador é ser sujeito impopular;

o) é lamentável que, a cada dia, se precisa mais de respaldo político para assumir a direção de órgãos de Estado;

p) contra a figura do ouvidor, constante do projeto de lei nº 3337/2004.

Temas destacados da entrevista com Luiz Fortunato:

a) modelo de entidades autônomas é uma tendência; mas, deve haver aperfeiçoamento;

b) não se trata de polarizar “situação x oposição” e, sim, calibrações e adequações (não mais falar em reversão de modelo);

c) há experiências nos EUA em que os reguladores são pessoas com muita experiência; essa característica é, ainda, pouco verificada no Brasil;

d) há certa desvalorização dos dirigentes que assumem cargos nos órgãos regulatórios;

e) fragilidade nas equipes, porque entram e acabam por alavancar a carreira;

f) é possível separar questões de Estado e de Governo; ocorre no ONS;

g) exemplo: apagão (acionamento de energia);

h) precisamos de democracia desenvolvida, discussão, transparência e por em prática os valores do ONS;

i) sobre os desafios futuros: “reconsciência” (nenhuma instituição pode se fechar em si mesma diante do dinamismo social);

j) buscar relacionamento com os *stakeholders* (quanto mais debate, mais difícil errar);

l) sobre indicações políticas para ocupar cargos diretivos em órgãos de Estado: depende de gradação;

m) não identifica no Brasil algum setor que consiga separar esse modelo totalmente;

n) sempre haverá esforço para influências políticas;

o) autonomia é muito útil; por exemplo, o caso do ONS (principalmente, não sendo atingido pela Lei nº 8666/93);

p) mais importante do que mandato fixo é a organização estabelecer compromissos claros sobre sua missão, seu objetivo;

q) reguladores não devem ser eleitos; deveriam ser escolhidos diante de experiência técnica, e de ser submetido a um Conselho ou grupo que tenha essa responsabilidade;

r) deve ser “cobrado” do regulador de acordo com o plano de gestão do órgão;

s) o modelo do ONS pode ser um ponto de partida para a implantação em outros setores.

Ressaltamos os seguintes pontos trazidos por Luiz Alberto dos Santos:

a) o conceito de flexibilização na Administração Pública é problemático;

b) equívoco: fazer comparações de forma generalizada (como se fosse possível dirigentes públicos se comportarem sob a lógica do setor privado);

c) essa discussão permeou o debate na Emenda Constitucional 19 (modelo gerencial proposto por Bresser Pereira, que não obteve adesão dentro do próprio governo);

d) uma boa parte do modelo gerencial depende de recursos (e não havia) e deve haver condição de gestão (não havia estrutura consolidada do ponto de vista burocrático);

e) modelo trabalhista: foi retirado por decisão do STF; problemas nas OSs: pende julgamento da ADI; patrimonialização; corrupção etc.

f) deve-se manter o regime de direito público nas instituições; mas, tornar mais eficiente e ágil;

g) discussão sobre Agências Reguladoras é importante, porque se precisa trabalhar com o conceito de autonomia;

h) autonomia: envolve gestão, recursos e decisões, sem ter que pedir permissão;

i) na Administração Pública Federal: complicado; as Agências Reguladoras dependem de recursos orçamentários e disputam com outros órgãos;

j) houve melhoria com a institucionalização do quadro de pessoal das Agências e de *accountability*;

l) dificuldade em avançar na questão orçamentária (segregar);

m) criação da Autoridade Olímpica, com autonomia, visa garantir o cumprimento do cronograma com articulação entre Estado e Município; por isso, tem mandato fixo (para não ter descontinuidade);

n) mandato da Autoridade Olímpica é diferente das Agências Reguladoras (que tem para não sofrer pressão política dos setores econômicos);

o) é utopia pensar em separar questões de Estado e do Governo (deve haver equilíbrio entre compromisso político e a capacidade de cumprir a diretriz política, de maneira honesta e competente);

p) para isso existe o sistema de freios e contrapesos (Poder Judiciário, Poder Legislativo, sociedade, imprensa etc.);

q) separar Estado e Governo: caráter um pouco autoritário;

r) nos EUA há o critério de bipartidarismo na escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras;

s) apadrinhamento para escolha do dirigente é visível hoje (está nos tribunais superiores);

t) deve-se valorizar as sabatinas no Senado Federal;

u) comissão de infra-estrutura do Senado aprovou normatização sobre qualificação dos membros dirigentes;

v) outros órgãos e entidades não devem passar a ter autonomia, como IBGE, INCRA, IBAMA etc.;

x) já existem outros, como o Sistema S, que recebem recursos públicos; mas não integram a Administração Pública;

y) essas alternativas servem para suprir certas necessidades; contudo, não podem ser generalizadas, especialmente funções que envolvem prerrogativas de direito público (especialmente, poder de polícia);

z) na área privada no Brasil, também há muitas deficiências; deve-se examinar modelos possíveis, mas o modelo das OS não é uma contribuição relevante.

Finalizando, colhem-se detalhes da entrevista com João Alziro Herz da Jornada:

a) não existem fórmulas pré-definidas sobre o melhor modelo de organização administrativa a ser implantada no Brasil;

b) o próprio conceito de autarquia, como organização autônoma, ao longo do tempo sofreu alterações e, atualmente, já não é tão autônoma;

c) as universidades, como autarquias, acabaram por ter que criar fundações de apoio para atuar com autonomia;

d) demanda-se flexibilidade e independência na organização administrativa brasileira;

e) quanto a postura dos agentes públicos, do Governo, de separar questões de Estado, o problema advém de questão cultural;

f) o fato do INMETRO ser uma agência executiva traz algumas pequenas prerrogativas, mas que são úteis;

g) INMETRO tem um plano de gestão aprovado por um comitê e se transforma num plano de execução posteriormente avaliado;

h) esse é modelo saudável para o Estado;

i) na experiência exterior o plano das instituições públicas é discutido com os agentes superiores, no detalhe;

j) com a aprovação dos planos, as entidades (i) recebem os recursos para materializar e, (ii) são cobradas;

l) isso não ocorre no Brasil; aqui a análise é superficial;

m) quando se cobra o cumprimento das metas, a cobrança não é correta, pois também não se tem estrutura técnica para isso;

n) o "sistema" não funciona bem; por isso, autonomia no Brasil é tempo complexo;

o) autonomia deveria ser: realizar as tarefas (meio) com liberdade; dentro de certos parâmetros e; para alcançar o resultado esperado;

p) se não tem uma meta clara, e não tem recursos, a autonomia é uma ficção;

q) o Estado brasileiro não sabe fazer isso direito; ainda está aprendendo;

r) na Inglaterra tentou-se colocar a metrologia como atividade privada; não deu certo e a solução foi ter empresa estatal com administração privada sob controle do governo;

s) INMETRO: a questão é construir práticas, mudar cultura e essa mudança envolve todo o entorno da instituição: administradores, políticos e empresas privadas;

t) deve-se criar cultura em termos de padrão de comportamento, de valores, de hábitos;

u) há dificuldade de implantar experiências do Exterior no Brasil; exemplo: o chefe não assume que o subordinado faltou ou é improdutivo;

v) INMETRO criou sistema de avaliação de desempenho com avaliação externa; além disso, um registro de presença dos servidores;

x) Governo é o legítimo representante da sociedade e deve ter a prerrogativa e a missão de colocar ao Estado os novos interesses da sociedade;

y) INMETRO percebe os direcionamentos políticos no país;

z) INMETRO mantém diálogo com várias instâncias do Governo;

aa) existem pressões políticas de interesses menores que não são compatíveis com o INMETRO, que é instituição de Estado;

bb) como instituição de Estado o INMETRO respeita o Governo como direcionador político;

cc) INMETRO deve interpretar e separar as questões postas na agenda política do Governo;

dd) é comum receber pedidos para preenchimento de cargos no INMETRO;

ee) indicações de cunho meramente político é inadequada aos propósitos maiores de eficiência do setor público;

ff) indicações de caráter apenas político afeta o serviço público em diversas dimensões que atingem a instituição;

ff) se uma Agência Reguladora ficar fora de controle, é muito negativo para o país;

gg) se a Agência Reguladora ficar sob a tutela do Governo, afetada por politicagem, também é negativo;

hh) Agências Reguladoras vieram porque o Governo não tem rapidez e conhecimento técnico para legislar e operar assuntos específicos e, as vezes, há conflito;

ii) por isso, não tem fórmula para essa questão; o que se deve fazer é melhorar procedimentos (pessoal e base legal);

jj) as leis, em outros países, são claras; o cidadão entende o agente público entende e sabe operar;

ll) sobre mandatos para dirigentes, melhor pensar nos Conselhos por pessoas de alto nível e representatividade e credibilidade (um ponto de contato do Estado com a sociedade).

Assim, diante da nossa pesquisa que envolveu: (i) doutrina, (ii) jurisprudência, (iii) propostas legislativas, (iv) normas legais, (v) notícias publicadas em periódicos nacionais, (vi) relatório, e, notadamente, (vii) entrevistas, permite-se apresentar as seguintes observações e propostas.

O Brasil não se encontra em ambiente político similar àquele que propiciou a criação das Agências Reguladoras na década de 90.

Naquela fase, a segregação de competências entre a administração pública direta e a indireta, em setores estratégicos (telefonia, energia elétrica etc.), por meio de entidades autônomas, se apresentou como sendo fundamental para: (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica e atração de capital privado (notadamente estrangeiro) e, (ii) descentralizar a regulação de temas complexos e preponderantemente técnicos, naturalmente distantes dos debates e interesses políticos do Congresso Nacional na atual sociedade de rede.

Hoje, há certa estabilidade em termos políticos e econômicos no Brasil, de modo que a criação de entes estatais autônomos (órgãos de Estado) só se justifica se, além da ampliação da complexidade técnica, outra razão se apresente plausível.

É fato que no atual quadro político nacional, a Chefia do Poder Executivo Federal - e seu Partido Político - se vale de um "governo de coalizão" com outros partidos, para obter maioria no Congresso Nacional e aprovar as políticas públicas de seu interesse. Sabe-se que muitas dessas políticas públicas, em tese, não foram aprovadas pela sociedade haja vista o resultado final da eleição presidencial de 2010 (56,05% de votos para Dilma Rousseff e 43,95% para José Serra).

Também parece ser indisputável que esses partidos políticos "aliados", que apóiam o Governo, acabam por não ter compromisso com os programas do Governo eleito e, assim, visam, salvo raras exceções, alcançar interesses menores, que se aproximam do fisiologismo.

Desse modo, mesmo não constando dos projetos de leis, examinados nesta pesquisa, a razão para a criação de entes estatais, com autonomia e independência decisória, poderia encontrar eco na atual situação político-partidária brasileira.

Assim, justificar-se-ia a criação de novas autarquias especiais e agências executivas para setores sensíveis à efetividade de uma democracia material (e não meramente formal),²²⁹ em que se destacaria o *accountability*.

A criação desses entes deveria ter, no mínimo, as seguintes características básicas:

- a) definição do marco legal, com atribuições expressas das funções técnicas a serem exercidas pelo ente;
- b) formação de um Conselho Consultivo, composto de pessoas de notório reconhecimento público no setor escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, com a responsabilidade, inclusive, de defender o orçamento do novo órgão junto ao poder público central;
- c) direção por órgão colegiado, com 5 (cinco) membros;
- d) identificação dos candidatos aos cargos de direção no mercado;
- e) a identificação dos diretores seria feita pelo Conselho Consultivo ou por meio de um "Comitê de Busca", formado por personalidades de

²²⁹ Sobre essa questão, ver BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005.

notório reconhecimento público, a serem escolhidos pelo Conselho Consultivo da entidade;

- f) “busca” por meio de editais públicos de chamadas de candidaturas, amplamente divulgados, visando identificar dentre integrantes da esfera pública, da comunidade científica/tecnológica e do meio empresarial, nomes que se identifiquem com as diretrizes técnicas e político-administrativas estabelecidas legalmente para a entidade;
- g) poderão se candidatar, ao cargo de dirigente da entidade, brasileiros, com formação acadêmica e atuação profissional comprovada no setor público ou privado em atividades técnicas de produção de bens e serviços, pesquisa, consultoria, ensino e assessoramento em quaisquer das áreas de atuação da entidade;
- h) candidatos devem possuir experiência gerencial mínima de 10 (dez) anos, computados pela soma de anos ou frações, dos tempos de exercício profissional em cargos comprovadamente ocupados;
- i) por experiência gerencial, poderá ser aceito o exercício de cargos de chefia superior, tais como ministros do governo federal, secretário de governo municipal ou estadual, presidente ou diretor de instituições e empresas públicas ou privadas, superintendência de órgãos ou empresas, diretoria executiva, chefia de assessorias técnicas, chefia ou diretoria de centros e/ou departamentos de pesquisa, ensino e extensão, e de entidades de ensino superior ou tecnológico, entre outras, a critério da “Comissão de Busca”;
- j) candidato a dirigente não poderá manter com qualquer entidade do setor regulado qualquer um dos seguintes vínculos: acionista ou sócio com participação no capital social de empresa coligada, controlada ou controladora; membro de conselho de administração, fiscal, de diretoria executiva ou de órgão gerencial; empregado, mesmo com contrato de trabalho suspenso, prestador de serviço permanente ou temporário, inclusive das empresas controladoras e controladas ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras; ou membro de conselho ou de diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses dos associados ou de órgãos

governamentais, de conselho ou diretoria de categoria profissional de empregados dos Associados ou de órgãos governamentais, bem como membro de conselho ou diretoria de associação ou classe de usuários/consumidores do setor.

- k) formação de lista tríplice pelo “Comitê de Busca”, para a escolha dos dirigentes;
- l) escolha dos dirigentes pelo Presidente da República e sabatina pelo Senado Federal;
- m) nomeação a termo. O mandato fixo seria de 4 (quatro) anos, vedada a recondução;
- n) impossibilidade de demissão “ad nutum”, salvo nas situações previstas em lei;
- o) autonomia administrativa e financeira efetiva, sem a possibilidade de contingenciamento de recursos orçamentários pela Administração Pública direta. Os orçamentos seriam segregados, constituindo o ente uma unidade orçamentária autônoma;
- p) independência decisória, vedado, expressamente na lei, recurso hierárquico impróprio contra decisões proferidas na esfera de sua competência legal;
- q) estabelecimento de “plano de gestão” e “plano de execução das metas”; estas, a serem alcançadas anualmente, a exemplo do INMETRO;
- r) controle efetivo (não meramente formal), pelo Conselho Consultivo, dentre outros controles já institucionalizados no país, das atividades desenvolvidas pela direção;
- s) disponibilização, via internet, do processo de acompanhamento e controle do “plano de gestão” e do “plano de metas”;

Com a forma estruturada acima, nos parece que entes da organização administrativa brasileira, vocacionados ao desenvolvimento de atividades típicas de Estado – e que, assim, atuam em áreas que demandam decisões preponderantemente técnicas – poderão melhor atingir a missão pública do

Estado: o bem estar da sociedade e de cada um dos cidadãos brasileiros, nos termos preconizados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando L. O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Revista do Serviço Público*, v. 47, abril de 1996.

ALVAREZ, Regina. Economistas apontam desvio de finalidade no IPEA. *O Globo*, 23 de outubro de 2010.

_____. Uma máquina de alto custo: IPEA eleva gastos com diárias, passagens e estrutura e faz propaganda do governo, com levantamentos usados pela campanha de Dilma. *O Globo*, 22 de agosto de 2010, p. 3.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, pp. 11-56, abr. 2001.

_____. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XI, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005.
- BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.
- _____. *O que é globalização. Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização*. Barueri, SP: Manole, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- BRASIL. Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública. Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007. Resultado Final, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, 16 de julho de 2009, disponível em http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_Arq_leiOrganica.pdf.
- BRASIL. Estudo da eficiência da gestão do investimento público. Outubro de 2009, produzido a pedido do Ministério do Planejamento, disponível em http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/Avaliacao_Eficiencia_gestao.pdf.
- BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado, disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI8.HTM.
- BRESSER PERREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998.
- _____. *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- _____. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1998.

_____. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7.ed. (Luiz Carlos Bresser Pereira, Peter Spink) Org. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. Trad. Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CAVALCANTI, Bianor Scelza; PECCI, Alketa. *Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais*. Revista de Administração Pública, 34 (5), 99-118, set.out/2008. 2000.

CHADE, Jamil. *Presidentes dos maiores BCs do mundo estão preocupados com o Banco Central no governo Dilma Rousseff*. *O Estado de São Paulo*. 08 de novembro de 2010.

CHEVALIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 42(5):829-74, set/out. 2008.

_____. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DAIGRE, Jean-Jacques. *Ombres et lumières: examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes*. In: *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*. Paris: Economica, 2002.

DE LORENZO, Francine. *Brasil terá agência reguladora de mineração*. *Jornal Valor Econômico*, 20/09/2010. Disponível em <http://www.valoronline.com.br/online/mineracao/8292/311134/brasil-tera-agencia-para-regular-mineracao>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In. *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, maio/agosto de 1996, p. 13.
- DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DOMINGO, Rafael (Ed.). *Juristas universales*. v. II. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- DUTRA, Pedro. As agências reguladoras nos âmbitos federal e estadual: natureza jurídica da atividade de fiscalização e regulação. *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Enrique Saraiva, Alketa Peci e Edson Américo Brasília (Orgs.). Rio e Janeiro: Editora FGV, 2002.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1.ed. 4.t. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GALHARDO, Ricardo. Projeto que poderia ajudar a evitar ingerências políticas está parado. *O Globo*, 27 de agosto de 2009. p. 5.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- GÓES, Francisco; MAGALHÃES, Heloísa. ANATEL e ANTAQ testarão promessa de Dilma. *Valor Econômico*, p. A10, 03 de novembro de 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005.

GUERRA, Sérgio. Controle das agências reguladoras por meio de supervisão ministerial. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005.

_____. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

_____. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. Neopreendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: *Direito Empresarial Público II*. Organizadora: Carla Marshall. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. 26.reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HUBERMAN, Bruno. O desmatamento da Amazônia não caiu 49% como divulgou o INPE: Beto Veríssimo, diretor do IMAZON, instituto que utiliza os mesmos satélites do INPE, vê precipitação na divulgação dos dados pelo Ministério do Meio Ambiente. *Revista Carta Capital*, 11 de agosto de 2010. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/carta-verde/%E2%80%9Cco-desmatamento-da-amazonia-nao-caiu-49-como-divulgou-o-inpe%E2%80%9D> (Acesso em 16 de dezembro de 2010).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Luiz Toledo. *Formação do Brasil e unidade nacional*. São Paulo: IBRASA, 1980.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. Paulo Todescan L. Mattos (Coord.). São Paulo: Editora Singular, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89-90.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. In *Intervenção do Estado no domínio econômico e domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio*

Bandeira de Mello/Coordenadoras: Priscilia Sparapani; Renata Porto Adri). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MODESTO, Paulo (org). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para a reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Reforma da ordem econômica e financeira. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 3, n. 9, p. 22-25, out/dez. 1994.

MOREIRA, Vital. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a "declaração de condeixa". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, nº 01, jan./fev/mar. 2003.

_____; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

NUNES, Edson *et al.* Agências reguladoras no Brasil. In: *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra (org.). São Paulo: Editora UNESP.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. *Revista de Administração de Empresas (ERA)*, v. 45, n. 1, jan./mar. 2005.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e Contradições no contexto brasileiro. *O&S - v.15 - n.46*, julho/setembro, 2008.

PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, pp. 1-15, abr./jun. 1953).

_____. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Insulamento burocrático, *accountability* e transparência: dez anos de regulação da Agência Reguladora de Vigilância Sanitária. *Revista do Serviço Público*, Brasília, 60(4): 337-364 out/dez, 2009.

RAWS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REZENDE, Flavio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. In: *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Jorge Fernández Ruiz (Coord.). Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALGADO, Lucia Helena; SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

SALVADOR MARTÍNEZ, Maria. *Autoridades independentes*. Barcelona: Ariel, 2002.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In. *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório* (Pedro Ivo Sebba Ramalho – Org.). Brasília: ANVISA, 2009.

SARAVIA, Enrique J. *Governança social no Brasil contemporâneo*. Revista Governança Social – IGS. ano 3, edição 7, Belo Horizonte, dez.2009 a mar. 2010. p.21-23.

_____. O sistema de carreira no setor público: descrição, análise comparativa e perspectivas In: Moisés Balassiano; Isabel de Sá Affonso da Costa, *Gestão de carreiras: dilemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.

_____. O sistema empresarial público no Brasil: gênese e tendências atuais. Brasília, Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA)/Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), 1988 (versão ampliada e atualizada: Rio de Janeiro, 2002).

_____; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas públicas* (coletânea). Brasília: ENAP, 2006. 2 v.

_____; PECI, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo (Orgs.). *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio e Janeiro: Editora FGV, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza, 1987.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sunfeld (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. "Agências Reguladoras da Administração". *Revista de Direito Administrativo*, nº 221, julho - setembro/2000.

_____. Competência Ministerial para Suspensão de Julgamento de Concorrência em Empresa Pública sob sua Supervisão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 43, 1991.

_____. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. o exemplo brasileiro. Revista de Direito Administrativo*, v. 202/1.

TEIXEIRA, Alberto. *Planejamento público: de Getulio a JK (1930-1960)*. Fortaleza: IPLANCE, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLAS BÔAS, Bruno. Telebrás tem 4 apadrinhados de ex-ministro. *O Globo*, 16 de maio de 2010, p. 31.

WALD, Arnold. O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado. *Boletim de Direito Administrativo*. V. 20, n. 9., set. 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v.2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

ZANATTA, Mauro. PT tenta anular processo de seleção de presidente da Embrapa. *Jornal Valor Econômico*. A10, 5/7 de junho de 2009.

ANEXO

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 3.337, DE 2004

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 3.337, DE 2004

Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.472, de 16 de julho de 1997, no 9.478, de 6 de agosto de 1997, no 9.782, de 26 de janeiro de 1999, no 9.961, de 28 de janeiro de 2000, no 9.984, de 17 de julho de 2000, no 9.986, de 18 de julho de 2000, no 9.998, de 17 de agosto de 2000, no 10.233, de 5 de junho de 2001, e no 10.871, de 20 de maio de 2004, e da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social, acresce e altera dispositivos das Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.472, de 16 de julho de 1997, no 9.478, de 6 de agosto de 1997, no 9.782, de 26 de janeiro de 1999, no 9.961, de 28 de janeiro de 2000, no 9.984, de 17 de julho de 2000, no 9.986, de 18 de julho de 2000, no 9.998, de 17 de agosto de 2000, no 10.233, de 5 de junho de 2001, e no 10.871, de 20 de maio de 2004, e da Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

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

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

Art. 3º A natureza especial conferida às Agências Reguladoras é caracterizada por mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira e administrativa.

CAPÍTULO I

DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Art. 4o O processo de decisão das Agências Reguladoras, atinente à regulação setorial, terá caráter colegiado.

§ 1o Os Conselhos Diretores das Agências Reguladoras deliberarão por maioria absoluta dos votos de seus membros, dentre eles o Presidente que, na sua ausência, deverá ser representado por seu substituto, definido em regimento próprio.

§ 2o É facultado à Agência Reguladora adotar processo de decisão monocrática, assegurado ao Conselho Diretor o direito de reexame das decisões monocráticas, na forma do parágrafo § 3o.

§ 3o Dos atos praticados no âmbito da Agência Reguladora caberá recurso ao Conselho Diretor, interposto por interessado ou por membro do Conselho Diretor.

Art. 5o As reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores das Agências Reguladoras serão públicas e gravadas em meio eletrônico.

§ 1o A gravação e a ata de cada reunião deliberativa do Conselho Diretor devem ser disponibilizadas aos interessados na sede da Agência e no seu sítio, na Internet, até dez dias úteis após o encerramento da reunião, devendo permanecer na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 2o As pautas das reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores das Agências Reguladoras deverão ser divulgadas no sítio da agência, na Internet, com antecedência mínima de três dias úteis.

§ 3o Somente poderão ser deliberadas matérias que constem das pautas das reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores das Agências Reguladoras, divulgadas na forma do § 2º, ressalvada a análise de processos considerados sigilosos.

§ 4o Não se aplica o disposto neste artigo às reuniões deliberativas em que o Conselho Diretor faça uso ou delibere sobre documentos classificados como sigilosos, na forma da Lei, ou aquelas que sejam destinadas a exame de processos considerados sigilosos.

Art. 6o Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores, os pedidos de revisão de tarifas e as minutas e propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1o O período de consulta pública terá início sete dias após a publicação de despacho motivado no Diário Oficial da União e terá a duração mínima de trinta dias.

§ 2o As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, na sede e no respectivo sítio, na Internet, em até sete dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como fundamento para as propostas colocadas em consulta pública, inclusive aqueles relativos aos pedidos de revisão de tarifas encaminhados pelas empresas reguladas, devendo tais informações permanecer disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 3o As críticas e sugestões encaminhadas pelos interessados, no prazo da consulta pública, deverão ser disponibilizadas na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até sete dias após o seu recebimento, devendo permanecer disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 4o O posicionamento da Agência sobre as críticas ou contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede

e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até três dias úteis antes da reunião do Conselho Diretor para deliberação sobre a matéria, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 5º As Agências Reguladoras deverão estabelecer, nos regimentos próprios, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 6º É assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, a defesa do meio ambiente ou a defesa dos recursos hídricos, cadastradas previamente junto à agência reguladora, o direito de receber o apoio técnico de até três especialistas com notórios conhecimentos na matéria objeto da consulta pública, que acompanharão o processo e darão assessoramento qualificado às entidades e seus associados.

§ 7º Caberá à Agência Reguladora, ouvidas as associações cadastradas, contratar o referido apoio técnico, preferencialmente junto a universidades, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 24, inciso XIII, 25, inciso II, e 26 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 8º O apoio técnico às associações cadastradas será proporcionado durante o período de consulta pública, estendendo-se até quinze dias após o seu encerramento.

Art. 7º As Agências Reguladoras, por decisão colegiada, poderão realizar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§ 1º A abertura do período de audiências públicas será precedida de despacho motivado publicado no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação, até quinze dias antes de sua realização.

§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, em local especificado e em seu sítio na Internet, em até quinze dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como embasamento para as propostas colocadas em audiência pública.

§ 3º As Agências Reguladoras deverão estabelecer, nos regimentos próprios, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas.

Art. 8º As Agências Reguladoras poderão estabelecer, nos regimentos próprios, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 9º Os resultados da audiência pública e de outros meios de participação dos interessados nas decisões a que se referem os arts. 7º e 8º deverão ser disponibilizados na sede e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a indicação do procedimento adotado.

CAPÍTULO II

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL

Seção I

Do Controle Externo e do Relatório Anual de Atividades

Art. 10. O controle externo das Agências Reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, especialmente verificando a compatibilidade das ações adotadas pela agência com as políticas definidas para o setor regulado.

Art. 11. As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo.

§ 1º O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após a abertura da sessão legislativa do Congresso Nacional, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, e disponibilizado aos interessados na sede da Agência e no seu sítio, na Internet, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 2º No prazo de até quarenta e cinco dias após o encaminhamento do relatório anual, cada Agência Reguladora apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes das duas Casas do Congresso Nacional, para deliberação destas, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos, para o exercício anterior, no contrato de gestão, definido no art. 12 desta Lei, esclarecendo o impacto de suas operações e os resultados alcançados.

§ 3º É do Presidente da Agência Reguladora o dever de cumprir os prazos estabelecidos neste artigo, sob pena de responsabilidade.

Seção II

Do Contrato de Gestão e de Desempenho

Art. 12. A Agência Reguladora deverá firmar contrato de gestão e de desempenho com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição.

§ 1º O contrato de gestão e de desempenho será firmado anualmente, no prazo máximo de noventa dias após a publicação da Lei Orçamentária Anual, pelos membros do Conselho Diretor da Agência Reguladora e o titular do Ministério a que estiver vinculada, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 2º O contrato de gestão e de desempenho deverá ser estabelecido a partir de Plano de Trabalho, compatível com o disposto na Lei Orçamentária Anual, na forma do art. 13 desta Lei, e submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da Agência Reguladora ou de uma das Câmaras do Conselho de Governo, na forma do regulamento.

§ 3º O contrato de gestão e de desempenho será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da Agência Reguladora e da avaliação do seu desempenho e deverá integrar a prestação de contas da Agência Reguladora e do Ministério a que estiver vinculada, nos termos do art. 9º da Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal.

§ 4o São objetivos do contrato de gestão e de desempenho:

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

II - aperfeiçoar as relações de cooperação da Agência Reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei.

§ 5o O extrato do contrato de gestão e de desempenho, bem como de seus aditamentos, deverão ser publicados no Diário Oficial da União, pela Agência Reguladora, no prazo máximo de vinte dias, contados da sua assinatura, condição indispensável para sua eficácia.

§ 6o A Agência Reguladora deverá, no prazo máximo de vinte dias, contados da sua assinatura, encaminhar cópias do contrato de gestão e de desempenho para o Senado Federal, para a Câmara dos Deputados e para o Tribunal de Contas da União, bem como disponibilizar, para os interessados, o documento na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, devendo o documento eletrônico permanecer disponível pelo prazo mínimo de quatro anos.

Art. 13. O contrato de gestão e de desempenho deverá observar as metas físicas associadas ao orçamento da Agência aprovado pela Lei Orçamentária Anual, especificando, no mínimo:

I - as metas de desempenho administrativo, as metas operacionais relativas às atividades delegadas pelos Ministérios e as metas de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance;

II - a estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas;

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

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

V - as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas;

VI - o período de vigência.

VII - as condições para revisão e renovação.

§ 1o As metas de desempenho administrativo e operacional referidas no inciso I dizem respeito, estritamente, aos aspectos organizacionais da Agência e ações relacionadas à:

I - promoção da qualidade dos serviços prestados pela Agência;

II - promoção do fomento à pesquisa no setor por ela regulado;

III - promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência.

§ 2o As medidas referidas no inciso V não interferirão na autonomia da Agência em seus aspectos regulatórios, nem terão caráter disciplinar.

Art. 14. Regulamento disporá sobre os instrumentos de acompanhamento e avaliação do contrato de gestão e de desempenho, bem como sobre os procedimentos a serem observados para a sua assinatura e a emissão periódica de relatórios de acompanhamento e avaliação da Agência Reguladora.

Seção II

Da Ouvidoria

Art. 15. Haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor que atuará junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições, sem acumulação com outras funções, com mandato de quatro anos, vedada a recondução.

§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela Agência Reguladora e acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os processos da agência e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da Agência Reguladora.

§ 3º Os relatórios do Ouvidor deverão ser encaminhados ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, que poderá se manifestar no prazo de quinze dias.

§ 4º Transcorrido o prazo para manifestação do Conselho Diretor, o Ouvidor deverá encaminhar o relatório e, se houver, a respectiva manifestação do Conselho Diretor da Agência Reguladora, ao titular do Ministério a que a Agência estiver vinculada, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, divulgando-os no sítio da Agência, na Internet.

Art. 16. O Ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, devendo ter reputação ilibada e notório conhecimento em regulação de setores econômicos ou no campo de atividade da agência reguladora.

§ 1º O Ouvidor somente poderá perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, condenação em processo administrativo disciplinar ou exoneração, por iniciativa do Presidente da República, precedida de autorização do Senado Federal.

§ 2º O processo administrativo contra o Ouvidor somente poderá ser instaurado pelo titular do Ministério ao qual a Agência está vinculada, por iniciativa de seu Ministro, por representação do Presidente da República ou do titular da Controladoria-Geral da União, inclusive em decorrência de representação promovida pelo Conselho Diretor da respectiva Agência.

§ 3º Ocorrendo vacância no cargo de Ouvidor no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no *caput*, que o exercerá pelo prazo remanescente, admitida a sua recondução se tal prazo for inferior a dois anos.

CAPÍTULO III

Da Interação entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Defesa da Concorrência

Art. 17. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de

defesa da concorrência e as Agências Reguladoras devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 18. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes, conforme o disposto na Lei no 8.884, de 1994, a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, observadas as competências do CADE.

§ 2º Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos.

§ 3º Os pareceres de que trata o § 2º deverão ser encaminhados pelas Agências no prazo máximo de trinta dias, contados do recebimento do pedido.

§ 4º As Agências Reguladoras solicitarão parecer ao órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, quinze dias antes à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.

§ 5º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União e disponibilizar na sua sede e em seu sítio na Internet os pareceres emitidos em cumprimento ao § 4º deste artigo, pelo prazo mínimo de um ano.

Art. 19. As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pelo órgão de defesa da concorrência responsável pela instrução processual, se a análise preliminar deste ou da Agência Reguladora levantar indícios suficientes de prática anticoncorrencial.

Art. 20. Sem prejuízo das suas competências legais, o CADE notificará às Agências Reguladoras do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

CAPÍTULO IV

Da Interação Operacional entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Regulação Estaduais, do Distrito Federal e Municipais

Art. 21. As Agências Reguladoras de que trata esta Lei promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, promovendo, a seu critério, a descentralização de suas atividades, mediante convênio de cooperação, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde, que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º A cooperação de que trata o *caput* será instituída desde que as Agências Reguladoras ou órgãos de regulação da unidade federativa interessada possuam serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento da Agência Reguladora Federal.

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

§ 3º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal que receber a delegação observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 4º Os atos de caráter normativo editados pelo órgão regulador estadual ou municipal que receber a delegação deverão se harmonizar com as normas expedidas pela Agência Reguladora.

§ 5º É vedado ao órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal conveniado exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de fiscalização obrigação não prevista previamente em contrato.

Art. 22. Em caso de descentralização da execução de atividades sob responsabilidade da Agência Reguladora, parte da receita arrecadada pela Agência poderá ser repassada ao órgão regulador conveniado, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo instrumento de convênio.

Parágrafo único O repasse de que trata o *caput* deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência reguladora local para realizar as atividades delegadas.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

[...]

Sala da Comissão, em de de 2004.
Deputado LEONARDO PICCIANI
Relator