

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ADMINISTRATIVAS**

**Mateus Cogo Marques**

**PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DO  
PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP)**

**Porto Alegre  
2013**

**MATEUS COGO MARQUES**

**PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DO  
PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP)**

**Trabalho de conclusão de curso de  
graduação apresentado ao Departamento  
de Ciências Administrativas da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Administração.**

**Orientador: Aragon Érico Dasso Júnior**

**Porto Alegre**

**2013**

**MATEUS COGO MARQUES**

**PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DO  
PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP)**

**Trabalho de conclusão de curso de  
graduação apresentado ao Departamento  
de Ciências Administrativas da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Administração.**

Conceito final .....

Aprovado em ..... de ..... de .....

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof. Dr. Diogo Joel Demarco - Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

**Wallace Nunes de Menezes – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e  
Biocombustíveis**

**Orientador: Prof. Dr. Aragon Érico Dasso Júnior - Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul**

**Porto Alegre**

**2013**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, que sempre apoiou em todos os momentos desta árdua caminhada.

Ao professor Dr. Aragon por seus valiosos conselhos e sua imensa compreensão.

À minha companheira Daniele, que sempre está ao meu lado, me apoiando, dando afeto, compreensão e amizade.

Ao meu filho Gabriel, que mostrou um novo sentido à minha vida, agora como pai.

## RESUMO

Este trabalho tem o objetivo central de analisar o alcance do poder normativo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), verificando a legalidade do desempenho desta função. Além disso, foram pesquisados os conseqüentes objetivos específicos: histórico da reforma administrativa da década de 1990 e da criação das agências reguladoras; grau de autonomia das agências reguladoras; relação de vinculação/subordinação entre as agências reguladoras e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; e a atuação prática da ANP com relação ao seu poder normativo. Relativamente à estrutura, este texto está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo versa sobre o modelo gerencial e a reforma do aparelho do Estado brasileiro na década de 1990, relatando o ambiente e também o processo de criação das agências reguladoras por parte do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, com uma breve crítica aos resultados obtidos. O segundo capítulo expõe o estudo das agências reguladoras em relação às suas autonomias administrativa, financeira e normativa, além de avaliar as influências dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sobre a atuação e funcionamento dos entes reguladores, principalmente em relação aos seus poderes regulamentares. O terceiro capítulo efetua uma contextualização histórica e operacional da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis a fim de caracterizar o ente administrativo para melhor compreender sua situação atual. O capítulo final realiza exame crítico da função normativa exercida pela ANP no setor brasileiro de petróleo, gás natural e biocombustíveis através da análise de diversos aspectos de sua atuação no seu domínio regulado. Em conclusão, o estudo apresenta que a tão proclamada autonomia das agências reguladoras na prática é um mito devido às influências externas (mercado) e internas (governo), sendo que o poder normativo das agências reguladoras é extremamente limitado pelos princípios da legalidade e pela subordinação às políticas públicas definidas pelo governo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agência Reguladora; Reforma do Aparelho do Estado; Administração Pública; Poder Normativo.

## **ABSTRACT**

This work has the main objective to analyze the scope of the legislative power of the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels (ANP), verifying the legitimacy of the execution of this function. Furthermore, the consequential specific objectives were investigated: history of the Brazilian administrative reform of the 1990s and the creation of regulatory agencies; the degree of autonomy of the regulatory agencies; binding/subordination relationship between regulatory agencies and the Legislative, Executive and Judicial powers; and practical application of the ANP in relation to its normative power. Regarding the structure, this text is divided into four chapters. The first chapter deals with the management model and the reform of the Brazilian state apparatus in the 1990s, describing the environment and also the process of creation of regulatory agencies by the Ministry of Federal Administration and State Reform, with a brief review of the results obtained. The second chapter presents the study of regulatory agencies regarding their administrative, financial, and normative autonomy, in addition to evaluate the influences of the Legislative, Executive and Judicial powers on the role and operation of regulatory organizations, mainly in relation to its regulatory powers. The third chapter makes a historical and operational context of the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels in order to characterize the administrative organization to better understand its current situation. The final chapter performs critical examination of the regulatory function exercised by ANP in Brazilian petroleum, natural gas and biofuels sectors through the analysis of various aspects of its operations at its regulated area. In conclusion, the study shows that the much-vaunted autonomy of the regulatory agencies in practice is a myth due to external (market) and internal (government) influences, while the normative power of regulatory agencies is extremely limited by the principles of legality and subordination to the public policies set by the government.

**KEY WORDS:** Regulatory Agency; Apparatus State Reform; Public Administration; Normative Power.

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1: MODELO GERENCIAL E A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO NA DÉCADA DE 1990 .....</b>	<b>15</b>
Contexto Histórico da Reforma do Aparelho Estatal Brasileiro e Crítica ao Modelo Burocrático Tradicional.....	15
Definição da Reforma da Administração Pública Brasileira e Adoção do Modelo Gerencial.....	20
Agências Reguladoras e o Poder do Estado .....	28
Conclusão do Capítulo 1 .....	34
<b>CAPÍTULO 2: AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>39</b>
Tipologia das Agências Reguladoras e as Políticas Públicas .....	39
Autonomia Administrativa das Agências Reguladoras .....	48
Autonomia Financeira e Orçamentária das Agências Reguladoras .....	64
Interferência e o Controle dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário .....	69
Autonomia Normativa das Agências Reguladoras e Legalidade do Poder Normativo .....	83
Conclusão do Capítulo 2.....	98
<b>CAPÍTULO 3: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS.....</b>	<b>101</b>
A Regulação Brasileira no Setor de Combustíveis Antes da Criação da ANP.....	101
A Natureza Jurídica da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis .....	103
Finalidades da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis .....	105
Vinculação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis .....	107
Direção da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis .....	109
Quadro de Servidores da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis .....	113
Receitas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.....	116
Conclusão do Capítulo 3.....	120
<b>CAPÍTULO 4: PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS .....</b>	<b>121</b>
Atuação Limitada da ANP no Setor Petrolífero.....	121
Poder de Outorga e Autorização da ANP .....	124
Atuação da ANP no Exercício do Poder Fiscalizatório .....	128
Controle Social da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis .....	130
Conclusão do Capítulo 4.....	132
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>142</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>145</b>

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ANA – Agência Nacional de Águas  
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações  
ANCINE – Agência Nacional de Cinema  
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica  
ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis  
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar  
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários  
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres  
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária  
BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento  
CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo  
CLAD – Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento  
CNP – Conselho Nacional do Petróleo  
CNPE – Conselho Nacional de Política Energética  
CRE – Conselho de Reforma do Estado  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil  
DNC – Departamento Nacional de Combustíveis  
FHC – Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso  
MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado  
MME – Ministério de Minas e Energia  
NGP – Nova Gestão Pública  
PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado  
SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira  
TCU – Tribunal de Contas da União



## **INTRODUÇÃO**

As agências reguladoras federais foram criadas a partir de 1996, inspiradas pela experiência internacional (principalmente Anglo-Saxônica), como entes públicos dotados de independência em relação ao Poder Executivo.

O fim de diversos serviços públicos e outras atividades antes providas exclusivamente pelo Estado e com a cessão destas para a esfera privada, as agências reguladoras surgiram a fim de regulamentar tais atividades, realizar procedimento licitatório e regular tais setores.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), implantada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998, é o ente regulador das atividades que integram a indústria do petróleo e gás natural e a dos biocombustíveis no Brasil. Autarquia federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), a ANP é responsável pela execução da política nacional para o setor energético do petróleo, gás natural e biocombustíveis, de acordo com a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997).

As agências reguladoras possuem diversas atribuições, como por exemplo: criar regulamentos e normas, autorizar ou conceder outorga para realização de atividade regulada, fiscalizar seu campo de atuação, aplicar sanções administrativas, realizar conciliação no âmbito regulatório, recomendar melhorias nas políticas públicas, entre outras funções.

Das atividades mencionadas acima, a função normativa provoca discussão tanto no ambiente administrativo quanto no jurídico. Esta atribuição de definir regulamentos com a mesma validade de uma lei resulta no questionamento da legitimidade da delegação do papel normativo para as agências reguladoras.

Contudo, essas entidades não desempenham propriamente atividade legislativa, pois seria aceitar uma inovação legal não expressamente prevista na Constituição. Apesar disto, admite-se que a lei define princípios genéricos, os quais muitas vezes necessitam de regulamentação específica para sua aplicação prática, desde que se observe o princípio da legalidade, que determina que a norma particular não pode contrariar a lei ou ultrapassar a competência do Legislativo.

Diante dos fundamentos apresentados anteriormente, o problema de pesquisa deste estudo é: em que consiste o poder normativo das agências reguladoras, sobretudo no caso da esfera de atuação da ANP?

As justificativas para a execução do presente trabalho são simples.

A concepção das agências reguladoras no ambiente da Administração Pública Brasileira, com suas características peculiares, representou um importante aspecto de mudança neste setor.

Ao buscar inserir estas agências como novo padrão institucional na Gestão Pública, com diferentes recursos de administração (tais como, exame de desempenho, controle de custos e por resultado, etc.), o Estado Brasileiro visualizava uma possível inovação na sua forma de atuar perante a sociedade.

Sendo assim, é essencial verificar a trajetória histórica da criação das agências reguladoras a fim de compreender o impacto do seu poder normativo no âmbito público nacional.

Além disso, a questão das agências exercerem o seu poder normativo a fim de regular o domínio definido para sua atuação traz a indagação sobre qual é o limite deste poder regulamentar, se é que existe restrição para entes reguladores desempenharem suas funções.

Portanto, este trabalho também se justifica pela necessidade de rever o atual posicionamento dos entes reguladores em editar atos administrativos sobre o seu setor de atuação, analisando quais os limites do poder normativo delegado a estas agências em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por fim, espera-se que os resultados encontrados possam contribuir para com a teoria da Gestão Pública já existente, ampliando o conhecimento sobre o poder normativo das instituições reguladoras. Em termos empíricos, fornecendo subsídios aos gestores da autarquia sob análise, no sentido de entender melhor os limites das funções normativas que desempenham nesta instituição, o que, por sua vez, trará contribuições importantes para a sociedade em geral, principalmente para as organizações do setor energético do petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Portanto, o objetivo central deste trabalho é analisar o alcance do poder normativo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, verificando a legalidade do desempenho desta função.

Além disso, os conseqüentes objetivos específicos podem ser citados:

- a) Pesquisar o histórico de criação das agências reguladoras;
- b) Estudar o grau de autonomia das agências reguladoras, assim como a relação de vinculação/subordinação entre estas e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;
- c) Examinar a atuação prática da ANP com relação ao seu poder normativo.

Com relação aos procedimentos metodológicos, a pesquisa foi classificada conforme três aspectos principais: a abordagem do problema, os objetivos da pesquisa e os procedimentos adotados.

No primeiro enfoque, a abordagem do problema enquadra-se como qualitativa, pela utilização da forma básica de interpretação e atribuição de significados aos fenômenos estudados, na qual o ambiente natural é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave, não existindo a necessidade de aplicação de métodos estatísticos para a sua comprovação (LIMA e SANTOS, 2009).

Em relação aos seus objetivos, a pesquisa classifica-se como descritiva, por dedicar-se à descrição das características das agências reguladoras brasileiras. Segundo Gil (1999), a pesquisa descritiva busca a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou estabelecimento entre variáveis.

Além disso, Gil (1999) afirma que existem pesquisas que, apesar definidas como descritivas a partir de seus objetivos, acabam servindo mais para proporcionar uma nova visão do problema, o que as aproxima das pesquisas exploratórias.

Quanto aos procedimentos da pesquisa, opta-se pelo estudo de caso, principalmente pela característica indutiva do trabalho, a qual parte do particular e coloca a generalização como produto posterior do estudo. (GIL, 1999)

O autor Gil (1999) descreve que o estudo de caso é qualificado pela pesquisa profunda e exaustiva de um ou poucos objetos, de maneira a permitir o seu conhecimento amplo e detalhado. O propósito do estudo de caso é expandir ou generalizar proposições teóricas. (YIN, 2001).

A estratégia de estudo de caso assumida utilizará as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental para a coleta dos dados.

Gil (1999) define que a pesquisa bibliográfica é concebida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Este autor cita que a pesquisa bibliográfica é imperativa nos estudos históricos.

Também conforme Gil (1999), a pesquisa documental parece muito com a pesquisa bibliográfica. A singular diferença entre ambas está na natureza das fontes. De acordo com Gil (1999), a pesquisa documental utiliza materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

Para o tratamento dos dados obtidos, foi adotada a análise documental e de conteúdo. A análise documental consiste em uma série de operações que visam a estudar um ou vários documentos para descobrir as circunstâncias sociais e econômicas com as quais podem estar relacionados. Seus aspectos metodológicos fundamentam-se, essencialmente, em caracterizar os documentos que serão usados para, na seqüência, efetuar a análise propriamente dita, na qual se recorre à análise de conteúdo (RICHARDSON, 1999).

Já a análise de conteúdo é definida por Bardin (1977 apud TRIVIÑOS, 1992) como “um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, obter indicadores quantitativos ou não, que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) das mensagens”. O autor Triviños (1992) ressalta o grande valor do método no campo da pesquisa qualitativa.

A respeito do elemento de estudo, a unidade de análise deste trabalho obrigatoriamente deve ser uma agência reguladora criada durante o governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (FHC), a fim de analisar o poder normativo deste tipo de autarquia de regime especial. A instituição selecionada foi a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) devido ao elaborador deste estudo trabalhar como servidor público nesta instituição e, assim, buscar um melhor esclarecimento de quais são os limites do poder normativo desta instituição no seu campo de atuação.

A propósito dos procedimentos de apuração e exame de informações, tem-se que a coleta de dados foi feita primeiramente por pesquisa documental sobre a reforma da Administração Pública brasileira promovida pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) na gestão do governo FHC, que posteriormente originaram as agências reguladoras. Esta pesquisa incluirá o

estudo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) e também do Conselho de Reforma do Estado (CRE).

Além disso, foi realizada pesquisa documental sobre a autonomia das agências reguladoras em relação aos Poderes de Estado a fim de entender as mudanças na Gestão Pública com a criação das agências reguladoras e também as relações entre a ANP e os outros entes públicos que ela se relaciona, tais como: MME, Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), entre outros.

Os dados coletados durante a realização desta pesquisa documental foram do tipo fontes primárias (como documentos oficiais do Estado) e também fontes secundárias, isto é, que de alguma forma já foram analisados (tais como relatórios da ANP). (GIL, 1999)

Após esta etapa, foi realizada pesquisa bibliográfica em livros de direito administrativo e artigos científicos que versam sobre a existência das agências reguladoras e suas ações na Administração Pública, especialmente sobre o poder normativo deste tipo de autarquia.

Ao longo da coleta dos dados, a análise documental esteve presente, pois foram selecionados documentos e fontes bibliográficas que possuem relações com os objetivos do trabalho. Ao final da pesquisa para coleta de dados, os materiais escolhidos foram organizados e caracterizados pela análise documental em função da conexão destes com a questão central do estudo.

Finalizada a análise documental, adotou-se o método de análise de conteúdo, reunindo os referidos dados para a análise e interpretação do alcance do poder normativo das agências reguladoras.

Por último, foi efetuada a interpretação das informações obtidas através da estratégia de estudo de caso, confrontando as informações obtidas na pesquisa sobre a ANP com os conceitos abordados acerca das agências reguladoras na revisão teórica que subsidiou o estudo, a fim de obter conclusões generalizadas sobre o poder normativo neste tipo de autarquia, ademais de examinar o desempenho da função regulamentar destes órgãos em suas esferas de ação.

Importante enfatizar o método indutivo do estudo de caso, pois este trabalho foca no estudo intensivo do contexto da ANP (caso particular) buscando conclusões

sobre a atuação do poder normativo das agências reguladoras existentes (generalização).

Relativamente à composição, esta pesquisa está estruturada em quatro capítulos.

O primeiro capítulo versa sobre o modelo gerencial e a reforma do aparelho do Estado brasileiro na década de 1990, relatando o ambiente e também o processo de criação das agências reguladoras por parte do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, com uma breve crítica aos resultados obtidos.

O segundo capítulo expõe o estudo das agências reguladoras em relação às suas autonomias administrativa, financeira e normativa, além de avaliar as influências dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sobre a atuação e funcionamento dos entes reguladores, principalmente em relação aos seus poderes regulamentares.

O terceiro capítulo efetua uma contextualização histórica e operacional da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis a fim de caracterizar o ente estudado para melhor compreender sua situação atual.

O capítulo final realiza exame crítico da função normativa exercida pela ANP no setor brasileiro de petróleo, gás natural e biocombustíveis através da análise de diversos aspectos de sua atuação no seu domínio regulado.

## ***CAPÍTULO 1: MODELO GERENCIAL E A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO NA DÉCADA DE 1990***

### Contexto Histórico da Reforma do Aparelho Estatal Brasileiro e Crítica ao Modelo Burocrático Tradicional

Nesta primeira parte, foram apresentados os diversos entes públicos criados a fim de realizar a reforma estatal brasileira na década de 1990 e também as críticas ao modelo burocrático adotado pela Administração Pública que foram utilizados como justificativa para a mudança na Administração Pública.

O Decreto nº 1.526 de 20 de junho de 1995 da Presidência da República cria a Câmara da Reforma do Estado, do Conselho de Governo, com o objetivo de formular políticas, aprovar programas e acompanhar as atividades relativas à Reforma do Estado. Conforme o citado decreto, compete a esta câmara: estabelecer as diretrizes para a política de Reforma do Estado, aprovar e acompanhar os programas a serem implantados no âmbito da Reforma do Estado, e promover e acompanhar as parcerias intra e intergovernamentais nas atividades de Reforma do Estado.

Já o Conselho de Reforma do Estado – CRE – foi instituído por meio do Decreto nº 1.738 de 8 de dezembro de 1995, no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, com a finalidade de proceder a debates e oferecer sugestões à Câmara da Reforma do Estado nos assuntos relativos à reforma do aparelho do Estado. (MARE, 1997b)

Conforme o oitavo caderno do MARE (1997b), o CRE brasileiro é uma criação dos anos 1990, por ação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e intrinsecamente relacionado ao plano de reconstrução do Estado, para além do modelo de administração burocrática. Rompendo o padrão tecnocrático e autoritário, esta iniciativa tem como objetivo constituir vias formais de articulação entre governo e sociedade, especialmente com as elites reformadoras, tendo como fim provocar a reflexão e o debate sobre a reforma do Estado e, deste modo, colaborar com propostas formuladas à Câmara da Reforma do Estado.

A Câmara da Reforma do Estado (1995) declara no documento denominado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” que o Poder Público, devido ao modelo de crescimento adotado, desviou-se de suas funções precípuas para atuar com grande ênfase na esfera produtiva, sendo que essa interferência do Estado acarretou distorções crescentes no mercado, o qual passou a conviver com artificialismos que se tornaram insustentáveis na década de 1990.

Além disso, este documento assume que, em razão do modelo de desenvolvimento adotado em Governos anteriores ao do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que causou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a piora da crise fiscal e, por decorrência, da inflação.

Em seu artigo “Uma nova Gestão Pública para a América Latina”, o Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento – CLAD (1999) – relata que a ampla mudança na função do aparelho estatal deve acontecer na forma de intervenção, no nível econômico e político, sendo que no plano econômico, em vez da atuação direta como produtor, o Estado tem de focalizar suas atividades na regulação, onde as privatizações e a concepção de agências reguladoras compõem este processo.

Assim, a Câmara da Reforma do Estado (1995) define que a reforma do Estado deve ser compreendida no contexto de redefinição do seu papel, o qual deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social através da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promover e regular esse desenvolvimento.

Igualmente articula que um dos aspectos centrais desta reforma 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.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado enfatiza a seguinte posição:

O Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências que daí resultaram, deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado. Daí a generalização dos processos de privatização de empresas estatais. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

Também, o escrito citado destaca que:



Através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor ou promotor destes. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

Partindo desta idéia, o mesmo texto conclui que:

Nesta nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

O CLAD (1999) apóia a reestruturação estatal quando afirma que:

A reconstrução da capacidade estatal é uma condição essencial para que os países latino-americanos enfrentem com mais sucesso as questões da redemocratização, do desenvolvimento econômico e da distribuição de riqueza. Neste contexto, a implantação da Reforma Gerencial é um aspecto fundamental para aumentar a governança do Estado bem como para melhorar a governabilidade democrática do sistema político.

Outro ponto relevante no documento da Câmara da Reforma do Estado (1995) é 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).” Corroborando esta afirmação, o texto citado alega que “a reforma do aparelho do Estado no Brasil significará, fundamentalmente, a introdução na Administração Pública da cultura e das técnicas gerenciais modernas.” (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

A autora Ana Paula Paes de Paula (2003) descreve que a Reforma Gerencial no Brasil foi um dos desdobramentos do ajuste da estrutura econômica, que iniciou com a anuência do governo Collor às sugestões do Consenso de Washington para a crise latino-americana. Primeiramente, esta autora cita que o discurso reformista incorporou as recomendações neoliberais, propondo uma diminuição da dimensão do Estado brasileiro e outras medidas de contenção da ação estatal.

O autor Aragon Érico Dasso Júnior (2006) ressalta que o financiamento das ações do Conselho de Reforma do Estado era efetivado com recursos financeiros do MARE, entretanto, ainda havia possibilidade de uso de recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o que fortalece a teoria de que existia influência internacional para reformar a Administração Pública brasileira.

Sobre o modelo de governança adotado pelo Estado até aquele momento, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado afirma que o modelo burocrático

tradicional, privilegiado pela Constituição de 1988 e por todo o sistema do Direito Administrativo brasileiro, baseia-se no formalismo, no excesso de normas e na rigidez de procedimentos. A fim de garantir a impessoalidade, a transparência administrativa é inibida, dificultando o controle social. A excessiva regulamentação é expressa na ênfase das normas e processos, em detrimento aos resultados a serem obtidos.

O texto traz outras declarações interessantes sobre as conseqüências do modelo burocrático adotado pela Constituição de 1988, tal como:

A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

O MARE (1997b) também segue esta mesma linha de pensamento, como no trecho a seguir transcrito do discurso do Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) na instalação do CRE:

Então, nós temos que, ao mesmo tempo, superar a visão anterior de uma organização que é mais ampla, que é da Administração, que é uma forma política que se estrutura e que era uma forma baseada no clientelismo, no patrimonialismo, que degenerava depois no que aqui se chama de fisiologismo e na corrupção, para uma outra forma que não pode ser mais apenas — como foi no tempo do DASP, de saudosa memória, porque foi um passo importante na organização —, na tradução de Weber, racional-legal, na definição de normas abstratas, de concurso público, de normas válidas para todos.

Isso já não basta, hoje. Hoje, a Administração requer também uma visão, digamos, gerencial, na medida em que incorpore o que foi gerado pelo setor privado como forma de organização, que quer ver o resultado e que confia no administrador, desde que ele preste contas depois dos seus resultados. Hoje é assim no Brasil: há um inferno de pequenos controles burocráticos, que não controlam nada, mas que emperram a Administração, seja os indivíduos, seja as outras agências da sociedade.

O autor Fernando Luiz Abrucio (1997) define que existia o aspecto relativo ao exercício interno do Estado, denominado modelo burocrático weberiano, ao qual competia a função de sustentar a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade da estrutura governamental.

Ainda de acordo com este autor, o Estado moderno diminuía sua capacidade de agir, notadamente considerando as dificuldades de “governabilidade” e as conseqüências da globalização, de modo que surgia naquela ocasião não apenas um Estado com menos recursos, mas sim um Estado nacional com menos ativo. A

fim de encarar esta conjuntura, a estrutura do governo necessitava mais agilidade e flexibilidade, tanto no aspecto de seu funcionamento interno como na sua competência de ajustamento às transformações externas. (ABRUCIO, 1997)

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado define alguns problemas existentes devido ao modelo burocrático adotado pelo Estado Brasileiro a serem enfrentados pela reforma do Estado:

Distinção de três dimensões dos problemas: (1) a dimensão institucional-legal, relacionada aos obstáculos de ordem legal para o alcance de uma maior eficiência do aparelho do Estado; (2) a dimensão cultural, definida pela coexistência de valores patrimonialistas e principalmente burocráticos com os novos valores gerenciais e modernos na Administração Pública brasileira; e (3) a dimensão gerencial, associada às práticas administrativas. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

O Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (1999) corrobora esta linha de pensamento declarando que:

A Administração Pública burocrática, em primeiro lugar, não deu conta do problema da eficiência. Com a diminuição dos recursos à disposição dos governos, tornou-se fundamental aumentar a eficiência administrativa. Tal questão é ainda mais importante na América Latina, onde o Estado é mais pobre, a sociedade é mais desigual e, portanto, é imprescindível a otimização dos recursos usados nas políticas sociais.

A Administração Pública burocrática, ademais, transformou-se num modelo organizacional auto-referido. A Administração Pública estava então se orientando por regras e normas pretensamente universais e não conforme as expectativas dos cidadãos. Além disso, essa estrutura burocrática auto-referida enrijeceu-se, perdendo a capacidade de acompanhar as profundas modificações ambientais que estão acontecendo desde o início da Terceira Revolução Industrial.

Em resumo, eficiência, democratização do serviço público e flexibilização organizacional são ingredientes básicos para a modernização do setor público que o paradigma organizacional da Administração Pública burocrática não contém. Não obstante, vale ressaltar que a crítica concentra-se aqui no modelo organizacional burocrático e não na idéia de profissionalização do corpo de funcionários, aspecto fundamental do modelo burocrático-weberiano. A Reforma Gerencial tem como alicerce a profissionalização da burocracia que exerce funções no núcleo de atividades centrais do Estado, por isso pressupõe o aspecto meritocrático contido no modelo weberiano. A proposta do CLAD é que, antes de mais nada, constitua-se um núcleo estratégico dentro do aparelho estatal, capaz de formular políticas públicas e exercer atividades de regulação e controle da provisão dos serviços públicos. E neste setor do Estado é fundamental a existência de funcionários públicos qualificados e treinados constantemente, protegidos das interferências políticas, bem pagos e motivados.

Portanto, em nome da eficiência e flexibilidade descritas como necessárias para que a Gestão Pública resolvesse os problemas supracitados, buscou-se um novo padrão que atendesse os anseios do governo FHC de modernizar a sua administração, que seria o modelo gerencial apresentado a seguir.

## Definição da Reforma da Administração Pública Brasileira e Adoção do Modelo Gerencial

A partir dos problemas apresentados na seção anterior, foram selecionadas as diretrizes para a reforma estatal do governo FHC que culminou na escolha do modelo gerencial na Gestão Pública. Assim, foram apresentadas as características tanto da mudança administrativa realizada quanto do padrão de gestão admitido.

Sobre a reforma pública em si, a Câmara da Reforma do Estado (1995) afirma que reformar o Estado constitui aprimorar não somente a organização e o pessoal do mesmo, mas também suas finanças e o seu sistema institucional-legal, de maneira a permitir que o Estado tenha uma melhor relação com a sociedade civil. Ao mesmo tempo, declara que reformar o aparelho do Estado significa garantir maior governança, isto é, maior capacidade de governar, melhor condição de aplicar as leis e políticas públicas, tornar mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado define que as atividades exclusivas do Estado compreendem o setor em que são prestados serviços que apenas o Estado pode realizar, ou seja, são serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado, o qual é o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar.

Este texto também alega que a propriedade estatal só se justifica quando não há capitais privados disponíveis - o que não mais ocorria no Brasil - ou então quando existe um monopólio natural, sendo que até mesmo nesta situação, a gestão privada tende a ser a mais apropriada, desde que acompanhada por um seguro sistema de regulação.

De acordo com a autora Ana Paula Paes de Paula (2005), em janeiro de 1995, o ex-ministro Bresser-Pereira apresentou o Plano Diretor da Reforma do Estado, o qual foi discutido nas reuniões do Conselho da Reforma do Estado e integrou a pauta de debates da reforma constitucional no Congresso Nacional. Segundo esta autora, com a publicação da Emenda Constitucional de 1998, a reestruturação adotou as indicações previstas no Plano Diretor e decompôs as atividades estatais em duas classes: as “atividades exclusivas” do Estado, como, por exemplo, a legislação, a regulação, a fiscalização, o fomento e a formulação de

políticas públicas, as quais são atividades que competem às autoridades do núcleo estratégico do Estado, composto pela Presidência da República e os Ministérios (Poder Executivo), e que seriam implementadas pelas secretarias desenvolvedoras de políticas públicas, pelas agências executivas e pelas agências reguladoras; e as “atividades não-exclusivas” do Estado que são os serviços de caráter competitivo e as atividades auxiliares ou de apoio.

Para Dasso Júnior (2006), em raras oportunidades ocorreram no Brasil uma modificação tão célere e intensa quanto a que aconteceu no formato organizacional da Gestão Pública a partir de 1995. Este autor cita que novos pensamentos, novas técnicas, novas metodologias, novas instituições e a privatização de diversos entes caracterizaram a mudança nomeada de “reforma do Estado”.

A Câmara da Reforma do Estado (1995) definiu como objetivos da reforma do Aparelho do Estado nas atividades exclusivas do Estado:

- Transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão; o dirigente escolhido pelo Ministro segundo critérios rigorosamente profissionais, mas não necessariamente de dentro do Estado, terá ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição, desde que atinja os objetivos qualitativos e quantitativos (indicadores de desempenho) previamente acordados;
- Para isto, substituir a Administração Pública burocrática, rígida, voltada para o controle a priori dos processos, pela Administração Pública gerencial, baseada no controle a posteriori dos resultados e na competição administrada.
- Fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social das mesmas.

Já os objetivos definidos da reforma do Aparelho do Estado na Produção para o Mercado foram:

- Dar continuidade ao processo de privatização através do Conselho de Desestatização.
- Reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados.
- Implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

De acordo com o CLAD (1999), o governo não pode se transformar numa empresa, mas pode se tornar mais empresarial, ou seja, ficar mais ágil e flexível em relação às imensas transformações ambientais que afetam todas as organizações.

Ainda segundo o Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (1999), nas atividades específicas de Estado que ficarem sob a responsabilidade do Governo Central, a gerência deve ser fundamentada na

desconcentração organizacional, pois os aparelhos principais precisam incumbir o cumprimento das funções para agências descentralizadas. De acordo com o CLAD (1999), o preceito que guia esta alteração é a necessidade de existir uma separação operacional entre as estruturas formuladoras de políticas e os entes descentralizados e independentes, executores dos serviços, e, desse modo, nortear a Administração Pública pelo controle dos resultados alcançados pelas agências autônomas.

Para o autor Leonardo José Andriolo (2006) as principais iniciativas da Reforma foram direcionadas para: a revisão do marco legal (reforma constitucional e da legislação corrente); a proposição de novos modelos de organização (agências reguladoras, executivas e organizações sociais); a adoção de instrumentos de gestão (contratos de gestão, programas de qualidade na Administração Pública); e a valorização dos servidores integrantes das carreiras estratégicas (nova política de recursos humanos, revisão da política de pagamento e aumento da capacitação de funcionários).

Para a autora Paula (2003), depois de algumas experiências reais de ajuste na estrutura, aumentaram as críticas ao movimento neoliberal, que sinalizavam especialmente para sua disposição de cumprir um desmonte do Estado e das políticas sociais. Como conseqüência, a aliança social-liberal mudou para a esfera da terceira via, repudiando as expressões “diminuição do Estado” e “transferência de suas funções” em benefício das palavras “reforma dos aparelhos legais e estatais”, reforma esta que apresentaria como finalidade tornar o Estado mais “administrável” para os burocratas. (PAULA, 2003)

A respeito da mudança do modelo burocrático para o modelo gerencial no Brasil, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado cita que a modificação da gestão, apesar de depender das reformas institucionais-legais, não se restringe a elas, nem deve esperar por elas, sendo preciso aplicar uma nova filosofia e cultura gerencial e suas respectivas práticas na Administração Pública.

Conforme o artigo “Uma nova Gestão Pública para a América Latina”, o CLAD (1999) menciona que o modelo gerencial se inspirou nas transformações organizacionais ocorridas no setor privado, as quais modificaram o padrão burocrático-piramidal de administração, flexibilizando a gestão, reduzindo os níveis hierárquicos e, por conseqüência, elevando a autonomia de decisão dos gerentes, transformando uma estrutura fundamentada em normas centralizadas para outra

baseada na responsabilidade dos administradores, julgados pelos resultados realmente atingidos, onde se busca responder mais rapidamente às amplas modificações dos cenários na economia e na sociedade contemporânea.

O autor Fernando Luiz Abrucio (1997) afirma que o modelo burocrático tradicional estava voltado cada vez mais para si mesmo, em sentido contrário aos anseios dos cidadãos. Segundo o autor citado, é a partir deste processo que o modelo gerencial começa a completar um vazio teórico e prático, apreendendo as principais tendências existentes na opinião pública, enfatizando o controle das despesas públicas e a necessidade de melhoria na qualidade dos serviços públicos prestados.

Ainda de acordo com o autor Abrucio (1997), o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é um amplo progresso, partindo da experiência internacional, mais precisamente da vertente gerencial inglesa, e sinalizando para a obrigação de se arquitetar uma Administração Pública harmônica com as modificações ocorridas no mundo.

Para a autora Ana Paula Paes de Paula (2005), no Brasil, o gerencialismo se fortaleceu nos anos 1990 com a discussão da reforma gerencial do Estado e o desenvolvimento da Administração Pública gerencial. Conforme esta autora, a crise do nacional-desenvolvimentismo e as críticas ao patrimonialismo e autoritarismo do Estado brasileiro estimularam a urgência de um acordo político de caráter liberal que se fundamentou na articulação das seguintes estratégias: desenvolvimento dependente e associado; estabilização econômica neoliberal; e as reformas orientadas para o mercado.

Nessa conjuntura, a autora Paula (2005) alega que a Administração Pública gerencial, também conhecida como nova Administração Pública, surgiu como o modelo ideal para o gerenciamento do Estado reformado pela sua adaptação ao diagnóstico da crise do Estado realizado pela aliança social liberal e por seu alinhamento em relação às recomendações do Consenso de Washington para os países latino-americanos.

De acordo com Paula (2005), a nova Administração Pública se distingue da Administração Pública burocrática por adotar os princípios do gerencialismo, e a fim de atingir seus objetivos, este novo modelo de gestão, o qual serve de referência para os três níveis do governo – federal, estadual e municipal –, ressaltaria a

profissionalização e o emprego de métodos de gestão do setor privado no setor público.

Segundo a autora citada, a análise da literatura existente comprova que na vertente gerencial, a evidência incide especialmente nas dimensões econômico-financeira e institucional-administrativa. Assim, Paula (2005) afirma que a vertente gerencial, que está relacionada com a concepção política do ajuste estrutural e do gerencialismo, fundamenta-se nas sugestões desses pensamentos para reorganizar o aparelho do Estado e reformar a sua gestão, enfocando as questões administrativas.

A visão do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (1999) é de que a Reforma Gerencial do Estado na América Latina necessita primeiramente aperfeiçoar a tarefa do modelo weberiano de fortalecer um núcleo estratégico conduzido por uma burocracia profissional, mas também precisa alterar o paradigma organizacional existente no modelo weberiano, uma vez que este padrão não responde às dificuldades da Administração Pública atual.

Assim sendo, o CLAD (1999) garante que a Reforma Gerencial admite uma característica fundamental do modelo burocrático weberiano – a profissionalização – e muda as demais com o objetivo de recuperar o aparelho estatal para enfrentar os dilemas do século XXI, tanto os de impacto mundial como aqueles que afetam de maneira específica as nações latino-americanas.

Portanto, o CLAD (1999) entende que a Reforma Gerencial é uma transformação estrutural do aparelho de Estado e não deve ser confundida com a mera aplicação de novos arranjos de gestão, como a qualidade total, por exemplo.

A autora Ana Paula Paes de Paula (2005) completa que, sobre o arranjo administrativo do aparelho do Estado, verificou-se que a vertente gerencial tem objetivos evidentes, promovendo uma centralização da formulação e avaliação das políticas públicas no núcleo estratégico do Estado. Já sobre as “atividades exclusivas” do Estado, esta autora conclui que as secretarias de políticas públicas desempenham o planejamento e o controle das políticas governamentais em conjunto com os ministérios, os quais atuam em dois amplos colegiados, responsáveis por gerar e analisar as políticas e ações governamentais.

O CLAD (1999) afirma que o sucesso das alterações institucionais em direção ao padrão gerencial depende da concepção de regras gerais e claras que alterem os incentivos à ação dos atores, o que se constituiria em um novo acordo entre os



políticos, os funcionários públicos e a sociedade. Também é necessária uma implementação contínua das reformas, monitorando-as e constituindo junto à burocracia um novo modelo administrativo.

Para atingir uma governança forte, o CLAD acredita que é primordial existir um Estado saudável nos aspectos fiscal e financeiro e que seja competente na esfera administrativa, pois essa capacidade administrativa resultará da adequada aplicação do modelo gerencial, dirigido pelo núcleo estratégico composto por uma elite burocrática tecnicamente capaz e motivada.

O CLAD (1999) completa que a Reforma Gerencial garante os mecanismos precisos para o crescimento da eficácia, eficiência e efetividade da Administração Pública, além de propiciar novas condições que permitam tornar mais democrática a relação entre o Estado e a sociedade, fortalecendo a capacidade do aparelho estatal de promover o desenvolvimento econômico e social.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado menciona que a modernização da gestão será por meio da implantação de laboratórios de maneira especial nas autarquias voltadas para as atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão. Igualmente, cita que, no curto prazo, é aceitável idealizar progressos no sentido da modernização da Gestão Pública, a partir de ações específicas de laboratórios buscando o estabelecimento das "agências autônomas" entre as atividades exclusivas de Estado, sendo que o programa de desregulamentação eliminaria os entraves, no âmbito do executivo, ao modelo proposto.

Em sintonia com esta linha de pensamento, o MARE (1997b) defende a Reforma Reguladora, apontando-se como questão fundamental para a ação do governo a definição de uma política reguladora diferente das formas clientelistas e corporativistas que caracterizam o modelo burocrático. A finalidade dessa política seria garantir condições para o bom funcionamento do mercado e assegurar condições de governabilidade. Dentro deste contexto, situou-se a criação das agências reguladoras, sintetizada na recomendação do CRE em 31/05/1996.

Conforme o MARE (1997a), com o propósito de esclarecer a forma de atuação do Estado, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado diferencia determinados setores de ação, no tocante aos quais forma diversas proposições, nos que se enfatizam os seguintes setores:

- Núcleo Estratégico: corresponde ao Ministério Público, ao Poder Legislativo e, no Poder Executivo, à Presidência da República e aos Ministérios, nos quais as diretrizes, as leis e as políticas públicas são estabelecidas e analisadas, sendo sua execução cobrada por estes departamentos.

- Setor de Atividades Exclusivas: no qual são implementadas as políticas públicas, através de prestação de serviços e desempenho de atividades que implicam o exercício do poder de Estado os quais se encontram sob a responsabilidade de autarquias e fundações públicas, nas quais se insere o Projeto Agências Executivas. (MARE,1997a)

Segundo MARE (1997a), por conseguinte, com o transcurso do tempo, na procura de maior controle e no combate aos excessos cometidos, o Estado tornou a centralizar, no próprio Núcleo Estratégico, diversas atividades de execução, além de atenuar, de maneira progressiva, o nível de autonomia das organizações descentralizadas, inclusive devido às disposições da Constituição Federal de 1988. Assim, ampliou-se a restrição da autonomia que originalmente distinguia as autarquias e fundações públicas das empresas estatais, principalmente na administração de meios e recursos, que havia pouca distinção entre as denominadas administração direta e indireta.

Deste modo, o MARE (1997a) conclui que o Núcleo Estratégico será fortalecido focando a atenção no desempenho central de formulador e avaliador de políticas, e também dispondendo de instrumentos e ferramentas para desempenhar uma auditoria e uma gerência efetivas das instituições descentralizadas vinculadas ao Núcleo Estratégico.

Para o autor Humberto Falcão Martins (2003), existem três centros de problemas que justificam as intervenções no âmbito da trajetória: a obrigação de atrair investimentos para a privatização decorrente da reorganização das funções estatais, principalmente no que diz respeito ao atendimento do requisito de estabilidade de regras; a necessidade de estabelecer novos marcos reguladores em mercados sociais de amplo impacto; e dificuldades operacionais para o exercício de funções reguladoras (em sentido amplo, normatizadoras e fiscalizadoras em qualquer divisão de atividades estatais) em diversos entes e entidades governamentais, o que exigiria autonomia e flexibilidade diferenciadas. Este autor assume que a solução para estas três categorias de problemas acarreta na

implementação de Agências Reguladoras, onde os princípios dessa trajetória são estabilidade de regras, autonomia e flexibilidade.

Conseqüentemente, a criação dos entes reguladores foi uma conseqüência do modelo gerencial adotado na reforma estatal. Apresenta-se a concepção destas instituições e sua relação com a reforma da Gestão Pública a seguir.

## Agências Reguladoras e o Poder do Estado

A partir da definição do modelo gerencial adotado, a reforma da gestão estatal causou a fundação de instituições que exercessem papel regulador nos setores públicos. Assim, nesta divisão, foram expostos o ambiente do estabelecimento dos entes reguladores e suas peculiaridades no exercício das atividades de Estado.

Sobre as agências autônomas, a Câmara da Reforma do Estado (1995) define que a responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão serviram de exemplo para a formulação deste projeto, o qual almeja a mudança de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado descreve que:

O Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão 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, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratórios de experimentação. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995)

Segundo Andriolo (2006), nas atividades exclusivas de Estado (onde se exerce o poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar), a finalidade era introduzir as Agências como novo modelo institucional, na forma de Agências Executivas e Agências Reguladoras, assimilando novos instrumentos e mecanismos de gestão, através da admissão da avaliação de desempenho, do controle por resultados, do foco na satisfação do usuário e do controle de custos.

O autor Humberto Falcão Martins (2003) cita que para o conjunto de atividades exclusivas, que exigiam o poder de polícia coercitivo do Estado para a aplicação de políticas (fiscalização, concessão de benefícios, fomento etc.), sugeriu-se o modelo de Agência Executiva, uma denominação que autarquias e fundações públicas receberiam para agir com maior flexibilidade, sendo orientadas por resultados (conforme contrato de gestão). Para este autor, “essa proposta se apoiava basicamente na divisão contratual do trabalho burocrático entre os “principais” do núcleo estratégico e os “agentes” implementadores das atividades exclusivas (Agências Executivas)”. (MARTINS, 2003)

Martins (2003) destaca a sugestão de redefinição da estrutura organizacional e da nova disposição institucional da atuação ministerial, tendo como referencial a atuação direta das funções formuladoras e supervisoras e a contratualização com Agências Executivas para as atividades implementadoras.

Quanto às agências executivas, a autora Ana Paula Paes de Paula (2005) salienta que é importante ressaltar que essa é uma qualificação que pode ser atribuída às autarquias e fundações públicas que realizam atividades exclusivas do Estado. De um modo geral, a citada autora descreve que estas organizações são responsáveis pela realização de políticas públicas através da prestação de serviços e cumprimento de atividades de natureza estatal. Para Paula (2005), de acordo com as diretrizes do Plano Diretor, existe o núcleo estratégico, o qual centraliza a formulação e a avaliação das políticas públicas e delega sua aplicação para as instituições descentralizadas da administração indireta, como as autarquias e fundações públicas.

Segundo Paula (2005), a terceira forma da administração indireta brasileira – as empresas públicas – ficou sob a responsabilidade das agências reguladoras, as quais desempenham atividades de regulamentação e regulação da prestação de serviços públicos pelo setor privado; por exemplo, com a supressão do monopólio da Petrobrás sobre o petróleo e a privatização dos serviços públicos de comunicações e de energia elétrica, criaram-se três agências reguladoras: ANP, Anatel, e Aneel.

Conforme o oitavo caderno do MARE (1997b), o CRE formulou a Recomendação de 31 de maio de 1996, cujo assunto é a construção do marco legal dos entes reguladores, onde o projeto de reforma do Estado busca trocar o antigo estatismo pelo moderno Estado regulador. Esta recomendação afirma que a criação de uma política reguladora que confira consistência e coerência às propostas de governo demanda a definição de um padrão de marco para a criação ou reforma de agências reguladoras. Assim, a regulação estatal, dentro de uma perspectiva moderna, deve responder a uma política explícita, coerente e integrada, com princípios e objetivos claros e seguir uma estratégia incremental que comece regulando o mínimo possível e componha o novo quadro regulador à luz dos desenvolvimentos reais em cada mercado e setor de atividade. Portanto, a regulação democrática é aquela que confere amplo acesso das partes interessadas ao ente regulador e plena transparência às suas decisões. (MARE, 1997b)

A Recomendação de 31 de maio de 1996 do CRE aconselhava a observação dos seguintes princípios na elaboração dos anteprojetos de lei de criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos portados, em regime de concorrência, no âmbito da administração federal:

- a) autonomia e independência decisória da entidade reguladora;
- b) vasta publicidade das normas relacionadas ao ente regulador, de seus procedimentos e decisões e de seus relatórios de atividade, resguardadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;
- c) agilidade processual e simplificação das relações entre a entidade reguladora e os consumidores, usuários e investidores;
- d) participação de usuários, consumidores e investidores no processo de criação de normas regulamentares, em audiências públicas, na forma regulada em lei;
- e) restrição da interferência do Estado, na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução. (MARE, 1997b)

Além disso, a supracitada recomendação do CRE definiu como objetivos da função reguladora os seguintes itens:

- a) promover e garantir a concorrência do respectivo mercado;
- b) assegurar os direitos dos consumidores e usuários dos serviços públicos;
- c) incentivar o investimento privado, nacional e estrangeiro, nas empresas prestadoras de serviços públicos e atividades afins;
- a) buscar a qualidade e segurança dos serviços públicos, com as menores despesas possíveis para os consumidores e usuários;
- b) assegurar a apropriada remuneração dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço e usuários;
- c) resolver conflitos entre consumidores e usuários, de um lado, e empresas prestadoras de serviços públicos;
- d) prevenir o excesso do poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos. (MARE, 1997b)

Por fim, o MARE através da recomendação de 31/05/1996 do CRE, propôs que os anteprojetos de lei supracitados sejam feitos pelos Ministérios setoriais competentes, devendo incluir obrigatoriamente normas que abordem sobre:

- a) a autonomia gerencial, financeira e operacional da entidade reguladora, a qual será organizada sob forma de autarquia;

- b) a independência decisória da entidade reguladora;
- c) as atribuições e competências exclusivas do ente regulador, desempenhadas em caráter definitivo, observado o controle de legalidade;
- d) as atribuições e competências complementares da entidade reguladora sobre o tema referente a outorga de concessão ou autorização para exploração de serviços públicos, conforme o caso, definidas conforme a política do Governo;
- e) o número de componentes do colegiado do ente regulador, fixando-o sempre que admissível em número não superior a cinco;
- f) a participação de usuários, consumidores e investidores na formulação de normas específicas ou na saída amigável de conflitos relativo à prestação do serviço, mediante audiências públicas;
- g) a capacidade da entidade reguladora em acolher compromissos de cessação de práticas econômicas específicas e de compromissos de performance, como forma de solução de controvérsia entre consumidores, agentes prestadores de serviços e investidores;
- h) a vedação de deliberações fundadas unicamente em informações trazidas pelos interessados e o poder do ente regulador contratar de fontes independentes o fornecimento de informações técnicas no Brasil e no exterior, assim como de consultoria externa, a critério do colegiado;
- i) a previsão de recursos de tutela, limitado ao exame da legalidade de ato definitivo da autarquia;
- j) definição das regras de desregulamentação do setor de atividade específica, conforme o caso. (MARE, 1997b)

O autor Humberto Falcão Martins (2003) declara que a criação das agências reguladoras e a definição da natureza de suas funções (definição de um marco regulador) não foram abordadas profundamente pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Para o autor, o Conselho da Reforma do Estado aconselhou a proposição de um marco regulador fundamentado em princípios e objetivos preestabelecidos, mas coube ao MARE a função predominantemente instrumental de operacionalizar as definições referentes a cargos comissionados e opinar, por iniciativa própria, sobre alguns pontos do formato proposto, tais como os mandatos para os dirigentes.

De acordo com Martins (2003), a terceira frente da trajetória da reforma institucional representa o advento das Agências Executivas, onde ocorrem dois momentos nessa fase: primeiro a concepção básica e divulgação; depois, a operacionalização e início de implementação.

Para este autor, o primeiro momento desdobra-se do ano de 1995 até 1996 e consiste no desenvolvimento do modelo de acordo com o Plano Diretor e sua divulgação, apesar de que ainda não estavam claras e decididas em detalhes as estruturas diferenciadoras de operação das Agências Executivas, ou as flexibilidades de gestão às quais estariam subordinadas (havia uma relação predefinida, mas ainda não concluída junto aos entes competentes), tampouco os detalhes da aplicação, as ações de preparação de unidades-piloto (planejamento estratégico no domínio de um plano de desenvolvimento institucional), as condições para qualificação (consolidação de contrato de gestão, sua definição, elaboração e negociação) e o ritual qualificatório (portarias, decretos etc.). Assim, o autor cita que a ênfase era transmitir o conceito do modelo para as unidades-piloto potenciais e obter adesões para a implementação, sendo que essa tática deliberada era condizente com as complexas condições de negociação intragovernamental para a definição dos mecanismos de funcionamento e operacionalização do modelo.

Já o segundo momento, de acordo com Martins (2003), inicia em 1997 e segue até 1998, marcando uma fase intensiva de definições finas sobre a representação do modelo e o início da implementação, sob enorme pressão. As condições para a finalização da modelagem, dentro do conceito traçado pelo Plano Diretor, não melhoraram, mas descontinuariam caso não existisse um exemplo concreto de aplicação prática, a partir do qual o modelo mostraria o seu valor. Assim, em 1997, reiniciou-se o debate sobre as flexibilidades indispensáveis, a partir do estágio antecedente, e procurou-se definir a maneira de operacionalização do modelo (proposição dos Decretos 2.487 e 2.488, que versam, respectivamente, das definições para a criação de contrato de gestão e a qualificação de autarquias e fundações públicas como Agências Executivas), sendo que em maio de 1998, a Medida Provisória 1.549 de 1997 é convertida na Lei 9.649, consolidando o marco legal do modelo.

Conforme Martins (2003), a negociação das flexibilidades e da operacionalização do modelo era uma tarefa difícil, pois envolvia o conflito de visões do MARE, dentro do espírito do Plano Diretor, e dos entes centrais de orçamento,



recursos humanos, finanças e controle interno (inclusive o setor de recursos humanos do próprio MARE), no domínio das trajetórias da gestão-meio e da gestão fiscal. A adaptação centralizadora e controladora dos sistemas auxiliares de orçamento, finanças, recursos humanos e controle interno era um empecilho às flexibilidades gerenciais, além do que existia a desconfiança de que eventuais flexibilidades seriam realmente aplicadas na geração dos resultados propostos, se esses seriam corretamente estabelecidos em contratos de gestão e se estes últimos seriam bem administrados por estruturas contratantes dispersas (no caso, os Ministérios formuladores de políticas públicas).

Portanto, para este autor, a inauguração de Agências Executivas foi descontinuada nessa segunda fase, pois tal afirmação baseia-se na constatação das limitações do modelo (flexibilidades restritas, pouca eficácia das prerrogativas legais, aplicação apenas para autarquias e fundações, especialmente) e em estratégias paralelas empreendidas por setores fortes de governo, no sentido de providenciar entes emergentes de condições diferenciadas de gestão. (MARTINS, 2003)

Conforme a autora Ana Paula Paes de Paula (2005), referente à efetivação dessa nova composição no aparelho do Estado, quando Bresser-Pereira se afastou do MARE, as agências reguladoras estavam estabelecidas e alguns projetos-piloto de agências executivas e de organizações sociais se encontravam em desenvolvimento. Já no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, a autora citada ressalta que o MARE foi suprimido e suas funções incorporadas pela Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Logo, pode-se inferir que ocorreu a implantação dos entes reguladores sem que houvesse uma definição clara de suas atribuições, controles e, principalmente, das conseqüências das suas ações na Administração Pública estabelecida.

## Conclusão do Capítulo 1

A respeito da reforma da Gestão Pública na década de 1990, existem diversas opiniões sobre o real impacto desta mudança no Estado Brasileiro.

A autora Ana Paula Paes de Paula (2003) declara que a reforma estatal instituída, ao invés do arranjo “pós-burocrática”, apresentou a “burocracia flexível”, a qual descentraliza o poder, entretanto sustenta a dominação, pois os diversos controles sociais e a orientação para o serviço público procuram aproximar a nova Gestão Pública da dimensão sócio-política da administração, contudo não são capazes de ultrapassar os limites estruturais do modelo e obter um novo patamar quanto à democratização do Estado.

Esta autora alega que a Administração Pública gerencial permanece amparando a centralização do poder e o idealismo tecnocrático, já que a implementação do modelo gerencial não produziu uma quebra com a linha tecnocrática. Para Paula (2003), o método de decisão permaneceu como um privilégio exclusivo do núcleo estratégico do Estado e das instâncias executivas, e o ideal tecnocrático manteve-se por meio da nova política de recursos humanos. Por outro lado, a citada autora assume que, apesar do discurso participativo, a estrutura e dinâmica do Estado pós-reforma não asseguraram uma inclusão da sociedade civil nas decisões estratégicas e na resolução de políticas públicas.

Paula (2005) sintetiza expondo que a corrente “gerencial” compactua de uma abordagem imperiosa de gestão, uma vez que os burocratas públicos seguem centralizando as decisões e a inserção social é dispersa. Além disso, esta autora defende que a vertente gerencialista, o qual estimula o patrimonialismo burocrático e político dos administradores, impediu a concepção de alternativas organizacionais para a participação social.

O autor Aragon Érico Dasso Júnior (2006) afirma que “não há dúvida, o processo de reforma do Estado brasileiro nos anos 1990 é conseqüência do fenômeno da globalização que tem na teoria ultraliberal o seu fundamento teórico.”

Dasso Júnior (2006) define que o ultraliberalismo assume os seguintes dogmas: estabilização de preços e das contas nacionais; privatização dos meios de produção e das empresas estatais; liberalização do comércio e dos fluxos de

capitais; desregulamentação da atividade privada; e austeridade fiscal através da restrição dos gastos públicos. Este autor observa que entre os tópicos da agenda do “Consenso de Washington”, que estabelece a doutrina ultraliberal para a América Latina, estão a privatização das empresas estatais e a extinção das regulações que impedem a concorrência (desregulação).

Dasso Júnior (2006) revela que os países subdesenvolvidos ou periféricos perderam poder após a implantação das políticas do “Consenso de Washington”, pois o desmonte do domínio estatal foi usado para pagar dívidas externas do país, sendo que, para este objetivo, o autor cita a estratégia de restringir recursos financeiros das empresas públicas a fim de vendê-las por cifras insignificantes para as grandes corporações dos países desenvolvidos.

Além disso, este autor conceitua a “Nova Gestão Pública” (NGP) como uma tese de Administração Pública que assume o ponto de vista da iniciativa privada para a Gestão Pública, priorizando a redução de custos, a eficácia e a eficiência dos entes de Estado e sugerindo transformar cidadãos em clientes. (DASSO JÚNIOR, 2006)

Assim, Dasso Júnior (2006) expõe que o emprego de declarações como “competitividade”, “usuários”, “consumidores”, “estimular o investimento privado”, entre outras, demonstram nitidamente a concepção exclusivamente economicista, privatista e gerencial do CRE acerca da prestação de serviços públicos.

Conforme assegura Dasso Júnior (2006):

O que aparentemente representa uma garantia ao cidadão, logo adiante apresenta a verdadeira face ultraliberal, quando estabelece a condição de que esses serviços públicos devem ser prestados “aos menores custos possíveis”. Por quê não utilizou o Conselho algo como garantia de um serviço público universal e de qualidade para o cidadão brasileiro, independentemente da sua condição sócio-econômica? O quê significa “menores custos possíveis”? Nesse contexto, não há nenhuma dúvida que está se referindo à margem de lucro que satisfaça ao capital privado. Porém, se ainda houvesse dúvida, o objetivo seguinte viria a aclará-la: “garantir a adequada remuneração dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço”. Enfim, entre sete objetivos apresentados, o Conselho em nenhum deles utilizou o termo “interesse público”. De fato, o futuro demonstraria que esse nunca foi um objetivo da reforma reguladora brasileira.

Dasso Júnior (2006) alega que a observação das atribuições exercidas pelo CRE confirmar que a finalidade do governo FHC era reunir a elite conservadora para possibilitar e validar a reforma do Estado pretendida, eliminando totalmente os

cidadãos de participarem das decisões a respeito da reforma pública nacional. Deste modo, este autor infere que a reforma da Administração Pública, no período de 1995 a 2002, possui duas particularidades essenciais: a influência ultraliberal, reproduzida nos preceitos da Nova Gestão Pública (Administração Pública gerencial) e a falta de participação da sociedade na tomada de decisões, o que evidencia uma falha democrática neste processo.

Já o autor Leonardo José Andriolo (2006) alega que a reforma administrativa, ao se basear no modelo internacional da Nova Gestão Pública, admite a influência decisiva de modelos e teorias administrativas estrangeiras nas práticas e estudos organizacionais brasileiros. O autor salienta a menor relevância conferida à dimensão cultural e política, associada à supervalorização da dimensão institucional-legal, causou a desconsideração de aspectos peculiares e expressivos do contexto, condicionando os resultados de todo processo.

Andriolo (2006) ainda afirma que em sociedades, como a brasileira, que são muito influenciadas pelos padrões estrangeiros, é mais simples aceitar uma estrutura formal mediante um ato legal do que institucionalizar o correspondente comportamento social, pois os administradores públicos brasileiros, desde sua origem, adquirem formação e treinamento baseados em experiências consolidadas em países desenvolvidos, que se estabeleceram em mecanismo de reprodução ideológica.

Assim, Andriolo (2006) argumenta que:

A Reforma do Estado de 1995 se deu basicamente pela implementação de um modelo tido como bem-sucedido em países desenvolvidos, com adaptações meramente operacionais à realidade brasileira. Em razão de fundamentarem-se num modelo estrangeiro, as bases principais da Reforma não são representativas do contexto da Administração Pública brasileira. Por tratar-se da aplicação de modelo estrangeiro não adequado ao contexto, os resultados produzidos pela Reforma têm menor possibilidade de solucionar os reais problemas do Estado brasileiro.

Para Andriolo (2006), “sempre se poderá alegar que a reforma foi bem sucedida, visto que a legislação que lhe dá base foi aprovada e as novas instituições (organizações sociais, agências executivas e agências reguladoras) estão em funcionamento”. No conceito deste autor, para originar uma reforma centrada no contexto brasileiro, é fundamental que ela seja estabelecida através de um consenso social, como elemento de um processo de redefinição das relações entre o Estado e

a sociedade, tendo, como resultado, o rearranjo das estruturas institucionais a fim de viabilizar a atuação do Estado no novo cenário.

Para o autor Fernando Luiz Abrucio (2007), o melhor exemplo de um assunto que escapou ao alcance da reforma Bresser foi o das agências reguladoras, dispostas de maneira totalmente fragmentada e sem uma compreensão mais geral do modelo regulador que substituiria o padrão varguista de intervenção estatal, demonstrando claramente o fracasso desta estratégia, por exemplo, no caso do “apagão”, o qual apresentou grande relação com a geração mal definida do marco regulatório no setor elétrico. Este autor completa que o fortalecimento da regulação dos serviços públicos é outra questão fundamental para um governo mais efetivo, uma vez que muitas tarefas antes realizadas pelo Estado foram repassadas ao setor privado ou mesmo ao terceiro setor, contudo seguem sob supervisão estatal, é necessário ter marcos e aparatos reguladores que operem satisfatoriamente.

Em síntese, para Humberto Falcão Martins (2003), já existiam sinais do uso do modelo de agência reguladora como estratégia de flexibilização. Conforme o autor citado, o destaque no fortalecimento do centro estratégico assinalava para uma nova síntese com a visão original do Plano Diretor e amparava-se em exigências por intervenção em questões pertinentes à criação de agências reguladoras e carreiras. Deste modo, Martins (2003) cita que a retomada da visão do Plano Diretor demonstrava uma nova abordagem sistêmica, procurando abordar os setores como um conjunto de arranjos cujas intervenções não podem ser isoladas ou desconsiderar as interações com outros setores, como, por exemplo, a necessidade de fortalecimento de instâncias ministeriais formuladoras de políticas devido à criação de novas entidades reguladoras, demandando uma nova disposição não somente de estruturas, mas também de carreiras, sistemas de informações, processos etc.

Paula (2005) completa que o funcionamento das agências reguladoras não atingiu níveis aceitáveis de eficiência e atendimento do interesse público, pois, freqüentemente, diretores destas agências revelam as dificuldades de regulação das empresas sob seu comando. Para esta autora, ao avaliarmos a estrutura do aparelho do Estado pós-reforma, constata-se uma evidente concentração do poder no núcleo estratégico, que confia na eficiência do controle social e delega a definição de políticas públicas aos burocratas: o privilégio exclusivo das decisões foi cedido às secretarias formuladoras de políticas públicas e o cumprimento, conferida

às secretarias executivas, aos terceiros ou às organizações sociais, conforme o caráter da atividade. (PAULA, 2005)

Com relação às agências reguladoras, o autor Aragon Érico Dasso Júnior (2006) expõe que a falta de uma regra definitiva representa um dos principais razões para que a sociedade brasileira possua dificuldade em se envolver nas decisões e monitorar as agências reguladoras, sendo que o autor considera o obstáculo da atuação efetiva da cidadania no controle das deliberações das agências foi uma tática proposital constante na Recomendação do CRE para a criação dos entes reguladores.

Dasso Júnior (2006) entende que a análise da interconexão das agências reguladoras com a cidadania admite inferir que os instrumentos existentes permitem, no máximo, maior controle social e transparência. O autor afirma que a reforma do Estado somente deve ocorrer se existir um projeto eficaz de participação da sociedade na Administração Pública, isto é, que as agências reguladoras apenas representariam um progresso atual para a Gestão Pública se possuir fundamentalmente o sistema de tomada de decisões com métodos efetivos de presença ativa da sociedade civil.

Martins (2003) conclui que a aplicação prática do modelo conservar-se paralisada, sendo a falta de integração entre as políticas de Gestão Públicas determinante na paralisação do modelo, e sua rediscussão segue em direção de se identificarem desenhos de expansão das flexibilidades e aprimoramentos no contrato de gestão, sendo que a baixa eficácia das flexibilidades do modelo é atribuída ao fato de ser implementado via decreto, o que contrasta com conquistas mais importantes das agências reguladoras, criadas mediante lei específica.

A fim de aprofundarmos o estudo sobre o poder normativo dos entes reguladores, faz-se necessário analisar o aspecto da independência atribuída a estas instituições como forma de preservá-las de influências internas do governo e externas do mercado, o que foi realizado no capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO 2: AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

### Tipologia das Agências Reguladoras e as Políticas Públicas

Neste capítulo, as instituições reguladoras foram caracterizadas a partir de suas relações com os Poderes de Estado e também com relação ao setor regulado através da análise das diversas autonomias atribuídas a estes entes por sua qualificação.

Esta primeira seção mostra as características da função reguladora instituída na reforma estatal e discute a implantação das políticas públicas pelo Estado, e também a justificativa da atribuição de autonomia às agências reguladoras.

Segundo o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (1997a), a qualificação de Agência Executiva é uma designação a ser outorgada, por decreto presidencial particular, para autarquias e fundações públicas responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado.

Entretanto, conforme o próprio MARE (1997a), não é suficiente apenas a manifestação do anseio das instituições e dos respectivos Ministérios, pois, de acordo com definido na Lei nº 9.649 de 27 de maio de 1998, a denominação de uma instituição como Agência Executiva estabelece como pré-requisitos fundamentais que a instituição candidata possua um planejamento estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e um Contrato de Gestão consolidado com o Ministério supervisor.

De acordo com o documento do MARE (1997a) sobre as Agências Executivas:

O Projeto Agências Executivas tem seu escopo definido pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento de governo, apresentado à nação pelo Presidente da República, em novembro de 1995, no qual é delineada uma concepção do Estado e de seu funcionamento. Essa concepção tem por base a distinção entre duas funções primordiais do Estado: a primeira, em nível estratégico, que é a de formular e avaliar diretrizes e políticas públicas, garantindo que sua implementação se dê em benefício de todos os cidadãos; a segunda, em nível executivo, que é a de implementar as políticas formuladas, com observância das diretrizes definidas. Ambas são funções de competência exclusiva do Estado, não podendo, portanto, ser delegadas a entidades que estejam fora do âmbito

estatal, sendo na função de caráter executivo que, como o nome indica, se situam as Agências Executivas.

A respeito das políticas públicas, o relatório da Casa Civil (2003) relata que:

O Brasil deve se alinhar à grande maioria dos países, onde as agências reguladoras não são eminentemente responsáveis pela formulação de políticas setoriais. Estas políticas, em especial no que diz respeito a planejamento e metas de universalização e acesso, devem ser formuladas pelos Ministérios, com uma fronteira bem delimitada, a fim de que política setorial não seja tomada por regulação econômica e vice-versa. Nesse particular, note-se que, embora distintas, regulação econômica e políticas setoriais têm papéis complementares e não antagônicos. Com este propósito, o Poder Executivo deve também assumir e ativar, com firme determinação política e autonomia, os fóruns colegiados e interministeriais responsáveis pela formulação das políticas públicas setoriais, para inclusive poder orientar as agências de forma clara, permitindo-lhes implementar as políticas com o mínimo de ambigüidade. (...)

(...) o risco de confusão de papéis que ocorre quando a autoridade reguladora é, ao mesmo tempo, formuladora de política setorial e a acionista majoritária de empresas reguladas. Por exemplo, o governo pode ter motivações ambíguas para avançar com um projeto que aplica uma baixa taxa de retorno a uma concessionária de serviços públicos, mas que se fundamente em objetivos da política macroeconômica do governo. O temor do viés na regulação – justificável ou não – pode ser ainda mais patente quando o operador estatal, ainda que não mais detentor de monopólio, for uma empresa estabelecida herdando forte reputação e informações sobre o mercado.

Relativamente ao desvio da função reguladora das agências ao formular políticas públicas, o relatório da Casa Civil (2003) pondera que:

Uma das principais distorções do papel das agências detectada foi o exercício de competências de governo pelas agências reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos, assim como a questão da celebração de contratos, apontadas por grande parte dos ministérios representados no Grupo de Trabalho. (...)

A absorção da atividade de formulação de políticas é um tema de outra natureza, tendo-se dado, geralmente, por omissão e falta de estrutura dos ministérios supervisores, responsáveis pela formulação das políticas setoriais, no exercício de suas competências legais. Desse modo, em alguns casos, as agências não só regulavam e fiscalizavam o setor, como atuavam de forma ampla na formulação de políticas públicas. (...)

Assim, fica evidenciada a necessidade de fortalecimento dos quadros dos ministérios com técnicos especializados capazes de produzir análises, relatórios, diagnósticos e cenários para a proposição de políticas públicas em consonância com as diretrizes idealizadas pelo Governo eleito. (...)

De fato, um modelo em que a política pública no seu sentido mais amplo seja estabelecida pelo Legislativo, as políticas setoriais e respectivas diretrizes sejam responsabilidade do Executivo e a implementação dessas, no que tange atividades reguladas, esteja a cargo das agências, é eminentemente harmonioso e democrático.

A legislação de referência das agências precisa deixar claro à sociedade que a formulação, avaliação e implementação de políticas setoriais cabe



aos órgãos da administração direta. Às agências reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes cabe, a política setorial. A função da agência reguladora não é cumprir a “política do setor definida pelo Poder Executivo”, mas sim as atribuições previstas nas respectivas leis setoriais, isto é, em suas leis de criação. Em outras palavras, cabe às agências aplicar o marco regulatório em vigor – lei, portarias, decretos, etc - e atingir os objetivos expressos nas suas leis de criação. Por outro lado, a política setorial em sentido mais amplo, a cargo do Executivo, e a aplicação da legislação setorial e contratos são ações que, ainda que possam afetar-se reciprocamente e guardem alguma intersecção, são complementares e relativamente separadas. Assim, é fundamental criar mecanismos legais e institucionais de formulação e avaliação de políticas de governo pela administração direta, respeitando as regras estabelecidas legal e contratualmente, definindo com serenidade o papel das agências, preenchendo vácuos e lacunas institucionais. Uma vez mais, planejamento setorial não se confunde com regulação econômica.

A respeito das políticas públicas, Alketa Peci (1999) descreve que:

Por outro lado, cabe a questionar se o Estado deve continuar liderando o processo de regulamentação. No momento, observa-se que, na falta de formulação de políticas setoriais, as agências reguladoras, na prática, são vistas também como órgãos formuladores de políticas públicas. Isso faz com que as agências se sobrecarreguem de papéis, os quais elas não podem e nem devem desempenhar.

O relatório do Grupo de Trabalho Interministerial da Casa Civil (2003) define que:

A regulação é uma forma contemporânea de ação do Estado. Trata-se, em linhas gerais, do modo como a coordenação entre empresas, cidadãos consumidores e os diferentes órgãos do governo se dá quanto à edição de normas, e cujo objetivo primordial é o de estimular, vedar ou determinar comportamentos envolvendo determinados mercados que, por seus traços próprios, requerem a interferência estatal. A ação reguladora se dá por meio de leis, regulamentos e outras regras editadas pelo poder público e por entidades às quais os governos delegam poderes reguladores ou normativos.

Relativamente à função reguladora, o relatório da Casa Civil (2003) alega que:

Nem toda a atividade reguladora estatal requer agências reguladoras para o seu exercício. Na verdade, o exercício da atividade reguladora se confunde, em alguns casos, com o exercício do poder de polícia pelo Estado, e esse poder pode ser exercido diretamente pelo ente estatal, ou através de entidades da chamada administração indireta, desde que regidas pelo direito público. Essas entidades são, via de regra, autarquias, de tipo especial ou não.

O relatório do Grupo de Trabalho Interministerial da Casa Civil (2003) define que as autarquias especiais, denominadas “agências reguladoras”, mais autônomas, procuraram resolver falhas de mercado, na presença de monopólio natural ou quase natural e devem ter mais autonomia do que os outros tipos de autarquias, pois não existem para realizar políticas do governo, mas para executar uma atribuição mais

constante que é a de substituir-se aos mercados competitivos através da regulação. O texto cita ainda que as agências reguladoras, assim como as demais entidades da Administração Pública que desempenham o poder de polícia, também integram o Poder Executivo, mesmo que como instituições descentralizadas.

Sobre o modelo de gestão, o MARE (1997a) declara que o Projeto Agências Executivas incentivava, nas organizações candidatas para esta designação, a aplicação de um padrão de administração gerencial, qualificado por decisões e ações dirigidas para resultados, focando as demandas dos clientes e usuários da instituição, fundamentadas no planejamento constante e executadas de maneira descentralizada e transparente, para o Núcleo Estratégico, para os servidores e para a coletividade.

Assim, o MARE (1997a) alega que a administração gerencial implicava em uma organização com seus Diretores e servidores empenhados com a missão organizacional, norteados para a efetividade dos resultados do desempenho da instituição em geral, e de suas atuações individuais, e para a valorização dos recursos públicos existentes (financeiros ou não), sendo reconhecidos pelos resultados obtidos.

O autor José Dos Santos Carvalho Filho (2007) alega que as agências reguladoras são resultados da desestatização implantada na Administração Pública.

Cesar Ribeiro Ferreira (2002) descreve que o Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90) cria novas estruturas de prestação de serviços públicos, pois retira o Estado da prestação direta dos serviços públicos, permanecendo com as atividades de regulação e fiscalização destes serviços, criando, por lei, as Agências Nacionais de Regulação.

O autor Rafael Rott de Campos Velho (2009) enfatiza que a Administração Pública era um executivo unitário e hierarquizado, e transforma-se em um executivo policêntrico, no qual as deliberações não estão submetidas somente à cúpula da pirâmide administrativa. Todavia, limites adequados devem ser estabelecidos à ação das agências reguladoras a fim de que não se comprometa a Democracia e os Direitos Fundamentais.

O autor Alexandre Santos de Aragão (2000) declara que a autonomia na execução de parte das atividades estatais realizou-se por meio da instituição pelo Estado de pessoas jurídicas paralelas, denominadas de entidades da Administração Indireta, sujeitas, contudo, a um intenso acompanhamento da Administração central.

Em seguida, reexaminou-se a própria estrutura do Estado em relação a sua Administração Direta, somente arquitetada em termos unicamente unitários e hierarquizados, criando-se entes e agentes com variável autonomia quanto ao Chefe do Poder Executivo.

Ferreira (2002) define que a regulação é o conjunto de leis, ações e controles administrativos implementados pelo governo e que interferem no funcionamento de empresas e setores da economia. O autor define ainda que a Agência Reguladora deverá ter plena autonomia e competência jurídica para agir no âmbito do direito público e privado, sendo responsável pela formação das linhas básicas da política do setor e cumprindo atribuições de caráter executivo (licenciamento e concessão), regulador (relações entre as empresas de serviço público e entre estas e os consumidores), e normativo (qualidade dos serviços prestados, preços e tarifas para segmentos controlados).

Regina Silvia Pacheco (2006) define que “as agências reguladoras federais foram criadas a partir de 1996, inspiradas pela experiência internacional, como entes públicos dotados de independência em relação ao Poder Executivo”.

Sobre o histórico de implantação das agências reguladoras, Pacheco (2006) relata que:

Em 1995, o governo federal propôs um amplo programa de reformas, elaborado pelo ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira e sua equipe no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), então recém-criado. Suas propostas principais visavam a descentralização da prestação de serviços públicos (para esferas subnacionais e para o setor público não-estatal) e ao fortalecimento do núcleo estratégico do Estado — responsável pela formulação das políticas públicas e pelas novas funções de regulação. (...)

Apesar da referência à função de regulação, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) não apresentou proposta específica para a criação de entes reguladores. Englobou-os, junto com as demais atividades exclusivas do Estado, dentro da proposta de “agências autônomas”, que deveriam ter maior autonomia para atingir melhores resultados. O foco era o da superação da rigidez burocrática, que desde a Constituição de 1988 amarrou a administração indireta aos mesmos controles formais da administração direta.

Pacheco (2006) cita que a concepção das agências reguladoras não teve o MARE como centro de formação, e sim a Casa Civil.

Apesar de a iniciativa da lei ter sido do Poder Executivo, poderíamos considerar que coube ao Poder Legislativo trazer para a agenda a discussão do grau de autonomia desejável para os novos entes reguladores. (Pacheco, 2006)

Alketa Peci (1999) esclarece que as agências foram constituídas a partir de alguns princípios básicos que devem ser consolidados para que o ente regulador possa desempenhar com eficiência as funções reguladoras e fiscalizadoras do Estado. Porém, a autora adverte que essas medidas não asseguram o fortalecimento e a atuação adequada das agências reguladoras, pois outros fatores importantes devem ser ressaltados, buscando compreender melhor a função dessa nova instância no campo regulatório.

Sobre a atribuição das agências reguladoras, Alketa Peci (1999) relata que:

A Lei de Concessões n° 8.987 de 1995 - nascida do projeto do então Senador Fernando Henrique Cardoso, juntamente com a figura da concessão, prevê a criação de autarquias reguladoras, com o objetivo de criar condições favoráveis para o processo de concessão dos serviços públicos e proteger o consumidor desses serviços. A função das agências reguladoras é regular o funcionamento de determinados setores da economia ou serviços públicos concedidos pelo Estado. (...)

O fortalecimento do papel do Estado como formulador de políticas públicas deve acompanhar a passagem de serviços públicos às mãos do setor privado e as agências reguladoras devem ser executoras fiéis destas políticas.

Alketa Peci (1999) concorda que o estabelecimento da regulação e do marco regulatório serve para definir regras a respeito dos direitos e deveres do usuário dos serviços, e oferecendo maior publicidade a esse conjunto de normas, bem como informações quanto a custos e obrigações das concessionárias, permitindo a participação do cidadão no aprimoramento dos serviços.

Sobre a função reguladora, Siqueira e Xavier (2009) relatam que:

A regulação será aqui entendida como atividade abrangente da normatização, mas a ela não restrita. Não apenas o conteúdo do caput do art. 174 da Constituição Federal fundamenta tal posicionamento, mas também a realidade fática atualmente estabelecida em torno da regulação da seara econômica, realidade esta não restrita à edição de atos normativos de caráter técnico, mas também abrangente de outras atividades, como as de ordem fiscalizatória e de resolução de conflitos em âmbito administrativo. O ente estatal, intentado adequar a realidade econômica aos dizeres constitucionais, no exercício de sua função reguladora, através de entes variados (Agências Reguladoras, Ministérios, Congresso Nacional, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), não apenas normatiza em amplo e restrito sentido, mas também fiscaliza e resolve conflitos no âmbito administrativo. (...)

Vê-se, assim, que o exercício da função reguladora estatal pode exteriorizar-se de formas variadas como, por exemplo, através da fiscalização; da resolução de conflitos na seara administrativa; da aplicação de sanções de ordem administrativa; do controle tarifário; da implementação do acesso universal aos serviços regulados; da observância do cumprimento dos contratos de concessão firmados entre a Administração e os particulares, etc.

A propósito das competências das agências reguladoras, Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) descreve que:

No exercício das suas funções reguladoras as Agências reúnem os seguintes poderes: i) poder normativo, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) poder de outorga, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; iii) poder de fiscalização do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimentos de regras ou objetivos reguladores; iv) poder sancionatório, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; v) poderes de conciliação, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica; e por fim vi) poderes de recomendação, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a Agência, do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.

O autor Gustavo Binenbojm (2005) acredita que a concepção das agências reguladoras providas de relevante nível de autonomia possuía a finalidade de desestruturar a burocracia existente nos Ministérios, e também o mandato determinado de seus diretores e sua atribuição técnica demonstravam ao mercado o empenho do Brasil em proteger o direito de propriedade dos investidores e assegurar o cumprimento exato dos contratos firmados durante a privatização.

Franceclaudio Tavares da Silva (2006) menciona que as agências reguladoras precisam interferir na economia, regulando-a, atentando para os preceitos da particularidade e jurisprudência, sendo providas de “independência” relativamente aos Poderes do Estado, a fim de agir com imparcialidade perante parâmetros técnicos, sem a ocorrência de intervenção.

Os autores Mariana de Siqueira e Yanko Marcius de Alencar Xavier (2009) descrevem que as agências reguladoras, estabelecidas no domínio da Administração Indireta, responsáveis por intervir em aspectos econômicos, com o objetivo de cuidar do interesse público, são qualificadas como entes marcados pela estrita legalidade, porém dotados de autonomia.

Sobre a criação das agências reguladoras, Aragão (2000) articula que:

Entre as transformações ocorridas no Direito Público, merece destaque a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo, a descentralização do aparato estatal por meio da criação de entes ou órgãos autônomos, dotados de independência frente aos tradicionais Poderes do Estado, e, ainda, a relativização do modelo hierárquico e vertical de Administração Pública, com a emergência de mecanismos gerenciais e finalísticos de organização, ou seja, de instrumentos de administração autônoma gerencial, como as agências executivas, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, contratos de gestão, acordos de programa, etc. (...)

As agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

Fernando Luiz Abrucio (2007) faz a seguinte crítica à concepção das agências reguladoras:

Trata-se da prevalência da equipe econômica e de seu pensamento na lógica do governo Fernando Henrique. Obviamente que o sucesso inicial da estabilização monetária possibilitou um avanço na discussão reformista, afora ter incluído demandas importantes de transformação do Estado, como a agenda previdenciária. Ademais, não havia uma incompatibilidade natural entre o ajuste fiscal e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. O que houve, contudo, foi uma subordinação do segundo tópico em relação ao primeiro. Isso ficou bem claro na discussão da Emenda Constitucional nº 19, na qual o aspecto financeiro sobrepujou o gerencial.

A visão economicista estreita da equipe econômica barrou várias inovações institucionais, como a maior autonomia às agências, dado que havia o medo de perder o controle sobre as despesas dos órgãos. Mas havia outras resistências políticas, vindas primordialmente do Congresso. Os parlamentares temiam a implantação de um modelo administrativo mais transparente e voltado ao desempenho, pois isso diminuiria a capacidade de a classe política influenciar a gestão dos órgãos públicos, pela via da manipulação de cargos e verbas.

Também em tom de crítica, Aragon Érico Dasso Júnior (2006) assegura que a Administração Pública representa um domínio de poder, realizado pela ação do Estado, sendo impraticável considerar que a Gestão Pública seja decomposta em atribuições administrativas e políticas, responsabilizando a parte administrativa aos servidores e as políticas públicas determinadas aos políticos e aos administradores, pois toda função gerencial é uma atividade política, não existindo ato administrativo somente técnico.

Neste sentido, Dasso Júnior (2006) mostra que:

Um claro exemplo do sucesso desse argumento é o caso das agências reguladoras brasileiras. Todos os que defendem a autonomia dos entes reguladores brasileiros, com relação ao governo federal, insistentemente recorrem a esse discurso. Entretanto, cinicamente, evitam recordar que em 2001 o Brasil enfrentou uma crise no abastecimento de energia levando o

país a uma situação de racionamento. Naquele momento, com a necessidade de rápidas providências para enfrentar a escassez de energia, o governo Fernando Henrique Cardoso, o mesmo que havia instituído o modelo de agências reguladoras no país, optou, via Medida Provisória nº 2.147, de 15 de maio de 2001, por criar a “Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica”, tendo como objetivo propor e implementar medidas de natureza emergencial, de forma a evitar interrupções do suprimento de energia elétrica. Correlativamente, o Presidente abandonou o projeto de transposição das águas do São Francisco, então em fase de audiências públicas tumultuadas, cujo impacto seria de reduzir a produção de energia hidroelétrica na “cascata da CHESF”, no baixo São Francisco. Portanto, o grau de “politização” das decisões “administrativas” é elevado. Estes exemplos evidenciam que o argumento utilizado pela NGP é um argumento meramente retórico.

Em referência à autonomia dos entes reguladores, Dasso Júnior (2006) defende que controlar os procedimentos representa uma garantia para a sociedade que ela pode, em qualquer instante, averiguar os procedimentos executados e suas motivações. Para este autor, o modelo gerencial, ao contrário de inserir métodos que retirassem o aspecto autoritário e casuístico do gerenciamento estatal, agravou estes com “mais autonomia”, em favor de uma duvidosa maior celeridade na atuação da Administração Pública.

Portanto, constata-se a necessidade da autonomia dos entes reguladores para desempenho da função reguladora de implantação das políticas públicas definidas pelos Ministérios ou por entes específicos para esta função (como o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE).

Nas próximas divisões, foram estudadas as autonomias administrativa (ou gerencial), financeira e normativa, além da análise da interação dos Poderes de Estado com a atuação das agências reguladoras a fim de aprofundar a pesquisa sobre o desempenho destas instituições na Gestão Pública.

## Autonomia Administrativa das Agências Reguladoras

O foco desta parte do trabalho é avaliar a autonomia gerencial atribuída aos entes reguladores e suas conseqüências na atuação do Poder do Estado por estas instituições.

Na Administração Pública gerencial, a Câmara da Reforma do Estado (1995) define que a estratégia aponta para a garantia de autonomia do administrador na gerência dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem dispostos a fim de alcançar os objetivos acertados.

Procurando prover estas Agências da rapidez e da flexibilidade imprescindíveis a fim de assegurar efetividade aos seus atos, na execução de sua função, o Projeto Agências Executivas definido pelo MARE (1997a) presumia a permissão de determinadas autonomias como requisito intrínseco ao modelo de gestão que se almejava aplicar nestas Agências.

O MARE (1997b) também recomenda a observação da conseqüente regra de autonomia e independência decisória do ente regulador na preparação dos anteprojetos de lei de concepção de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos portados, em regime de concorrência, no domínio da administração federal.

As autonomias recomendadas pelo MARE (1997a) inseriam-se no aspecto do gerenciamento dos recursos disponibilizados às instituições, acerca de três áreas, essencialmente: orçamento e finanças; administração de recursos humanos; e atividades gerais e contrato de bens e serviços.

Ao mesmo tempo, o MARE (1997b) aconselha que os anteprojetos de lei que versem da regulamentação das agências reguladoras sejam feitos pelos Ministérios setoriais competentes, contendo impreterivelmente regras que disponham sobre:

- a) autonomia gerencial, financeira e operacional do ente regulador, que será disposto sob configuração de autarquia;
- b) a independência decisória do ente regulador, garantida por meio de:
  1. nomeação dos seus diretores pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, consoante o disposto no



art. 52, III, f, da Constituição, com mandato fixo não superior a quatro anos, facultada uma única indicação;

2. procedimento decisório colegiado;
3. dedicação exclusiva dos ocupantes dos cargos de presidente e membros do colegiado, não sendo aceita qualquer acumulação, exceto as constitucionalmente permitidas;
4. recrutamento dos dirigentes da autarquia através de critérios que acatem unicamente ao mérito e à competência profissional, proibida a representação corporativa;
5. perda de mandato do presidente ou de membros do colegiado exclusivamente em virtude da decisão do Senado Federal, por solicitação do Presidente da República;
6. perda automática de mandato de membro do colegiado que faltar a certo número de reuniões ordinárias sucessivas, ou a percentual de reuniões intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários aprovados pelo colegiado.

c) as atribuições e capacidades exclusivas do ente regulador, desempenhadas em caráter definitivo, ressalvado o exame de legalidade.

A Câmara da Reforma do Estado (1995) recomenda transformar as autarquias e fundações que possuam poder de Estado em agências autônomas, administradas de acordo com um contrato de gestão; com o diretor escolhido pelo Ministro conforme parâmetros estritamente profissionais, porém não fundamentalmente de dentro do Estado; possuindo vasta liberdade para gerir os recursos humanos, materiais e financeiros postos à sua disposição, caso alcance as metas qualitativas e quantitativas antecipadamente definidas.

Com o aumento de sua autonomia de gerenciamento, o projeto do MARE (1997a) procurava proporcionar às instituições consideradas como Agências Executivas melhores condições de adequação às mudanças no panorama em que agem - até mesmo em relação às demandas e expectativas de seus clientes e usuários - e de aproveitamento de situações e circunstâncias favoráveis à melhor gestão dos recursos públicos, sempre visando à realização de sua função.

Portanto, para o MARE (1997a), as Agências Executivas precisam contar, também, com autonomia para ajustar suas estruturas organizacionais às suas necessidades de funcionamento. Decididos os cargos da administração superior,

será competência de cada Agência acertar o remanescente da estrutura livremente, respeitando o quantitativo de cargos em comissão disponível. Sob o critério dos Ministérios supervisores poderá, ainda, ser delegada ao gerente máximo das Agências Executivas atribuição para rearranjo ou aceitação de suas estruturas regimentais ou de seus estatutos.

Em relação à independência da atividade de regulação, Gabriel Placha (2007) expõe que:

O modelo de regulação independente compreende a instituição de entidades com competência reguladora, que exercem suas funções com independência e autonomia. São órgãos que atuam de maneira descentralizada em relação ao governo central.

A independência é uma das características mais marcantes da atividade reguladora. Para alcançar seus objetivos, a atividade reguladora deve guardar certo grau de independência do poder governamental, sem, contudo, deixar de observar os limites legais e constitucionais.

O autor Eduardo Granha Magalhães Gomes (2006) analisa que era essencial para o movimento de privatização, e também para a conquista de novos investimentos, prover uma nova visão apoiada na confiabilidade política, imediata e intertemporal, do marco regulatório, sendo esta demanda de credibilidade que legitimará diversos aspectos normativos da estrutura institucional usual da maioria das agências reguladoras autônomas, tais como: estabilidade e mandatos determinados, não simultâneos com o Presidente da República, dos dirigentes das agências; indicações de dirigentes realizadas pelo Executivo necessitam aprovação do Legislativo; inexistência de sujeição hierárquica aos Ministérios; serem a derradeira jurisdição de recurso no âmbito administrativo; e possuir verba e grupo de pessoal específico.

O autor Alketa Peci (1999) declara que se pretende garantir a independência das agências reguladoras por meio de medidas como: dirigentes nomeados com a participação dos poderes Executivo e Legislativo (Senado Federal ou Assembléias Legislativas) para mandatos fixos, com ausência de demissão *ad nutum*, escalonados entre seus componentes, não concomitantes com o período eleitoral; provimento de apropriada quantia de recursos, oriundos de fundos orçamentários ou de proveitos próprios; isenção das normas salariais do serviço público; e, tempo de quarentena para os diretores que findam seus mandatos nas agências.

Segundo o autor Cesar Ribeiro Ferreira (2002), as Agências de Regulação são administradas por assessoria colegiada, composta por número ímpar, igual ou

superior a três membros, sendo que os membros da gerência necessitam ser escolhidos por seus precedentes técnicos e profissionais no contexto da agência, indicados pelo Poder Executivo, sabatinados e confirmados pelo Poder Legislativo, tendo ainda os membros da diretoria dedicação exclusiva no seu desempenho. Este autor também declara que a Agência deverá possuir um ente superior, por exemplo, um Conselho Deliberativo ou Consultivo, composto por representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, de Associação de Consumidores e das empresas prestadoras de serviços públicos.

Ferreira (2002) afirma que administrativamente, a Agência de Regulação precisa cuidar para não ser dependente de nenhuma outra instituição da esfera de governo a qual está associada (Estadual, Municipal ou Federal), isto é, não é recomendado encontrar-se fisicamente alojada na mesma edificação ocupada por outro ente ou empresa regulada. O autor citado justifica esta posição mencionando que é importante ocupar um espaço físico próprio, assim como possuir uma infraestrutura - veículos, móveis, acervo, pessoal - livre da participação de outro ou até compartilhado, porque este fato poderá fazer a Agência refém dos parceiros desde o momento em que necessitar repartir despesas, por exemplo.

Cesar Ribeiro Ferreira (2002) recomenda a adesão por parte das Agências de Regulação da roupagem jurídica da Autarquia de Regime Especial, pois esta designação é qualificada por sua lei de criação, devido às características específicas a ela atribuídas por essa própria lei, que lhe atribui uma autonomia excepcional, incomum, diferenciando das autarquias comuns; autonomia esta que possibilita o estabelecimento de quadro próprio de pessoal, diferenciado, melhor adaptado às características das atividades que lhes são atribuídas.

O autor José dos Santos Carvalho Filho (2007) considera que há autonomia das agências reguladoras em relação a todos os Poderes do Estado, mostrando-se mais sutil acerca do Poder Executivo, em razão do elevado contato que as agências possuem com o Executivo, e também devido ao arcaico conceito de sujeição hierárquica ao Chefe de Governo de todas as entidades da estrutura administrativa.

Relativamente à autonomia das agências, Binenbojm (2005) relata que:

Em semelhante contexto, foi até natural que a preocupação básica do legislador (leia-se, do governo Fernando Henrique Cardoso) e da doutrina nacional tenha sido a defesa da autonomia das agências. Nessa primeira onda de criação de agências reguladoras setoriais, o grande móvel da estrutura reguladora introduzida no país foi a criação de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em

relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário. Por isso as agências são criadas no Brasil como autarquias de regime especial.

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

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

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

3º) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores.

4º) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

#### Sobre a autonomia das agências, Aragão (2000) declara que:

Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente. O fato de os ordenamentos setoriais, cujo desenvolvimento é a elas conferido, serem uma subespécie dos ordenamentos jurídicos derivados (*in casu*, do estatal) faz com que devam possuir certa liberdade de atuação, notadamente de natureza normativa. (...)

(...) a complexidade e a autonomia das competências conferidas às agências reguladoras independentes em nada contraria a divisão de funções estabelecida pelas constituições contemporâneas e os valores do Estado de Direito, que, afinal, constituem o principal parâmetro da admissibilidade ou não do exercício de distintas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública.

Bem ao contrário disso, as competências complexas das quais as entidades reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos. (...)

Os seus dirigentes devem ter em mente que a independência da qual são dotadas só será capaz de propiciar os benefícios sociais para os quais foram instituídas se a própria entidade, no seu âmago, atender aos princípios maiores da Administração Pública e do Estado de Direito, mantendo-se sempre plurais e transparentes diante dos diversos segmentos que a compõem e do meio social envolvente.

A autora Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006) concorda que independência administrativa' ou 'autonomia administrativa', 'autonomia financeira' e 'patrimonial e da gestão de recursos humanos' ou de quaisquer outros que lhe digam respeito, 'autonomia nas suas decisões técnicas', 'inexistência de subordinação hierárquica', são componentes inerentes à natureza de toda e qualquer autarquia, nada adicionando ao que lhes é intrínseco, visto que a única questão diferente no tocante à maioria das autarquias reside na investidura e fixidez do mandato dos diretores das agências.

Sobre o encargo dos diretores das agências reguladoras, Grotti (2006) expõe que:

A legislação instituidora de cada agência estabelece um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas no que tange à autonomia político-administrativa. Assim é que os dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República, e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, não podendo ser exonerados pelo Presidente da República discricionariamente, porque eles exercem mandato fixo, a prazo certo e só podem perdê-lo antes do seu término por processo administrativo disciplinar, isto é, se cometerem faltas funcionais, ou de condenação judicial transitada em julgado. Portanto, eles têm algo parecido com a estabilidade temporária, durante o período que exercem a função. A rejeição pelo Senado ao nome indicado pelo Presidente acarretará o não-aperfeiçoamento da investidura. (...)

Questiona-se o mandato com prazo fixo, ou seja, a possibilidade de introdução, em nosso sistema jurídico, de regras similares àquelas adotadas em outros países, destinadas a tutelar os administradores de agências contra demissão imotivada. O modelo foi objeto de impugnação por alguns doutrinadores sob o argumento de que a esquematização constitucional excluiria a possibilidade de conjugar-se a livre investidura no cargo (sem concurso), por prazo determinado e com garantia contra livre exoneração, pois a Constituição de 1988 no art. 37, inciso II, (redação dada pela Emenda 19/98), estatui que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração. (...)

Quanto à constitucionalidade da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justo motivo ou se ocorrer a mudança da lei criadora da agência.

A respeito de existir direito dos mandatos dos dirigentes por todo o tempo determinado poder ou não alongar-se além de um mesmo tempo governamental, a autora Grotti (2006) cita que alguns autores compreendem que não há tal possibilidade, porque representaria uma farsa contra a sociedade ao evitar que o novo Presidente transmita, com a escolha de novos administradores, a direção política e administrativa que foram escolhidas nas eleições. Do mesmo modo, esta autora relata que certos autores concluem pela inconstitucionalidade dessa norma, a qual afrontaria o preceito democrático ao autorizar a expansão do governo anterior

no período em determinadas atividades público-privadas. Entretanto, Grotti (2006) menciona que existem autores que não avaliam essa restrição ao Chefe do Executivo como violação à independência dos poderes, considerando-a boa para que evitasse permuta de benefícios, mas, sim, completa independência.

A autora Regina Silvia Pacheco (2006) aponta semelhanças entre agências executivas e reguladoras, pois ambas são beneficiadas por grande autonomia de gestão (ou autonomia administrativa), entretanto pondera que as agências reguladoras precisam ser mais autônomas quanto ao governo, uma vez que sua autonomia tem origem no fato de efetuarem políticas permanentes de Estado, como, por exemplo, determinar tarifas de serviços públicos monopolistas, estabelecendo o preço de mercado. Igualmente sobre as diferenças, a autora avalia que o contrato de gestão somente é apropriado nas agências executivas, enquanto que o mandato fixo de diretores é necessário nas agências reguladoras. Assim, a autora diferencia visivelmente autonomia administrativa (direcionada para eficácia e resultados) de autonomia política (orientada para a continuidade e competência decisória). Portanto, o modelo gerencial explica a autonomia administrativa para os dois tipos de agência, executiva e reguladora, enquanto que autonomia política aplica-se às agências reguladoras por operarem em setores monopolistas, atributo das áreas de infra-estrutura.

Sobre a autonomia das agências reguladoras, Pacheco (2006) ressalta o papel do Conselho da Reforma do Estado, ente de assessoria ao presidente da República, formado por intelectuais e notáveis, o qual em sua primeira resolução, redigida no início de 1996, recomendava critérios e preceitos a serem aplicados pelo marco regulatório e para a concepção das novas entidades reguladoras, dentre eles a autonomia e independência decisória do ente regulador através de mandatos fixos para os dirigentes e não coincidentes com os do Poder Executivo.

Considerando como agências de infra-estrutura ANATEL, ANEEL, ANP, ANTAQ, ANTT e ANA; e como agências da área social ANS, ANVISA e ANCINE; Pacheco (2006) menciona que as agências de infra-estrutura são providas de maior independência do que as da área social, sendo a fundamental diferença a presença ou não de um contrato de gestão firmado com seu Ministério supervisor.

Franceclaudio Tavares da Silva (2006) identifica quatro aspectos que qualificam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de direito, a independência de mecanismos e a independência financeira. Porém, o

autor assevera que, na lei constitucional brasileira, esta “independência” é atenuada ou até vetada.

Em referência à autonomia das agências, Mariana de Siqueira e Yanko Marcius de Alencar Xavier (2009) expõem que:

O regime jurídico especial das agências busca conferir-lhes maior autonomia no desempenho de suas funções, tanto na esfera político-administrativa, como no âmbito econômico-financeiro.

A autonomia político-administrativa das agências pode ser sentida na forma de nomeação e aprovação de seus dirigentes, na impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos mesmos, na existência de estatuto jurídico próprio para seus funcionários (Lei nº. 9.986 de 2000) e na previsão de quarentena aos seus ex-dirigentes.

No âmbito econômico-financeiro, a autonomia das agências se liga à possibilidade das mesmas auferirem receita própria (taxas de fiscalização do serviço público regulado, multas, etc.), além das dotações orçamentárias gerais que lhes são dirigidas.

No que tange às atividades executiva, judicante e normativa, desempenhadas pelas agências, as mesmas também são marcadas pela autonomia.

A atividade executiva das agências abrange a administração interna das mesmas, a elaboração e implementação das políticas a serem aplicadas ao setor regulado, a concretização das normas do setor regulado e, ainda, a sua atuação no âmbito das concessões, autorizações e permissões atinentes aos setores por elas regulados.

É importante que se diga que as agências não se subordinam hierárquica e decisoriamente, até a presente data, à Administração direta; todavia, ainda assim, devem tais entes observar determinadas políticas traçadas pela Administração.

A autonomia das agências revela-se bastante nítida no âmbito de suas decisões técnicas, em virtude da inexistência de controle das mesmas pelo Executivo através de recursos hierárquicos.

As agências, via de regra, recebem de suas respectivas leis instituidoras poderes para dirimir conflitos no âmbito de sua seara específica de atuação, dêem-se os mesmos entre agentes econômicos ou, ainda, entre estes e particulares. Também pode ser sentida a autonomia das agências em tal contexto. (...)

A autonomia conferida às agências não pode ser entendida como sinônimo de poderes ilimitados; como permissão para a prática de arbitrariedades. A figura de uma agência reguladora dotada de autonomia e submetida a um regime jurídico especial não pode ser entendida como sinônimo da existência de um ente soberano e alheio a qualquer espécie de controle.

As agências, por serem entes inseridos no âmbito da Administração Indireta, recebem, ainda que dotadas de autonomia, já que esta não implica em poderes ilimitados, as limitações constitucionais direcionadas aos entes da Administração, com destaque para os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Devem, assim, enquanto entes da Administração, agir as agências de modo a possibilitar a

melhor tutela do interesse público com o menor sacrifício dos interesses dos indivíduos.

Sujeitam-se às agências, portanto, ao controle de seus atos, controle este exteriorizado de diversas formas e exercido por entes variados.

A autora Jaqueline Mainel Rocha (2002) cita que a independência é a característica que procura garantir às agências reguladoras desvinculação de influências políticas, as quais são próprias da atuação do Poder Executivo. Desse modo, por atribuir autonomia, a estrutura de agência reguladora permite uma ação mais imparcial e que não mude conforme as alterações governamentais ou interesses menos legítimos.

A respeito da independência das agências, Rocha (2002) assume que:

Como formas de assegurar independência às agências reguladoras, são apontadas a estabilidade de seus dirigentes, a ausência de subordinação hierárquica, ou revisão de suas decisões por órgão da Administração direta, e, ainda, a autonomia financeira, em alguns casos.

A estabilidade de seus dirigentes é apontada como fator fundamental para garantir a independência. O sistema adotado é o de mandatos fixos, com datas de término diversas para cada membro do órgão máximo da agência. No âmbito federal, os dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República, passando, em seguida, por sabatina no Senado Federal para aprovação. Depois de nomeados, e exercendo seu mandato, não podem ser exonerados *ad nutum*.

Em alusão aos gestores das agências reguladoras, Filho (2007) discorre que:

Vários são os requisitos que tais administradores deverão possuir para a consecução dos objetivos da lei. Primeiramente, tais agentes devem ser administradores, e não políticos; quem converte a função administrativa em função política fatalmente descarta o verdadeiro escopo legal e dissimula seu desvio de finalidade. Aqui não nos estamos referindo a políticas públicas: estas existirão sempre, pois que representam as ações e estratégias a serem adotadas pelo administrador. A referência foi feita àquela política em que o fim último da atuação do agente é de caráter pessoal, não levando em conta os interesses da coletividade – aquela, afinal, que visa a benefícios e ambições pessoais do agente.

Outro requisito é a eficiência, ou seja, a competência dos administradores para o exercício de seus misteres, competência, registre-se, em seu sentido comum, indicando a necessidade de especialização técnica dos administradores no setor de influência das agências. Se os dirigentes dessas entidades não estão afeiçoados ao setor que lhes cabe controlar, os resultados serão inevitavelmente desastrosos. Nesse caso, de nada terá adiantado a relativa independência administrativa que lhes foi concedida.

Marcio Sampaio Mesquita Martins (2010) relata que as Agências Reguladoras foram idealizadas com uma autonomia maior do que a estabelecida por lei para as autarquias e fundações. Para o autor, a perenidade dos mandatos dos dirigentes, a ausência de subordinação aos Ministérios, inexistência de recursos hierárquicos externos e outras garantias previstas nas referentes leis de criação das agências



asseguram, teoricamente, uma maior autonomia e desvinculação de suas deliberações às pretensões políticas da situação.

Deste modo, Martins (2010) concorda que as agências reguladoras, menos sujeitas às pressões políticas, foram criadas com poderes normativos amplos, aptos a produzir decisões técnicas e rápidas, sem a participação direta do legislativo; além de outras funções, tais como a fiscalizatória, de delegação e de julgamento.

Rafael Rott de Campos Velho (2009) deduz que as agências reguladoras necessitam desempenhar seu papel na consolidação da Democracia e dos Direitos Fundamentais, agindo de modo coerente com os propósitos do Estado de Direito, regulando setores específicos da economia e resguardando direitos individuais, coletivos e difusos.

Antonio Pinto Munhoz da Rocha Netto (2009) expõe que outra forma de engessamento das agências reguladoras imposta pelo atual governo federal é o retardamento na recomendação de dirigentes, sendo que:

As agências reguladoras têm, em geral, natureza jurídica de Autarquia Especial, estando seus dirigentes protegidos por uma maior estabilidade em seus cargos, e tendo mandatos a cumprir após sua indicação e posterior sabatina pelo Senado Federal.

Todavia, o que se tem presenciado é, mais uma vez, a interferência do Poder Executivo na atuação das agências ao postergar ao máximo a indicação para substituir aqueles dirigentes que já cumpriram seus mandatos, tornando a atuação das agências mais morosa pela falta de pessoal, mais confusa por falta de direção e, por conseqüência, muito menos eficaz.

Este quadro se verificou em um passado recente na ANATEL e ANP, só para citar dois exemplos, como evidencia matéria veiculada no jornal Estado de São Paulo em 14 de junho de 2008:

Criadas para atuar com independência e garantir regras estáveis a investidores e consumidores, as agências têm sido asfixiadas por intervenções do Executivo, contingenciamento de verbas, nomeações políticas e quadros incompletos de diretoria.

O autor Ricarlos Almagro (2007) comenta que as agências reguladoras apresentam na autonomia a sua marca peculiar, sendo justamente isto que possibilitará o seu modo dinâmico, combinado à proteção contra mudanças políticas que poderiam afetar a sua eficiência. Todavia, o autor lembra que não se trata de uma completa independência, mas sim de uma autonomia reforçada, pois as agências estão sujeitas aos objetivos delimitados em lei e às políticas públicas definidas na esfera em que atuam.

Almagro (2007) explica que a autonomia das agências reguladoras provocou conflitos estruturais, principalmente sobre a doutrina da separação de poderes, uma

vez que tais agências possuem competências normativas próprias, além da atribuição de dirimir conflitos de interesses na sua esfera reguladora, sem prejuízo também da autoridade administrativa.

Ricardos Almagro (2007) afirma que, não obstante a denominada independência das agências, verifica-se uma autonomia reforçada, exatamente porque, mesmo diante da impossibilidade de demissão *ad nutum* dos seus dirigentes, assegurando-lhe amplo espectro de liberdade na persecução dos fins reguladores da agência, a agência precisa obedecer as linhas principais definidas pelas políticas governamentais. Igualmente, o autor concorda que nem toda atividade dos reguladores é definida só por seu conhecimento, deve haver algum canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências, como exigência mínima de um Estado democrático.

O autor Ricardos Almagro (2007) completa sobre a autonomia das agências reguladoras que:

As agências reguladoras, fruto desse novo tempo, são portadoras apenas de uma autonomia reforçada, porque, conquanto submetidas a um estatuto de independência, que lhes assegura um amplo aspecto de liberdade na persecução dos seus fins, estão vinculadas às linhas mestras traçadas pelas políticas governamentais, o que acaba por fazer ceder a dicotomia maniqueísta entre administração técnica e governo democrático.

O distanciamento das agências dos centros políticos, de grande vantagem do modelo, acaba por representar também o seu maior perigo, a saber, a delimitação de um quadro deficitário no campo da legitimidade democrática, sobretudo se constataremos o plexo de competências que lhes são atribuídas, as quais se enquadram no âmbito administrativo, normativo e da pacificação de conflitos de interesses.

Acerca da independência característica das agências reguladoras, Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) expõe que:

A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma eqüidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (como titular da atividade objeto da regulação – no caso de serviços públicos –; como titular de bem explorado no setor – no caso de bens públicos escassos ou de bens reversíveis –; e no caso de titular do capital de empresa que opera no setor regulado – nas situações em que o setor foi aberto à competição, mas nele remanesceram operadores públicos).

Segue daí que, para que tenhamos o pleno exercício da regulação sobre esta atividade (inclusive buscando a efetivação das pautas de interesse geral estabelecidas para o setor regulado), será necessário que o ente dela encarregado mantenha uma certa autonomia em relação a estes três blocos de interesses que, normalmente, não são combináveis, nem muito menos coincidentes.

Obviamente, o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Repetimos, que isso não haverá de significar que a atividade reguladora deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralidade de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém, em que pese manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados.

Um dos principais elementos para a efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada quarentena). Com efeito, a possibilidade do agente regulador passar, de inopino, a ocupar posição de relevo no regulado coloca seriamente em risco a independência do órgão. (...)

Do mesmo modo, embora deva ter um compromisso forte com os consumidores (em benefício de quem deve se dirigir a regulação), a Agência não pode se transformar num simples e incondicional promotor do interesse do consumidor, desconhecendo as outras dimensões da atividade reguladora. Tal atividade não pode se traduzir num populismo regulatório. Se o fizer, poderá estar descurando da proteção do interesse do indivíduo, que não pode usufruir do serviço (o que denominamos de consumidor potencial), para atender apenas ao interesse do usuário, em regra mais aquinhoado, algo muito comum quando se discute a fixação de tarifas em serviços públicos. Do mesmo modo, o atrelamento exclusivo ao interesse do usuário pode levar, em situações limite, ao aniquilamento de parcela dos exploradores da atividade regulada, acarretando, a longo prazo, a redução da competição (com a oligopolização ou monopolização do mercado específico). Por fim, a exorbitância na tutela dos interesses dos usuários pode acarretar prejuízos para o poder público (é dizer, para a coletividade), como ocorre, por exemplo, quando o agente regulador cede a pressões de grupos específicos de consumidores, criando pleitos indenizatórios dos prestadores dos serviços que, via equilíbrio econômico financeiro, são transferidos para o poder público e, pela via fiscal, para toda a gente.

Com respeito à independência hierárquica (ou orgânica), Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) menciona que:

A independência orgânica pertine ao exercício das atividades-fim da Agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor. Já daí percebe-se que a independência orgânica se presta a assegurar ampla autonomia no manejo dos instrumentos reguladores.

Não se confunde tal independência com uma liberdade conferida ao regulador para fazer o que bem entender com o setor regulado. Sua atividade há de ser condicionada i) pelos princípios e objetivos previstos na lei que o criou; ii) pelos princípios gerais que regem a Administração pública e em especial a atividade reguladora; iii) pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa) para o setor.

No entanto, para além destes condicionantes, haverá que se respeitar a independência do regulador, entendida, pode-se dizer, como uma proteção

especial contra ingerências na atividade reguladora. Algo que se afirma como essencial na separação entre a atividade reguladora e a função governamental.

Alguns instrumentos se prestam, conjugadamente, a garantir a independência orgânica. O principal deles é a estabilidade dos dirigentes das Agências. Esta estabilidade se traduz a) na investidura de mandato para os dirigentes (fixação de um prazo para exercício das funções) e b) na conseqüente inamovibilidade (não demissibilidade) destes durante o período do mandato, salvo em circunstâncias excepcionais (prática de atos de improbidade, condenação criminal, descumprimento reiterado dos objetivos do setor).

Essa estabilidade assegura, em última instância, que o regulador poderá exercer suas competências sem estar ameaçado de ter sua atuação interrompida por ato de vontade dos dirigentes do poder central.

Para Marques Neto (2003), a independência administrativa procura assegurar a liberdade de recursos para a adequada atuação do regulador, sem a necessidade de recorrer ao poder central, consistindo nos seguintes mecanismos: a autonomia de gestão do ente; autonomia financeira; liberdade para organizar seus serviços; e regime de pessoal compatível.

A liberdade para organizar seus serviços é a característica que mais se aproxima do conceito clássico de ente autárquico. Trata-se da liberdade para determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades reguladoras. Isso envolve não só a prerrogativa de organizar-se funcionalmente, como também de distribuir-se regionalmente, envolvendo também a liberdade para firmar contratos ou convênios para obter o concurso de terceiros. (MARQUES NETO, 2003)

É necessário que as Agências tenham um regime de pessoal compatível com a natureza das suas atividades, pois não faz sentido que os dirigentes dos entes de regulação tenham estabilidade (mandatos, não indemissibilidade imotivada) e os demais agentes sejam demissíveis por ato de vontade quer dos dirigentes das Agências, quer da Administração central. Assim, haverá três ordens de regimes de pessoal nas Agências: os dirigentes máximos (integrantes do ente de direção colegiada) que terão cargos de investidura por prazo certo; os demais agentes que exerçam funções de direção (supervisores, gerentes, superintendentes, coordenadores, etc.) que poderão ocupar cargos de confiança cuja nomeação deverá caber ao ente de direção da Agência (nunca ao chefe do Executivo ou seus auxiliares); e os demais cargos que exerçam funções inerentes à atividade reguladora, os quais deverão seguir o regime estatutário, dotado de todas as

garantias inerentes à carreira de servidor público ocupante de funções de Estado. (MARQUES NETO, 2003)

A autonomia de gestão implica prover a Agência da capacidade de organizar e administrar seus orçamentos, alocando os recursos disponíveis nas atividades prioritárias e necessárias. Tal autonomia impossibilita contingenciamentos ou cortes orçamentários feitos para acatar objetivos de política monetária ou fiscal, e também mostra ser inconciliável a previsão de contratos de gestão com as Agências Reguladoras. (MARQUES NETO, 2003)

Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) afirma que a neutralidade (eqüidistância) exige que o ente regulador mantenha-se imparcial em face dos interesses regulados, incluindo os interesses do poder público, de maneira que este deve exercer com prudência e proporcionalidade suas competências, de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação. O autor também cita que a natureza de ente público das Agências, dotadas que são de autoridade, lhes garante poder extroverso; assim, exercem funções típicas de Estado tanto em relação ao seu caráter institucional (essencialidade, estabilidade e indelegabilidade das funções públicas que lhe são cometidas), quanto no que tange ao caráter mais amplo de suas funções, que desbordam dos lindes de singelas funções administrativas.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) relata que a impermeabilidade do regulador em relação aos interesses regulados pode colocar em risco a legitimidade da regulação, pois a aceitação das pautas reguladoras será imposta por força da autoridade, cuja capacidade e eficácia são restritas. O autor cita também que esta permeabilidade traz o risco da captura pelo interesse dos regulados; contudo, o risco da captura é inerente à própria regulação e não ao fato dela se dar com abertura ao diálogo com o regulado, sendo que quanto mais aberta e institucionalizada for essa permeabilidade, maior controle terá a sociedade para coibir a captura.

A propósito da captura do ente regulatório, Placha (2007) arrazoa que:

A captura reguladora envolve esta questão do risco, na medida em que o agente que detém competência de regular determinado setor perde sua independência e passa a sofrer forte influência de quem detém o poder político e/ou econômico.

A captura retira a independência e a autonomia da regulação, sendo que os operadores da regulação são levados a implantar determinada medida, seja para benefício de um agente econômico, seja para detrimento de outro ou, ainda, para atender interesses políticos.

Pela captura, os agentes regulados utilizam do sistema para obter vantagens em seu favor, com efeitos nocivos para a coletividade,

verificados com a redução da concorrência, concentração e abuso de poder econômico, conivência com serviços públicos ineficientes, lesando os interesses coletivos.

A independência caracteriza-se pela desvinculação do regulador perante o poder governamental central e também quanto aos interesses regulados. A autonomia diz respeito à capacidade do regulador de auto-organizar suas atividades e de possuir poder decisório sobre o objeto regulado. Já a imparcialidade serve para que a regulação atenda ao interesse coletivo, mas que isso possa coexistir com as atividades reguladas. Por fim, a neutralidade trata do afastamento de ideologias e preconceitos sobre as atividades reguladas, para que a regulação não seja utilizada para atender interesses específicos.

O risco regulatório também diz respeito aos ex-dirigentes de entidades reguladoras que passam a atuar no setor regulado. Para isso, existem limitações de ordem legal que impedem ao ex-dirigente de uma entidade reguladora de prestar serviços no setor em que exercia suas funções, pelo perigo de informações privilegiadas serem utilizadas em benefício próprio ou de terceiros interessados.

Assim, é indispensável que a regulação se mantenha afastada dos interesses regulados, o que prejudicaria todo o sistema e, de conseqüência, atingiria o próprio Estado, cidadãos e as partes envolvidas no processo regulatório. Devem prevalecer os critérios técnicos e não os aspectos políticos, ideológicos e transitórios.

Para Peci (1999), a autonomia é a principal característica das agências reguladoras. Portanto, para a autora, as providências adotadas em favor de uma maior autonomia impediriam as contaminações dos servidores com as práticas de *rent-seeking* (conceito que significa a atividade de indivíduos e grupos de buscar rendas extramercado para si próprios por meio do controle do Estado), seja por parte do governo, seja por parte das concessionárias com maior poder de articulação e pressão que os usuários. Peci (1999) explica que, ao instituir agências reguladoras com características diferentes das instituições tradicionais da Administração Direta, estas se configuram como autarquias sob regime especial que as fornece diversos privilégios, porém a autora destaca que não se demonstra um cuidado em criar um novo quadro jurídico institucional próprio para as agências. A citada autora propõe que não se rejeita a ocorrência que os burocratas também podem ser incentivados a realizar práticas de *rent-seeking* e a autonomia provida às agências pode causar os abusos, ao contrário de evitá-los.

Sobre este tema, o autor Aragon Érico Dasso Júnior (2006) cita que, ainda que a corrupção seja um acontecimento mundial, nos países periféricos este problema adquire aspectos mais graves, pois as partes mais carentes da população são as maiores lesadas por esse desvio de recursos público para entes particulares,

existindo conseqüentemente uma submissão do poder político aos interesses privados.

Dasso Júnior (2006) relata ainda o elemento popularmente denominado “porta giratória”, que o autor considera como técnica persistente nas corporações transnacionais, que se constitui no livre trânsito de funcionários que exerciam posições significantes na Administração Pública para as organizações privadas e vice-versa. Em qualquer uma das situações, as instituições privadas são favorecidas, porque recebem o conhecimento e as informações privilegiadas dos servidores vindos da Gestão Pública ou por haver funcionários seus de alto escalão ocupando importantes cargos públicos.

Portanto, Dasso Júnior (2006) afirma que a cessão da gerência dos serviços públicos para corporações privadas (privatizações, concessões, terceirizações, etc.) transforma o mercado em detentor da agenda pública, fato esse que pode ocasionar a captura do ente regulador de um determinado serviço público pela instituição privada responsável pelo fornecimento de certo serviço público.

Deste modo, Dasso Júnior (2006) considera que se o ente regulatório foi capturado quando este troca a demanda pública com os interesses de organizações privadas do seu domínio regulado, sendo que o autor cita que a captura acontece no momento que a agência reguladora ignora seu comprometimento com as demandas da sociedade e executa ações no sentido de validar interesses privados de organizações reguladas.

Por conseguinte, a autonomia administrativa é necessária para que o ente regulador possa exercer adequadamente suas atribuições, mas precisam existir parâmetros bem definidos para que esta característica não prejudique o Estado, o setor regulado e principalmente a sociedade.

O próximo tópico, autonomia orçamentária, influencia a ação dos entes reguladores, e também é objeto de debate entre os autores presentes.

## Autonomia Financeira e Orçamentária das Agências Reguladoras

Nesta divisão, foi discutida a independência das agências reguladoras em administrar os recursos financeiros disponíveis e também o impacto do contingenciamento orçamentário exercido pelo governo sobre estas agências.

Sobre o aspecto financeiro, o MARE (1997a) propõe que:

No que se refere ao aspecto orçamentário-financeiro, pretende-se que as Agências Executivas tenham seu orçamento disposto de uma forma mais agregada, com os recursos alocados em apenas um projeto ou subatividade, respeitada a distinção entre os grupos de despesa (pessoal e outros custeios e capital). Além disso, para que os resultados pactuados possam efetivamente ser alcançados, é preciso garantir às instituições que os recursos constantes do orçamento sejam efetivamente disponibilizados, afastando-se, portanto, a possibilidade de cortes ou contingenciamentos que inviabilizariam a consecução dos compromissos acordados no Contrato de Gestão.

Em relação à gestão de recursos humanos, busca-se uma relação com os servidores baseada no desempenho e no mérito, com a definição de mecanismos financeiros de reconhecimento, como, por exemplo, a concessão de formas de “bonificação por desempenho”. Também se pretende que as Agências Executivas contem com autorização prévia para realizar concursos e nomear os candidatos aprovados, desde que existam vagas e recursos orçamentários necessários ao custeio do gasto. Para isso, é imprescindível que a instituição já tenha definidos os perfis profissionais requeridos para a execução de suas atividades e os quantitativos necessários.

Quanto à gestão dos serviços gerais e contratação de bens e serviços, objetiva-se dotar as Agências Executivas de um mínimo essencial de autonomia de gestão. A concessão de um limite diferenciado de dispensa de licitação para contratação de serviços, compras e obras de engenharia é uma das medidas de organização administrativa que deverão estar disponibilizadas para as Agências. Além disso, parte do esforço empreendido no sentido de dotá-las de maior autonomia e agilidade nas ações do dia-a-dia., compreende a permissão para que possam, mediante edição de regulamento próprio, dispor sobre assuntos relacionados a itens como: (1) opcionais de segurança a serem instalados em veículos automotores de carga, fiscalização, pesquisa ou transporte de servidores; e (2) fixação de limites para atendimento de despesas de pequeno vulto.

A dispensa, para as Agências Executivas, da obrigatoriedade de firmar termos aditivos a convênios de vigência plurianual - quando destinados exclusivamente à indicação do crédito orçamentário que dará suporte ao gasto no exercício - é, também, medida de racionalização administrativa e as poupará de atividades meramente burocráticas, substituídas pela publicidade dada às notas de movimentação de crédito ou de empenho emitidas.

A respeito da independência financeira das agências, Franceclaudio Tavares da Silva (2006) cita que:



Ainda em relação ao Poder Executivo, percebe-se que as Agências Reguladoras brasileiras, órgão integrantes da Administração Pública Indireta, dependem diretamente dos recursos financeiros repassados pela Administração Pública Direta. Isto ocorre porque a capacidade de auto-sustentação das Agências Reguladoras está sendo criada aos poucos, como o FUNSTEL para a ANEEL.

Em relação à autonomia financeira, Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) arrazoia que:

Já a autonomia financeira se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros necessários à atividade da Agência não dependerão da gestão do tesouro (ou seja, sua liberação não demandará boa vontade do poder central).

Embora esse objetivo possa ser buscado mediante previsão legal, o ideal e corrente é serem criadas fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade reguladora (especialmente mediante a instituição de taxa para fazer frente às diversas manifestações de poder de polícia encontradas nas Agências). Quando as receitas das Agências provierem da cobrança de taxas, é importante dizer, os recursos auferidos deverão ser necessariamente despendidos no exercício da atividade reguladora. O não emprego destes recursos pela Agências (por serem exagerados em face das necessidades do órgão, ou por serem objeto de medidas fiscais de contingenciamento ou bloqueio por parte dos órgãos fazendários) pode levar os particulares sujeitos passivos destes tributos a recorrer ao Judiciário para deles se desonerar, alegando ou excesso de tributação (a taxa tem valor maior do que o necessário para exercício da atividade reguladora, tanto que não está sendo aplicado) ou desvio na finalidade do tributo (que no caso da taxa, imposto intrinsecamente vinculado, leva à inviabilidade de sua cobrança).

Daí por que temos insistido que, inobstante a nobreza dos seus objetivos, o cerceamento da autonomia financeira das Agências pelas autoridades fazendárias, para além de comprometer a atividade dos reguladores, pode produzir um efeito deletério para as finanças públicas. A autonomia financeira, de resto, é imprescindível para que o regulador tenha meios adequados para o exercício de suas atividades. A pior captura que pode acometer uma Agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício, transformando-a num simulacro. (MARQUES NETO, 2003)

Rubens Penha Cysne (2008) relata que as agências reguladoras necessitam dispor de independência, a qual demanda dotações orçamentárias decididas pelo Congresso e acatadas pelo Executivo. O autor cita que a possibilidade de contingenciamento diminui esta condição independente, esmorece de maneira contínua toda a estrutura conceitual em que se sustenta a fiscalização de governos por tais entes de Estado, sendo que o sistema de exames internos não mais funciona; consolida-se a indesejável conexão entre decisões reguladoras e políticas de governo.

Para Cysne (2008), o fundamental resultado da ausência de independência financeira das agências reguladoras é o subinvestimento nos setores regulados,

onde a conseqüente oferta reduzida de bens e serviços regulados impõe danos ao bem-estar de todos os consumidores. O autor ressalta ainda que o contingenciamento anula a existência de condições favoráveis à regulação.

Antonio Pinto Munhoz da Rocha Netto (2009) alega que a grande falha do Brasil é a ausência de uma legislação segura que possibilite as agencias reguladoras exercerem a função para o qual foram criadas.

Rocha Netto (2009) cita o exemplo da autonomia financeira, a qual deveria ser assegurada pelo Poder Executivo, os limites para determinação de normas e o os instrumentos disponíveis para praticar o controle destas agencias no Brasil.

A fim de providenciar o sistema de regulação através de agências reguladoras, que devem ser entes de Estado e não de Governo, Antonio Pinto Munhoz da Rocha Netto (2009) declara que é imprescindível que se garanta sua independência funcional e financeira. Sobre este tema, Rocha Netto (2009) relata que:

Para tanto, as leis que criam cada agência prevêm fontes de renda que possibilitem este fim.

Importante lembrar que, em muitos casos, as agências arrecadam vultosos valores através da cobrança de taxas das empresas que atuam nos setores regulados.

Entretanto, a atual diretriz política federal, optou por provocar um esvaziamento das agências, mantendo-as reféns ao estrangular o repasse dos recursos a que teriam direito.

É o que se verifica nos anos de 2005, 2006 e 2007, quando, de acordo com dados fornecidos pelo Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), o Governo Federal repassou em média apenas 30% das verbas autorizadas em orçamento para as agências reguladoras. (...)

O orçamento das entidades reguladoras também foi vítima brutal dos contingenciamentos impostos em 2005 e em 2006. Dos R\$11,6 bilhões autorizados para o período, R\$8,5 bilhões engordaram a reserva de contingência da União. O valor equivale a 73% dos recursos destinados ao setor. Os problemas, no entanto, não se limitam ao orçamento.

É evidente que, com um repasse de verbas tão reduzido, a capacidade de atuação das agências fica fortemente prejudicada, levando o país a uma realidade contraditória e perigosa, onde a diminuição do Estado já ocorreu, e as empresas que assumiram seu lugar não vêm sendo fiscalizadas com o rigor necessário.

Os próprios dirigentes das agências reguladoras já manifestaram sua insatisfação com a política adotada, conforme demonstra notícia veiculada pelo site da Câmara dos Deputados.

Cesar Ribeiro Ferreira (2002) adverte que a autonomia financeira da Agência de Regulação é importante para esta não se tornar dependente de nenhuma das

partes envolvidas, seja do Governo - Federal, Estadual ou Municipal - seja das empresas concessionárias/permissionárias e nem mesmo dos usuários. O autor ressalta que a agência deve sobreviver financeiramente por seus próprios méritos, por meio de arrecadação própria, não dependendo de repasses do governo e nem se transformando em uma “indústria de multas” para equilibrar seu orçamento.

Sobre a restrição orçamentária, Fernando Luiz Abrucio (2007) entende que:

O processo orçamentário brasileiro também é caracterizado pela enorme liberdade que o Executivo tem para executar os gastos, com grande autonomia em relação ao que fora decidido no Legislativo — por isso, o orçamento aprovado torna-se autorizativo, e não impositivo. Isso é feito por meio do uso constante (e abusivo) do contingenciamento das verbas. Este instrumento é totalmente controlado pelo Ministério da Fazenda, que segue à risca sua lógica fiscalista, com pouca articulação com o que ocorre em cada política pública. Ora, metas governamentais só podem ser efetivamente perseguidas, com monitoramento e avaliação adequados, se houver certa regularidade na alocação das despesas públicas, algo que o contingenciamento torna muito difícil, reduzindo, assim, as chances de aumentar a eficiência da máquina pública.

Humberto Falcão Martins (2003) acredita que a visão do problema das políticas de Gestão Pública está atrelada à necessidade de sustentação da política econômica, que demanda a formação de superávits primários significativos e a conseqüente necessidade de redução de gastos de maneira estrutural, através da privatização ou outras formas de desestatização, reforma previdenciária e do funcionalismo; ou de aspecto emergencial, por meio da repressão fiscal (que inclui contingenciamentos orçamentários e financeiros).

Humberto Falcão Martins (2003) descreve que a conformação centralizadora e controladora dos sistemas auxiliares de orçamento, finanças, recursos humanos e controle interno representavam uma dificuldade às flexibilidades gerenciais.

Gabriel Placha (2007) diz que “a autonomia acaba sendo uma decorrência da independência Reguladora, na medida em que as entidades reguladoras acabam por possuir gestão administrativa e receitas financeiras próprias”. Placha (2007) articula que “a autonomia econômico-financeira corresponde à capacidade de arrecadar e gerir recursos, sejam decorrentes de dotações orçamentárias gerais, sejam receitas próprias decorrentes da atividade reguladora.”

Sobre controle orçamentário, Gabriel Placha (2007) destaca que:

A autonomia da atividade reguladora confere aos órgãos reguladores gestão própria no que tange à administração de recursos financeiros. Neste aspecto verifica-se o controle tradicional exercido pelos Tribunais de Contas.

Entretanto, estes entes de controle devem ter em vista que as entidades reguladoras não se equiparam aos órgãos da estrutura administrativa clássica, embora façam parte do Poder Executivo, razão pela qual devem analisar suas atividades sob outros aspectos.

No caso do controle pelos Tribunais de Contas, cabe a verificação da correta aplicação dos recursos públicos destinados aos órgãos reguladores, verificando-se a sua adequação aos ditames que regem a matéria.

Ademais, convém destacar que a atuação do Tribunal de Contas da União, quando, não se limitando à verificação do dispêndio de recursos públicos, apenas apontou uma falha e opinou pela sua correção, sem que isto signifique interferir sobre a atividade reguladora em si.

A autora Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006) expõe que:

A autonomia econômico-financeira dessas agências é assegurada, além das dotações orçamentárias gerais, pela existência de receitas próprias, arrecadadas diretamente em seu favor, geralmente provenientes de “taxas de fiscalização” e “taxas de regulação”, ou ainda participações em contratos, acordos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo (art. 15, III da Lei Federal n. 9.478/97) e energia elétrica (art. 11, V da Lei Federal n. 9.427/96).

A natureza jurídica das taxas acima mencionadas têm sido objeto de discussão doutrinária, alguns entendendo que se trata de taxa propriamente dita e outros que se cuida de preço contratual, cobrado pelo Poder Concedente dos delegatários.

O autor Alketa Peci (1999) relata que, a agência reguladora é instituída como autarquia a fim de assegurar a autonomia, definida como o serviço independente, criado por lei, com personalidade jurídica, receita e patrimônio próprios para realizar atividades típicas da Administração Pública, que demandariam, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Entretanto, ao longo dos anos, o controle dos resultados da autarquia foi substituído pelo controle dos recursos do seu desempenho - admissão de funcionários, folha salarial, licitações etc.- se assemelhando cada vez mais a qualquer outro ente de administração direta. (PECI, 1999)

Deste modo, percebe-se que a autonomia financeira ocorre apenas parcialmente, isto é, somente existe nos recursos financeiros disponibilizados pelo governo às agências reguladoras. Assim, a restrição orçamentária, aliada a outros mecanismos como contingenciamento de pessoal e de nomeação de dirigentes, é utilizada como forma de controle e também de interferência política na atuação dos entes reguladores por parte dos Poderes de Estado, especialmente o Executivo.

A próxima parte irá discutir as influências e controles realizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sobre as agências.

## Interferência e o Controle dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

Apresenta-se nesta seção um estudo sobre a relação das atribuições reguladoras das agências com os Poderes de Estado, buscando identificar possíveis interferências na ação dos entes reguladores e a necessidade de controle desses poderes sobre estas instituições.

Gomes (2006) acredita que as agências não possuem uma independência absoluta, pois seus dirigentes são sugeridos pelo Presidente da República e dependem da aprovação do Senado, ocorrendo, portanto, a autonomia posteriormente a esse procedimento, já que o diretor não é retirado, sem justa causa, do seu encargo. O autor assevera ainda que o processo citado constitui um tipo de prestação de contas anterior ao mandato, inserindo um elemento democrático na denominação do comando das agências.

Para as agências desempenharem a regulação econômica, social e técnica ou de qualidade, Gomes (2006) assegura que é vital um apropriado plano institucional interno e do ambiente em que a agência esteja inserida, o qual garanta relativa independência política perante o governo, além de autonomia administrativa e orçamentária, e também autoridade técnica em relação ao mercado e aos entes regulados.

Sobre este tema, Gomes (2006) relata ainda que:

A questão da independência das agências, acima mencionada, ainda que constitua característica imprescindível ao sucesso do modelo de agências reguladoras independentes, constitui também um problema. O isolamento das agências das injunções políticas é considerado antidemocrático, assemelhando-se às opções ao estilo do autoritarismo tecnocrático. A sua relativa independência política poderia, por exemplo, impedir a flexibilização eventual dos contratos em nome do interesse público.

O autor Gabriel Placha (2007) declara que nas democracias representativas, em que algumas ocasiões interesses particulares podem intervir nas decisões, os entes de regulação podem oferecer falhas e riscos, o que comprometeria a estrutura. Por este motivo que a função reguladora do Estado deve ser orientada em critérios universais para alcançar interesses públicos autênticos, com ação independente e autônoma, porém resguardando e garantindo liberdades individuais.

O autor Humberto Falcão Martins (2003) cita que em virtude da ausência de um claro marco regulatório, e o autor considera que pelo menos a ANVISA exerce

determinadas funções visivelmente não-reguladoras, denota que qualquer ente que necessite se distinguir pode ser uma agência reguladora. Assim, o autor deduz que já existiam sinais do emprego do modelo de agência reguladora como tática de flexibilização (o que se passou a chamar, jocosamente, de “kit reguladoras”, composto por: mandato, carreira própria, estrutura diferenciada de cargos comissionados, regras diferenciadas de licitação, receita vinculada, provisão de quadros temporários etc.).

Martins (2003) afirma que, parcialmente, o modelo Agência Executiva foi vencido pelo modelo de agência reguladora, e uma grande parte de entes públicos (tais como, secretarias de Ministérios, especialmente) permanecia não-atendida por modelos menos rígidos fundamentados em resultados, mesmo com o resguardo do parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição Federal, conforme o qual a autonomia gerencial de entes e entidades da administração pode ser estendida por intermédio de contrato de gestão.

Se, de certa maneira, o Projeto Agências Executivas do MARE (1997a) sugeriu o aumento da autonomia da administração das entidades qualificadas, recomendou, ainda, a instauração de mecanismos que permitiriam uma auditoria efetiva e maior atribuição dos dirigentes das instituições, não somente em relação aos itens econômicos, mas, sobretudo, relativamente aos resultados.

De acordo com o CLAD (1999), a autonomia administrativa das agências e de seus gerentes deve ser acrescida de novas formas de verificação. O controle não é mais essencialmente burocrático, que procurava conferir se todos os procedimentos haviam sido realizados perfeitamente, para se interessar principalmente com os ganhos de eficiência e efetividade das políticas. Através da Reforma Gerencial do Estado, o exame anteriormente realizado só pelos administradores e estruturas internas de inspeção externa e interna, transforma-se para a combinação de quatro tipos de supervisão:

- a) Controle de resultados, efetivado a partir de indicadores de desempenho definidos precisamente nos contratos de gestão.
- b) Controle contábil de custos, interessado não apenas com a conferência das despesas realizadas, mas, além disso, com o reconhecimento de maneiras mais econômicas e competentes de implementar as políticas públicas.

c) Controle por concorrência administrada, ou por quase-mercados, nos quais as diversas agências procuraram proporcionar o melhor serviço público aos usuários.

d) Controle social, através do qual a sociedade avaliará os serviços públicos e participará de sua administração.

Conforme MARE (1997a), “a concessão de autonomias, entretanto, está subordinada à assinatura do Contrato de Gestão com o Ministério supervisor, no qual se firmarão, de comum acordo, compromissos de resultados”.

Nesse sentido, o Projeto Agências Executivas do MARE (1997a) propunha que o monitoramento e o julgamento das instituições fossem realizados não simplesmente pelo Estado – através do seu Núcleo Estratégico – mas inclusive pela sociedade, inserindo a noção de controle social da Administração Pública.

De acordo com a definição do MARE (1997a), em compensação às medidas de coordenação administrativa, que buscam um empenho inicial na direção da desregulamentação e do reexame de normas que atinjam o gerenciamento na administração autárquica e fundacional, desejava-se a gradual troca de uma cultura de controles puramente burocráticos por uma cultura de controle mais ativo e menos dispendioso, que enfocasse os resultados realmente obtidos. O Contrato de Gestão seria o utensílio principal que propiciaria essa mudança, admitindo o aprimoramento e o fortalecimento da competência do Ministério supervisor para cumprir um acompanhamento e uma avaliação eficazes do desempenho institucional das Agências.

Como instrumento primordial para o acompanhamento e análise dos acordos de administração, o projeto do MARE (1997a) previu que as Agências Executivas apresentariam, com intervalo mínimo de seis meses, balanços de sua performance na execução dos compromissos definidos no Contrato de Gestão.

A fim de certificar que as políticas públicas estabelecidas pelo Núcleo Estratégico fossem implementadas e as demandas e expectativas da sociedade analisadas, a dinâmica do controle do Contrato de Gestão presumida pelo MARE (1997a) deveria possibilitar o reconhecimento antecipado de possíveis dificuldades ou anormalidades, a tempo de se providenciar as transformações indispensáveis, tanto nas condições, quanto nos objetivos e metas ou na sua forma de aplicação.

Assim, o MARE (1997a) definiu que a coerência que ampara a proposta de ampliação da autonomia gerencial das Agências a fim de se responsabilizar pelos

resultados solicitados e acertados em um Contrato de Gestão e pela aplicação dos recursos públicos disponibilizados (financeiros e não financeiros), estas organizações devem possuir um maior poder de decisão a respeito dos meios de atingi-los.

Sobre o monitoramento das Agências, o autor Marques Neto (2003) cita que elas estão submetidas a quatro tipos de controle: o controle de gestão (exercido principalmente pelos Tribunais de Contas) e referente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo; o controle quanto ao cumprimento das políticas públicas, que deve ser exercido predominantemente pelo Poder Legislativo mediante exigência de relatórios semestrais e arguições em Comissões específicas do Parlamento; o controle contra abusos e ilegalidades, que deve ficar predominantemente a cargo do Poder Judiciário, podendo ainda, no caso de exorbitância do poder normativo delegado, ser exercido pelo Legislativo que tem competência constitucional para sustar tais atos quando exorbitantes; e o controle quanto ao atendimento das finalidades e metas da regulação, que deve ser exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e principalmente pela sociedade.

Os autores Edson Nunes, Leandro Molhano Ribeiro e Vitor Peixoto (2007) citam que as agências desempenham atividades características do poder Executivo, como concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos; do poder Legislativo, tais como edição de normas, regras e procedimentos com validade legal sob o setor de sua ação; e do poder Judiciário, ao julgar, impor penalidades, interpretar contratos e obrigações entre agentes econômicos. Deste modo, as agências geram regras e normas que atribuem custos às unidades reguladas, atraindo, complementando ou contrariando interesses privados e públicos, o que causa um inevitável intercâmbio entre reguladores e regulados, com repetitivas probabilidades de captura do ente regulador por parte de agentes econômicos para subverter os preceitos do mercado em prol de interesses específicos.

Sobre o controle sobre a atuação das agências reguladoras, os autores Nunes, Ribeiro e Peixoto (2007) assumem que:

A análise do processo de criação das agências no Brasil mostra que faltou uma definição jurídica e institucional nítida para os órgãos reguladores, a fim de estabelecer, por exemplo, formas de controle social e padrões de relação com a administração direta e com os poderes Legislativo e Judiciário. Visto que não existe, no direito administrativo brasileiro, jurisprudência ou normas para lidar com esta nova face da relação entre setor público e sociedade, deve-se continuar esperando turbulenta vida para



a ação normativa e punitiva das agências, na sua interação com as empresas privatizadas.

Não por acaso, o funcionamento das agências é constante objeto de crítica, seja por que seu escopo de atuação ultrapassa os limites da regulação, ao propor e executar políticas públicas dos seus respectivos setores, seja por conta da “politização” encontrada na nomeação de presidentes e diretores ou ainda pela baixa qualidade do atendimento prestado na defesa dos direitos dos usuários e consumidores nas diversas áreas em que atuam.

A existência das agências como instituições independentes causa diversas dificuldades importantes, como a delegação legislativa e a incursão de esferas institucionais, além de várias questões ligadas à legitimidade política, referente a sua competência delegada, e de legitimidade substantiva, relativo a seus métodos internos, sobretudo aqueles de natureza quase-judiciária. (Nunes; Ribeiro; Peixoto, 2007)

Quanto ao marco regulatório das agências, Gomes (2006) afirma que:

As agências estão submetidas a marcos reguladores que vão desde a própria Constituição Federal até legislações ou outros instrumentos legais mais específicos. Assim, ainda que permita alguma discricionariedade às agências, dado o caráter não-exaustivo desses “contratos formais”, tais instituições constroem a ação das agências, podendo contribuir para sua transparência e responsabilização.

A presença dos marcos reguladores e de relações contratuais no novo modelo de prestação de serviços públicos aumenta a importância do Judiciário como árbitro de conflitos, e também como supervisor *ex post* das próprias agências. O Ministério Público também tem um papel importante aqui, que culmina no encaminhamento de ações ao Judiciário ou mesmo nos termos de ajustamento de conduta.

Acerca das dificuldades relacionadas com o funcionamento das agências reguladoras, Gustavo Binenbojm (2005) expõe que:

Os focos principais de tensão gerados pela estrutura reguladora brasileira, e que reclamam maior aprofundamento em busca de soluções, são os seguintes:

(I) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da *deslegalização* e da banalização da edição de atos normativos;

(II) a tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico;

(III) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.

Sobre a interferência política nas agências, Placha (2007) entende que:

A atividade reguladora deve ser exercida de maneira imparcial e sem sofrer influências de governantes ou dos agentes envolvidos no processo regulatório, para que prevaleçam os critérios técnicos necessários para atender os objetivos pelos os quais a regulação foi concebida.

Assim é que a atividade reguladora não é compatível com interferências político-partidárias, para não comprometer a independência que deve orientar a regulação.

A independência envolve a necessária estabilidade dos agentes reguladores, que devem ser indicados e nomeados pelo Poder Executivo por sua competência técnica e submetidos ao crivo do Poder Legislativo.

Além disso, a regulação independente verifica-se pela ausência de subordinação hierárquica dos agentes reguladores com o poder governamental, tanto que suas decisões são revistas, sendo o caso, pelo Poder Judiciário.

A garantia de independência não é somente da atividade reguladora, mas de todos os envolvidos e interessados no setor regulado, pois desta forma não haverá atuação tendenciosa para quem quer que seja. Por isso é que o modelo de regulação independente tende a ser adotado como forma de garantir a segurança jurídica nas atividades reguladas, sem sofrer pressões do poder político ou a influência de interesses meramente econômicos.

Sobre a possibilidade de interferência política nas agências reguladoras, Gomes (2006) expõe que, tendo em vista as relativas capacidade técnica e independência política do Tribunal de Contas da União (TCU) para executar as auditorias, o paradigma de regulação via agências reguladoras independentes não dispensa de apropriado amparo político e de elevada especialização dos reguladores, considerando os propósitos de atribuir previsibilidade aos mercados e, igualmente, discutir de maneira respeitosa com os regulados. Isto porque este autor avalia que o TCU pode ser significativamente propenso à interferência política, inclusive mediante direcionamento de auditorias, sendo que essa permeabilidade política, ausente nas agências para o autor, instabiliza tanto as agências quanto o mercado regulado, afetando os empenhos de fornecer um clima favorável aos investimentos.

Portanto, o autor Eduardo Granha Magalhães Gomes (2006) deduz que as funções de auditoria de performance do TCU, ainda que imprescindíveis, conflitam com o modelo de regulação fundamentado em agências reguladoras independentes.

Com respeito ao controle financeiro sobre os recursos das agências reguladoras, Siqueira e Xavier (2009) explanam que:

Também se submetem as agências ao controle de seus atos de gestão, mais precisamente no que diz respeito à fiscalização da destinação dada a seus recursos financeiros.

As contas das agências, quando ligadas às verbas públicas orçamentárias a elas direcionadas, devem se submeter à análise do Tribunal de Contas, sem que isto implique na violação de sua autonomia. Também merece destaque, no âmbito de tal controle, a atuação do Ministério Público.

Quanto ao controle político exercido por outros entes sobre as agências reguladoras, Siqueira e Xavier (2009) explicam que:

As agências, como aqui já mencionado, possuem autonomia política, não se subordinando hierárquica e decisoriamente, até a presente data, à Administração Direta. A ausência de subordinação hierárquica das agências à Administração Direta não implica em dizer que a atuação das mesmas pode dar-se de forma plenamente livre, sem qualquer controle ou fiscalização.

O dever de observância, pelas agências, das políticas estabelecidas pelo Executivo não gera lesão à autonomia que lhes é peculiar. As agências são espécie de *longa manus* do Executivo, não detendo poder pleno para determinação total das políticas públicas atinentes aos setores regulados; acresça-se a isso, o fato de ser o Chefe do Executivo o detentor da legitimidade democrática para o exercício da função administrativa.

Para Pacheco (2006), o controle político derivaria da ação complementar e simultânea dos três poderes sobre o desempenho das agências, sem remover delas flexibilidade, especificação e autonomia; sendo que a autora faz referência a uma influência agressiva exercida pelo Presidente e pelo Congresso, junto a um controle moderado praticado pelo Judiciário.

Acerca da interferência política nas agências reguladoras, Floriano de Azevedo Marques Neto (2003) relata que:

Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador seja protegida das vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade reguladora: as leis que suportam os instrumentos reguladores e as macro-políticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as Agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em meras *longa manus* do núcleo estratégico estatal.

A especificidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interdita que a atividade reguladora seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular. (...)

A independência aqui deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental e não um instrumento de política de um governo. Ademais, pelo tanto que acima expusemos, o próprio provimento dos postos chave de um órgão deste perfil deve se pautar por critérios técnicos e a indicação destes agentes, a nosso ver, não pode ser ato exclusivo do chefe do executivo, mas deve envolver inclusive o legislativo, mediante sabatina e aprovação dos nomes pela instância parlamentar.

Em suma, a independência das Agências as torna menos atreladas ao curso do dever político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade reguladora.

Acerca do controle da Administração Direta sobre as agências reguladoras, Marques Neto (2003) propõe que:

Ainda no plano da independência orgânica, à estabilidade dos dirigentes soma-se a ausência de mecanismos típicos do controle hierárquico. É dizer, os atos praticados pelas Agências não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados. A razão da inexistência de controle hierárquico é de fácil entendimento. Se admitida esta espécie de controle, os órgãos da Administração direta poderiam interferir permanentemente na atividade do regulador, monitorando seus atos e, sempre que tomados em contrário à vontade política existente no núcleo do poder, desfariam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento. Assim, descabem, no âmbito interno ao poder executivo, tanto a tutela dos atos praticados pelo regulador, quanto a sua revisão de ofício ou mediante recurso do interessado.

Marques Neto (2003) corrobora a posição de que não existe inconstitucionalidade da descoincidência entre o mandato do dirigente e o do Chefe do Executivo:

A tese da coincidência dos mandatos poria a perder o pressuposto da estabilização das políticas reguladoras, o qual permite que, inobstante as naturais alternâncias no poder, haja uma continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que as novas orientações estejam amadurecidas. Há um argumento forte a rejeitar a obrigatoriedade de coincidência dos mandatos. Trata-se do princípio do pluralismo político consagrado no artigo 1º, V, da CF como fundamento da República. E a descoincidência plena dos mandatos dos dirigentes (é dizer, vencimento diferenciado dos mandatos de cada membro do colegiado de modo a que, a cada ano, haja a possibilidade de renovação de um dirigente) permite que se introduza – mormente quando houver alternância das forças políticas no governo – a pluralidade de linhas políticas no seio da a Agência. Como nosso modelo não previu a introdução da pluralidade desde a origem, a descoincidência dos mandatos é um importante instrumento para, no sentido da pluralidade, democratizar as Agências.

Além do mais, Marques Neto (2003) demonstra que não existe inconstitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica das agências:

Dois são seus arrimos. O artigo 84, II e o artigo 87, Parágrafo único, I, ambos da CF. Não nos parece haver nestes dispositivos algo que obrigue que todos os órgãos do Executivo estejam sujeitos ao controle hierárquico pela direção superior da Administração. E muito menos que a Lei não possa estipular regimes outros de controle que não hierárquico. Não se depende do artigo 84, II da CF uma obrigação constitucional de que o Presidente da República tenha poder de injunção e de revisão sobre todas as atividades estatais. Por direção superior da administração deve-se entender exatamente aquele sentido de dar o norte, as orientações da macro política governamental. E não competências para se imiscuir no exercício de todas as competências administrativas.

Sobre o controle exercido pelo Poder Legislativo, Placha (2007) alega que, ponderando que a função reguladora possui seus limites baseados na Constituição e nas leis, existe, teoricamente, uma influência política, devido às preferências legislativas de quais assuntos serão alvos de delegação de competência normativa e quais serão os preceitos legais que irão disciplinar o domínio regulado.

Em relação à influência do Poder Legislativo sobre as agências, Placha (2007) descreve que:

Embora edite as leis que servem de fundamento e limite para o exercício da regulação, o Poder Legislativo exerce controle sobre a atividade reguladora. É um controle externo, pois deriva de outro poder, em que são utilizados os mecanismos constitucionais de controle parlamentar.

A atividade reguladora envolve o exercício de competência normativa, e por isso há esta necessidade de monitoramento constante dos atos de regulação pelo Poder Legislativo, até mesmo porque se traduz em uma imposição constitucional.

Grotti (2006) assegura que “a agência reguladora é necessariamente submetida aos controles parlamentar e judicial”.

Relativamente à influência do Poder Executivo sobre as agências, Placha (2007) versa que:

Sobre o controle da atividade reguladora pelo Poder Executivo, a questão gira em torno da característica de independência da regulação. Cumpre anotar, entretanto, que a independência reguladora não afasta os órgãos reguladores da Administração Pública.

A característica de independência significa que a atividade reguladora não está sujeita às influências políticas e partidárias, mas as entidades reguladoras integram a Administração Pública indireta. Assim, o Poder Executivo não pode interferir sobre a atividade reguladora, mas pode fiscalizar se as finalidades constitucionais e legais da regulação estão sendo observadas.

O controle exercido pelo Poder Executivo sobre a atividade reguladora, acaba sendo o mesmo que é aplicado para as demais atividades administrativas tradicionais. A ressalva é que, ao Poder Executivo, cabe verificar se as políticas públicas estabelecidas para o setor regulado estão sendo alcançadas e cobrar providências sem, contudo, interferir no modo pelo qual a atividade reguladora é desenvolvida. (PLACHA, 2007)

Sobre a autoridade do Poder Executivo sobre a atuação das agências, Binenbojm (2005) entende que:

A autonomia das agências deve sofrer mitigações parciais por via de controles ancilares exercidos pelo Executivo e pelo Legislativo. Com efeito, dado que nem toda atividade dos reguladores é ditada apenas por sua expertise, algum canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências deve existir, como exigência mínima de um Estado democrático.

Quanto ao Executivo, é desejável que a lei discipline a adequação das políticas setoriais propostas pelas agências a um planejamento macroeconômico global do governo, de modo a evitar a chamada “visão de túnel” em determinados mercados regulados. Não se preconiza, aqui, a submissão de toda e qualquer proposta ao Poder Executivo, nem uma análise de custo-benefício à moda norte-americana, o que seria excessivo no contexto brasileiro. Todavia, seria de bom alvitre que a lei distribuisse claramente as competências entre governo e agências e dispusesse sobre as formas de adequação entre elas. Como não há uma distinção auto-evidente entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as decisões a cargo das agências (regulação).

Além disso, o Poder Executivo Central possui mecanismos de controle sobre a atuação das agências, implementados através da verificação do atendimento de metas e diretrizes. (...)

Vale dizer que a submissão dos órgãos reguladores à política pública traçada pela Administração Central é uma forma de controle pelo Poder Executivo que se encontra prevista nas próprias leis instituidoras das agências.

Ademais, não seria incompatível com o regime de autonomia que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de comunicação entre regulação e política pública governamental.

Em referência ao controle do Poder Executivo sobre as agências, Martins (2010) declara que:

O fortalecimento do modelo regulatório adotado no Brasil, entretanto, depende da consolidação das agências e de suas prerrogativas. Foram citados em momento anterior alguns casos em que a ingerência do executivo afetou gravemente as agências reguladoras e vulnerou o próprio regime (vide o caso da crise energética).

Na verdade, são necessários alguns acertos na legislação pátria a fim de garantir a autonomia e a autoridade das Agências, bem como mecanismos de controle e escape, para uso em casos realmente relevantes. Precisa-se também de um amadurecimento político, a fim de evitar investidas do Executivo contra o próprio regime regulatório ou da autoridade reguladora no Executivo.

Relativamente ao tema do controle exercido pelos Poderes de Estado sobre as agências reguladoras, Pacheco (2006) menciona que:

A necessária distinção entre controle hierárquico e controle político pode ajudar a definir os termos do debate. O controle hierárquico baseia-se na relação de autoridade que se estabelece entre o nomeador e o nomeado; é fortemente sustentado no paradigma clássico da burocracia, que pressupõe autoridade única e relações verticais de comando e controle. Tradicionalmente, o controle hierárquico é exercido pelo chefe do Poder Executivo, por meio do instituto da nomeação e demissão *ad nutum* dos ministros e demais dirigentes públicos. Segundo essa visão, autonomia das agências e controle pelo Executivo são antinômicos, pois o controle reside basicamente no poder de nomeação (e demissão) dos dirigentes da agência pelo chefe do Poder Executivo.

Mas o significado de controle político é distinto, e decorre da exigência de *accountability* desses entes reguladores. O controle político implica a supervisão permanente exercida por múltiplos atores — e não apenas pelo Executivo.

Com relação à vinculação das agências com o Poder Executivo, Silva (2006) explica que:

A dependência das agências reguladoras em relação ao Poder Executivo vem disposta no art. 84, II, da vigente Carta Política, que atribui competência exclusiva ao Presidente da República para exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção da Administração Pública federal. Como no nosso direito às agências reguladoras são criadas sob a forma jurídicas de Autarquias, e se as autarquias fazem parte da Administração Pública, art. 37, XIX, da Constituição Federal/88, elas estão submetidas, constitucionalmente, as diretrizes traçadas pelo Presidente da República.

O autor Franceclaudio Tavares da Silva (2006) discorda da existência de independência hierárquica das agências reguladoras em relação ao Poder Executivo:

No entanto, no caso das agências brasileiras, ao assumirem a natureza jurídica de autarquias especiais ficam constitucionalmente subordinadas ao Poder Executivo, ficando vinculadas as Secretarias e Ministérios, nos três níveis de Governo, tendo em vista que a subordinação técnica não se verifica entre entidades da Administração direta e indireta.

De fato, as agências reguladoras, inobstantes serem dotadas de autonomia administrativa e financeira, estão constitucionalmente sob a supervisão ministerial (CRFB, art. 87, § único, I), que devem, por sua vez, obediência ao programa de governo traçado pelo Presidente da República, a quem estão hierarquicamente subordinados (CRFB, art. 84, I, II).

Na mesma linha de pensamento, Silva (2006) afirma que:

As agências reguladoras nacionais são instituídas por lei, sendo esta responsável pela imposição de limites a sua atuação e definição de seu regime especial, que na totalidade das agências, ora existentes, diz respeito a sua “independência” em relação ao Poder Executivo.

Outra característica das Agências Reguladoras brasileiras é a sua submissão aos Poderes Legislativo, Judiciário e, principalmente, ao Executivo.

Silva (2006) assegura que existe dependência das agências em relação ao Poder Executivo, por este ser o responsável pela designação dos Diretores do ente, ocasionando na subordinação da direção dessas instituições aos entes superiores do Executivo, de maneira especial aos Ministérios a que estiverem ligadas, e, conseqüentemente, ao Presidente da República.

Carvalho Filho (2007) sustenta que, para executar sua função reguladora, é indispensável que as agências possuam certo grau de independência em relação aos Poderes fundamentais do Estado, sobretudo o Executivo, que é o maior gestor

dos interesses e das demandas da sociedade, porque o autor afirma que as agências reguladoras exercem realmente função regulamentadora, isto é, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função.

Em alusão à dependência jurisdicional das agências reguladoras, Franceclaudio Tavares da Silva (2006) defende a seguinte posição:

Quanto à dependência das agências reguladoras do Poder Judiciário é fruto da adoção, pelo Brasil do princípio da unicidade da jurisdição, que, diferentemente do que ocorre na França, que adota o sistema dualista – jurisdição administrativa e judicial, determina a possibilidade de apreciação pelo Judiciário dos atos da Administração Pública e do Legislativo, pois nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CRFB/88).

Rocha (2002) relata que em face do Poder Judiciário, não existe independência, posto que a instância administrativa não pode ser a última em matéria de resolução de conflitos, tendo em vista a previsão do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pela qual o controle pelo Poder Judiciário é inafastável. Também quanto aos Poderes Legislativo e Executivo, esta autora refere que não se pode admitir independência das agências reguladoras. Isto porque em relação ao Legislativo, os atos normativos das agências não podem conflitar com dispositivos constitucionais ou legais, por ser competência do Congresso Nacional fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta (art. 49, X da Constituição), e ainda por existir controle financeiro, contábil e orçamentário praticado pelo Legislativo, com a ajuda do Tribunal de Contas da União (art. 70 e ss. da Constituição). Portanto, Rocha (2002) acresce que, sem embargo os entes reguladores se submeterem a regime especial de independência, ainda continua a ligação entre Executivo e agências, segundo dispõe a Constituição Federal nos artigos 84, II e 87, parágrafo único, I.

A propósito do controle jurisdicional sobre os regulamentos das agências reguladoras, Siqueira e Xavier (2009) ilustram que:

As atividades reguladas, indubitavelmente, se ligam a interesses essenciais dos cidadãos (energia, petróleo, água, etc.), não podendo padecer do mal da excessiva tecnicidade e da ausência de legitimidade democrática.

Para que se mostre adequada à atividade normativa exercida pelas agências, faz-se imprescindível a observância de determinados elementos: inicialmente, o setor a ser regulado pela agência deve ser delineado com a máxima precisão possível; identificado o setor, devem ser enumerados, ainda que não taxativamente, os principais elementos norteadores de sua regulação (defesa da concorrência, defesa do meio ambiente, etc.) e, por fim, no que tange mais especificamente ao poder normativo das agências, o



mesmo deve possuir amparo legal. Deve haver, assim, lei prévia que estabeleça, em linhas gerais, o conjunto de normas, de princípios, de elementos aptos a disciplinar cada uma das searas reguladas, possibilitando-lhes atingir as especificidades do setor.

No que tange ao controle jurisdicional das decisões das agências, este se revela plenamente apto a ocorrer, não apenas no que tange aos seus aspectos formais, mas também no que diz respeito ao seu conteúdo. (...)

As agências, via de regra, recebem de suas respectivas leis instituidoras poderes para dirimir conflitos no âmbito de sua seara específica de atuação, dêem-se os mesmos entre agentes econômicos ou, ainda, entre estes e particulares. Neste caso, pela garantia constitucional do acesso ao Judiciário, em sendo a decisão proferida pela agência efetiva ou potencialmente lesionadora, poderá haver o controle jurisdicional da mesma.

Todos os mecanismos de controle direcionados às agências se complementam com a atuação e o controle jurisdicional. A regulação, atividade tipicamente pública, pautada nos princípios e regras do Direito Público, submete-se ao controle de seus atos pelo Judiciário como consequência da idéia de Estado Democrático de Direito. (...)

Como aqui já dito, conferir autonomia às agências não implica em conferir-lhes plena liberdade de atuação, sem qualquer limite ou possibilidade de controle; se assim fosse, a autonomia das agências, ao invés de garantia ao adequado funcionamento das mesmas e à defesa dos interesses públicos atinentes aos setores regulados, seria verdadeira ameaça à harmonia do ordenamento e aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados; enfim, seria ameaça ao próprio Estado que as instituiu.

Em alusão ao controle do Poder Judiciário sobre as agências, Placha (2007) descreve que:

Já o controle da atividade reguladora exercido pelo Poder Judiciário decorre do princípio da universalidade da jurisdição. Isto porque, ainda que a atividade reguladora possa ocorrer de maneira discricionária, não significa que os atos reguladores que venham a causar lesão ou ameaça de lesão estejam afastados do controle judicial. (...)

Portanto, cabe ao Poder Judiciário analisar o ato regulatório discricionário, mas não substituir seu conteúdo, o que significaria exercer a regulação no lugar do órgão regulador. Mas o controle judicial não deve ficar adstrito à verificação da adequação ao texto constitucional e ao princípio da legalidade em aspectos formais, mas também para apreciar se a atividade reguladora respeitou as questões de conteúdo.

Gabriel Placha (2007) destaca que outro elemento que implica na autonomia da atividade reguladora é o poder das agências de solucionar e dirimir conflitos, mesmo que tais medidas estejam submetidas ao controle jurisdicional. Assim, o autor cita que esta possibilidade de exame pelo Poder Judiciário, ainda que remova o caráter integral da autonomia, não retira esta particularidade que deriva do poder decisório da função reguladora.

Aragon Érico Dasso Júnior (2006) exemplifica que o acontecimento brasileiro comprova que a descentralização causou a elevação da disputa por recursos financeiros entre os vários níveis de governo (vide o caso da chamada “guerra fiscal” entre Estados que favorece somente as firmas privadas, resultando em prejuízos à sociedade).

Portanto, Dasso Júnior (2006) conclui que examinar a Gestão Pública pela execução ou não de metas, empregando métodos como o contrato de gestão, significa a implantação da doutrina administrativa privada, que considera somente o aspecto econômico da prestação da atividade pública, ignorando completamente a perspectiva humana da vida em sociedade.

Destarte, comprova-se a existência de influência dos Poderes de Estado na atuação dos entes reguladores, mesmo com a autonomia instituída nas suas leis de criação, principalmente por falta de definições claras nos marcos reguladores destas organizações. Na próxima seção, a autonomia regulamentar foi objeto de estudo, pois este tema também apresenta vinculação com a ação dos Poderes de Estado.

## Autonomia Normativa das Agências Reguladoras e Legalidade do Poder Normativo

Considera-se o poder regulamentário das agências reguladoras um dos pontos mais polêmicos da atuação destes entes na Administração Pública devido ao seu constante questionamento na discussão sobre a função de implementação das políticas públicas. A seguir, apresenta-se a definição formal determinada pelo Estado, mas também foram analisadas as opiniões de diversos autores a respeito deste tema.

A análise da Casa Civil (2003) a respeito da autonomia normativa das agências compreende que:

Ressalte-se que a independência reguladora não é absoluta, mas uma questão de grau. O arcabouço constitucional pode impor limites no grau de discricionariedade, tanto dos entes políticos centralizados quanto dos entes descentralizados. A independência reguladora é constrangida pelo fato concreto de que aqueles comprometidos com funções reguladoras precisam interagir com mercados, atores políticos e sociais no exercício eficiente de suas tarefas.

Acerca da autonomia normativa das agências reguladoras, Franceclaudio Tavares da Silva (2006) sustenta que:

Desta forma, em que pese os argumentos contrários, entendemos que a normatização de determinada atividade econômica pelas agências reguladoras poderá ser sustada pelo Congresso Nacional, expoente do Poder Legislativo brasileiro, no exercício constitucional de fiscalização e controle dos atos do Executivo, inclusive dos órgãos da Administração Indireta, *in casu*, as autarquias especiais. Desta forma a atuação normativa das agências reguladoras será restrita as questões técnicas, que não ultrapassem os limites impostos por sua lei de regência, nem conflite com os princípios constitucionais, notadamente o princípio da legalidade. (...)

Desta feita, as Agências Reguladoras ficariam adstritas a uma norma base, que delimitaria sua esfera de atuação. Impedindo que estas inovassem na ordem jurídica ou que impusesse penalidade não prevista na norma definidora de suas funções.

Quanto aos poderes normativos das agências reguladoras, Rocha (2002) considera que:

O poder normativo é tido como uma das notas características das agências reguladoras, afinando-se com a noção estrita de regulação, tida como condicionamento normativo da atividade econômica. Dentre as diversas correntes doutrinárias, afirma-se sempre a existência de poder normativo para os entes reguladores, apesar das divergências quanto a natureza desse poder, tido como regulamentar e outras vezes não, ou mesmo contestado, por representar contrariedade à separação dos poderes.

O poder normativo atribuído às agências reguladoras brasileiras encontra ponto de partida nas leis e decretos que tratam do setor regulado. Deve-se

evidenciar, nesse sentido, que, relativamente ao grau de abertura para normatização, as agências reguladoras apenas implementam as políticas públicas traçadas para cada um dos setores, e não as formulam. Isto é, atuam para trazer efetividade às metas gerais presentes no ordenamento jurídico, fazendo-o mediante a edição de normas setoriais específicas, compondo, assim, subsistemas setoriais. (...)

Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que as leis que instituíram as agências reguladoras deixam explícita a competência atribuída a estes entes para normatizar os respectivos setores que regulam, dentro dos princípios gerais das leis regedoras do setor. (...)

Constata-se, a partir do levantamento dos dispositivos que atribuem poder normativo às agências reguladoras, que as leis instituidoras das agências o fazem expressamente. Assim, apesar de constarem nas leis preceitos diretivos ou *standards* – constituídos por princípios e metas gerais – que, para aplicação, têm necessariamente de ser completados, conforme a discricionariedade técnica da agência, há ainda a atribuição expressa de competência normativa a estes entes.

Relativamente ao poder normativo das agências, Martins (2010) assegura que:

As leis criadoras das Agências Reguladoras, em geral, não deixam muitas dúvidas acerca da competência para traçar as metas e políticas públicas a serem perseguidas pelos respectivos setores. As políticas de Estado deverão ser definidas pelo Legislativo, por meio de Lei, e as políticas de governo pelo Executivo (via decreto, a princípio).

Assim, as Agências, em função do seu poder normativo e fiscalizador, passam a ser elementos de implementação destas políticas públicas, na medida em que dispõem de eficazes meios de obrigar os delegatários de serviços públicos a atingir determinadas metas traçadas pelo executivo, a exemplo das metas de universalização da telefonia fixa e de inclusão digital para o setor de telecomunicações; das metas de continuidade, qualidade e diversificação da matriz energética em relação ao setor de energia elétrica; metas de qualidade dos combustíveis e de segurança ambiental para o setor do petróleo, etc. (...)

A análise da questão do poder normativo como elemento de viabilização de políticas públicas se esbarra no problema da titularidade da criação e da execução de tais políticas, pois existe uma confusa delimitação entre as competências das agências, de um lado, e dos Poderes Executivo (Administração direta) e Legislativo, de outro.

Segundo Martins (2010), a função normativa consiste na preparação de atos normativos que ajustam as condutas dos regulados, onde estes atos extrapolam a simples função regulamentadora da lei *strictu sensu*, tornando-se reais atos reguladores, ou seja, atos que constituem obrigações gerais para os administrados. O autor cita também que os atos normativos genericamente são publicados pelos conselhos diretores das agências, entes formados por indivíduos isentos e detentores de prerrogativas especiais.

Acerca da função normativa das agências, Martins (2010) afirma que:

Percebe-se facilmente que as Agências, em função do seu poder normativo e fiscalizador, podem ser elementos eficientes para a instituição e implementação de políticas públicas as mais variadas, desde que relacionadas com os ramos econômicos dos agentes por ela regulados. As agências dispõem de várias ferramentas capazes de obrigar determinadas condutas por parte dos agentes econômicos. Assim, a regulamentação e a fiscalização podem fazer com que sejam atingidas certas metas ou bens extremamente úteis à coletividade, nos mais variados ramos da economia.

Egon Bockmann Moreira (2007) define que regulação econômica é a positivação de regras para alcançar alguma finalidade econômica, onde este conceito compreende a criação de princípio e de regras; de normas de estrutura e regras de conduta.

Relativamente à função normativa, Moreira (2007) propõe que:

Por outro lado, a regulação normativa da economia faz surgir outra ordem de defesas – desde o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade até aquelas ações pessoais que instalem um controle difuso da constitucionalidade das leis e/ou um controle de legalidade dos regulamentos. Os agentes econômicos (e a sociedade) dispõem de instrumentos que permitem o controle ativo da atividade reguladora do Estado. (...)

Mas a intervenção reguladora não se exaure no momento de positivação das normas. Regular a economia não significa só o estabelecimento de regras cujo conteúdo ou objeto tenham efeitos econômicos, fixando um conjunto de prescrições que determinem o comportamento (próprio e alheio), mas também (e especialmente) o controle e a fiscalização do cumprimento dessas regras e a sanção à sua violação (ou ao seu cumprimento, no caso das sanções premiaias).

Num primeiro momento, a intervenção é operacionalizada in concreto pela Administração Pública. Esse é o seu cenário usual, envolvendo uma gama de atividades vinculadas a parcela específica do exercício da função administrativa. Excepcionalmente o é pelo Judiciário (em casos concretos ou no controle abstrato) e Legislativo (produção de normas e eventual controle parlamentar). Tanto a intervenção em sentido estrito como a regulação econômica submetem-se ao Estado-Administração. Em essência, isso significa que as relações jurídicas de intervenção da atividade econômica configuram exercício de função administrativa através de órgãos próprios, sob o regime jurídico de Direito Administrativo.

Mais do que isso: frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, a outorga de competência para o exercício da intervenção na economia tem a natureza jurídica de um Direito Público (ainda que porventura exercida por particulares, como no caso das concessões de serviços públicos).

Alexandre Santos de Aragão (2000) ressalta que o poder normativo das agências reguladoras necessita valorização como importante ferramenta de comunicação do sistema jurídico com os demais sistemas sociais envolvidos.

Sobre a atribuição da função normativa às agências, Aragão (2000) alega que:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados. (...)

A lei, portanto, sem dar início de per se a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente. (...)

Destaque-se que a referência aos “quadros estabelecidos pela lei” não concerne apenas a determinado diploma legislativo, mas sim ao conjunto do ordenamento jurídico. É este que, explícita ou implicitamente, em seu sistema, confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria, não nos sendo dado ficar presos apenas à letra da lei.

Com relação ao papel normativo das agências reguladoras, Placha (2007) pensa que:

A atividade reguladora consiste no exercício de função normativa. Isto porque a lei delegou aos entes reguladores competências normativas variadas para disciplinar determinadas matérias dos setores regulados.

O cunho normativo da atividade reguladora se deve a necessidade de que a regulação, por vezes, tem que se apresentar de maneira impositiva, capaz de promover um comando, prescrevendo comportamentos obrigatórios.

Embora a lei também possua cunho normativo, a atividade reguladora é altamente especializada, exigindo normas específicas, cujos dados técnicos dos fenômenos e conjunturas atinentes ao setor regulado nem sempre são de conhecimento legislador. Ademais, a atividade reguladora tem que ser dotada de meios capazes e suficientes para garantir a eficiência do sistema.

Por outro lado, a normatividade da atividade reguladora é necessária pela circunstância da impossibilidade, ou até mesmo inconveniência, de que a disciplina de setores regulados seja prevista de maneira exaustiva e integral pela lei, devido ao movimento constante na dinâmica das relações reguladas.

A lei não tem a capacidade de contemplar todas as situações decorrentes de uma realidade sócio-econômica que esta em continuo aprimoramento e evolução, (...).

Portanto, a normatividade, enquanto característica da atividade reguladora, decorre da necessidade do Estado disciplinar determinadas situações, cujo regramento não decorre exclusivamente da lei, sendo que a alternativa foi atribuir aos entes reguladores competências normativas específicas para interferir sobre determinadas atividades, que exigem atenção estatal especial devido às particularidades do setor regulado.

Mesmo que não seja intenção da função reguladora estabelecer as políticas públicas, Placha (2007) relata que compete à regulação o papel de pôr em prática tais propósitos fundamentais do Estado, sendo que cabe a este o papel de

determinar de que maneira serão aplicadas as diretrizes idealizadas a fim de que se alcancem as políticas públicas anteriormente consideradas.

A propósito da função reguladora e suas limitações, Placha (2007) reflete que:

A atividade reguladora assumiu tamanha importância na atualidade, pois incide sobre atividades públicas e privadas essenciais, que é indispensável que a regulação possa ser exercida de maneira autônoma e independente para assegurar o tratamento desses setores de importância. Mas ainda assim são necessários que sejam impostos limites para este tipo de atividade administrativa.

Embora a atividade reguladora tenha diversos fundamentos, o Direito é o instrumento capaz de estabelecer limites para esta atuação estatal. É que a regulação, por ser uma manifestação de poder através do exercício da função administrativa e por possuir, no mais das vezes, caráter normativo, deve encontrar limites para evitar que abusos e arbitrariedades sejam perpetrados. (...)

A atividade reguladora pode colocar restrições sobre as atividades reguladas, mas não pode extrapolar os limites jurídicos, de maneira a inviabilizar a iniciativa privada. A autonomia da vontade deve prevalecer, desde que não cause danos e nem comprometa a ordem pública, quando então pode e deve intervir o Estado.

Desta forma, a atividade reguladora deve observar os limites jurídicos do texto constitucional e do princípio da legalidade que, embora não absolutos, devem prevalecer para fins de promover os direitos e liberdades individuais.

Quanto à competência normativa das agências, Placha (2007) expõe que:

Embora exercida com limites, a atividade reguladora se materializa em decorrência de delegação de competência normativa. O Poder Legislativo, a quem incumbe editar atos legislativos em sentido formal decorrentes do processo legislativo, pode entender por não disciplinar determinadas matérias de maneira exaustiva e pormenorizada.

Desta maneira, a opção do legislador consiste em remeter ao Poder Executivo a competência normativa para disciplinar determinada matéria. A competência reguladora decorre desta opção, em que existe margem para a discricionariedade, ainda que limitada pela lei. (...)

O exercício da competência reguladora normativa, por meio de delegação legislativa, é até mesmo necessário diante da evolução e da complexidade da realidade sócio-econômica atual, evitando que a lei seja utilizada como mero instrumento para estabelecer critérios e regras técnicas, mas que em pouco tempo se tornariam ultrapassados.

Assim, a competência reguladora é compatível com a ordem jurídica vigente, vez que se verifica como uma função administrativa voltada para disciplinar determinadas atividades, observando critérios técnicos e os limites constitucionais e legais.

A competência reguladora acaba por desenvolver as características próprias da atividade reguladora, de buscar o equilíbrio entre os agentes do setor regulado, de maneira consensual ou impositiva, sendo autônoma e independente, mas com transparência, participação e controle. (...)

A competência reguladora é a atribuição legal que as agências reguladoras recebem para interferir sobre a ordem econômica ou serviço público,

ocorrendo uma delegação legislativa de poder normativo para que os agentes reguladores possam exercer suas funções.

A delegação de poder normativo para as agências reguladoras limita-se, exatamente, pelo critério técnico, não sendo apenas aspecto diferenciador para com a discricionariedade administrativa tradicional, mas caracteriza-se como sendo o próprio fundamento de validade das normas reguladoras.

Eduardo Granha Magalhães Gomes (2006) afirma que agências reguladoras independentes têm delegação normativa, competência de instruir e julgar processos e poder de arbitragem. Portanto, o autor explica que as agências utilizam suas atribuições normativas, para constituir regras e padrões; funções executivas para a fiscalização e aplicação de deliberações administrativas; e poderes judicantes para o julgamento e a arbitragem de conflitos.

Gomes (2006) menciona que a flexibilização dos mecanismos de atuação estatal em setores de serviço público básico, com a promoção de instituições públicas com poderes quase-executivos, pois colocam em prática as políticas públicas setoriais; quase-judiciais, já que julgam a conduta das empresas conforme as normas determinadas para o setor e arbitram conflitos entre firmas e entre estas e consumidores, e representam a última instância administrativa; e quase-legislativos, uma vez que determinam normas e regulamentos de seu domínio de competência - pode significar um ataque à percepção democrática tradicional reproduzida na divisão entre política e burocracia estatal.

Carvalho Filho (2007) diz que o debate a respeito do poder normativo das agências reguladoras originou-se nas funções conferidas a essas novas autarquias de controle, ressaltando a competência reguladora, que ele define como a capacidade que emana o poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal.

Sobre a competência reguladora das agências, Grotti (2006) cita que:

Essas figuras envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.; e desenvolvem uma tripla regulação: a 'regulação dos monopólios', visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controles de preços e da qualidade do serviço; a 'regulação para a competição', a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência e a 'regulação social', objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a "independência", expressão certamente exagerada, sendo melhor falar-se



em autonomia). Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. São exigências dos investidores internacionais, para dar credibilidade às políticas estatais de privatização da exploração dos serviços públicos e segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais.

Em alusão à autonomia normativa, Grotti (2006) cita que:

Diante dos poderes de largo alcance conferido às agências reguladoras, costuma-se afirmar que essas entidades gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes de Estado: poderes quase-judiciais, quase-legislativos, e quase-regulamentares. (...)

A independência das agências está também baseada na autonomia decisória, em relação a outros órgãos ou entidades da Administração Pública. O que se questiona é se a agência reguladora, como entidade da administração federal indireta, vinculada ao Ministério supervisor, pode fugir da orientação e coordenação do Ministro de Estado da área respectiva.

O Poder Executivo não tem a faculdade de mudar as decisões concretas, nem as normas editadas pela agência. Seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se houver expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio.

Portanto, dependendo do arranjo legal, há agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, ou seja, há poder de interferência maior ou menor do Executivo.

Da leitura dos diplomas legais de regência da matéria, depreende-se que as agências reguladoras gozam de um amplo poder normativo, que envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo de atividades a elas atribuído e, por outro, a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas pela lei. Isto implica indagar se a lei delegou-lhes função legislativa, assim como o que e até onde podem regular algo, sem estar, com isto, violando o princípio da separação dos poderes e invadindo competência legislativa. (...)

A lei dá à agência o poder de regulamentar a própria lei que a instituiu, o que gera a indagação de ter ou não o Presidente da República, por força da Lei Maior, uma reserva de poder normativo que não pode ser suprimido.

O autor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009) relata que a competência normativa e reguladora das agências sustenta-se na sua independência. Este autor cita que a independência decisória garante capacidade de resistir às pressões políticas e econômicas, por força de mandato; a independência de objetivos dá autonomia na determinação de fins, tendo em vista o interesse do consumidor; a independência de instrumentos, diz com os meios, por exemplo, quanto a tarifas; e a independência financeira refere-se à existência de recursos próprios e disponibilidade sobre eles, sendo que esta independência e as apropriadas competências devem estar estabelecidas em lei.

A questão para Ferraz Júnior (2009) é a possibilidade, em base constitucional, da ocorrência de delegação, ainda que por via legal, daquela independência e das correspondentes competências, tendo em vista a tripartição dos poderes.

Em referência a função normativa das agências reguladoras, Siqueira e Xavier (2009) citam que:

Em se tratando do poder normativo das agências reguladoras, o mesmo vem sendo alvo de debates variados; uns versam por sua legitimidade e manutenção; outros, por sua vez, consideram-no inadmissível frente a seu déficit democrático e à violação do princípio da tripartição dos poderes.

A função normativa atribuída às agências, inicialmente vista como atinente a assuntos meramente técnicos, hoje se mostra ampla, abordando temáticas variadas, atingindo interesses variados. (...)

As agências, tenham ou não legitimidade para tal, elaboram e publicam atos normativos dotados de caráter legal; muitas vezes instituidores de direitos e obrigações.

Assim, a partir deste aparente antagonismo, inúmeros são os questionamentos surgidos: É o poder normativo das agências reguladoras compatível com o princípio da legalidade? A interpretação do Art. 5º, no que tange ao termo “lei”, deve ser restritiva de modo a apenas considerar “lei” os atos emanados do Legislativo ou deve ser ampliativa admitindo a inserção, no âmbito de tal termo, de todo e qualquer ato normativo? Dentro de quais limites, se é que estes devem existir neste caso, é legítima a atividade normativa das agências?

O autor Ricardo César Ferreira Duarte Júnior (2009) delinea que o poder normativo confiado para as agências é de caráter extremamente técnico, e, mesmo redigindo regras gerais, as agências agem no exercício da função administrativa; não existindo, portanto, qualquer forma de usurpação de caráter legiferante.

Além disso, Duarte Júnior (2009) expõe que o ato normativo dessas autarquias especiais agirá dentro dos limites definidos na legislação; de tal modo que aquele ato administrativo tem caráter infralegal, não podendo ser igualado à lei, pois ao ente regulador, a legalidade confere a função de completar com conhecimentos técnicos a aplicação da lei.

Ricardo César Ferreira Duarte Júnior (2009) destaca que o artigo 174 da Constituição Federal aponta, de modo genérico, a capacidade do Poder Executivo agir como regulador de mercados, atribuindo tal competência também aos entes administrativos descentralizados, visto que o Texto Máximo não confere exclusividade em favor do chefe da Administração, e ainda a lei que origina a agência reguladora determinará o seu domínio de atuação normativa.

O autor Duarte Júnior (2009) faz referência aos princípios da adequação e da especialidade. Quanto à adequação, o autor menciona que o método realizado pela agência precisa compatibilizar com a característica particular do tema abordado; assim, todos os assuntos tratados pelas agências são questões técnicas, e precisam de agilidade, o que é inconciliável com a demora do processo Legislativo. Com relação ao preceito da especialidade, o tópico a ser regulamentado pela agência possui caráter técnico-científico, pois o procedimento normativo necessita permitir a identificação de todos os problemas técnicos e das soluções apropriadas.

Quanto ao preceito da legalidade, o autor Ricardo César Ferreira Duarte Júnior (2009) apreende que este princípio forma uma reserva de norma, isto é, aceita tanto lei quanto regulamento. Por fim, o autor conclui que toda norma inova na ordem jurídica, em maior ou menor nível, existindo sempre alguma novidade. Portanto, não há que se falar em regulamentos autônomos em sede de poder normativo das agências, porque o que existe são somente regulamentos para efetuar o definido na norma deslegalizadora.

Ainda sobre a legalidade da autonomia regulamentária das agências reguladoras, Silva (2006) alega que:

A nossa estrutura constitucional, apesar do modelo de República Federativa não permite que as agências reguladoras possam atuar, regulamentando efetivamente os setores da economia que lhe compete sem que tenham seus atos considerados inconstitucionais.

A tão propagada autonomia, ou se preferirem independência, administrativa legiferante e jurisdicional não é possível na nossa atual conjuntura político-constitucional.

Para que as agências reguladoras brasileiras possam emitir normas capazes de regular o mercado mister se faz uma reestruturação da própria concepção de Estado Democrático de Direito, já que neste o princípio da legalidade veda a delegação da capacidade legiferante do Legislativo para outro órgão, que não seja ao Presidente da República, e em certas e determinadas hipóteses.

Em alusão a constitucionalidade dos poderes normativos das agências, Marques Neto (2003) analisa que:

Sobre a outorga de poderes normativos para as Agências a doutrina muito tem debatido. Nós mesmos já pudemos defender tal prerrogativa em trabalho anterior. Cumpre-nos apenas agregar um argumento, de ordem constitucional, para reforçar a possibilidade das Agências exercerem poderes normativos.

Alega-se que a Constituição de 88 interditou a possibilidade de delegação normativa e que o artigo 84, IV, confere exclusivamente ao Presidente da República competência para regulamentar as leis aprovadas pelo Parlamento. A tese cai por terra quando vemos que no artigo 49, V, o

constituente, ao prever a competência do Congresso de sustar atos normativos infra-legais utilizou a seguinte construção: “sustar atos normativos do Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Duas conseqüências podem ser extraídas do dispositivo. Primeira: o poder normativo pode ser exercido, na forma que a lei dispuser, pelo Poder Executivo que, na Constituição, é mais amplo que o seu Chefe (cf. artigo 76). Segunda: o constituinte admitiu, ainda que genericamente, a possibilidade de delegação legislativa (caso contrário não haveria sentido em se referir a ela ao prever o exercício pelo Congresso do controle da atividade normativa delegada).

Campos Velho (2009) afirma que o limite inicial é atribuir caráter infralegal a normas das agências, pois os regulamentos não podem estar no mesmo nível das leis ordinárias, já que estas são validadas pelo Poder Legislativo, o qual foi devidamente eleito e representaria a vontade da coletividade. Igualmente, o autor concorda que é conveniente que as normas reguladoras tenham coerência com as políticas públicas do governo.

Por outro lado, Campos Velho (2009) propõe que o controle social sobre as agências reguladoras é impositivo, seja mediante consultas públicas, audiências públicas ou através de outro mecanismo eficiente de avaliação da vontade popular. Para o autor, tais ações atribuem uma medida maior de validade a qualquer ato normativo expedido pela autoridade autônoma.

Placha (2007) concorda que a autonomia reguladora é conseqüência da nova dimensão de autodeterminação que resulta da abertura, pela lei, de um ambiente decisório deslegalizado em seus respectivos domínios de atuação.

Sobre a legitimidade democrática da atividade reguladora, Placha (2007) arrazoia que:

A crítica aponta para a variação do exercício de poder normativo da atividade reguladora como uma anomalia derivada de uma outorga de poder sem a necessária delegação democrática dos agentes reguladores capaz de legitimar suas ações.

Mas há que se considerar que a atividade reguladora é uma categoria de atividade administrativa e não política e que não se confunde com exercício de função legislativa, embora a regulação tenha caráter normativo. (...)

Mesmo a atividade reguladora compreendendo exercício de função normativa por agentes não eleitos pelo voto direto, isto não significa que a regulação seja desprovida de legitimidade democrática. Isto porque democracia representativa admite a delegação de poderes administrativos, dentro dos limites jurídicos.

A propósito da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, Carvalho Filho (2007) arrazoia que:

Por conseguinte, não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos reguladores das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais (...). Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este. É nesse aspecto que deve centrar-se a análise do tema.

Em relação ao alcance do poder normativo das agências reguladoras, Carvalho Filho (2007) pensa que:

Toda a polêmica em torno do poder normativo das agências reguladoras resulta da amplitude disciplinadora contida no aludido poder. Esse aspecto exige a análise da questão concernente aos limites desse poder normativo. (...)

No que tange ao âmbito da disciplina, é imperioso reconhecer o amplo espectro de incidência das respectivas normas. (...)

O problema, todavia, derivado de tal carga de amplitude normativa rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer tipo de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei.

Carvalho Filho (2007) concorda que cabe ao Poder Legislativo determinar as linhas gerais dentro das quais o ato regulamentar deve ser feito. Portanto, para este autor, a legalidade, ou não, dos atos reguladores dependerá de sua adequação com a respectiva lei, pois o intérprete não poderá conceder flexibilidade ao poder normativo das agências que infrinja os limites traçados na lei. Contudo, o autor lembra que não poderá fixar-lhe limites mais estreitos do que os que a lei delineou, visto que reduzirá a capacidade da agência e estará extinguindo o poder de regulação no domínio da especificidade técnica que se insere em sua competência administrativa.

Sobre a legalidade do poder normativo das agências, Gustavo Binbenjorn (2005) apresenta que:

A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em direito administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e, ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação.

A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República. (...)

Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

Com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o status hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a sistemática da Carta da República. Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 estabelece taxativamente as hipóteses e instrumentos por meio dos quais o Poder Executivo está autorizado a editar normas com força de lei. (...)

Permitir que regulamentos editados por agências possam alterar ou revogar leis constitui a exata antítese das aspirações do Estado democrático de direito.

A respeito do controle legislativo sobre as agências, Gustavo Binenbojm (2005) relata que:

Como não há uma distinção auto-evidente entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as decisões a cargo das agências (regulação). (...)

Com relação ao Legislativo, o art.49, inciso V, da Constituição brasileira prevê em linhas gerais a possibilidade do veto legislativo. Trata-se de uma salvaguarda do Poder legiferante, que atribuiu competência à agência, de suspender a eficácia dos atos regulamentares que ultrapassem os limites legais. Imagino que este seja um instrumento de uso restrito e excepcional. Mas sua existência e uso eventual devem servir como desincentivos à prática de abusos.

Ademais, deve o Legislativo exercer o seu papel de fiscal da atividade administrativa, também em relação às agências. (...)

Tal controle, contudo, não significa que as agências reguladoras devem atuar conforme ordens do Poder Legislativo, mas sim estabelecer seus limites de acordo com a legislação pelas quais foram constituídas. Por isso, as leis criadoras dessas entidades da Administração Pública devem, formalmente, prever o controle legislativo de suas ações. (...)

Deste modo, a criação das agências, como instrumento de exercício da competência reguladora, deverá ser acompanhada da institucionalização de processos formais de controle legislativo, o qual fixa previamente padrões e limites de atuação das agências, atribuindo-lhes, também, competência normativa.

A fiscalização e o controle legislativo sobre a atividade reguladora das agências visam, na verdade, a garantir a independência das mesmas e assegurar que a lei que definiu suas atribuições esteja sendo cumprida. Esse controle gera segurança e confiabilidade da sociedade sobre os atos praticados pelas agências, vez que ficam sob a cautela dos representantes diretamente escolhidos pelo povo.

Grotti (2006) entende que “regulamentos independentes ou autônomos são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro. Portanto, não se pode entender que as agências reguladoras exerçam função legislativa propriamente dita”.

Grotti (2006) articula que a atribuição do poder normativo para as agências constitui o aprofundamento da atuação normativa do Estado, e não instituir formulação de regulamentos autônomos, uma vez que todas as competências devem ter base legal – até porque somente a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. A autora cita ainda que a Constituição limita a competência normativa das agências, a qual deve se desenvolver exclusivamente como manifestação de caráter regulamentar não-autônoma.

A propósito da legalidade da competência normativa, Júnior e Sampaio (2009) alegam que:

A doutrina, no entanto, costuma reconhecer a existência – *de fato* - de um outro tipo de delegação, cuja natureza delegatória é, inclusive, discutível, denominada *delegação inominada*. Esta abarca diferentes sub-tipos, com diferentes formas de atribuição de competência normativa delegada, caracterizando-se, em geral, por ocorrer *sem nomeação constitucional*, fundada, pois, em legislação infraconstitucional. (...)

Em face deste posicionamento doutrinário e jurisprudencial, haveria, como salta aos olhos, uma ostensiva inconstitucionalidade em muitos dos dispositivos que garantem, às agências reguladoras, sua característica independência. Note-se que o problema não está, propriamente, na delimitação da discricionariedade administrativa em face da lei, questão conhecida e bastante discutida na doutrina e na jurisprudência, mas na delegação de competência regulamentar diretamente às agências e isto nos quadros de uma Constituição que, em princípio, só admite delegação para fiel cumprimento da lei, competência privativa do Presidente da República.

Ao contrário deste preceito, a delegação direta de competência regulamentadora às agências poderia significar para elas, pela independência de suas decisões em face da hierarquia ministerial e até presidencial, o estatuto de um verdadeiro “quarto poder: um poder burocrático”, no dizer dos doutrinadores americanos.

Quanto à delegação normativa para as agências, Júnior e Sampaio (2009) afirmam que:

O modelo do Estado Regulador tem a ver com este problema. Nele, a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (Estado de Direito e proteção da livre iniciativa), é também menos intervencionista, isto é, menos assunção, pelo Estado, *dever* de atuar diretamente no mercado, caso dos monopólios estatais, por exemplo

(Estado Social), passando a um Estado em que a *dimensão* da Administração (empresarial) torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para exercer funções de controle normativo e regulador. *Neste contexto pode-se entender a introdução do princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal. (...)*

Esta aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para uma delegação de poder às agências, bem como de seus limites por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). (...)

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia.

Sobre a legalidade da atribuição normativa das agências reguladoras, Aragão (2000) assume que:

Todavia, a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito. (...)

Por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. (...)

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

Dessa forma, parece-nos que, em princípio, as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário.

Acerca da influência dos poderes de Estado sobre poder normativo das agências reguladoras, Aragão (2000) afirma que:

Em todas essas hipóteses, por sua sede constitucional, temos uma reserva inquestionavelmente legítima de poder normativo delegificado em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E mais, como essas esferas normativas autônomas fundamentam-se diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as ingerências que a elas venham a



ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, mormente as concernentes à Administração Pública, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter político – não técnico – pelo Poder Legislativo. (...)

Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa a órgãos específicos da Administração Direta ou a entidades da Administração Indireta, notadamente se titulares de autonomia propriamente dita – descentralização material, independência –, a ingerência do Chefe do Poder Executivo neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal ou constitucional.

Portanto, a partir da pesquisa apresentada nesta divisão do estudo, deduz-se que a função de editar normas e regulamentos é fundamental para a implantação das políticas públicas pelas agências reguladoras, isto é, não existe regulação sem a determinação de regras para o setor regulado.

O alcance do poder normativo também é definido como amplo, porque a legislação dos Poderes de Estado é por definição genérica, necessitando a especificação por parte dos entes reguladores para sua compreensão e bom funcionamento do mercado.

Entretanto, no consenso dos autores apresentados, mesmo que atribuída de grande amplitude, a normatização realizada pelas agências precisa se ajustar aos critérios definidos pelas leis existentes, principalmente em relação à Constituição Federal.

Assim sendo, o poder normativo dos entes reguladores sempre deverá ser balizado pelos princípios da legalidade e atender os critérios definidos na lei de criação da própria instituição, como a obrigação de realização de audiência pública antes de definir os atos administrativos, além da necessidade de proporcionar a participação efetiva da sociedade através de mecanismos que possibilitem a interação verdadeira da opinião pública nas deliberações das agências.

## Conclusão do Capítulo 2

As agências reguladoras são autarquias e, portanto, possuem teoricamente um regime especial de autonomia em relação a diversos aspectos citados anteriormente.

Contudo, esta autonomia não representa independência da Administração Direta do Estado, pois estes realizam controles diversos e influenciam a atuação destas instituições. Além disso, existe a interferência dos entes regulados sobre a atuação das agências, visto que parte de suas receitas advém de taxas de regulação ou de contribuições atribuídas à concessão de outorga para exploração de serviços públicos por empresas privadas.

Assim, a autonomia dos entes reguladores representa um mito que não parece ser desejado nem pelo governo (conforme exemplificado na discussão da criação do modelo de regulação a ser adotado) e nem pelo mercado (vide os possíveis casos de captura do regulado citados na análise da autonomia gerencial). Até mesmo a sociedade pode ser considerada prejudicada pela autonomia citada, pois esta característica reforça a exclusão da participação dos cidadãos nas deliberações das políticas públicas a serem implementadas.

No ponto de vista do autor Gustavo Binenbojm (2005), os controles políticos e jurídicos realizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são componentes fundamentais para a conformidade das agências independentes com o conceito da separação dos poderes e seu teor democrático. Portanto, este autor conclui que é admissível resguardar parte da autonomia das agências em setores onde prepondera a obrigatoriedade de administração profissional, de estabilidade em longo prazo e de gestão não prontamente responsiva a eleições, combinando-o com um modelo de monitoramentos parciais de caráter político, jurídico e social, de modo a coincidi-lo com as demandas do Estado democrático de direito.

Franceclaudio Tavares da Silva (2006) sintetiza que:

Por todo o exposto, podemos afirmar que no caso das agências reguladoras brasileiras só se pode falar em autonomia plena em relação ao seu orçamento e com relação a sua capacidade extrafiscal, pela cobrança de taxas e contribuições. No entanto, com relação à autonomia administrativa, ela não é plena, pois há uma relativa dependência administrativa em relação ao Poder Executivo, normativa em relação ao Legislativo e jurisdicional em relação ao Poder Judiciário.

Gomes (2006) acredita que o modo mais simples e básico de aperfeiçoar a transparência e a responsabilidade das agências é decretar que os reguladores revelem os motivos para suas decisões, porque isto gera diversos outros elementos para controlar a discricionariedade reguladora, como a análise judicial, a participação e a deliberação públicas, a apreciação pelos pares, o exame de políticas para explicar prioridades reguladoras, entre outros.

Os autores Mariana de Siqueira e Yanko Marcius de Alencar Xavier (2009) entendem que:

A autonomia das agências deve ser compreendida dentro da sistemática do ordenamento jurídico nacional, dentro dos limites dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

A autonomia, elemento caracterizador das agências, foi-lhes dada para possibilitar uma atuação eficaz e condizente com os interesses públicos atinentes aos setores regulados, não podendo servir para mascarar ou legitimar eventuais abusos ou irregularidades que intentem cometer ou que tenham cometido. Imprescindível se faz, a partir de tal entendimento, estabelecer um sistema eficaz de controle dos atos das agências, que lhes permita agir de forma democrática.

O autor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009) deduz que a capacidade das agências reguladoras se estabelece na adequada exigência constitucional de racionalidade que informa aquela competência: a de que se deve criar um ambiente onde o próprio mercado funcione, por meio da indução de comportamentos. Enfim, o autor declara que o poder regulador das agências é limitado pelo preceito da eficiência, sendo seu controle exercido sobre a razoabilidade de seu conteúdo.

Antonio Pinto Munhoz da Rocha Netto (2009) infere que, como membros da Administração Pública indireta, as agências reguladoras precisam ter respeitada sua independência, a qual é submetida a controle em relação à impossibilidade de inovar no ordenamento jurídico e também no exato cumprimento dos seus propósitos designados por lei.

Assim sendo, Martins (2010) conclui que o poder normativo das Agências é um fantástico instrumento de implementação de políticas públicas específicas para as áreas de ação de cada Agência, porque permite que o Poder Público conduza os investimentos do setor regulado conforme as políticas de Estado e também políticas do governo vigente.

Aragon Érico Dasso Júnior (2006) alega que, na nova conjuntura do Estado regulador brasileiro, de modo definitivamente fechado, as deliberações são definidas

de maneiras arbitrárias e supostamente técnicas nos entes reguladores. Assim, o autor adverte que determinações a respeito de regulação são supostamente consideradas “apolíticas”, como se resoluções técnicas não envolvessem preferências de ordem política.

Dasso Júnior (2006) observa que as concorrências políticas permanecem existindo, entretanto, somente certos setores possuem acesso às transações políticas que estão na fundação da atuação reguladora do Estado. Ademais, o autor ressalta que existem escassos aparelhos institucionalizados de transparência e controle social das deliberações definidas e que não existe nenhum aparelho legítimo de participação cidadã, o que enfatiza a falha democrática das agências.

Portanto, Dasso Júnior (2006) afirma que as agências reguladoras se transformaram em um novo ambiente de poder político, subordinado às pressões do setor privado, mas isolado em relação à cidadania.

Concluindo, teoricamente, as agências possuem poder normativo amplo, mas devem observar a obrigação de atender os princípios da legalidade e da constitucionalidade dos regulamentos a serem expedidos pelas agências.

A respeito da atuação prática das agências, serão realizados nos dois próximos capítulos levantamentos característicos sobre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, estudando seu ambiente, suas características e também o desempenho desta no seu domínio de regulação, a fim de relacionarmos com os aspectos teóricos analisados neste segundo capítulo.

### **CAPÍTULO 3: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS**

#### A Regulação Brasileira no Setor de Combustíveis Antes da Criação da ANP

Neste capítulo, se realizou uma pesquisa do setor regulado pela a ANP e também sobre as particularidades que definem a estrutura da agência em questão.

Conforme Lima (2004), “a história do petróleo no Brasil apresenta quatro marcos institucionais distintos”.

O período de 1864 a 1939 foi marcado pela livre iniciativa, onde foram realizados alguns levantamentos geológicos e selecionadas algumas áreas exploratórias. (LIMA, 2004)

No ano de 1938, ocorreu a nacionalização das riquezas do subsolo brasileiro e a criação do Conselho Nacional do Petróleo – CNP. Entre os anos de 1939 e 1953, o CNP foi organizado e integrado, dinamizando a atividade de exploração de petróleo no Brasil. (LIMA, 2004)

Mais tarde, o CNP foi extinto e suas atribuições foram legalmente transferidas para o Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, cumulativamente com as tarefas de regulação e fiscalização de distribuição e revenda de derivados de petróleo e de outros combustíveis. (LIMA, 2004)

Segundo Lima (2004), “o período de monopólio da Petrobrás iniciou-se em 1953, no Governo do Presidente Getúlio Vargas, com a aprovação da Lei nº 2004”.

Os autores Ayres e Freitas (2008) afirmam que:

Na década de 90 começa o processo de liberação do mercado de combustíveis, na qual ocorreu gradativamente, assim diminuindo o poder do Estado no setor produtivo, passando a atuar somente como agente regulador. Assim, em 1995, é sancionada a Emenda Constitucional nº. 9 que estabelecem nova redação ao artigo 177 da constituição de 1988, na qual autoriza empresas constituídas sob lei nacional, a realizar atividades de exploração e produção, contudo esta emenda não retirou a propriedade exclusiva da União dos recursos minerais brasileiros, mas autoriza empresas privas a realizar atividades de exploração e produção. Já no ano seguinte através da Portaria MF nº 56/96, de 29 de março de 1996, ocorreu à liberalização dos preços de venda das distribuidoras e das revendedoras para a gasolina e álcool hidratado em praticamente todo o território nacional, com exceção de alguns municípios da região norte e do centro-oeste, supridos pelo modal fluvial. E no final do ano de 1996 houve então a redução do subsídio ao álcool hidratado em todo o território nacional e

liberalização dos preços deste e da gasolina nos Estados que faltavam, sendo que em 1997 é criada pelo governo federal a Agência Nacional do Petróleo, a ANP.

Portanto, o processo de abertura do mercado de petróleo iniciou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, pelo Congresso Nacional, a qual flexibilizou o monopólio da indústria do petróleo no Brasil. (LIMA, 2004)

A Emenda Constitucional nº 9 de 1995 preserva o monopólio estatal do petróleo, mas permite a participação de outras empresas na exploração das atividades nele inseridas. Essa Emenda estabeleceu que a União pode contratar empresas estatais ou privadas nas atividades de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural, a refinação, a importação e a exportação destes produtos. (LIMA, 2004)

Para regulamentar a Emenda Constitucional nº 9 de 1995, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que estabeleceu o fim do monopólio da Petrobrás, criando o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). (LIMA, 2004)

Para os autores Ayres e Freitas (2008, p. 4), “em 1997 é finalizado o monopólio estatal e com isto ocorre a abertura do capital privado para as atividades antes só realizadas antes pela Petrobrás [...]”

Segundo Lima (2004):

Essas mudanças ocorridas na indústria de petróleo e gás natural do Brasil fizeram parte de um processo mais amplo de reforma do papel do Estado na economia. Ao longo de várias décadas, o desenvolvimento dessa indústria esteve atrelado ao investimento estatal e a regulação se dava internamente à empresa.

Esse novo arcabouço institucional da indústria do petróleo tem como finalidade promover a competição entre os agentes deste setor, garantir o suprimento de petróleo e derivados, atrair novos investimentos, controlar a qualidade dos combustíveis e promover o livre acesso às instalações existentes de transporte e armazenamento. (LIMA, 2004)

A seguir, foi iniciada a descrição detalhada das características que compõem a ANP a fim de definir a instituição estudada.

## A Natureza Jurídica da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Inicia-se com a qualificação formal da instituição selecionada.

A autora Medauar (2011) afirma que:

Com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado, da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas *agências reguladoras*.

Já a autora Di Pietro (2009) define que:

Agência Reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. Se for entidade da Administração indireta, ela está sujeita ao princípio da especialidade, [...], significando que cada qual exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei.

Sobre a definição de autarquia, a autora Di Pietro (2009) declara que:

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta; o seu regime jurídico pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – pessoas públicas políticas – por não ter capacidade política, ou seja, poder de criar o próprio direito; é pessoa pública administrativa, porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei.

Portanto, as principais características das autarquias são:

- a) criação por lei;
- b) personalidade jurídica pública;
- c) capacidade de autoadministração;
- d) especialização dos fins ou atividades;
- e) sujeição a controle ou tutela. (DI PIETRO, 2009)

De acordo com a autora Di Pietro (2009), as agências reguladoras foram criadas como autarquias de regime especial. Como autarquias, estão sujeitas às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade.

O regime especial vem determinado nas respectivas leis instituidoras, a respeito da maior autonomia em relação à Administração Direta; estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo; ao caráter final das suas

decisões, que não são passíveis de apreciação por outros entes ou entidades da Administração Pública. (DI PIETRO, 2009)

A autora Medauar (2011) afirma que:

(...) a Lei 9.478, de 06.08.1997, art. 7.º, com alterações posteriores, inclusive da Lei 11.097/2005, instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

Logo, o artigo 7º da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 define que a ANP é entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial.

Outro ponto a ser destacado é que o artigo 78 da lei supracitada define que implantada a ANP, ficará extinto o Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, sendo que foram transferidos para a ANP o acervo técnico-patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do DNC.

Necessita-se agora analisar quais as funções específicas da ANP.



## Finalidades da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Nesta parte, foram relacionados os objetivos da atuação da ANP.

De acordo com a autora Di Pietro (2009):

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para a escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim, exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização. Isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência.

O artigo 8º da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 define que a ANP tem como finalidades:

- a) regular: estabelecer regras por meio de portarias, instruções normativas e resoluções para o funcionamento das indústrias e do comércio de óleo, gás e biocombustíveis;
- b) contratar: promover licitações e assinar contratos em nome da União com os concessionários em atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e autorizar as atividades das indústrias reguladas;
- c) fiscalizar: fazer cumprir as normas nas atividades das indústrias reguladas, diretamente ou mediante convênios com outros entes públicos.

Conforme descrito no sítio da agência, a ANP é também um centro de referência em dados e informações sobre a indústria do petróleo e gás natural: mantém o Banco de Dados de Exploração e Produção (BDEP), promove estudos sobre o potencial petrolífero e o desenvolvimento do setor; recebe e torna públicas as notificações de descobertas; divulga as estatísticas oficiais sobre reservas e produção no Brasil; realiza pesquisas periódicas sobre qualidade dos combustíveis e lubrificantes, e sobre preços desses produtos. Na área dos biocombustíveis, mantém e divulga dados sobre autorizações, produção e comercialização de biodiesel e etanol.

Também de acordo com o sítio da ANP, entre outras atribuições, a ANP:

- a) promove estudos geológicos e geofísicos para identificação de potencial petrolífero, regula a execução desses trabalhos, organiza e mantém o acervo de informações e dados técnicos;
- b) realiza licitações de áreas para exploração, desenvolvimento e produção de óleo e gás, contrata os concessionários e fiscaliza o cumprimento dos contratos;
- c) calcula o valor dos royalties e participações especiais (parcela da receita dos campos de grande produção ou rentabilidade) a serem pagos a municípios, a Estados e à União;
- d) autoriza e fiscaliza as atividades de refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo e gás natural;
- e) autoriza e fiscaliza as operações das empresas que distribuem e revendem derivados de petróleo;
- f) autoriza e fiscaliza as atividades de produção, importação, exportação, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biocombustíveis;
- g) estabelece as especificações técnicas (características físico-químicas) dos derivados de petróleo, gás natural e dos biocombustíveis e realiza permanente monitoramento da qualidade desses produtos nos pontos-de-venda;
- h) acompanha a evolução dos preços dos combustíveis e comunica aos entes de defesa da concorrência os indícios de infrações contra a ordem econômica;
- i) atua como promotora do desenvolvimento dos setores regulados, colaborando, assim, para a atração de investimentos, aperfeiçoamento tecnológico e capacitação dos recursos humanos da indústria, gerando crescimento econômico, empregos e renda.

Além disso, conforme artigo 9º da Lei supracitada, caberá à ANP exercer, a partir de sua implantação, as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e etanol.

Próxima seção verificará a conexão da ANP com a Administração Pública.

## Vinculação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Faz-se necessário o estudo da subordinação ou não da ANP aos entes da Gestão Pública Direta para a completa compreensão da sua responsabilidade.

A autora Medauar (2011) afirma que “as agências reguladoras criadas até o momento, em nível federal, têm a natureza de autarquias especiais, integram a Administração indireta e são vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade”.

Além do artigo 7º da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 definir que a ANP é vinculada ao Ministério de Minas e Energia, o Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 determina no seu artigo 1º que a ANP, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, fica vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado. Ainda, o artigo 5º do Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 delibera que o regimento interno da ANP será aprovado pelo Ministério de Estado de Minas e Energia.

Portanto, o vínculo da agência reguladora com o respectivo Ministério não representa subordinação da entidade para o ente do Poder Executivo.

Sobre este assunto, a autora Di Pietro (2009) entende que a independência das agências reguladoras em relação ao Poder Judiciário não existe, pois a agência pode dirimir conflitos na instância administrativa, mas isto não impede o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário. Além disso, a mesma autora percebe que não existe independência das agências em relação ao Poder Legislativo, tendo em vista que os seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais.

Sobre o vínculo com o Ministério, a autora Di Pietro (2009) alega que:

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, em que os dirigentes, por ocuparem

cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferência, mesmo que ilícitas.

A respeito da relação entre ANP, a Presidência da República, o Conselho Nacional do Petróleo e também o Ministério de Minas e Energia, a autora Anna Lygia Costa Rego (2002) descreve que:

A estrutura institucional para a Indústria Petrolífera sendo, do ponto de vista dos órgãos públicos, a mesma para a Exploração e Produção, é composta por agentes criados anteriormente e outros, posteriormente à promulgação da Lei 9.478. A ANP, órgão regulador para a Indústria Petrolífera está subordinada ao Ministério das Minas e Energia (MME), o qual segue as disposições do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), que por sua vez, subordina - se à Presidência da República.

Assim, embora deva ser independente do ponto de vista político, a ANP é membro da Administração Pública Indireta, devendo subordinar-se às políticas setoriais formuladas pela Presidência, pelo MME e pelo CNPE.

O CNPE teve sua criação definida no artigo 4º da Lei do Petróleo, sendo presidido pelo Ministro das Minas e Energia, com vistas a propor o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País; assegurar o suprimento dos insumos energéticos (devendo submeter tais propostas ao Congresso Nacional, quando estas dependerem da liberação de subsídios); revisão periódica das matrizes energéticas buscando fontes alternativas; estabelecimentos de programas específicos, como o termonuclear; estabelecimento de diretrizes para a importação e exportação. O CNPE para o exercício de suas atividades conta com o apoio técnico dos órgãos reguladores.

A Presidência, o MME e o CNPE são organismos definidores de políticas, estabelecendo através da sua interação institucional as diretrizes para o setor de energia nacional.

Já a ANP e as outras agências reguladoras têm o mesmo nível hierárquico, no sentido de que são órgãos que implementam de políticas. Neste aspecto, as agências não gozam de independência, subordinando - se às disposições dos órgãos formuladores de políticas. Os órgãos reguladores, apesar de autônomos fazem parte de um projeto de governo, submetendo às políticas por ele definidas.

A interação entre as agências reguladoras e demais membros da Administração Indireta deve respeitar as divisões de competência, e ao mesmo tempo, procurar a colaboração, em prol de melhores resultados em suas atuações, evitando-se conflitos de competência e a superposição de funções.

Após este levantamento sobre a vinculação da ANP com a Administração Pública, foi feita a análise das relações internas desta agência com seus dirigentes e, posteriormente, com seu quadro de servidores.

## Direção da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Primeiramente, foi estudada a formação do corpo diretor da ANP.

A autora Di Pietro (2009) declara que:

Com relação aos dirigentes, a Lei nº 9.986, de 18-7-2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, veio uniformizar as normas sobre seu provimento, ao determinar que os mesmos serão escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, porém dependendo, a escolha, de aprovação do Senado Federal. De acordo com o artigo 4º, “as Agências serão dirigidas em regime de Colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles seu Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente”. Por sua vez, o artigo 5º estabelece que “o Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do artigo 52 da Constituição Federal”. De acordo com o artigo 6º, o mandato dos Diretores será estabelecido pela lei instituidora de cada agência. O artigo 8º previu a chamada “quarentena”, de conteúdo moralizador, ao proibir o ex-dirigente de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato. No período de impedimento, o ex-dirigente continua vinculado à Agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu.

O artigo 11 da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 define que a ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores. Além disso, o § 2º do mesmo artigo desta lei determina que os membros da Diretoria serão 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. Também, o § 3º deste próprio artigo da lei supracitada decide que os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução.

O artigo 14 da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 delibera que terminado o mandato, ou uma vez exonerado do cargo, o ex-Diretor da ANP ficará impedido, por um período de doze meses, contado da data de sua exoneração, de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante das indústrias do petróleo e dos biocombustíveis ou de distribuição. Ainda de acordo com o parágrafo 2º deste artigo supracitado, que incorre na prática de advocacia administrativa,

sujeitando-se às penas da lei, o ex-Diretor que violar o impedimento previsto neste artigo.

O Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 delibera no artigo 6º do Anexo I que a ANP será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores. O § 1º deste artigo afirma que os Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para cumprir mandatos de quatro anos, não coincidentes, sendo permitida a recondução. Já o § 2º do artigo supracitado resolve que na hipótese de vacância de membro da Diretoria, o novo Diretor será nomeado para cumprir o período remanescente do respectivo mandato. Ainda neste artigo, o § 3º assegura que, durante o período de vacância do cargo de Diretor-Geral, na hipótese prevista no art. 10 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, o Presidente da República designará um dos Diretores como substituto eventual.

Apresentando um contraponto sobre entendimento a respeito dos mandatos dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria das Agências Reguladoras, o autor Mello (2009) alega que:

A fixidez do mandato está explicitada de modo estrito na regra contida no art. 9º (da Lei nº 9.986/2000), de acordo com a qual: “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental. Parece-nos que evidentíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, se é da essência da República a temporalidade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente. Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia [...] e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo.

Sobre as competências da Diretoria da ANP, o Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 define no artigo 7º do Anexo I que à Diretoria da ANP, em regime de colegiado, são atribuídas as responsabilidades de analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, sobre matérias de competência da autarquia, bem como sobre:

- a) planejamento estratégico da Agência;
- b) políticas administrativas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento;

- c) nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, nos termos da legislação em vigor;
- d) por delegação, autorizar o afastamento de funcionários do País para desempenho de atividades técnicas e de desenvolvimento profissional;
- e) alteração do Regimento Interno nos itens relacionados com a gestão administrativa da autarquia;
- f) indicação do substituto do Diretor-Geral nos seus impedimentos.

Além disso, artigo 8º do Anexo I do Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 determina as atribuições comuns da Diretoria da ANP as quais são:

- a) cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares no âmbito das atribuições da ANP;
- b) zelar pelo desenvolvimento e credibilidade interna e externa da ANP e pela legitimidade de suas ações;
- c) zelar pelo cumprimento dos planos e programas da ANP;
- d) praticar e expedir os atos de gestão administrativa no âmbito de suas atribuições;
- e) executar as decisões tomadas pela Diretoria;
- f) contribuir com subsídios para proposta de ajustes e modificações na legislação, necessários à modernização do ambiente institucional de atuação da ANP;
- g) coordenar as atividades das Superintendências de Processos Organizacionais sob sua responsabilidade.

Finalizando, o artigo 9º do Anexo I do Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 determina que além das atribuições comuns aos Diretores, são atribuições exclusivas do Diretor-Geral:

- a) presidir as reuniões da Diretoria
- b) representar a ANP, ativa e passivamente, em juízo, ou fora dele, na qualidade de seu principal responsável;
- c) expedir os atos administrativos de incumbência e competência da ANP;
- d) firmar, em nome da ANP, contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos legais conforme decisão da Diretoria;
- e) praticar atos de gestão de recursos orçamentários, financeiros e de administração;

- f) praticar atos de gestão de recursos humanos, aprovar edital e homologar resultados de concursos públicos, nomear, demitir, contratar e praticar demais atos correlatos, previamente aprovados pela Diretoria;
- g) supervisionar o funcionamento geral da ANP.

Após o estudo da Diretoria, resta então a avaliação da formação do quadro de servidores que constituem a força de trabalho da ANP.



## Quadro de Servidores da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Sobre a formação do quadro de servidores da ANP, ressalta-se um fato peculiar que o primeiro concurso a ser realizado para a admissão de servidores efetivos para esta agência ocorreu apenas no ano de 2004, isto é, a agência funcionou desde a sua criação em 1997 até o ano de 2004 com servidores do extinto DNC, cedidos de outros entes, cargos comissionados e funcionários terceirizados.

A autora Di Pietro (2009) afirmar que:

Quanto aos servidores, o seu regime jurídico foi definido pela Lei nº 9.986 de 18-7-2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras. Ocorre que os artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12 e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24 e inciso I, 27 e 30 dessa lei, que determinavam que as Agências Reguladoras teriam as suas relações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, foram liminarmente suspensos pelo STF na ADI 2310, tendo em vista o entendimento de que a função que desempenham constitui atividade típica do Estado, com a qual é incompatível o regime celetista. Essa ADI acabou por perder o seu objeto, tendo em vista que a Lei nº 9.868/2000 foi alterada pela Lei nº 10.871 de 20-5-2004, que substituiu o regime celetista pelo estatutário, extinguiu os empregos públicos que haviam sido criados e criou cargos públicos sujeitos ao regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11-12-1990.

Ao mesmo tempo, a autora Odete Medauar (2011) assegura que “(...) cada autarquia dispõe de estrutura própria, internamente hierarquizada (...). Detém, ainda, quadro próprio de servidores, que não se confundem com os servidores da Administração direta”.

O Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 determina no seu artigo 2º a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança da ANP, na forma dos Anexos I e II a este Decreto.

Além disso, o artigo 3º do decreto supracitado delibera que ficam remanejados para a ANP: cento e duas Funções Comissionadas de Petróleo - FCP do Ministério de Minas e Energia; e cinquenta cargos em comissão do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Também, o artigo 4º do mesmo decreto resolve que ficam remanejados nos termos do § 1º, art. 77 da Lei nº 4.978, de 1997, do Ministério de Minas e Energia para a Agência Nacional do Petróleo - ANP, os Cargos em Comissão do Grupo - Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas - FG, alocados ao Departamento Nacional de Combustíveis - DNC.

O Decreto nº 2.455/1998 decide no artigo 27 do Anexo I que a ANP poderá contratar especialistas para a execução de trabalhos nas áreas técnicas, econômica e jurídica, por projeto ou prazos limitados, com dispensa de licitação nos casos previstos na legislação aplicável.

Do mesmo modo, conforme artigo 28 do mesmo Anexo, fica a ANP autorizada a efetuar a contratação temporária, por prazo não excedente a trinta e seis meses, nos termos do parágrafo único do art. 76, da Lei nº 9.478, de 1997, de pessoal técnico imprescindível à implementação de suas atividades.

De acordo com a Lei nº 10.871, de 20 de Maio de 2004, são cargos dos servidores efetivos da ANP:

- a) Cargos de nível superior de Especialista em Geologia e Geofísica do Petróleo e Gás Natural, com atribuições voltadas a atividades de nível superior inerentes à identificação e prospecção de jazidas de petróleo e gás natural, envolvendo planejamento, coordenação, fiscalização e assistência técnica às atividades geológicas de superfície e subsuperfície e outros correlatos; acompanhamento geológico de poços; pesquisas, estudos, mapeamentos e interpretações geológicas, visando à exploração de jazidas de petróleo e gás natural, e à elaboração de estudos de impacto ambiental e de segurança em projetos de obras e operações de exploração de petróleo e gás natural;
- b) Cargos de nível superior de Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural, com atribuições voltadas às atividades especializadas de regulação, inspeção, fiscalização e controle da prospecção petrolífera, da exploração, da comercialização e do uso de petróleo e derivados, álcool combustível e gás natural, e da prestação de serviços públicos e produção de combustíveis e de derivados do petróleo, álcool combustível e gás natural, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades;
- c) Cargos de nível intermediário de Técnico em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural, com atribuições voltadas ao suporte e ao apoio técnico especializado às atividades de regulação, inspeção, fiscalização e controle da prospecção petrolífera, da exploração, da comercialização e do uso de petróleo e derivados, álcool combustível e gás natural, e da prestação de serviços públicos e produção de combustíveis e de

derivados do petróleo e gás natural, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades;

d) Cargos de nível superior de Analista Administrativo, com atribuições voltadas para o exercício de atividades administrativas e logísticas relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras;

e) Cargos de nível intermediário de Técnico Administrativo, com atribuições voltadas para o exercício de atividades administrativas e logísticas de nível intermediário relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras.

O levantamento da situação interna da ANP continuará com o estudo dos recursos financeiros definidos para esta agência.

## Receitas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Esta pesquisa iniciará com a descrição dos recursos determinados para a ANP, seguida de análise da disponibilidade dos mesmos.

O artigo 11 da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 define que constituem receitas da ANP:

- a) as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;
- b) parcela das participações governamentais referidas nos incisos I e III do art. 45 desta Lei, de acordo com as necessidades operacionais da ANP, consignadas no orçamento aprovado;
- c) os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, excetuados os referidos no inciso anterior;
- d) as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;
- e) o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica, os valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade, bem como os decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, ressalvados os referidos no § 2º do art. 22 desta Lei.

Do mesmo modo, o artigo 16 da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 resolve que os recursos provenientes da participação governamental prevista no inciso IV do art. 45, nos termos do art. 51, destinar-se-ão ao financiamento das despesas da ANP para o exercício das atividades que lhe são conferidas nesta Lei.

Somente explicitando, o artigo 45 da Lei nº 9.478 de 6.8.1997 delibera que o contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação: inciso I - bônus de assinatura; inciso II - royalties; inciso III - participação especial; e inciso IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

De acordo com o § 1º deste mesmo artigo da lei citada, as participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.

Além disso, conforme § 2º do artigo supracitado, as receitas provenientes das participações governamentais definidas no caput, alocadas para entes da Administração Pública federal, de acordo com o disposto nesta Lei, serão mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações. Também sobre o artigo citado, o § 3º determina que o superávit financeiro dos entes da Administração Pública federal referidos no parágrafo anterior, apurado em balanço de cada exercício financeiro, será transferido ao Tesouro Nacional.

O Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 decide no artigo 24 do Anexo I que constituem receitas da ANP:

- a) as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhes forem conferidos;
- b) parcela das participações governamentais referidas nos incisos I e III do art. 45 da Lei no 9.478, de 1997, de acordo com as suas necessidades operacionais;
- c) os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas;
- d) as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhes forem destinados;
- e) o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica e nos contratos, os valores apurados na venda ou locação dos bens imóveis de sua propriedade, bem como os decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, ressalvados os referidos no § 2º, do art.22, da Lei nº 9478, de 1997;
- f) os recursos provenientes da participação governamental previstos no inciso IV do art. 45 da Lei no 9.478, de 1997, que serão destinados ao financiamento das despesas da autarquia, para o exercício das atividades que lhes são conferidas pela mesma Lei.

Ao mesmo tempo, o Decreto nº 2.455, de 14.1.1998 afirma no artigo 25 do Anexo I que serão transferidos para a ANP as receitas do DNC. Ao mesmo tempo, o artigo 26 do Anexo I deste decreto assegura que os saldos orçamentários do Ministério de Minas e Energia poderão ser transferidos para ANP, visando atender às despesas de estruturação e manutenção da Agência.

O Relatório de Gestão 2011 da ANP revela que a Lei Orçamentária Anual (LOA) destinou à ANP R\$ 517 milhões para realizar despesas. Com a inclusão dos créditos adicionais, a LOA da ANP totalizou em 2011 o valor de R\$ 4,9 bilhões, sendo esses recursos provenientes em sua maioria de compensação financeira paga pelas empresas para exploração de petróleo e gás natural. A maior parte desses recursos é alocada na reserva de contingência, que é utilizada para contribuir com o cumprimento das metas de superávit primário do governo federal. Em relação ao valor total do orçamento da Agência, excluída a Reserva de Contingência, o orçamento de 2011 foi aproximadamente 21% menor que o de 2010.

O mesmo relatório supracitado ressalta que os referenciais monetários determinados para a elaboração do orçamento anual da ANP têm sido insuficientes para que se elabore uma proposta orçamentária que permita a expansão das atividades institucionais da Agência.

Os autores Francisco Dourado e Hernani Aquini Fernandes Chaves (2012) definem que “o bônus de assinatura é uma compensação financeira paga pelo vencedor da licitação estabelecida no artigo 46 da Lei do Petróleo”. Estes autores destacam que, por lei, o bônus de assinatura deveria ser destinado ao custeio das necessidades operacionais da ANP e à pesquisa e desenvolvimento do setor de petróleo, mas que isso não ocorre devido ao contingenciamento do orçamento da União. (Dourado, Chaves; 2012)

Dourado e Chaves (2012) citam que a retenção de áreas também é uma compensação financeira paga pelo concessionário pelo uso das áreas com o objetivo do desempenho de uma atividade econômica, e que os recursos provenientes desta participação governamental destinam-se, bem como o bônus de assinatura, ao custeamento das despesas da ANP para o exercício de suas atividades. (Dourado, Chaves; 2012)

Antonio Pinto Munhoz da Rocha Netto (2009) cita que o dirigente da ANP na época criticou que o orçamento aprovado pelo governo não tem sido satisfatório para que a agência desempenhe suas funções, pois a verba autorizada é muito inferior ao que a agência arrecada através das taxas do setor e multas aplicadas pela fiscalização.

Rocha Netto (2009) ilustra que o orçamento da ANP em 2009 era aproximadamente R\$300 milhões, entretanto foram liberados somente R\$160,5 milhões, embora a agência tenha arrecadado mais de R\$3 bilhões. Este autor lembra ainda que o diretor-geral da agência na época, Haroldo Lima, destacou que a ANP apresentou perdas no âmbito da fiscalização e, assim, o governo foi obrigado a outorgar um reforço no orçamento para permitir a fiscalização relacionada a combustíveis adulterados.

No próximo capítulo, faz-se uma análise final da situação da ANP como agência reguladora.

### Conclusão do Capítulo 3

Após a descrição detalhada da ANP, o diagnóstico da situação desta entidade aponta que a ANP foi criada com a finalidade de regular o setor petrolífero mediante a privatização total deste setor em todos os níveis de sua abrangência, porque isto explica o amplo poder dado a esta organização.

Entretanto, como o monopólio da empresa estatal do petróleo brasileiro não foi completamente extinto, sendo que a desregulamentação ocorreu de forma mais acentuada nos setores de distribuição e revenda dos combustíveis (ou seja, na parte menos visada da cadeia do petróleo), pode-se considerar que a ANP está subutilizada para o propósito que foi concebida.

A fim de aprofundar este assunto citado, o próximo passo é iniciar o exame da atuação prática do poder regulamentário da agência no setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis no Brasil. Assim, no último capítulo foram avaliados a atuação da ANP no setor de petróleo, o poder de outorga e autorização exercido pela ANP, a fiscalização realizada pela ANP, o controle social da agência e o poder normativo da ANP.



## **CAPÍTULO 4: PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS**

### Atuação Limitada da ANP no Setor Petrolífero

Neste tópico, analisa-se a restrição na atividade da ANP devido a questões particulares do mercado de petróleo brasileiro.

Segundo a autora Bianca Alves (2000), uma das questões mais polêmicas no processo de abertura do setor petrolífero diz respeito à Petrobrás, porque existem muitas controvérsias sobre sua manutenção, seu papel depois da abertura do setor, e de que maneira a estatal pode ou não favorecer a concepção de um ambiente competitivo.

Alves (2000) expõe que a presença do Estado tanto na ANP como na Petrobrás causa grande tensão, pois alguns críticos questionam se a ANP terá isenção, por exemplo, para multar o Estado ou discutir suas decisões.

Além disso, as atribuições da ANP crescem e se tornam peculiares devido ao fato de que a mudança não apontou para um mercado totalmente privatizado, mas sim um mercado em que as empresas privadas competirão com uma empresa estatal provida de grandes poderes políticos. (ALVES, 2000)

Na mesma linha de raciocínio, a autora Anna Lygia Costa Rego (2002) declara que as transformações introduzidas na indústria petrolífera alteraram a condição da Petrobrás, removendo a condição de única protagonista das atividades de Exploração e Produção, pois a Lei do Petróleo determinou disposições que regulassem a atividade em curso, ressaltando os direitos adquiridos, o capital investido e os contratos firmados da própria Petrobrás.

Rego (2002) descreve que:

O papel da Petrobrás neste novo cenário é tutelado pela Lei 9.478. Ainda uma empresa estatal, controlada pelo Governo Federal, está sujeita a uma série de restrições decorrentes deste fato, sendo suas decisões ligadas a definições de políticas públicas.

Ser uma empresa de capital aberto, ter a natureza jurídica de sociedade de economia mista e o próprio contexto em que se busca pela igualdade na competição, trazido pela Lei 9.478, são elementos que fazem com que a Petrobrás seja hoje tratada, em diversas situações, como um agente do setor privado.

Assim, se por um lado o poder de monopólio da Petrobrás tenha sido muito reduzido (embora não extinto), este novo tratamento a isenta de diversas exigências legais decorrentes de seu caráter público.

As diretrizes para a transição do regime aplicável a Petrobrás estão estabelecidas na Seção II da Lei do Petróleo, intitulada “Das Atividades em Curso”. Para muitos críticos, isto representou privilégios à empresa em relação aos outros agentes, não alterando, assim, as suas prerrogativas monopolistas.

Uma dentre tais disposições é a de que os investimentos feitos pela Petrobrás sob o regime anterior iriam obter compensação por parte da União. Proceder-se-ia a demarcação das atividades de produção em cada campo, como também o levantamento de custos incorridos, os investimentos realizados e o cronograma de investimentos a realizar em cada bloco onde tenha havido prospecção.

Estas normas, de forma genérica, asseguram o direito adquirido da Petrobrás em relação a áreas onde ela já havia iniciado a sua produção (Lei 9.478, Art.32).

Inúmeras controvérsias surgem a respeito de tais garantias, como por exemplo, as permanentes dúvidas a respeito do conceito de investimento e custo operacional. Discute-se também se, nestas áreas onde ela teria prioridade para dar curso às atividades, ao contratar com empresas privadas ela não estaria burlando o procedimento licitatório para as concessões.

Igualmente, a autora Débora de Azevedo Souza (2005) alega que:

A regulação da ANP engloba tanto as atividades do *upstream* como as do *downstream*, no caso do petróleo; enquanto que no caso do gás natural, suas principais atribuições dizem respeito ao segmento do *upstream*, além das atividades relacionadas ao transporte.

Tais funções tornam a ANP um órgão diferenciado em relação às demais agências de outros países. Estas, em geral, têm como principal objetivo no mercado de gás regular os preços (distribuição) e no Brasil, tal papel é desempenhado pelos Estados – agências estaduais - conforme estabelecido pela Constituição de 1988. Em relação ao petróleo, na maior parte dos países o controle dos contratos de concessão para exploração de reservas são feitos pelo Estado (Ministério de Energia).

Soma-se ainda a estas atribuições a árdua tarefa de se criar um ambiente competitivo onde existe uma indiscutível presença de uma ex-estatal (Petrobrás) no setor, que domina a maior parte do acesso à infra-estrutura (gasodutos, refinarias, etc) nesse mercado.

A Petrobrás alterou sua estrutura organizacional bem como sua estratégia de atuação com a fim do monopólio, em 1995, de modo a enfrentar a entrada de novos competidores no setor. Entretanto, mesmo com a abertura, a maioria dos novos investimentos têm sido feitos pela própria Petrobrás ou por parcerias dela com outras empresas, principalmente em projetos *offshore* (localizado ou operado no mar), já que ela é reconhecida mundialmente por sua liderança de tecnologia em águas profundas.

Os autores Edson Nunes, Leandro Molhano Ribeiro e Vitor Peixoto (2007) dissertam que o contexto de formação da ANP foi intensamente caracterizado pelas

discussões ideológicas a respeito da flexibilização do monopólio do Petróleo. Estes autores citam, por exemplo, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº06/95, a qual previa a modificação do parágrafo 1º do artigo 177 da Constituição Federal de 1988 - cuja redação vedava à União a venda ou concessão de exploração de jazidas de petróleo ou gás natural -, admitindo para a União contratar companhias privadas para a exploração das atividades previstas na Constituição Federal.

Em 16 de fevereiro de 1995, a Presidência da República enviou várias propostas de emenda constitucional ao Congresso Nacional, buscando modificar dispositivos constitucionais que impossibilitavam a continuidade do processo de privatização, dentre as quais a PEC 06/95, relativamente à flexibilização do monopólio do petróleo. (Nunes; Ribeiro; Peixoto, 2007)

Do mesmo modo, Peci (1999) afirma que:

Com relação à Agência Nacional de Petróleo (ANP), existem controvérsias sobre a sua autonomia. A lei que regulamentou a flexibilização do monopólio estatal e criou a ANP estabelece que a Petrobrás tem direito líquido e certo sobre as áreas onde ela já explora petróleo e a estatal pode, também candidatar-se a outras áreas, em muitas das quais ela já iniciou trabalhos de pesquisa. O julgamento do pedido da Petrobrás é de responsabilidade exclusiva da ANP, órgão criado para ser independente do governo. No entanto, discute-se passar a palavra final, sobre as áreas para exploração de petróleo que a Petrobrás terá direito de continuar pesquisando, ao Presidente da República, o que pode influir na independência do órgão regulador.

Além do mais, os autores Dourado e Chaves (2012) recordam que a Lei nº 12.351/2010 institui que a Petrobrás é a única empresa autorizada a operar os campos de produção no Pré-Sal, e também é obrigada a possuir no mínimo 30% de participação em todas as áreas a serem exploradas na camada do Pré-Sal.

Portanto, por todos os aspectos anteriormente citados, constata-se uma restrição muito elevada para a ação da ANP perante a principal empresa do domínio regulado, revelando uma possível subutilização da agência para a finalidade que a mesma foi concebida.

## Poder de Outorga e Autorização da ANP

As competências da ANP referente à outorga de concessão ou autorização para exploração de serviços públicos são previstos na lei de criação da agência, mas ainda são alvos constantes de questionamentos jurídicos.

De acordo com Paulo César Ribeiro Lima (2004):

O poder de outorgar a concessão da exploração de um bem da União, encontrada na Lei nº 9.478, é outra distorção do papel da ANP. A Constituição Federal estabelece que constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural, o refino do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural. Dispõe, ainda, que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização dessas atividades.

Assim, a definição de um plano de outorga, a ser observado nos procedimentos licitatórios para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, deveria ser elaborado pelo MME, de acordo com a política formulada pelo CNPE.

No entanto, por aspectos práticos, a elaboração de editais, a promoção dos procedimentos licitatórios e a celebração de contratos deles decorrentes, poderiam ser, a critério do Ministro de Estado de Minas e Energia, delegadas à ANP. Dessa forma, utiliza-se a experiência já acumulada pela Agência desde o início de suas atividades, em 1998.

Lima (2004) menciona ainda o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004 (o qual foi arquivado em 18/07/2013), que buscava modificar as diversas leis de criação das Agências Reguladoras, determinando que caberia ao Poder Executivo, na qualidade de Poder Concedente, redigir atos de outorga e extinção de direito de exploração de bens públicos ou de serviços no regime público. Este autor aponta que, conforme este projeto de lei, a definição das políticas públicas é função do Poder Executivo, que decide quanto e quando outorgar, isto é, o conceito das licitações será realizado pelo governo, no entanto a execução das licitações poderá ser responsabilidade das Agências Reguladoras.

Sobre a exploração de campos petrolíferos, os autores Francisco Dourado e Hernani Aquini Fernandes Chaves (2012) expõem que os acordos comerciais na indústria do petróleo se dividem essencialmente entre as concessões e os contratos, sendo que este último se subdivide entre Contrato Simples, Contratos de Partilha de Produção e Contrato de Serviço (que ainda pode ser um Contrato de Risco), onde

as fundamentais diferenças dentre os tipos de contrato, são relativas ao direito de exploração e à propriedade da produção dos hidrocarbonetos.

Dourado e Chaves (2012) revelam que os contratos vigentes são majoritariamente concessões, com a pouca ocorrência de alguns Contratos de Risco realizados na década de 1970. Estes autores citam que a promulgação da Lei nº 12.351 de 22 de dezembro de 2010 autorizou o regime de Partilha de Produção na região demarcada pela legislação como Área do Pré-Sal e outros campo que venham ser classificados como de interesse especial.

O questionamento jurídico da legalidade das rodadas de licitação realizadas pela ANP para a outorga de contratos de concessão das bacias petrolíferas é constante. Por exemplo, temos apelação cível nº 200051010032627 RJ 2000.51.01.003262-7, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a qual questionava a 7ª rodada de licitação para a outorga de contratos de concessão realizada pela ANP solicitando a sua nulidade alegando inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.478/97 e ilegalidade do edital, entre outros questionamentos. Na decisão da ação cível citada, a juíza federal Carmen Silvia Lima de Arruda alega que:

A ANP é dotada de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa e financeira, que, embora vinculada ao Ministério das Minas e Energia, integra a administração indireta. Não há legitimidade ad causam passiva da União Federal, uma vez que os atos impugnados nesta via são de competência da ANP.

O exame acerca da constitucionalidade e legalidade do edital da licitação para outorga de contratos de concessão das bacias petrolíferas constitui, em tese, relevante interesse na proteção ao erário público a ser tutelado na ação popular. Todavia, na situação concreta, ainda que postule o Autor Popular a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.478/97 pela via incidental, na verdade, erige a mesma em pedido autônomo, cujo exame é vedado a este Tribunal, deixando de indicar os fundamentos de fato e de direito que ensejariam o controle difuso da constitucionalidade. Não cabe pedir a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, em ação popular. Isso seria usurpar a competência do STF para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

A alegação de ilegalidade do edital por falta de motivação, em violação aos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.789/99, não merece prosperar. A Resolução CNPE nº 2 de 8/12/2004 expõe os fatos e fundamentos legais que ensejaram a 7ª Rodada de Licitações de blocos para exploração e produção de gás natural e petróleo, autorizando expressamente a sua realização, definindo os critérios para fixação do objeto da licitação e determinando que a seleção e o dimensionamento pela ANP dos blocos a serem ofertados na 7ª Rodada de Licitações estarão sujeitos à sua aprovação.

A apontada ilegalidade da Cláusula que estabelece como critério de julgamento da licitação o Conteúdo Local, em violação ao disposto no artigo 3º da Lei 8.666/93, não merece prosperar, uma vez que não há

impossibilidade de se aferir e exigir o seu cumprimento em face do disposto na Portaria nº 180/2003 e na Portaria 234/2003. Os percentuais estipulados para a exigência editalícia do Conteúdo Local estão relacionados ao exercício da atividade técnico-administrativa pela ANP, e ao Poder Judiciário não compete adentrar o mérito administrativo se não demonstrada, tal como no caso dos autos, qualquer ilegalidade ou ilegitimidade da previsão editalícia.

A alegação de falta de amparo legal para a previsão editalícia no sentido de a ANP poder reduzir de 10% o montante correspondente aos royalties não resiste à autorização legislativa constante do artigo 47, § 1º, da Lei nº 9.478/97.

Não compete ao Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo, mas apenas analisar a questão sob o prisma da sua legalidade e legitimidade. As alegações da inicial não conduzem à qualquer abuso ou desvio de poder da ANP, restando clara a atuação da Agência em conformidade com a Lei, cujo fundamento de validade está assentado na Emenda Constitucional nº 09/95.

Se o Supremo Tribunal Federal apreciou declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.478/97 (ADI 3.273 e 3.366), não afastando sua aplicação, há que se presumir a legitimidade da Lei objeto de impugnação nesta ação popular.

Outro exemplo de análise judicial da atribuição de autorização no setor regulado é a ação cautelar inominada nº 0003581-93.2012.403.6107, com pedido de liminar, ajuizada pelo estabelecimento Cortez & Zago Comércio de Combustíveis Ltda., em face da ANP, buscando a expedição de Certificado de Revendedor Varejista de Combustíveis Automotivos, tendo em vista o preenchimento das condições exigidas pela Portaria nº 116/2000.

A citada revenda alegou que, apesar da regularidade da empresa perante os diversos entes públicos, a CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo ainda não emitiu o documento denominado de Licença de Operação, por não possuir pessoal capaz de atender a demanda de pedido de licenciamentos de postos revendedores, e que, diante desse fato, a requerida nega-se a emitir o Certificado de Revendedor Varejista de Combustíveis Automotivos, sem considerar que a empresa preenche os requisitos exigidos pela Portaria nº 116/2000 da ANP.

A ANP declarou que, com base no poder de polícia que lhe foi conferido, não concedeu a autorização pretendida vez que ausente documento essencial, qual seja, a Licença de Operação e defendeu que a Resolução nº 273/2000 e a Portaria ANP nº 116/2000 exigem inúmeros documentos para funcionamento dos postos de combustíveis, dentre os quais se insere o prévio licenciamento do órgão ambiental competente.

O juiz federal substituto da 2ª Vara de Araçatuba, Dr. Caio José Bovino Greggio descreveu que a única pendência apontada a obstar a emissão do Certificado de Revendedor foi a ausência da Licença de Operação a ser concedida pela CETESB. No entanto, o meritíssimo constatou nos autos que o pedido de Licença de Operação foi protocolado pela revenda citada na CETESB em 05.11.2009 sendo que em 17.02.2012 ainda não havia sido apreciado, sendo que a própria agência ambiental reconhece sua mora, por incapacidade operacional para realizar a vistoria nos estabelecimentos comerciais e conceder as respectivas Licenças de Operação - LO, em tempo razoável. Por outro lado, o magistrado registrou que o *periculum in mora* está presente em face do ramo comercial da requerente, venda de combustíveis, que não pode ser interrompido por força de situação impeditiva a que não deu causa e motivadas pela CETESB. Posto isso, atendidos os requisitos exigidos para a concessão da medida cautelar pleiteada, o juiz julgou procedente o pedido e determinou que a ANP concedesse provisoriamente o Certificado de Revendedor em favor da empresa em questão até que a CETESB realizasse a vistoria necessária e expedisse a Licença de Operação Definitiva.

Conseqüentemente, conforme exemplos mostrados acima, o poder de outorgar e autorizar atividades no domínio regulado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis tem sua legitimidade analisada pelo Poder Judiciário, podendo limitar a ação da referida agência e até mesmo rever as suas decisões definitivas no âmbito administrativo, gerando controvérsia e constrangimento na atuação do ente regulador.

## Atuação da ANP no Exercício do Poder Fiscalizatório

As funções de regulação e fiscalização da ANP devem garantir o fornecimento dos combustíveis e proteger o interesse dos consumidores. A atuação de fiscalização da ANP no *downstream* (distribuição e revenda) foi tratada com maior detalhamento também na discussão do poder normativo da ANP, pois é nestes setores que acontece o maior número de abusos contra os consumidores.

Débora de Azevedo Souza (2005) descreve que a desregulamentação dos setores de distribuição e comércio dos combustíveis, acompanhada do fim do monopólio da Petrobras e da abertura no *downstream* elevou a problemática da adulteração de combustíveis e fraudes fiscais no Brasil, sendo que os efeitos maléficos desses problemas não se limitam apenas aos motores dos veículos, mas também influenciam aspectos ambientais, de saúde e de evasão fiscal, lesando a sociedade como um todo.

Souza (2005) cita que:

A penalidade máxima, de revogação de autorização para exercício da atividade, será aplicada pela Agência apenas nos casos em que a prática de infração da ordem econômica for reconhecida pelo CADE ou por decisão judicial, com base na Lei nº 10.202/2001, que modificou o artigo nº 10 da Lei 9.847/99. Essa Lei dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece as seguintes formas possíveis de sanções administrativas, passíveis de serem aplicadas pela ANP:

- a) multa;
- b) apreensão de bens e produtos;
- c) perda de produtos apreendidos;
- d) cancelamento do registro do produto junto à ANP;
- e) suspensão de fornecimento de produtos;
- f) suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;
- g) cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; e
- h) revogação de autorização para o exercício da atividade.

Vale ressaltar, no entanto, que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório devem ser observados.

Souza (2005) divulga que as não-conformidades dos combustíveis reduziram segundo dados da própria ANP: em 2000, a média de amostras de gasolina fora dos padrões estabelecidos pela ANP foi de 12,5%; no ano de 2001, diminuiu para 9,2%, reduzindo para 7,3% em 2002, 6,8% em 2003 e 4,9% em 2004.

Souza (2005) expõe que:



Outra questão importante a ser resolvida diz respeito à base legal existente. Setenta por cento dos agentes entrevistados consideram esse aspecto essencial com vistas a permitir que a ANP exerça, em determinadas situações, poder de polícia.

A Lei de Penalidades (8.884/94) é extremamente frágil em relação às práticas abusivas no setor de petróleo e gás nacional, o que gera um sentimento de impunidade no setor. Desse modo, além de não serem fiscalizados do modo e na frequência como deveriam, os agentes fraudadores não se intimidam frente a eventuais represálias, já que, na maior parte das vezes, demoram anos para serem efetivamente penalizados (pagar uma multa, por exemplo).

Além disso, a autora Souza (2005) ressalta o limitado grupo de fiscais da ANP. Segundo levantamento desta autora, em 2005 eram menos de cinquenta fiscais ativos na agência, para fiscalizar uma quantidade muito grande de agentes econômicos (mais de cem mil); sem considerar o tamanho geográfico do Brasil, com extensões continentais, o que também dificulta a fiscalização.

No mesmo sentido, o autor Paulo César Ribeiro Lima (2004) revela que existem fragilidades na fiscalização exercida pela ANP, pois, na área de comercialização, são grandes as dificuldades enfrentadas para uma fiscalização eficiente da qualidade dos combustíveis devido, especialmente, à falta de recursos humanos. O autor menciona que a agência dispunha de apenas cinquenta fiscais em 2004 e que não existe a carreira específica de fiscalização para a ANP, sendo que sua política de descentralização das atividades de fiscalização não apresentava os resultados almejados.

Assim, é possível constatar que a atuação fiscalizatória da ANP é insuficiente para atender todas as demandas do setor de combustíveis no país. Portanto, as alternativas para a agência são a provisão de convênios com entes municipais e estaduais de defesa do consumidor, Corporações de Bombeiros Militares, Ministério Público, Polícia Federal e Secretarias Estaduais de Fazenda e a troca de informações com entes de defesa da concorrência a fim de expandir a sua malha de fiscalização e focar suas ações em atividades realmente importantes para garantir a qualidade do abastecimento nacional aos cidadãos.

## Controle Social da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Conforme discutido anteriormente, as agências reguladoras não possuem mecanismos

Autora Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006) destaca que a Lei nº 9.478/97, em seu artigo 19, estabelece que as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

Segundo Paulo César Ribeiro Lima (2004), a formação de ferramentas de controle social da ANP é indispensável para o apropriado funcionamento das atividades de regulação e fiscalização, pois a experiência internacional demonstra que o modelo de entes reguladores independentes necessita ser balanceado por instrumentos efetivos de controle social e de prestação de contas.

Lima (2004) adverte que o controle social da ANP ainda é deficiente e requer mudanças no marco legal. O autor cita que precisa existir um maior rigor na determinação dos poderes da Agência, um controle mais eficaz do seu desempenho pelos entes especializados do Congresso Nacional e maior legitimidade na execução da função reguladora, pois essas medidas buscam prevenir que a Agência, pelo demasiado grau de isolamento, possa ser capturada por grupos de interesse, ou possa se afastar do objetivo principal de atender ao interesse público.

Assim, Lima (2004) afirma que precisariam ser expandidos os instrumentos de controle e de transparência, como a obrigação de realizar processos de consulta pública e de divulgar seus resultados, o direito das associações de defesa do consumidor de acompanharem esses processos, a criação de uma Ouvidoria, a assinatura de um contrato de gestão, entre outros.

Aragon Érico Dasso Júnior (2006) arrazoa que o destaque dos novos métodos de controle (por exemplo, controle de resultados, contábil de custos, por incentivo à concorrência a setores privados na prestação de serviços públicos, social e reforço do controle judicial) também demonstra a abrangência desejada para a democracia, onde o cidadão pode até verificar a Administração Pública, entretanto as deliberações jamais serão compartilhadas com a sociedade. Deste modo, o autor afirma que a concepção de instituições descentralizadas que agem nos serviços

sociais e científicos para o designado “setor público não estatal” é a privatização dos serviços públicos no campo social.

Além disso, Dasso Júnior (2006) critica que a evidência na “profissionalização da alta burocracia” demonstra uma concepção inteiramente elitista do poder, afastando aspectos fundamentais da democracia, porque privilegia a nata burocrática a fim de conceber a competência de negociação e responsabilização diante do aparelho político, e também protegendo a admissão de regimes jurídicos de funcionários públicos, desvalorizando o papel público da instituição. O autor ressalta que, com transparência e responsabilização, procura-se somente atenuar a corrupção, não buscando repartir a tomada de decisões, pois a participação dos cidadãos na Administração Pública não é característico da NGP.

Segundo Relatório de Gestão do Exercício de 2011 da ANP, a execução abaixo do esperado na ação referente à Ouvidoria da ANP, que tem como finalidade a manutenção de canais de comunicação permanentes com consumidores e agentes econômicos, é devida ao menor número de solicitações atendidas no ano e do aprimoramento das orientações aos agentes econômicos do abastecimento no sítio da ANP na internet, associado à intensificação da divulgação desse canal de contato entre a Agência e os consumidores. Outro ponto a ser destacado é a inexistência da citação do cargo de Ouvidor independente no relatório de gestão e também no sítio da ANP, evidenciando a falta de preocupação com a gestão social da agência.

Deste modo, não é possível constatar uma política clara e definida para a participação da sociedade no controle social da ANP e também na definição das políticas públicas do setor petrolífero. Isto demonstra um evidente distanciamento da agência na busca pela participação ativa da cidadania em suas decisões. Torna-se essencial a discussão com a sociedade civil para a construção de canais de comunicação e controle eficientes para a efetiva participação dos cidadãos na atuação da ANP.

Na última seção deste capítulo, realiza-se uma ponderação sobre a função normativa exercida pela ANP.

## Conclusão do Capítulo 4

Nesta divisão do trabalho, finaliza-se o capítulo analisando atos normativos da agência de modo a verificar o uso do poder regulamentário da ANP em suas atribuições.

A autora Di Pietro (2009) apresenta o seguinte questionamento:

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência. (...), a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, à elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos. A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com referência à expressão órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III.

Em relação à ANP, a autora Di Pietro (2009) apresenta o seguinte posicionamento:

Com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer previstas na Constituição, como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standards*, tal como as agências reguladoras norte-americanas. Além disso, as matérias que podem ser objetos de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador.

Sobre a situação mundial das agências reguladoras, a autora Di Pietro (2009) declara que:

As agências norte-americanas exercem funções quase legislativas, porque editam normas; (...). A função quase-legislativa tem sido objeto de grandes contestações, tendo em vista principalmente a idéia de indelegabilidade de poder, decorrente do princípio da separação de poderes, bastante rígido no direito norte-americano; esse princípio impede que o legislativo delegue sua função de legislar a órgãos de outros Poderes. Não se pode afirmar que os poderes reconhecidos às agências tenham sempre a mesma natureza e extensão. O tema passou por toda uma evolução, havendo fase de grande prestígio das agências e outra – a atual – em que seus poderes vêm sendo grandemente limitados, especialmente no que diz respeito a sua função reguladora, devido à disputa entre Legislativo e Presidência da República em exercer controle sobre as mesmas. É curioso que as mesmas venham servir de modelo exatamente em um momento em que, no país de origem,

elas perderam grande parte do prestígio de que desfrutavam e passaram a inspirar grande dose de desconfiança, seja por parte dos órgãos de governo, seja por parte dos cidadãos (...).

Além disso, Mello (2009) alega que “o verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa”.

De acordo com Anna Lygia Costa Rego (2002), a ANP dispõe de diversos instrumentos para a regulação da indústria petrolífera, sendo que uma das principais formas de procedê-la é por meio de atos normativos, os quais têm por objetivo interpretar determinada legislação explanando pontos de dúvida. A autora esclarece que estes atos sofrem controle pelo Poder Judiciário, no que se refere à sua legitimidade e legalidade.

O autor José dos Santos Carvalho Filho (2007) expõe que a Lei nº 9.478, de 6.8.97, conferiu à ANP o poder regulatório, como se observa no artigo 8º, segundo o qual a agência terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo e seus derivados.

Todavia, a autora Jaqueline Mainel Rocha (2002) ressalta que:

Para a Agência Nacional do Petróleo – ANP –, instituída pela Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, o panorama legal de suas competências normativas se configura de modo mais sutil, comparado com o da ANEEL. No art. 8º da referida Lei é fixada, como primeira finalidade da ANP, a de regular “as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”, esmiuçando-se nos incisos suas atribuições, dentre as quais figura algumas vezes a regulação (incisos III e XV), podendo-se considerar disposição no mesmo sentido a do inciso I, que fala em implementação de políticas públicas em sua esfera de atribuições, e a do inciso VI, que trata de fixação de critérios para nortear o cálculo de tarifas. Vale ressaltar, entretanto, que não é feita referência direta à expedição de normas, como no caso da Anatel ou mesmo à regulamentação necessária para o cumprimento da Lei do setor, como no caso da ANEEL.

Gustavo Binenbojm (2005) afirma que:

O poder normativo das agências constitui uma das expressões do seu poder discricionário de direito, que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos. Tal poder é immanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepcione. Merece relevo o fato de que nenhuma exceção de tal ordem é feita na atual Constituição brasileira em favor de entes reguladores. A alusão feita nos artigos 21, X e 177, § 2, III, respectivamente, aos entes reguladores dos setores de telecomunicações (ANATEL) e petróleo (ANP) não tem evidentemente este condão.

Sobre o exercício do poder normativo pela ANP, um exemplo singular para ser avaliado é a interdição de forma total dos postos revendedores de combustíveis automotivos flagrados revendendo pelo menos um combustível fora das especificações estabelecidas pela legislação. Nestes casos, além da apreensão do combustível desconforme, também são interditados os equipamentos dos combustíveis em conformidade com as especificações vigentes existentes no estabelecimento fiscalizado. Tal medida provoca questionamentos judiciais, cujas decisões, em muitos casos, obrigam à ANP a desinterditar de forma imediata os equipamentos cujos combustíveis estavam de acordo com as especificações. (CARVALHO, 2013)

Medida cautelar é uma ação de caráter urgente impetrada antes de um processo principal ou no curso desse processo, com objetivo de se evitar eventual prejuízo aos clientes de certa atividade. Portanto, estas providências administrativas acautelatórias são ações que a Administração Pública precisa adotar imediatamente a fim de prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cujo objetivo não é intimidar eventuais infratores para que não cometam conduta ou omissão indesejada, mas, diferentemente, é paralisar comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem. (CARVALHO, 2013)

Conforme Marcelo da Silveira Carvalho (2013):

A Superintendência de Fiscalização do Abastecimento (SFI) da ANP tem o poder de aplicar medida cautelar de interdição total ou parcial em postos revendedores quando constatada a comercialização de um combustível fora de especificação.

Em geral, quando, numa ação de fiscalização em um posto revendedor, é constatada a comercialização de um ou mais combustíveis fora de especificação, todas as bombas de abastecimento e tanques de armazenamento do posto são interditados, mesmo aqueles em que não há irregularidades. Com isso, o revendedor fica impedido de comercializar qualquer combustível até posterior desinterdição feita pela ANP.

Exemplificando o descrito anteriormente, no caso de um posto revendedor que comercialize gasolinas comum e aditivada, etanol e óleo diesel, quando constatada a comercialização de gasolina comum fora de especificação, todas as bombas e tanques de todos os produtos – inclusive gasolina aditivada, etanol e óleo diesel - são interditados, mesmo que não haja constatação de vícios de especificação nos demais combustíveis.

Sobre a base legal para a adoção da interdição total mencionada, Carvalho (2013) menciona que:

Tal medida é adotada com base no inciso III, do artigo 5º, da Lei nº 9.847/99, de 26 de outubro de 1999 (dispõe sobre a fiscalização das

atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências) e no inciso I, do artigo 33, do Decreto nº 2.953/1999, de 28 de janeiro de 1999 (dispõe sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, e dá outras providências), transcritos a seguir, juntamente com os artigos e incisos que caracterizam a infração de comercialização de combustível fora de especificação (inciso XI do artigo 3º da Lei nº 9.847/1999 e inciso XI do artigo 29 do Decreto nº 2.953/1999):

**Lei nº 9847/1999:**

Art. 5º - Sem prejuízo da aplicação de outras sanções administrativas, a fiscalização poderá, como medida cautelar:

Inciso III - interditar, total ou parcialmente, nos casos previstos nos incisos II, VI, VII, VIII, IX, XI e XIII do art. 3º desta Lei, as instalações e equipamentos utilizados diretamente no exercício da atividade outorgada;

Art. 3º - A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

Inciso XI - importar, exportar e comercializar petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis fora de especificações técnicas, com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

**Decreto nº 2953/1999:**

Art. 33 - Nos casos previstos nos incisos I, VII, VIII e XI do art. 28 deste Decreto, sem prejuízo da aplicação de outras sanções administrativas e, quando for o caso, das de natureza civil ou penal, os agentes da fiscalização da ANP, ou dos órgãos públicos conveniados, poderão adotar as seguintes medidas cautelares, antecedentes ou incidentes do processo administrativo:

Inciso I - interdição, total ou parcial, do estabelecimento, instalação, equipamento ou obra, pelo tempo em que perdurarem os motivos que deram ensejo à medida;

Art. 28 – A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

Inciso XI - comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Além disso, a adoção desta medida cautelar foi determinada pela Resolução de Diretoria nº 623/2003 de 18/11/2003, a qual ratifica decisão da Diretoria da ANP, adotada em sua reunião de 06/02/2003, que determinava, a partir desta data, a interdição, como medida cautelar, de todos os equipamentos medidores dos revendedores em que for constatado em ação de fiscalização em qualquer um dos combustíveis disponíveis para comercialização vícios de qualidade, independentemente da natureza da irregularidade das características especificadas, conforme previsto no Inciso I, do Art. 5º, da Lei nº 9.847/1999.

A motivação para admitir tal postura fica evidenciada na Proposta de Ação nº 924/2003 de 30/10/2003, a qual descreve que a presente proposta busca reafirmar a determinação exarada pelo conjunto dos presentes à reunião realizada no Gabinete do Senhor Diretor Geral da ANP, em 06/02/2003, que tratava sobre as providências que a ANP adotaria, a partir daquela data, para intensificar as ações de fiscalização, cobradas naquele momento de forma muito intensa pelos veículos de imprensa, e mais especialmente pelo Ministério de Minas e Energia.

Carvalho (2013) narra a situação da ANP em 2003 ao admitir tal medida:

Nesse momento, os índices de não conformidade de combustíveis nos postos revendedores chegavam, em alguns casos, a 10 %, e a Agência, criada pela Lei nº 9.478/1997, carecia de estrutura para julgar e aplicar sanções em tempo apropriado aos agentes econômicos que respondiam a processos administrativos instaurados a partir da constatação de irregularidades nas ações de fiscalização.

Cabe acrescentar que, com a criação da ANP, foi extinto o Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, ficando a cargo da Agência o exercício das atribuições relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool, inclusive o julgamento dos processos instaurados por esse órgão.

Além da demora na aplicação das sanções pecuniárias, a ANP ainda não aplicava outras sanções previstas na Lei nº 9.847/1999, como a suspensão temporária de funcionamento e a revogação de autorização para o exercício de atividade, previstas, respectivamente, nos artigos 8º e 10 desta Lei. Tais carências passavam ao mercado uma sensação de impunidade, uma vez que as penalidades de multas demoravam muito tempo para serem efetivamente aplicadas pela ANP.

Contudo, conforme mostra Carvalho (2013), o procedimento de interdição total foi alvo constante de questionamentos através de ações judiciais, sendo repetitivos os episódios em que existia determinação judicial para a liberação imediata pela ANP das bombas de abastecimento nas quais não ocorreu constatação de comercialização de combustível desconforme a especificação



definida pelo ente regulador. Todavia, o autor observa que existiam casos em que a interdição total era sustentada na esfera judicial.

De acordo com levantamento realizado por Marcelo da Silveira Carvalho (2013) sobre os casos de interdição total por comercialização de combustíveis fora de especificação no período de janeiro de 2009 a setembro de 2012, constatou-se 542 interdições totais de postos revendedores por comercialização de combustível desconforme a legislação, representando aproximadamente 2% dos 25.087 postos fiscalizados no período citado.

No entanto, ocorreram 26 casos de determinação judicial de desinterdição, significando aproximadamente 5% de decisões de liberação das bombas de abastecimento e tanques de armazenamento dos combustíveis em que não foram constatadas irregularidades no universo das 542 interdições totais ocorridas entre janeiro/2009 e setembro/2012. (CARVALHO, 2013)

Segundo análise feita por Carvalho (2013) sobre deliberações contrárias à postura de interdição total do posto revendedor pela ANP, as principais fundamentações citadas nas decisões judiciais foram:

- a) não detecção de irregularidades em todos os combustíveis;
- b) controle de proporcionalidade e/ou razoabilidade da ação fiscalizatória; prejuízos financeiros irreparáveis (à autuada e também a funcionários e fornecedores);
- c) tanto o Decreto nº 2.953/1999 quanto a Lei nº 9.847/1999 prevêm interdição parcial como procedimento passível de adoção pela fiscalização da ANP.

A respeito das diversas fundamentações das decisões judiciais relacionadas na pesquisa executada por Carvalho (2003), destacam-se os argumentos relacionados com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade do poder exercido pela ANP. Segue alguns exemplos de argumentações citados pelos magistrados que constam no levantamento do citado autor:

- a) Ao interditar totalmente o estabelecimento, fiscalização agiu com ilegalidade e excesso de poder, cerceando toda a atividade econômica da impetrante.
- b) A autoridade fiscal penalizou com antecipação a revenda, posto que não existem elementos suficientes para imputá-la o crime de comercialização de combustível adulterado, ferindo-lhe o direito líquido e certo de continuar

exercendo suas atividades e o princípio constitucional da presunção de inocência.

c) A intervenção das agências em serviços privados deve ser limitada aos estritos limites da lei em exercício típico de poder de polícia, sob pena de agressão ao fundamento da livre iniciativa, princípio constitucional (art. 1º, IV, e art. 170 da CF).

d) O ato da interdição total excede a cautelaridade exigida no regulamento, pois vilipendia o princípio da proporcionalidade.

e) Sob o prisma da proporcionalidade, as medidas de interdição total praticadas não foram adequadas para atingir a finalidade prescrita na norma.

f) Configurada a desproporção entre a medida de interdição total e a irregularidade de apenas uma parcela dos tanques de combustível, ficou caracterizada a ilegalidade material do ato administrativo, passível de correção, tendo sido configurado o requisito da verossimilhança da alegação autoral.

g) A verossimilhança das alegações se mostrou patente, tendo em vista a desproporcionalidade da medida imposta pela fiscalização.

h) A interdição total foi uma medida excessiva, ao tempo que a própria Lei nº 9.847/99, que rege a matéria, prevê, em seu art. 5º, inciso II, a interdição parcial das instalações e/ou equipamentos.

i) Embora seja autorizada a interdição parcial ou total do estabelecimento autuado comercializando combustível adulterado (art. 5º, III, combinado com 3º, XI, ambos da Lei nº 9.847/99), pareceram afrontados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

j) A interdição de todo o posto, inclusive das bombas em que não havia irregularidades, mostra-se desproporcional com o fim previsto, qual seja, a proteção dos consumidores de combustível.

k) Tendo sido constatada a existência de problemas apenas nas bombas de etanol hidratado combustível e não nas demais bombas de gasolina, não se vislumbrava qualquer motivo para a interdição total, medida inteiramente desproporcional à infração cometida.

l) Num perfunctório do feito e sem prejuízo de posterior análise pelo juízo competente, a interdição total do estabelecimento afronta à razoabilidade e à

proporcionalidade, evidenciando desequilíbrio entre a proteção pretendida e os meios lançados.

m) Como a irregularidade é limitada ao etanol combustível, é despropositada a interdição das bombas de óleo diesel e gasolina comum, combustíveis cuja regularidade foi aferida pelo próprio Fiscal responsável pela interdição.

n) Se o único fator determinante para a interdição foi a comercialização de combustível fora das especificações e se o único combustível fora das especificações era a gasolina aditivada, é desarrazoada a interdição das demais bombas de abastecimento.

o) A aparente discricionariedade quanto à total ou parcial interdição das instalações e equipamentos, constantes do art. 5º, inciso II, da Lei 9.847/99, não deixa margem ao arbítrio do agente público, uma vez que sua atuação deve pautar-se pelos princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, expressamente consignados na Lei 9.784/99, a qual regula os processos administrativos no âmbito federal.

p) Como a irregularidade ocorreu somente no bico nº 3, ligado ao tanque nº 2 (etanol), não se mostra razoável a interdição de todo o estabelecimento.

q) A discricionariedade da autoridade administrativa, optando pela interdição total em detrimento da interdição parcial, possibilidade também prevista no dispositivo legal em que se fundamenta a atuação, não é absoluta, tendo como limites os princípios da proporcionalidade entre meios e fins e da razoabilidade da punição imposta.

r) A motivação exposta pela fiscalização da ANP não fundamenta a necessidade de interdição dos tanques e bicos em que não foram constatadas irregularidades. (CARVALHO, 2003)

Assim sendo, Carvalho (2013) concorda que as decisões que motivaram a desinterdição dos equipamentos em que não foi constatada a comercialização de combustíveis desconformes da legislação consideraram a interdição destes desarrazoada e desproporcional.

Importante citar que o agente público só deve executar o que a lei define e aquilo que a lei não proíbe, isto é, não pode agir *contra legem* (de forma contrária à Lei), *ultra legem* (além da Lei), mas unicamente *secundum legem* (de acordo com a Lei).

Pelo conteúdo das decisões judiciais contrárias à medida adotada pela ANP, configura-se um possível abuso de poder pela atuação da ANP por excesso, ou seja, a autoridade competente foi além do permitido na legislação (*ultra legem*) e/ou por desvio de finalidade, que ocorre quando o ato é praticado por motivos ou com fins diversos dos previstos na legislação (*contra legem*), ainda que em seu "espírito", normalmente com violação de atuação discricionária.

Conseqüentemente, a adoção das medidas cautelares previstas na Lei nº 9.847/1999 e no Decreto nº 2.953/1999 precisa atentar para a aplicação dos princípios gerais do Direito, notadamente o da Proporcionalidade e Razoabilidade e a adequação entre meios e fins, a fim de evitar possíveis questionamentos no Poder Judiciário. (CARVALHO, 2003)

Assim, Carvalho (2013) conclui que a situação atual admite que a ANP adote a interdição parcial restringida apenas aos equipamentos em que foram constatadas irregularidades de comercialização de combustíveis fora de especificação, evitando desta maneira, litígios e determinações judiciais a serem cumpridas continuamente em caráter urgente.

Posteriormente, a Resolução de Diretoria da ANP nº 181, de 7 de março de 2013, aprovou, como regra geral, a aplicação de medida cautelar de interdição parcial das instalações e equipamentos utilizados diretamente no exercício das atividades reguladas pela ANP, conforme disposto na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Sob o ponto de vista da legislação, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis publicou a Portaria nº 187, de 29.08.2013, a qual limita as situações em que se aplicará a medida cautelar de interdição total das instalações e equipamentos utilizados por agentes econômicos no exercício das atividades reguladas pela ANP.

Deste modo, constatou-se que a própria diretoria da ANP retrocedeu na sua posição de adotar medida cautelar de interdição total dos revendedores constatados, em qualquer um dos combustíveis disponíveis para comercialização, vícios de qualidade, evidenciando a provável extrapolação do poder normativo da agência no exercício da sua função.

Outra questão relevante é a utilização do poder normativo das agências reguladoras como ferramenta de aplicação de políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, em especial o Ministério de Minas e Energia (MME).

O autor Márcio Sampaio Mesquita Martins (2010) apresenta como exemplo de política reguladora bem sucedida a introdução do biodiesel na matriz energética do Brasil. Segundo o autor, pesquisas, investimentos, incentivos e o aumento da produção do biodiesel no país só foram possíveis devido a transformações reguladoras implementadas pela ANP, em conformidade com políticas de Estado definidas por Lei, sendo que a procura pelo biodiesel foi estimulada em função do aumento progressivo da proporção obrigatória de biodiesel no óleo diesel automotivo.

Martins (2010) destaca que as pesquisas e o aumento da produção de biodiesel não derivaram de investimentos diretos do governo no setor energético; ao contrário, foram conseqüências de investimentos da iniciativa privada, precisamente decorrentes da elevação da demanda interna por biocombustíveis. O citado autor lembra que fato semelhante aconteceu com relação ao etanol, biocombustível que diminui as despesas do Brasil com a importação de petróleo e incentiva a indústria de biomassa nacional, o emprego rural, a indústria automobilística nacional, além de preservar o meio ambiente graças à diminuição do consumo de combustíveis fósseis.

Portanto, compreende-se que as políticas públicas escolhidas em relação aos biocombustíveis são de grande valor econômico para o Brasil e também oferecem diversas vantagens de ordem social, industrial, ambiental e estratégica, considerando a vantagem de não provocar custos elevados aos cofres públicos ou causá-los em proporção bem abaixo dos custos de uma intervenção direta do Estado na economia. (MARTINS, 2010)

Avaliando os exemplos apresentados, pode-se inferir que a ANP possui comportamentos diversos no uso da função regulamentar. Verifica-se o episódio da agência extrapolar a legalidade no uso do Poder do Estado, como no caso exposto da interdição total, como também segue as orientações do CNPE, ente designado para definição das políticas públicas na área de petróleo e combustíveis diversos, para a implantação de políticas públicas.

Portanto, denota-se a necessidade de definição de mecanismos para a verificação do embasamento legal das normas e regulamentos adotados pela ANP, a fim de evitar questionamentos jurídicos e constrangimentos na ação da agência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Primeiramente, deve-se observar que, em consequência da impossibilidade de se obter, no prazo necessário para o desenvolvimento deste estudo, todas as informações atualizadas sobre a situação atual da ANP (por exemplo, utilizou-se o relatório de gestão da ANP de 2011, devido a ser o relatório mais recentemente disponibilizado pela instituição), as comparações e conclusões aqui apresentadas são limitadas. Em extensão a este trabalho e para que não exista tal restrição nas conclusões, sugere-se um estudo aprofundado na parte prática da atuação das agências em comparação ao arcabouço teórico existente sobre os entes de regulação.

Apesar disso, certas conclusões podem ser realizadas a partir do exame qualitativo da matéria apreciada.

As agências reguladoras passaram a existir devido às mudanças na forma de atuação do Brasil, particularmente, devido que tais entidades foram consideradas “inovação institucional”, principalmente nas questões jurídica e legislativa.

A reforma gerencial da Administração Pública durante o governo FHC gerou a implantação de mecanismos da gestão privada no ambiente público, enfatizado pelas privatizações e pela flexibilização das agências concebidas.

Portanto, a implantação das agências reguladoras pela reforma do aparelho estatal não foi bem sucedida, comprovada pela falta de coerência entre as políticas públicas definidas para a regulação nacional e a criação das agências reguladoras, e também a ineficiência do contrato de gestão das agências com os órgãos supervisores.

Com respeito ao domínio regulado, a ANP recebeu diversas atribuições, dentre as quais o poder normativo. Esta responsabilidade possui vital importância na implementação das políticas públicas definidas pelo Estado, uma vez que direciona os investimentos a serem realizados nos setores estratégicos para o desenvolvimento nacional como o de petróleo e combustíveis, principalmente no mercado brasileiro, que ainda possui grandes indícios de preponderância da ação monopolística por parte da principal empresa atuante no setor.

Este trabalho, sustentado primordialmente pelo referencial teórico encontrado principalmente em artigos e também pela experiência direta do autor do trabalho, procurou relacionar a autonomia das autarquias reguladoras com a atuação prática da agência em questão com o propósito de avaliar se a função normativa da ANP está condizente com os preceitos legais e verificar a abrangência deste poder atribuído às agências.

Basicamente, o que se verifica é que os entes reguladores devem implantar políticas públicas, ao invés de formular e também aplicar as mesmas, dependendo da atuação de órgãos estratégicos do Estado. No caso prático da ANP, esta divisão de tarefas está bem delimitada, pois o CNPE determina genericamente qual é a direção da política pública a ser seguida, enquanto que a ANP operacionaliza a aplicação desta política no mercado regulado. Ou seja, o poder normativo da agência está restrito à competência regulamentadora, pois é entidade que compõe o Poder Executivo.

Além disso, as normas e regulamentos definem a atuação da agência em relação ao setor regulado. Por isso, é fundamental observar a legalidade e a constitucionalidade das regras estabelecidas a fim de evitar ineficiência e constrangimentos na função reguladora. Na situação apresentada, tanto na questão do poder de outorga e autorização quanto na fiscalização feita pela ANP, existe a necessidade de revisão dos procedimentos pelo setor jurídico da agência a fim de evitar futuros questionamentos no Poder Judiciário.

Outro ponto que precisa ser avaliado é a excessiva interferência política do governo no gerenciamento das agências reguladoras. Artifícios como a indicação política de dirigentes, ao invés da escolha por mérito entre os servidores da própria agência, restrição orçamentária e pressão política para adoção de certas posturas via Ministério supervisor da instituição são atitudes extremamente prejudiciais para a consolidação da regulação nacional como atividade estratégica de Estado.

Nesta mesma linha de raciocínio, precisam ser definidos critérios rígidos e confiáveis para impedir a captura do ente regulador por empresas reguladas ou o ingresso facilitado de funcionários destas empresas em posições de comando importantes nas agências, a fim de proteger os interesses coletivos de privilégios particulares nos domínios regulados.

Sobre o controle social das agências reguladoras, verifica-se a deficiência da participação da sociedade civil em todos os níveis da agência. No caso da ANP,

conforme último relatório de gestão divulgado, o atendimento à Ouvidoria não é satisfatório, demonstrando evidente ausência de priorização no atendimento das demandas da cidadania.

Portanto, a partir da situação particular da ANP e da pesquisa bibliográfica sobre as agências reguladoras, pode-se verificar que estas instituições não compreendem a participação social efetiva nas suas deliberações, sendo restrita à sociedade apenas a consulta em audiências públicas, quando disponibilizada esta alternativa. A consequência desta postura adotada é a exclusão da cidadania das determinações dos entes reguladores, sob a justificativa da especialização técnica dos assuntos regulados.

Concluindo, a principal comprovação reservada que o estudo apresenta é que a tão proclamada autonomia das agências reguladoras na prática é um mito devido às influências externas (mercado) e internas (governo), sendo que no caso particular da ANP existe ainda a complicação de lidar com um mercado nacional praticamente monopolizado por uma empresa cujo acionista majoritário é a União, dificultando ainda mais a sua atuação independente em favor dos interesses da coletividade.

A respeito da interação com a sociedade civil, tem-se um afastamento da admissão da cidadania como fator primordial para uma política pública que atenda os interesses coletivos. Igualmente, não existe progresso na Administração Pública sem a legítima aproximação dos cidadãos no processo de tomada de decisão dos entes públicos.

Portanto, as promessas da reforma gerencial de realizar uma transformação na Gestão Pública e proporcionar autonomia para a adequada regulação não foram verdadeiramente cumpridas.

Finalizando, infere-se que o poder normativo das agências reguladoras, apesar de amplo na sua abrangência, é extremamente limitado pelos princípios da legalidade e pela subordinação às políticas públicas definidas pelo governo, tornando-o outro instrumento de controle gerencial das agências pela União, reforçando a tese do mito da autonomia na regulação nacional.



## **REFERÊNCIAS**

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da Gestão Pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, 2007.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Brasília: ENAP, 1997 (Cadernos ENAP, nº 10).

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Competências da ANP**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=60389>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Relatório de Gestão 2011**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?id=312>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

ALMAGRO, Ricarlos. Agências reguladoras independentes e legitimidade democrática. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2007.

ALVES, Bianca. **A Agência Nacional do Petróleo eo setor de petróleo e gás natural no contexto da Reforma do Estado**. Encontro Anual Da Associação Nacional Dos Programas De Pós-Graduação Em Administração. Florianópolis, 2000.

ANDRIOLO, Leonardo José. **A Reforma do Estado de 1995 e o Contexto Brasileiro**. Anais do Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Salvador, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, p. 275-99, 2000.

REGO, Anna Lygia Costa. **Aspectos Institucionais do modelo regulatório para E&P de petróleo no Brasil**. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas)– Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

AYRES, Alberto José Silva; FREITAS, Tiarajú Alves de. Análise do mercado de combustíveis no Brasil e no rio Grande do sul. In: Encontro Regional de Economia - Anpec Sul, 11, 2008, Curitiba. **Anais do XI Encontro Regional de Economia - Anpec Sul 2008**. Curitiba: UFPR, 2008. Disponível em: <[http://www.economiaetecnologia.ufpr.br/XI ANPEC-Sul/artigos\\_pdf/a4/ANPEC-Sul-A4-04-analise\\_do\\_mercado\\_de\\_co.pdf](http://www.economiaetecnologia.ufpr.br/XI_ANPEC-Sul/artigos_pdf/a4/ANPEC-Sul-A4-04-analise_do_mercado_de_co.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2013.

BARDIN, Laurence. **Analyse de contenu**. Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de direito administrativo econômico**, n. 3, 2006.

BRASIL. **Decreto Lei 2.455, de 14 de janeiro de 1998**. Implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Brasília, DF, 15 de janeiro de 1998. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2455.htm)>. Acesso em: 01 de abril de 2013

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF, 07 de agosto de 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)>. Acesso em: 01 de abril de 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004**. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. Brasília, DF, 21 de maio de 2004. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2004-2006/2004/Lei/L10.871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.871.htm)>. Acesso em: 08 de junho de 2013.

BRASIL, MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO – MARE/Secretaria da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. **Agências Executivas** / Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997a (Cadernos MARE da reforma do Estado; c.8).

BRASIL. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. **O Conselho de Reforma do Estado** / Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília: MARE, 1997b (Cadernos MARE da reforma do Estado; c.9).

CAMPOS VELHO, Rafael Rott de. O poder normativo das agências reguladoras: democracia e direitos fundamentais. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 2, 2009.

CARVALHO, Marcelo da Silveira. **Medida Cautelar de interdição total em postos revendedores de combustíveis por comercialização de combustíveis fora de especificação – proporcionalidade, razoabilidade e discricionariedade**. Monografia (Pós-Graduação em Economia, Regulação e Defesa da Concorrência na Área de Energia com Foco na Indústria do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis)–Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. **O poder normativo das agências reguladoras**. Alexandre Santos de Aragão, coordenador–Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASA CIVIL. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília: Presidência da República, 2003.

CENTRO LATINO-AMERICANO DE ADMINISTRAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO (CLAD). Uma nova Gestão Pública para a América Latina. **Revista do Serviço Público**, n.º 1, Brasília: ENAP, 1999.

CYSNE, Rubens Penha. **Agências reguladoras e contingenciamento**. Disponível em:<[http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/ARTIGOS\\_E\\_REPORTAGENS\\_DE\\_POL\\_ECON/Artigos\\_Publicados/2008/Agencias\\_Regulatorias\\_e\\_Contingenciamento\\_publicado.pdf](http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/ARTIGOS_E_REPORTAGENS_DE_POL_ECON/Artigos_Publicados/2008/Agencias_Regulatorias_e_Contingenciamento_publicado.pdf)>. Acesso em 01 nov 2013.

DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. **Reforma do Estado com participação cidadã? Déficit democrático das Agências Reguladoras brasileiras**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DOURADO, Francisco; CHAVES, Hernani Aquini Fernandes. **Análise sobre as alterações do Marco Regulatório do petróleo**. 2012. Disponível em:<<http://webservice.unifoa.edu.br/cadernos/edicao/20/11-26.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2013.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras. **Revista Jurídica In Verbis**, Ano 14, n. 26, p. 57-70, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Como regular agências reguladoras**. Opinião, pág. A3, Tendências e debates, Folha de São Paulo, 2003.

FERREIRA, Cesar Ribeiro. **Agências reguladoras: setorial ou multissetoriais?**. Disponível em:<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044314.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes eo Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, p. 615 a 630, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 39, p. 181, 2004.

LIMA, Mariomar Sales; SANTOS, Ana Maria Lima dos. Avaliação de desempenho da Gestão Pública baseada nos indicadores econômico-financeiros: um estudo de casos múltiplos em entidades federais indiretas do município de Manaus. **Gestão e Sociedade**, v. 3, n. 5, p. 140-166, 2009.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **A ANP e o projeto de lei das agências reguladoras**. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2004. Disponível em:<[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1089/anp\\_agencias\\_lima.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1089/anp_agencias_lima.pdf?sequence=1)>. Acesso em 08 jun. 2013.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado**. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), 2003.

MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do Estado na era FHC: diversidade ou fragmentação da agenda de políticas de Gestão Pública? In F. L. Abrucio & Loureiro, M. R. **O Estado em uma era de reformas: os anos FHC**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2003.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **O poder normativo das agências reguladoras como instrumento de implementação de políticas públicas**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo ea intervenção do Estado na ordem econômica. **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 257-281, 2004.

NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. Agências reguladoras no Brasil. **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro - São Paulo: Konrad Adenauer/Unesp, p. 183-206, 2007.

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

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública brasileira: entre o gerencialismo e a gestão social. **Revista de Administração de Empresas**, v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005.

\_\_\_\_\_. **Entre a administração e a política: os desafios da Gestão Pública democrática**. Tese de doutorado. Campinas: UNICAMP, 2003.

PECI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. **Revista de Administração Pública**, v. 33, n. 4, p. 121-35, 1999.

PLACHA, Gabriel. **A atividade reguladora do Estado**. Dissertação de mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC-PR, 2007.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROCHA, Jaqueline Mainel. **Discricionariedade Técnica e Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras**. 2002. Disponível em: <<http://www.getel.ndsr.org/docmonografiajaquelineDiscricionariedadeTecnica.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2013.

ROCHA NETTO, Antonio Pinto Munhoz da. **ANVISA e Sindicatos: Aproximação que Contribui para a Regulação do Setor no Brasil**. 2009. Disponível em: <[http://singfar.org.br/admin/files/artigos/artigos\\_pdf/f7c4aa961dd67c51e0710525c5f1ba84.pdf](http://singfar.org.br/admin/files/artigos/artigos_pdf/f7c4aa961dd67c51e0710525c5f1ba84.pdf)>. Acesso em 01 nov 2013.

SILVA, Francecláudio Tavares da. **Agências Reguladoras: Análise do modelo adotado pelo Brasil**. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28815-28833-1-PB.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2013.

SIQUEIRA, Mariana de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Agências reguladoras: autonomia e controle. **Direito e Liberdade**, v. 9, n. 2, p. 195-222, 2009.

SOUZA, Débora de Azevedo. **Regulação e defesa dos consumidores: o caso da ANP**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador – UNIFACS, 2005.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.