

*Com os cumprimentos da
Editora*

**CURSO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO ECONÔMICO**

**JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO,
JOÃO EDUARDO LOPES QUEIROZ E
MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS**

(ORGANIZADORES)

VOL. III

- IX – DIREITO ADMINISTRATIVO REGULATÓRIO:
ESTATIZAÇÃO, PRIVATIZAÇÃO E REGULAÇÃO**
**X – REALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS: OS AGENTES
PÚBLICOS, SEUS ATOS, O CONTROLE E A RESPONSABILIDADE
DO ESTADO EM SUAS DIVERSAS PERSPECTIVAS**
XI – DIREITO ADMINISTRATIVO CONTRATUAL
XII – DIREITO ADMINISTRATIVO PROCESSUAL

DIREITO ECONÔMICO
E FINANCEIRO
BIBLIOTECA

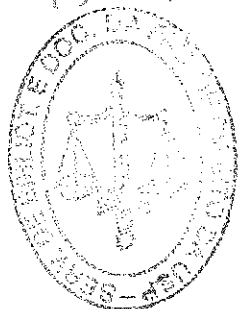
**MALHEIROS
EDITORES**

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

OS ORGANIZADORES ©

ISBN da Coleção: 85-7420-762.4
ISBN deste Volume: 85-7420-761.6

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205
Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br



Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia L. Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
08-2006

PLANO DA OBRA

VOL. I

- I – INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO – *Introdução* – JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, JOÃO EDUARDO LOPES QUEIROZ e MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS – *Princípios do Direito Administrativo Econômico* – CELSO SPITZCOVISK – *O Direito Administrativo no Estado Mínimo* – ANDRÉ RAMOS TAVARES**
- II – PRINCÍPIOS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – *O Setor Público* – JOÃO EDUARDO LOPES QUEIROZ e MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS – *Administração Pública Indireta* – ROBERTÔNIO PESSOA**
- III – OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS DIVERSAS FORMAS DE PRESTAÇÃO – *O Serviço Público* – JOSÉ EDUARDO DE ALVARENGA – *Serviço Público no Direito Brasileiro* – MARÇAL JUSTEN FILHO – *As Concessões, Permissões e Autorizações de Serviço Público* – ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO – *As Parcerias na Administração Pública* – DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI – *Infra-Estrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral e Econômica* – FERNANDO FRÓES – *O Novo Regime Jurídico Contratual: as Parcerias Público-Privadas (PPPs)* – JOÃO EDUARDO LOPES QUEIROZ e JOSÉ EDUARDO DE ALVARENGA – *Parcerias Público-Privadas (PPPs): Natureza Jurídica* – JUAREZ FREITAS – *O Consórcio Público* – MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**
- IV – PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – *A Consensualidade e os Canais de Democratização da Administração Pública* – ANDRÉ LUIZ LOPES DOS SANTOS e GILSON CARAÇATO**

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Realinhamento constitucional". In: VIEIRA, Oscar Vilhena, e SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.

_____, e SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.

WALD, Arnoldo, e MORAES, Luíza Rangel de. "Agências reguladoras". *Revista de Informação Legislativa* 141. Ano 36. Brasília, Senado Federal, janeiro-março/1999.

WILHEIM, PINHEIRO e SACHS (orgs.). *Brasil, um Século de Transformação*. São Paulo, Cia. das Letras, 2001.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
LUÍS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES

1. Introdução: 1.1 Objeto das agências reguladoras – 1.2 Independência das agências reguladoras – 1.3 Mecanismos de regulação das agências reguladoras – 1.4 Funcionamento das agências reguladoras. 2. Agências no plano federal: 2.1 Disposições comuns às agências reguladoras federais: 2.1.1 Direção por um colegiado, conselho diretor ou diretoria – 2.2 ANATÊL: 2.2.1 Criação e objeto – 2.2.2 Independência: 2.2.2.1 Submissão a outros órgãos – 2.2.2.2 Coordenação com outros órgãos – 2.2.2.3 Autonomia gerencial – 2.2.3 Os mecanismos regulatórios – 2.2.4 Funcionamento da Agência: 2.2.4.1 Publicidade – 2.2.4.2 Processo decisório – 2.2.4.3 Órgãos especiais – 2.3 ANP: 2.3.1 Criação e objeto – 2.3.2 Independência: 2.3.2.1 Dirigentes – 2.3.2.2 Submissão a outros órgãos – 2.3.2.3 Coordenação com outros órgãos – 2.3.2.4 Autonomia gerencial – 2.3.3 Os mecanismos regulatórios – 2.3.4 Funcionamento da Agência: 2.3.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais – 2.4 ANEEL: 2.4.1 Criação e objeto – 2.4.2 Independência: 2.4.2.1 Dirigentes – 2.4.2.2 Submissão a outros órgãos – 2.4.2.3 Coordenação com outros órgãos – 2.4.2.4 Autonomia gerencial – 2.4.3 Os mecanismos regulatórios – 2.4.4 Funcionamento da Agência: 2.4.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais – 2.5 ANA: 2.5.1 Criação e objeto – 2.5.2 Independência: 2.5.2.1 Dirigentes – 2.5.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 2.5.3 Os mecanismos regulatórios – 2.5.4 Funcionamento da Agência: 2.5.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais – 2.6 ANTT e ANTAQ: 2.6.1 Criação e objeto – 2.6.2 Independência: 2.6.2.1 Dirigentes – 2.6.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 2.6.3 Os mecanismos regulatórios – 2.6.4 Funcionamento das Agências: 2.6.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais – 2.7 ANVISA: 2.7.1 Criação e objeto – 2.7.2 Independência: 2.7.2.1 Dirigentes – 2.7.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 2.7.3 Os mecanismos regulatórios – 2.7.4 Funcionamento da Agência: 2.7.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais – 2.8

ANS: 2.8.1 Criação e objeto – 2.8.2 Independência: 2.8.2.1 Dirigentes – 2.8.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 2.8.3 Os mecanismos regulatórios – 2.8.4 Funcionamento da Agência: 2.8.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais – 2.9 ANCINE: 2.9.1 Criação e objeto – 2.9.2 Independência: 2.9.2.1 Dirigentes – 2.9.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 2.9.3 Os mecanismos regulatórios – 2.9.4 Funcionamento da Agência: 2.9.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais. 2.10 ANAC: 2.10.1 Criação e objeto – 2.10.2 Independência – 2.10.2.1 Dirigentes – 2.10.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 2.10.3 Os mecanismos regulatórios – 2.10.4 Funcionamento da Agência – 2.10.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais. 3. Agências reguladoras estaduais e municipais: 3.1 Objeto – 3.2 Independência: 3.2.1 Dirigentes – 3.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial – 3.3 Funcionamento da agência: 3.3.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais. 4. Alguns desafios e riscos para o futuro.

1. INTRODUÇÃO

As agências reguladoras, introduzidas no direito positivo brasileiro na segunda metade da década de 1990, representam significativa inovação, apta a fortalecer e qualificar a intervenção do Estado.¹ Seu traço distintivo principal relativamente às autarquias introduzidas no país na década de 1960, por meio do Decreto-lei 200/1967, está no incremento de sua independência (ou autonomia), o que passa por características como a nomeação a termo de seus dirigentes, maior autonomia decisória, administrativa, gerencial e financeira. Além disso, as agências reguladoras têm reconhecida a competência para o exercício de atividades regulatórias, que envolvem, para além da regulamentação, prerrogativas de fiscalização, sanção e solução de controvérsias no âmbito administrativo, entre outras.

Tanto a análise das agências criadas no direito positivo brasileiro quanto a comparação destas às experiências de Direito Comparado conduzem ao necessário reconhecimento de que o simplificado resumo das características típicas das agências reguladoras feito acima não serve a caracterizar, de modo uniforme, todos os órgãos criados. Em outras palavras, as virtualidades jurídicas abrangidas sob o gené-

1. Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado*, de avulso publicado pela Associação Brasileira das Agências Reguladoras.

rico *nomen juris* “agências reguladoras” são de imensa variedade. Cumpre, então, que se desça à análise de cada uma das agências, por meio das normas jurídicas que regem sua atuação, para que se possa extrair delas a exata dimensão do que representam para a Administração Pública, para o administrado e para o regulado.

A análise das agências no direito positivo brasileiro cuida, nesse sentido, de identificar, na maioria das agências existentes, seus caracteres essenciais distintivos de outros instrumentos de descentralização ou desconcentração da Administração Pública.

As agências são avaliadas, então, sob quatro ângulos básicos, quais sejam: a identificação (a) do objeto da agência – que define os propósitos para os quais cada uma foi criada e delimita seu campo de atuação; (b) de mecanismos que lhe asseguram maior ou menor independência, autonomia ou neutralidade; (c) dos mecanismos regulatórios postos à sua disposição; e, por fim, (d) do regime de seu funcionamento interno, inclusive as regras quanto ao seu processo decisório.

1.1 Objeto das agências reguladoras

Ao avaliar o objeto da agência, pretendemos descrever o plexo de competências outorgado à mesma, definindo os limites para sua atuação. Trata-se de identificar as áreas temáticas sujeitas à sua intervenção – com a identificação dentro do quadro de divisão de competências entre órgãos da Administração, onde se situa cada uma das agências. Conforme já se disse, a independência maior, se comparada ao que se verifica em outras figuras do direito positivo brasileiro, constitui o traço marcante das agências reguladoras. Essa independência só pode ser exercida com efetividade havendo marcos claros na definição do objeto da agência – marcos, estes, que permitam divisar e distinguir as competências dos órgãos reguladores em face das competências da Administração direta ou de outros órgãos.

1.2 Independência das agências reguladoras

Depois de ver identificado seu objeto, cada agência será analisada quanto ao grau de independência, autonomia ou neutralidade em relação ao Poder Executivo, aos regulados e aos cidadãos interessa-

dos, o que inclui (a) questões atinentes à figura dos dirigentes, quais sejam, (a1) os critérios e a forma de escolha dos mesmos; (a2) o mandato fixo a eles outorgado; (a3) a direção colegiada; (a4) a não-coincidência dos mandatos; (a5) a garantia contra exoneração imotivada; e (a6) os períodos de quarentena impostos aos ex-dirigentes; passando (b) pela submissão, ou não, a comandos emanados de outras autoridades; (c) pela imposição de coordenação das ações da agência com outros órgãos; e, por fim, (d) por sua autonomia gerencial e administrativa, incluindo (d1) gestão de pessoal e (d2) fontes de financiamento para o custeio de suas atividades.

Os critérios e a forma para a escolha dos dirigentes das agências constituem elemento inicial na conformação do perfil desses órgãos. Há previsão no direito positivo tanto de dirigentes escolhidos por decisão individual do chefe do Poder Executivo quanto por decisões compartilhadas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Em ambas as soluções há uma fonte de legitimação democrática indireta original aos dirigentes. Na primeira, a carga de subjetivismo pode ser maior. Na segunda, a exigência de chancela pelo Poder Legislativo dos nomes escolhidos torna potencialmente mais objetiva a escolha — o que se mostra mais aderente à neutralidade e ao caráter técnico que se pretende conferir ao órgão. Dedicar-se aos dirigentes das agências, nessa hipótese, tratamento semelhante ao dispensado a funções que exigem independência em seu grau máximo, caso dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Procurador-Geral da República.

As nomeações a termo, positivadas na legislação recente sob a qualificação de “mandatos fixos”, outrora taxativamente vedadas pela jurisprudência consolidada na Súmula 25 do Supremo Tribunal Federal, hoje têm essa vedação mitigada a partir de decisão proferida na ADI 1.949. O mandato fixo, somado à garantia contra demissão imotivada ou à fixação de requisitos especiais a serem observados para a exoneração dos dirigentes, constitui um dos pilares centrais à garantia da independência do órgão. A ausência desses atributos acaba por permitir a substituição dos mesmos a qualquer tempo, ao talante do Poder Executivo, aproximando o órgão das antigas autarquias, com pequena materialidade no processo de descentralização e independência. Não por outra razão, ver-se-á que a Lei 9.896/2000 incluiu regras dessa natureza como aplicáveis à totalidade das agências regu-

ladoras federais, inclusive reparando regras casuísticas que previam, anteriormente, a ausência de tais garantias de mandatos.

A composição colegiada dos órgãos dirigentes máximos das agências reguladoras garante que as mesmas reflitam visão plural acerca do setor regulado, torna-as mais abertas ao debate de posições contrapostas, e as afasta dos riscos do arbítrio.² A essa característica adere a não-coincidência dos mandatos, que consiste na previsão de que periodicamente seja feita parcial renovação dos dirigentes, reforçando a pluralidade. Isso milita em favor do aumento da legitimação democrática de tais órgãos. A renovação freqüente e promovida em periodicidade certa permite àqueles a quem compete a escolha dos dirigentes que paulatinamente possam ir imprimindo ao órgão sua visão acerca do mesmo. Garante-se, porém — e sobretudo —, maior estabilidade regulatória, eis que as alterações no quadro político não implicam imediata mudança de rumos na direção do órgão regulador. Importa ressaltar que se integram às regras de não-coincidência as disposições que prevêm que, em caso de vacância antes do término de mandato anterior, o sucessor se limite a concluir o mandato do sucedido. Sem essa previsão seriam possivelmente correntes abusos tendentes a frustrar os objetivos da não-coincidência dos mandatos.

Vale dizer, ainda, que a conjugação de composição colegiada e ausência de coincidência nos mandatos não constitui, no direito positivo brasileiro, uma inovação introduzida apenas com o surgimento das agências reguladoras, já se verificando em documentos legais anteriores.³

A quarentena consiste na imposição de restrições aos dirigentes quanto à sua atuação no setor no período imediatamente subsequente à saída do cargo ocupado. Regras nesse sentido não dizem respeito diretamente à garantia de independência da agência em face do Poder Executivo, mas do setor regulado. Constituem restrição de ordem éti-

2. Efetivamente, a composição colegiada serve para evitar que a direção do órgão, se atribuída a um agente singular, proporcionasse indevida concentração de poderes. O funcionamento colegiado tem por vocação permitir uma maior pluralidade no exercício do poder.

3. Cf. Lei 8.884/1994, art. 4^o.

ca que visa à neutralidade em relação aos interesses dos regulados. Há que se dizer, a propósito da quarentena, que esta não é traço exclusivo das agências reguladoras, constituindo, isto, sim, disposição que vem sendo aplicada a vários cargos da alta Administração Pública. Diferentemente do que ocorre nos exemplos de Direito Comparado (caso da Itália, que chegou a fixar o prazo de quatro anos de quarentena),⁴ são identificadas as regras quanto à quarentena previstas no direito positivo brasileiro, que não prevêm tão longos prazos.

A submissão, ou não, à hierarquia da Administração direta também constitui elemento importante para que se avalie o grau de autonomia da agência: tanto maiores os instrumentos de revisão das decisões do órgão pelo Poder Executivo, tanto menor será sua autonomia, o mesmo se podendo falar em relação ao cabimento, ou não, de recursos hierárquicos das decisões exaradas no âmbito da agência. Nessa análise inclui-se, ainda, a eventual previsão de que a agência se submeta ou deva coordenar suas ações não apenas às do chefe do Poder Executivo ou do ministro de Estado (ou secretário de Estado ou de Município, nas demais esferas de governo), mas igualmente às ações de outros órgãos colegiados ou órgãos reguladores.⁵

É relevante a análise, ainda, da autonomia gerencial e administrativa das agências, assim como de suas fontes de financiamento, pois o conjunto de caracteres anteriormente mencionado pode não garantir a independência do órgão se esse for passível de asfixia por meio seja da criação de restrições às suas atividades administrativas e gerenciais, seja na composição de seu quadro de pessoal, seja por intermédio do corte de repasse de recursos financeiros necessários ao desempenho de suas atividades. Nesse campo, não há grande relevo em se analisar as fontes de receita comuns, como repasses do Tesouro Nacional, doações, legados etc.. Mais importante é identificar as receitas auferidas pela agência junto ao setor por ela regulado – o que

4. Quadro observado na Itália, mais especificamente na *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*, cf. art. 2º, 9, da Lei 481, de 14.11.1995.

5. O Projeto de Lei 3.337/2004, do Poder Executivo, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que aqui chamaremos *Projeto de Reforma da Lei das Agências*, a propósito, procura tornar mais claro o relacionamento e a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência. Não o faz, ainda, em relação à defesa do consumidor.

constitui, a um só tempo, vantagem e risco para sua autonomia.⁶ Esse é o caso de taxas de fiscalização, multas arrecadadas, valores cobrados por outorgas, os quais podem ser capazes de lhe prover autonomia. Cumpre destacar, também, que o contingenciamento de despesas previsto no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) é fator responsável por limitação na independência das agências se nos casos de receitas vinculadas (por exemplo, taxas de fiscalização) pode levar à inviabilização das próprias receitas por desvio de finalidade.

Concluindo a introdução acerca da independência das agências, a própria formatação jurídica das mesmas como autarquias traz, em si, os germens para se identificar certo grau de autonomia ou de independência, já que é próprio dos entes autárquicos que suas decisões sejam exaradas sem submissão a ordens formais advindas de outros órgãos.

Apesar disso, e não obstante as leis específicas de regência das agências conterem disposições taxativas no sentido da ausência de subordinação hierárquica ou do caráter final das decisões tomadas no âmbito das agências, tais disposições não se sobrepõem aos direitos do administrado.⁷ Do mesmo modo, os Poderes do Estado com competências para fixar as políticas públicas a serem implementadas pela agência devem exercer o controle sobre as decisões que venham a descumprir tais políticas quando estas vierem expressamente definidas em normas legais ou regulamentares.⁸

6. Há *vantagem* na independência maior do Poder Executivo; *risco*, por gerar dependência dos sujeitos regulados (cf. Marcos Juruena Villela Souto, "Agências reguladoras", *RDA* 216/125 (p. 143). Tais riscos, porém, não são suficientes para anular as vantagens, pois tornam maior a autonomia financeira e vinculadas as fontes de receita às atividades regulatórias.

7. Assim é que em decisões tomadas em única instância pelo órgão diretivo máximo da agência, a fim de fazer valer o princípio da ampla defesa, pode-se aceitar o uso da via do recurso hierárquico impróprio.

8. O então Ministro da Justiça Nelson Jobim, assim entendeu ao reformar decisão tomada pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), apesar das expressas disposições do artigo 50 da Lei n. 8.884/1994. Para ele: "A Administração Pública é um todo coeso e orgânico que deve articular, coerente e hierarquicamente, todas as unidades administrativas, sejam os órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta. A descentralização administrativa não se destina a viabilizar condutas

Deve-se, pois, ter presente essa ressalva em face da totalidade das agências criadas no âmbito da Administração Federal. Uma vez reservada aos Poderes de Estado competência para definir políticas públicas setoriais, será de rigor que o atendimento e cumprimento dessas políticas sejam aferíveis e controlados por estes entes, sem que isso implique comprometer a independência da agência em definir políticas regulatórias.

1.3 Mecanismos de regulação das agências reguladoras

Outro traço relevante para a compreensão de uma agência é a análise dos mecanismos de regulação postos à sua disposição, como a edição de normas infralegais, a competência para compor conflitos e a fiscalização do setor regulado, a possibilidade de impor barreiras de entrada a novos agentes no setor, bem como a legitimidade para expedir os conseqüentes atos de outorga de concessões, permissões e autorizações (o que não se confunde com a competência para planejar estas outorgas, competência que pode ficar reservada ao núcleo central da Administração. Nesse sentido, a propósito, observa-se que a ANEEL, agência que detinha a competência para outorgar as concessões em sua área, viu suas competências restritas à licitação que precede tais outorgas, deixando de ostentar a posição de concedente nesta relação e submetendo-se aos planos de outorgas e às diretrizes fixadas pelo poder concedente. Com isso, opera-se a separação de competências entre quem é titular do serviço, e o concede, e quem o regula e fiscaliza, ficando limitadas a estas as competências exercidas pelas Agências. O problema desta solução está no fato de que o Poder Executivo pode, ao exercer a competência de outorga, invadir o campo regulatório definindo condições que serão indevidamente vinculantes no exercício futuro da regulação pela Agência. Por essa razão é que se desaconselha que a Administração central tenha competências para além da definição geral do planejamento de outorgas fixado nas políticas setoriais).

autônomas, distintas da orientação central, que possam divergir, em prejuízo do administrado, das políticas e estratégias de governo". Ele ainda acrescenta: "Os órgãos da Administração, mesmo que descentralizados, não têm autonomia decisória plena".

Os mecanismos de regulação dos quais poderá fazer uso a agência são essenciais para que, no plano material, haja clareza quanto ao modo pelo qual se efetivarão suas relações junto ao regulado e ao cidadão. Uma agência, ainda que com objeto bem definido e dotada de significativa independência, terá pouco alcance em sua atuação se não lhe forem outorgados instrumentos capazes de fazer frente aos múltiplos interesses regulados.

1.4 Funcionamento das agências reguladoras

A análise dos mecanismos de funcionamento das agências permite identificar como se promove a tomada de decisões no âmbito das mesmas.

Trata-se de uma das garantias essenciais do administrado e do regulado a fim de que bem sejam exercidas as competências outorgadas a esses órgãos. Uma das formas de se compensar a alegada deficiência de representatividade democrática das agências que decorre dos mecanismos que garantem sua independência em face do Poder Executivo, bem como de pô-las sob vigilância com vistas a que se mantenham neutras também em relação aos regulados, é dada exatamente pela criação de instrumentos que garantam a publicidade acentuada de seus atos e de seus procedimentos decisórios, bem como a permeabilidade a instrumentos aptos a controlar suas decisões, seja pela sociedade civil, seja pelos entes regulados – em suma, um processo decisório que “assegure a ampla participação dos interessados”, cuja aplicabilidade não deve ser remetida à escolha discricionária da própria agência,⁹ sob pena de permitir a elas que restrinjam ao máximo a participação.

Outras garantias são dadas pela criação de órgãos que, não obstante não disponham de competência para interferir nas decisões da agência ou alterá-las, tenham características ou prerrogativas especiais para o acompanhamento de suas ações, tais como as ouvidorias, as câmaras ou conselhos consultivos.

9. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, “Agências reguladoras e democracia”, *RDPE* 2/295, Ano 1, Belo Horizonte, Editora Fórum.

É certo que a Administração Pública em geral já está submetida ao princípio da publicidade e se sujeita a múltiplas formas de controle. É certo, ainda, que vem ganhando força um processo que dá regramentos que descrevem a forma como pode decidir a Administração Pública, como é exemplo a Lei de Processos Administrativos (Lei 9.784/1999).¹⁰ Nas agências reguladoras, porém, reclama-se grau maior de transparência nos processos decisórios, haja vista que, em face do caráter muitas vezes técnico de suas decisões, é difícil que os mecanismos tradicionais de controle dêem conta de fazê-lo eficazmente apenas sob a forma de análise das decisões finais. Há, ademais, não raro, significativa discricionariedade técnica nas decisões das agências, o que restringe o campo de incidência de mecanismos como o controle judicial ou, mesmo, do importante – porém dificilmente utilizado – instrumento da retirada de vigência dos atos normativos que excedam a competência regulamentar de que dispõe o Poder Legislativo por força do art. 49, V, da CF.

A ampla possibilidade de acompanhamento do processo decisório e a existência de mecanismos que imponham ao regulador o dever de “traduzir” suas decisões técnicas frente ao regulado e à sociedade civil são instrumentos importantes para legitimação das decisões desse órgão, que, por natureza, está sujeito a situações em que pode vir a se colocar em potencial confronto com o Poder Executivo, que, dada a independência das agências, não tem a possibilidade de forjá-las à sua imagem e ao seu alvedrio.¹¹

Já se alertou para o risco de simplesmente transferir para o seio da agência as velhas estruturas e concepções burocráticas do modelo de Estado anterior, o que, em vez de garantir que as inovações trazidas por tais órgãos produzissem efeitos positivos no fortalecimento e na qualificação da intervenção estatal, praticamente criaria “Estados

10. Neste sentido, tanto as agências como a processualização da Administração Pública são, ambas, reflexos de um mesmo processo de transformação do Estado e de suas funções. V., neste sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

11. Neste sentido bom exemplo dado pelo Direito Americano e pelo Direito Europeu, quando as consultas públicas são divulgadas com exposições de motivos, fundamentações e argumentos justificadores, e não apenas dos dispositivos que se quer ver transformados em normas.

soberanos e autônomos no país”, trazendo mais problemas que soluções.¹² Todos esses mecanismos de funcionamento constituem instrumentos para oferecer parâmetros à atuação das agências.

Por fim, ainda quanto ao funcionamento das agências, cumpre destacar as regras a elas impostas em matéria de licitações e contratos, tema no qual receberam tratamento específico.

2. AGÊNCIAS NO PLANO FEDERAL

2.1 Disposições comuns às agências reguladoras federais

Em 18.7.2000 foi sancionada a Lei federal 9.986, aqui qualificada como *Lei das Agências*. Nessa lei, afora o tratamento dado ao tema dos recursos humanos das agências reguladoras federais, diversas outras questões foram abordadas, iniciando um processo tendente à uniformização da disciplina jurídica incidente sobre tais órgãos – o que se verá a seguir.

Cumpre destacar, inicialmente, que boa parte das disposições da Lei das Agências referia-se ao *quadro de pessoal*, tema em relação ao qual – após suspensão da eficácia de vários dispositivos, no julgamento da ADI 2.310 pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou imprópria utilização do regime de empregos públicos (sem estabilidade, portanto) para o pessoal das agências – foi editada a Lei federal 10.871, de 20.5.2004, revogando os dispositivos cuja constitucionalidade havia sido suspensa.

Os cargos comissionados são de livre nomeação e exoneração da instância de deliberação máxima da agência. Isso significa dizer que não é dado ao dirigente máximo da agência isoladamente o exercício de tal incumbência (art. 3º).

2.1.1 Direção por um colegiado, conselho diretor ou diretoria

Os conselheiros ou diretores serão brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especiali-

12. Cf. Nelson Jobim, palestra no seminário *Agências Reguladoras – O Novo Modelo Regulatório e seu Aperfeiçoamento*, Instituto Hélio Beltrão, dezembro/2000, p. 48.

dade dos cargos para os quais serão nomeados. A Lei das Agências não fixa o número de diretores, que varia de acordo com a lei específica de criação de cada órgão. Os dirigentes são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da CF.

Os dirigentes são nomeados para o exercício de mandato fixo, cuja duração é estabelecida nas leis específicas das agências.¹³ Cabe também à lei de criação dispor acerca da não-coincidência dos mandatos, o que faz fixando mandatos com duração distinta e excepcional na primeira composição das agências; comando que se soma à regra geral da Lei das Agências estabelecendo que, em caso de vacância no curso do mandato, o sucessor será investido apenas para completar o mandato interrompido.

Os dirigentes só perdem seus mandatos em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

No que toca ao processo administrativo disciplinar para imposição da perda de mandato, a Lei das Agências não estabelece a quem competem sua instauração e seu julgamento, lacuna que nem sempre é suprida nas leis específicas das agências. Apesar do silêncio legislativo, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.949 – que considerou inconstitucional, por ferir o princípio da separação dos Poderes, a lei de criação da AGERGS, que atribuía à Assembléia Legislativa a competência para julgar e destituir os dirigentes da citada agência – adianta posição a respeito. Compete, pois, ao Poder Executivo instaurar o processo, processar e julgar os dirigentes das agências com vistas à imposição da sanção de perda de mandato, cabendo ao Presidente da República a decisão final (que, a propósito, é sua mes-

13. Registre-se a iniciativa do Projeto de Reforma da Lei das Agências, já citada, que pretende unificar os mandatos dos dirigentes em quatro anos, preservando os mandatos dos atuais dirigentes. Tal regra, por fixar mandato de mesma duração dos agentes políticos, trará como resultado a possível substituição de todos os dirigentes de uma agência durante o período em que transcorrer o mandato de um Presidente da República. Nesse sentido, pode-se dizer que o modelo em que podia haver mandatos de cinco anos tornava as agências menos alinhadas às posições do Poder Executivo, já que ao menos a quinta parte dos dirigentes só pode ser substituída pelo segundo governante eleito após sua nomeação.

mo tratando-se dos servidores da Administração Pública em geral – cf. art. 141, I, da Lei 8.112/1990).

Não há disposição geral quanto à possibilidade, ou não, de recondução de um conselheiro ao término de seu mandato, o que depende das leis específicas que regem cada uma das agências.¹⁴

O presidente, diretor-geral ou diretor-presidente da agência será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do colegiado que dirige o órgão (conselheiros ou diretores), sendo investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação. Daí decorre que, como norma geral, não há garantia de mandato fixo para o dirigente máximo da agência. Como seu mandato é fixado no ato de nomeação (em decreto presidencial), aplicando-se o princípio do paralelismo das formas, um novo ato de semelhante hierarquia normativa (novo decreto) pode revogar ou alterar o anterior – o que torna possível ao Presidente da República substituir o dirigente máximo por outro dentre os dirigentes. Não se pode deixar de destacar que a garantia de mandato a seus dirigentes máximos aumentaria o grau de independência das agências.¹⁵ Vale destacar, porém, que a substituição do presidente, diretor-geral ou diretor-presidente não implica perda do mandato de conselheiro ou diretor daquele que antes exercia a direção máxima da agência.

A Lei das Agências prevê, ainda, um período de quarentena imposto e, ao mesmo tempo, garantido aos ex-dirigentes. Seu art. 8º

14. O Projeto de Reforma da Lei das Agências pretende unificar o tratamento da matéria, prevendo a possibilidade de uma única recondução aos dirigentes das agências.

15. Iniciativa neste sentido consta do Projeto de Reforma da Lei das Agências, que pretende não apenas fixar prazo para o mandato dos dirigentes máximos das agências, como também estabelecer que o término de sua vigência ocorra "entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República". Trata-se de proposta cautelosa que, ao mesmo tempo garante que durante pelo menos um ano o dirigente máximo mantenha posições que ainda representam o governo anterior, mas que também impede que, por uma manobra, se fixasse que o término do mandato do dirigente máximo ocorresse ao final do mandato do Presidente da República, impedindo que houvesse convergência entre ambos durante todo o mandato, medida que já se afigura como excessiva, tendo em conta que já a maioria ou parcela significativa dos demais dirigentes representarão o governo anterior.

dispôs que: “O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato” – impondo restrições à atuação do ex-dirigente. Garantiu, outrossim, a mesma lei que o ex-dirigente faça jus à sua remuneração durante esse período de quatro meses (que pode corresponder a férias não-gozadas), a título compensatório, sem impor a ele o dever de seguir prestando serviços à agência ou a outro órgão público. Uma condição é imposta na lei para que se apliquem as restrições e direitos citados: o ex-dirigente deve ter cumprido ao menos seis meses de seu mandato. Assim, o voluntário desligamento do dirigente ou sua punição ocorrida em prazo inferior a este não geram as restrições próprias da quarentena. Ver-se-á que as leis específicas das agências contêm regras complementares a estas quanto ao tema da quarentena.

A Lei das Agências dispõe, ainda, acerca do cargo de ouvidor. Ela não obriga que todas as agências reguladoras tenham, em sua estrutura, tal cargo. Limita-se a dispor sobre o cargo comissionado que exercerá, bem como a estabelecer que a lei de criação de cada agência definirá as atribuições do ouvidor, assegurando-se-lhe autonomia e independência de atuação e condição plena para desempenho de suas atividades. Conquanto tenha remetido à lei específica, o dispositivo ao menos fornece elementos para a interpretação das regras constantes de tais leis; ou seja, há de se buscar sempre interpretação das mesmas que mais se harmonize com o cumprimento dos propósitos previstos na Lei das Agências (o que não implica – frise-se – que, na ausência de disposições específicas, se considere obrigatória a observância desses propósitos).¹⁶

Em prestígio à autonomia das agências, prevê a Lei 9.986/2000 que estas poderão desenvolver sistemas próprios de administração de recursos humanos, inclusive cadastro e pagamento, sendo obrigatória a alimentação dos sistemas de informações mantidos pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC, bem como que podem edi-

16. Mais uma vez há esforço unificador no Projeto de Reforma da Lei das Agências, que pretende tornar obrigatória a presença do ouvidor nas agências e estabelece a competência do Presidente da República para nomeá-lo, além de vedar que a ouvidoria seja função acumulável com outra função diretiva no órgão.

tar regulamento próprio de licitações de bens e serviços (excetuadas as contratações referentes a obras e serviços de Engenharia), incluindo as modalidades de consulta e pregão tal qual previstas na Lei 9.472/1997. Calha destacar, a propósito, que a Lei das Agências expressamente remete (em seu art. 37) à aplicação das regras que constam dos arts. 55 a 58 da Lei 9.472/1997 – o que implica dizer que a modalidade “pregão” aplicável às agências reguladoras federais não é a mesma objeto da Lei 10.520/2001, haja vista distinções importantes entre as mesmas, especialmente quanto à forma de convocação e ao universo de potenciais licitantes aos quais se dirigem.¹⁷

No seu art. 23 a Lei 9.986/2000 estabeleceu que compete à própria agência a edição de determinados regulamentos versando sobre seu funcionamento interno. Essa regra, vale dizer, limita-se aos regulamentos expressamente previstos nessa mesma lei, ou seja, (a) as disposições quanto à substituição dos dirigentes em seus impedimentos, afastamentos ou no período de vacância; (b) regulamentos relacionados ao quadro de pessoal, versando sobre os concursos públicos, a estruturação, classificação, distribuição de vagas e requisitos dos empregos públicos e critérios de progressão de seus empregados; e (c) o regulamento próprio de licitações, já mencionado. Isso implica dizer que não foi excluída a hipótese de se prever que caiba a outrem, não à própria agência, a elaboração de seu regulamento ou de seu regimento interno.¹⁸

17. A modalidade “pregão” prevista na Lei 9.472/1997 admite que sejam convidados a participar apenas as empresas previamente cadastradas, exigindo-se a convocação pública apenas para bens ou serviços de alto valor (definidos como tais em regulamento da agência), quando houver menos de cinco empresas cadastradas, quando objetivo ao registro de preços ou em outras hipóteses definidas pelo órgão dirigente da agência.

18. O Projeto de Reforma da Lei das Agências pretende tornar obrigatória para todas as agências reguladoras a existência de contratos de gestão e de desempenho voltados ao acompanhamento da gestão e avaliação do seu desempenho – o que, a nosso ver, enseja sério risco de comprometimento da independência da agência, ao menos na forma como estipulado no referido projeto, ainda que suprimida sua vocação de “controle” da atuação administrativa da agência, inicialmente previsto no anteprojeto submetido pelo Poder Executivo a processo de Consulta Pública (publicado no *DOU* 23.9.2003). Ademais, consoante a prescrição do art. 37, § 8º, da CF (redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998), pode-se sustentar que o contra-

A par de todas essas disposições comuns aplicáveis às agências reguladoras federais, há inúmeras hipóteses em que outras disposições constantes das leis específicas das agências versam sobre a mesma matéria. Há situações, então, em que leis especiais prevalecem sobre as disposições gerais da Lei 9.986/2000 – o que se verá a seguir, na análise individualizada das agências federais. É natural, porém, que após quase uma década de funcionamento das primeiras Agências, se observe tendência à unificação no trato de matérias que, no ato de criação de cada Agência, receberam tratamento diverso, muitas vezes distinto da tendência à maior proximidade com órgãos que antecederam cada uma das Agências.

Além da Lei das Agências, outras leis de caráter geral incidem sobre todas as agências reguladoras criadas no âmbito federal, valendo destacar, em especial, as leis dispostas sobre controles formais e materiais dos atos da Administração Pública, tais como a Lei 4.117/1965 (ação popular) e a Lei 8.443/1993 (Tribunal de Contas da União), além de leis gerais como a Lei de Processos Administrativos (Lei 9.784/1999) e a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), com as exceções já mencionadas.

Passa-se, visto isso, a analisar individualmente os regramentos específicos incidentes sobre as agências criadas no plano federal.

2.2 ANATEL

2.2.1 Criação e objeto

A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) teve sua criação prevista na Emenda Constitucional 8/1995, que alterou a redação do inciso XI do art. 21 da CF. Esse dispositivo textualmente afirmou que seria editada lei disposta, entre outros temas, sobre a criação de um órgão regulador para tratar dos serviços de telecomunicações. Essa lei, que só foi aprovada quase dois anos depois da promulgação da Emenda Constitucional, foi a Lei 9.472, de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

to de gestão foi concebido para ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira, e não para reduzi-la.

No que toca ao seu objeto, à ANATEL foram outorgadas competências para regular o setor de telecomunicações no país. Na expressão da lei, cabe a ela “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras”. O conceito de “telecomunicações” é definido na Lei Geral como sendo “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Nesse setor, a Agência dedica-se a administrar contratos de concessões oriundos do antigo monopólio estatal do Sistema TELEBRÁS, desfeito a partir do processo de desestatização previsto na mesma LGT, em cujos serviços a União segue assumindo a obrigação de garantir a existência, continuidade e universalização, passando pela regulação de serviços prestados no regime privado, campo no qual a intervenção estatal tem caráter menos incidente sobre a atividade dos particulares, e pela administração dos recursos do espectro radioelétrico e da órbita, bens públicos de propriedade da União.

É necessário destacar, ainda, o disposto no inciso I do art. 19 da lei de criação do órgão, que estabelece competir a ele o papel de “implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Telecomunicações”. Esse dispositivo, central para o marco regulatório, deixa claro que não é papel da Agência a formulação de políticas do setor. Tais políticas, segundo o art. 1º da mesma lei, são formuladas em conjunto pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Pode-se entender que, afora as políticas emanadas diretamente de texto legal (e, portanto, com a intervenção do Poder Legislativo), aquelas que seriam formuladas pelo Poder Executivo estariam circunscritas ao que se encontra arrolado no art. 18 da mesma lei – (a) definir quando um serviço será, ou não, prestado no regime público; (b) aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; (c) aprovar o plano de metas de progressiva universalização dos serviços prestados no regime público; e (d) autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações. Não obstante esse entendimento, extraído

da LGT, a edição do Decreto 4.733, de junho de 2003, foi além desses limites e por meio dele o Poder Executivo fixou o que qualificou de objetivos e diretrizes para cumprimento da ANATEL, incluindo imposições quanto à regulamentação do serviço prestado em regime público (telefonia fixa).

Ainda junto à identificação das áreas temáticas sob a competência da ANATEL, principiada com a simples definição do conceito de “telecomunicações”, é de se acrescentar que o art. 61 da Lei 9.472/1997 define os chamados *serviços de valor adicionado* como sendo “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”, cujo exemplo típico são os serviços de provimento de acesso à Internet. A lei estabelece que tais serviços não constituem serviços de telecomunicações – e, por essa razão, não são regulados pela Agência. Cabe a ela, apenas, assegurar aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de tais serviços, o que se faz disciplinando os condicionamentos, assim como o relacionamento entre os interessados (usuários e provedores de acesso à Internet) e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

A LGT, em seu art. 211, também exclui da alçada da ANATEL a competência para outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagem, os quais permanecem no âmbito de competências dos Poderes Executivo e Legislativo. Em matéria de radiodifusão incumbe à Agência apenas elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais bem como fiscalizar, quanto aos aspectos técnicos, as respectivas estações.

Vale destacar, ainda, que à ANATEL não é dado regular o conteúdo das comunicações, seja nos serviços de radiodifusão, seja nos demais serviços de telecomunicações. Nesse campo, os deveres da ANATEL voltam-se a velar pelo respeito ao direito dos usuários ao sigilo de suas comunicações – um direito consagrado em regra constitucional e reproduzido na LGT – bem como a regular, sob o aspecto técnico, as hipóteses constitucionais em que esse sigilo deva ser quebrado, por ordem de autoridade competente.

2.2.2 Independência

Em matéria de independência, a ANATEL é, dentre todas as agências reguladoras criadas no país, certamente aquela em que essa característica se vê mais reforçada por disposições legais. O § 2º do art. 8º da LGT sintetiza a garantia dessa independência afirmando como características da Agência “a independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira” – temas que são abordados adiante.

No que toca a seus dirigentes aplicam-se as regras gerais constantes da Lei das Agências, já analisadas no item 2.1, complementados ou excepcionados por disposições específicas da LGT. Os dirigentes da ANATEL são denominados “conselheiros”, e são em número de cinco. Seu mandato é de cinco anos de duração, renovando-se um a cada ano. É permitida a recondução dos conselheiros ao término de seus mandatos.

Em matéria de quarentena a LGT contém regra que complementa o disposto na Lei das Agências, prevendo que durante o período de um ano é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência, disposição que complementa e há de ser interpretada juntamente com o disposto na Lei das Agências. Não há previsão de remuneração devida ao ex-conselheiro nesse período. Assim, considerando o disposto na Lei das Agências, o ex-conselheiro da ANATEL sujeita-se a um período inicial de quatro meses durante o qual está sujeito a incompatibilidades de maior vulto (impossibilidade de atuar no setor de telecomunicações) e faz jus a remuneração. Nos oito meses subseqüentes passa a estar sujeito apenas à vedação de representar pessoa ou interesse perante a Agência, mas em compensação não tem direito à remuneração.

2.2.2.1 Submissão a outros órgãos

Em matéria de submissão a outros órgãos a LGT é pródiga ao afirmar a independência da ANATEL. O já mencionado art. 8º, § 2º, afirma sua ausência de subordinação hierárquica, o art. 9º dispõe que a Agência atuará como “autoridade administrativa independente” e o art. 19, XXV, que a ela cabe decidir em último grau sobre as matérias

de sua alçada. Nesse aspecto valem as ressalvas feitas no item 2.1, supra. As relações diretas da Agência para com o Poder Executivo limitam-se à sua prerrogativa de sugerir ao Presidente da República alteração nas políticas públicas do setor, bem como à obrigação de enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional e apresentar ao Ministério a proposta de orçamento para a Agência.

Não obstante as disposições legais, a edição do Decreto 4.733, de junho de 2003, bem como do Decreto 5.581, de novembro de 2005, que incumbiu o Ministério das Comunicações de “formular e propor políticas, diretrizes, objetivos e metas, bem como exercer a coordenação da implementação dos projetos e ações respectivos, no âmbito do programa de inclusão digital”, marcaram um período de subordinação mais explícita da ANATEL ao Ministério das Comunicações.¹⁹ O quadro legal vigente autorizaria alguma resistência da parte da ANATEL a essa verdadeira intervenção do Ministério, mas isso não se verificou, denotando que ainda se está distante da desejada independência.

Por fim, vale destacar que a ANATEL não está vinculada a qualquer conselho setorial incumbido da formulação de políticas para as telecomunicações. Conforme já dito, a formulação de tais políticas cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

2.2.2.2 Coordenação com outros órgãos

A LGT contém vários dispositivos prevendo campos de necessária interface entre o órgão regulador das telecomunicações brasileiras e outros órgãos da Administração Pública.

19. Exemplo em que essa subordinação ao Ministério das Comunicações se deu é a Resolução n. 432, de fevereiro de 2006, aprovada pelo órgão regulador em prazo recorde de apenas um dia, sem prévio processo de consulta pública, por meio da qual a ANATEL cumpriu “sugestão” formulada na véspera em ofício oriundo do Ministério das Comunicações suspendendo por um ano a implementação de medida que vinha sendo debatida há cerca de quatro anos no órgão regulador.

No campo da radiodifusão, mantidas as competências do Ministério das Comunicações, foram outorgadas à ANATEL competências para fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das estações transmissoras, bem como para a administração do espectro radioelétrico. Isso exige coordenação entre Agência e Ministério. As outorgas de concessões ou permissões para a prestação de serviços de radiodifusão dependem, para sua efetividade, da conseqüente outorga de autorizações de uso de faixas de radiofrequência, além do licenciamento das estações transmissoras (inclusive com o recolhimento das taxas devidas ao FISTEL – em benefício da ANATEL). Assim, os prestadores desses serviços dependem da intervenção não só do Ministério das Comunicações e do Congresso Nacional (cf. art. 223 da CF), mas também da ANATEL, que mantém os planos básicos de canais bem como expede as autorizações de uso de radiofrequência e licencia as estações.

Outra coordenação existe no campo da defesa da ordem econômica. À ANATEL incumbe submeter ao CADE as infrações à ordem econômica e os atos de concentração. Isso consta da LGT (art. 7º, § 2º) e do Regulamento da Agência (Decreto 2.338/1997) e foi conformado pela Norma n. 7/1999 editada pela ANATEL, que veio a confirmar as competências do CADE. Vale destacar, ainda, que: (a) a ANATEL tem a prerrogativa de adotar medidas urgentes em face de atos contrários à ordem econômica; bem como que, (b) de acordo com os entendimentos do CADE,²⁰ apesar de a ANATEL exercer competências equivalentes àquelas atribuídas à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) em outros setores da economia, não está excluída a intervenção da SDE nos processos envolvendo o setor de telecomunicações.

Outro campo em que se dá a necessária coordenação entre a ANATEL e outros órgãos é o das normas quanto ao compartilhamento de infra-estrutura. A LGT garante (art. 73) a parte das prestadoras de serviços de telecomunicações o direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de outros serviços de interesse público. Para efetivação desse direito,

20. Cf. Representação CADE 08700.003431/2001-31.

impôs-se que, de forma coordenada, a ANATEL, a ANP e a ANEEL editassem a Resolução, dispondo sobre o tema.²¹

À ANATEL foram dadas pela LGT as incumbências de representar o país junto a organismos internacionais de telecomunicações – o que deve fazer sob a coordenação do Poder Executivo –, bem como de promover interação com Administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum. São instrumentos que possibilitam a coordenação entre as Administrações no setor de telecomunicações pelo mundo, sendo que nesse setor há imperativos de uniformização das práticas tanto em razão de serviços de âmbito internacional, envolvendo a comunicação entre pontos situados em países distintos, quanto da impossibilidade de conter as emissões radioelétricas aos limites de um país, não interferindo em outros países, quanto, ainda, pelo fato de determinados equipamentos utilizarem os recursos da órbita (satélites), aptos a operar em diversos países. Ao lado desses imperativos de conveniência técnica, há também a conveniência econômica de se uniformizar usos dados ao espectro radioelétrico como forma de buscar a redução dos custos da produção de equipamentos transmissores e receptores.

2.2.2.3 Autonomia gerencial

Outro campo que trata da independência da ANATEL é aquele que diz respeito à sua autonomia gerencial, que inclui, entre outros, os temas da gestão de pessoal e das fontes de financiamento da Agência.

Quanto ao pessoal, o quadro efetivo de pessoal da Agência, só se pôde consolidar após a edição da Lei 10.871, de 20.5.2004, que dispôs “sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas agências reguladoras”. Antes disso, o impasse gerado pela suspensão da eficácia de lei que criava empregos públicos na ANATEL e em outras agências²² impedia a realização de concursos para provimento dos cargos da Agência.

21. Vigora, nesse sentido, a Resolução Conjunta 1/1999 editada pelas três Agências.

22. ADI 2.310.

No que diz respeito às fontes de financiamento, a ANATEL sustenta-se fundamentalmente por receitas oriundas do FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, instituído pela Lei federal 5.070/1966, dentre as quais destacam-se, como mais relevantes, as receitas relativas: (a) ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenizações; (b) as relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive pagamentos pela expedição de autorização de serviço, multas e indenizações; (c) as relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radiofrequência para qualquer fim, inclusive multas e indenizações; e (d) as taxas de fiscalização.

Problema vivido pela ANATEL, bem como por outras agências, é que o Poder Executivo tem competência para promover o contingenciamento dos recursos, em conformidade com o que prevê o art. 9º da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), impondo restrições aos empenhos e às movimentações financeiras das receitas de tais órgãos – o que mitiga a garantia que havia sido dada aos órgãos reguladores, elemento central para sua atuação independente.

2.2.3 Os mecanismos regulatórios

A ANATEL dispõe de diversos instrumentos para regular o setor de telecomunicações.

Cabe a ela editar normas (a) sobre outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; (b) sobre o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas; (c) sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; (d) sobre os equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações; (e) sobre requisitos de certificação de produtos de telecomunicações; (f) sobre a busca da compatibilidade, da operação integrada e da interconexão entre as redes de serviços de telecomunicações, abrangendo inclusive os equipamentos terminais.

À ANATEL é dado compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações e reprimir as infrações a direitos dos usuários (apreciando os conflitos entre

usuários e prestadoras), sendo certo que se prevê a possibilidade de atuação da Agência na condição de árbitro, com efeito de excluir a futura reapreciação da decisão em juízo (quando voluntariamente as partes aceitarem como vinculante a decisão que vier a ser proferida²³), nos termos previstos na Lei 9.307/1996.

A competência para exercer o poder de polícia no setor de telecomunicações, fiscalizando-o, é outorgada à ANATEL. Ao órgão regulador cabe fiscalizar e aplicar as sanções em relação aos temas por ele regulados. É dele também a incumbência para autorizar, conceder ou permitir a prestação de serviços de telecomunicações, realizando as licitações, quando exigidas. Vale ressaltar que a LGT outorgou à ANATEL prerrogativa para realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência; mas o dispositivo que o previa, o inciso XV do art. 19, teve sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de medida cautelar na ADI 1.668, ainda pendente de julgamento.

São limitadas as possibilidades de a Agência impor barreiras de entrada a novos prestadores no setor. Para os serviços prestados no regime privado essas barreiras só podem existir se houver impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (cf. art. 136 da LGT). Para os serviços prestados no regime público o planejamento das outorgas é tarefa do Poder Executivo, definindo o número máximo de prestadores. Por fim, o art. 71 admite que a Agência possa estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado. Essa é a regra mais ampla a admitir barreiras de entrada impostas pela ANATEL. Mesmo assim, trata-se do exercício de competência vinculada, dado que será ilegal a imposição de limitações que não estejam diretamente relacionadas à busca de incremento à competição.

23. Cf. art. 63, parágrafo único, do Regimento Interno da ANATEL.

Ainda dentre os instrumentos de regulação de que pode se valer a ANATEL estão o controle, revisão e fixação de tarifas dos serviços de telecomunicações prestados em regime público.

2.2.4 Funcionamento da Agência

2.2.4.1 Publicidade

A ANATEL sujeita-se, como qualquer outro órgão da Administração Pública, ao princípio da publicidade (previsto no art. 37 da CF). Sem embargo dessa regra geral – elidida apenas em situações excepcionais de informações protegidas pelo sigilo, relacionado à intimidade pessoal ou à defesa da segurança do país –, o que a LGT faz é ampliá-la, dispondo sobre a obrigatoriedade de a Agência manter disponível ao público, em sua biblioteca, inúmeras informações de interesse geral (atas das sessões do Conselho Diretor, minutas de atos normativos, bem como críticas e sugestões feitas pelo público em geral e os acordos de interconexão).

A lei, de forma explícita, afirma que os documentos não-sigilosos devem permanecer “abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca” (art. 39). A leitura do dispositivo remete à clara intenção do legislador de ampliar a publicidade da Agência. Não obstante isso, a ANATEL muitas vezes adota procedimentos que negam vigência a esse dispositivo, entendendo ter margem de discricionariedade para opor restrição ao acesso a documentos.²⁴ De um lado, a exigência da ausência de formalidades não é respeitada, já que a Biblioteca sequer atende a solicitações de quem a ela comparece, exigindo sempre que, antes, se formalize, por meio eletrônico, qualquer solicitação de acesso a documentos. De outro, o dispositivo é distorcido para fixar que a publicidade de autos de processos só seja possível na Biblioteca. Ou seja, apenas a Biblioteca é efetivamente pública e acessível ao cidadão, e até às partes e seus advogados, nos processos

24. Exemplo aberrante desta distorção está na prática – não exclusiva da ANATEL, diga-se, em justiça – de retirar documentos dos autos antes de franquear vistas ao interessado, sob o argumento de que se trata de documentos ainda internos.

em curso perante a Agência. Trata-se de claro desvio na atuação do órgão regulador, a ser corrigido.

2.2.4.2 Processo decisório

O processo decisório da Agência é, também, objeto de disposições que garantem a participação dos cidadãos e dos regulados. É o que se verifica por meio da exigência de prévia consulta pública dos atos normativos, constante do art. 42 da LGT.

A publicidade dos processos decisórios também tem previsão dada pelo § 2º do art. 21 da LGT. Segundo ele, as sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicações serão públicas, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Não há, porém, afora as próprias sessões deliberativas, qualquer previsão legal da realização de audiências públicas para apresentação e debate de questões de maior envergadura. Fica a critério da própria Agência a decisão de promover, ou não, esse debate público, quando e se entender necessário – o que não necessariamente garante a eficácia do mecanismo, conforme já destacado no item 2.1.²⁵

2.2.4.3 Órgãos especiais

No que diz respeito aos órgãos especiais da ANATEL, existe a previsão de funcionamento de uma Ouvidoria e do Conselho Consultivo.

O ouvidor exerce cargo comissionado, é nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução. Em termos de “autonomia e independência de atuação e condição plena para desempenho de suas atividades”, aludidos na Lei 9.986/2000 (art. 11, parágrafo único), a LGT limita-se a afirmar que o ouvi-

25. Nesse sentido, até 2003 (em quase seis anos de existência do órgão), apenas oito temas foram considerados relevantes a ponto de suscitar a realização de audiências públicas (cf. www.anatel.gov.br). Nos três anos e meio seguintes, até meados de 2006, foram treze os temas objeto de audiências públicas, utilizadas em complemento aos processos de formal consulta pública.

dor terá “acesso a todos os assuntos” e contará “com o apoio administrativo de que necessitar”. Não há regra, a propósito, acerca das hipóteses de perda de mandato do ouvidor ou da possibilidade de sua substituição, pelo Presidente da República, por outrem. Ainda assim, considerando o disposto na Súmula 42 do Supremo Tribunal Federal, que trata dos cargos de reitor de Universidade, e considerando que no caso destes as leis se limitam a outorgar o mandato fixo (sem outras regras quanto à sua estabilidade), é possível sustentar que o mandato fixo previsto na LGT basta para impedir a livre exoneração do ouvidor por decisão discricionária do Presidente da República.

No setor de telecomunicações existe, ainda, um Conselho Consultivo, considerado um “órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência”. Ele é composto por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade. Suas funções resumem-se à emissão de juízo crítico quanto a decisões da Agência e a seu relatório anual, requerer informações e fazer proposições sobre matérias de competência do órgão regulador.

2.3 ANP

2.3.1 Criação e objeto

A ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a exemplo da ANATEL, teve sua criação prevista em emenda constitucional, a Emenda Constitucional 9/1995, que alterou a redação do art. 177 CF. Esse dispositivo passou, em seu § 2º, III, a prever que lei disporia sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União na área do petróleo. A lei de criação da Agência foi a Lei 9.478, de agosto de 1997, a Lei do Petróleo.

À ANP foram outorgadas competências para promover a regulação (no sentido do exercício da competência normativa, apenas²⁶), a

26. Nesse sentido: Carlos Ari Sunfeld. “Regime jurídico do setor petrolífero”, in Carlos Ari Sunfeld (org.), *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 392.

contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo no país, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Isso envolve desde a regulação dos serviços de Geologia e Geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, passa por toda a cadeia de exploração da indústria do petróleo com os aspectos geológicos, ambientais, tarifários, chegando até seu limite, na distribuição e comercialização dos produtos finais, com a regulação, autorização e fiscalização das atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis.²⁷ Incumbe também à Agência fixar os critérios de distribuição dos *royalties* devidos aos Municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. Cabe a ela, ainda, firmar contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e expedir as autorizações para o exercício das demais atividades do setor (importação e exportação, refino, transporte, distribuição e revenda).

Por suas competências na área de combustíveis e considerando os objetivos voltados à diversificação da matriz energética do país, atribui-se à ANP, ainda, a função de órgão regulador dos biocombustíveis, que são os combustíveis derivados de biomassa renovável capaz de substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil, incluindo-se, aí, a competência para regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel.

No setor de petróleo a ANP tem a missão de regular a relação entre o maior operador nacional do setor, que é estatal – a PETROBRÁS – e seus concorrentes. Deve fazê-lo sem que os interesses da empresa quase-monopolista venham a inviabilizar os competidores. Cumpra a ela impedir que a conjuntura política ou maiorias políticas de ocasião venham a comprometer a sustentabilidade do setor no prazo longo, isso em área da atividade econômica altamente sensível às intempéries do quadro internacional – com reflexos diretos na oferta e no

27. Onde a ANP encontra limitações no tocante à regulação do gás canalizado, pois esta é de competência dos órgãos reguladores estaduais, nos termos do art. 25, § 2º, da CF.

preço do petróleo no mercado internacional. Deve, por fim, em matéria de *royalties*, arbitrar os conflitos entre os Municípios que, a depender dos critérios fixados pela Agência, são credores de maior ou menor receita. Sua independência do Poder Executivo volta-se a imunizar as decisões, que devem ter caráter técnico, dos interesses de quem é o controlador da maior empresa do setor – e que tem preocupações outras como o controle inflacionário –, no campo das tarifas e dos preços praticados no setor. Volta-se, ainda, a permitir que essa mesma imunização permita a fixação de critérios objetivos e técnicos na partilha dos *royalties*, entre muitas outras decisões técnicas que está jungida a tomar.

Novamente se está diante de setor no qual há diretriz política, fruto da necessidade econômica, do influxo de investimentos privados. Estes dependem de um quadro regulatório estável, do qual a criação e o fortalecimento de uma agência reguladora independente fazem parte.

Cumpra destacar que, assim como a já analisada ANATEL, a ANP não tem competência para formular políticas no setor. A Política Nacional de Petróleo e Gás Natural, contida na Política Energética Nacional, deve ser fixada pelo Conselho Nacional de Política Energética, colegiado vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro das Minas e Energia. Cabe, no entanto, à ANP não só a implementação de tais políticas, como também a sugestão de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, atenta à busca da modicidade tarifária e da confiabilidade do sistema elétrico nacional.

2.3.2 Independência

2.3.2.1 Dirigentes

Além das regras gerais da Lei das Agências (v. item 2.1), aplicam-se as seguintes regras aos dirigentes da ANP. Seu órgão diretivo máximo é a Diretoria, composta por cinco diretores, um dos quais é o diretor-geral. O mandato dos diretores tem a duração de quatro anos e há renovação anual, sendo que há anos em que dois diretores são

substituídos ao mesmo tempo. É permitida a recondução dos conselheiros ao término de seus mandatos. Aplicam-se ao diretor-geral da ANP as regras previstas na Lei das Agências no sentido da sua livre escolha e substituição por ato do Presidente da República. Não há garantia de mandato fixo para o cargo de diretor-geral. A propósito dessa assertiva, vale acrescentar que o disposto no art. 75 da Lei 9.478/1997 não a infirma. É que, apesar de prever o prazo do mandato do diretor-geral (três anos), tal regra tinha incidência apenas transitória (aplicando-se apenas à primeira Diretoria da Agência). Se dúvida houvesse quanto a essa interpretação, o advento da Lei 9.986/2000, com a expressa regra do seu art. 5^a, parágrafo único, dirimiu-a, deixando clara a prerrogativa do Presidente da República para os mandatos subseqüentes. As condições para a perda de mandato são as mesmas já mencionadas no regramento uniforme previsto na Lei das Agências. A Lei da ANP havia sido vetada (art. 12) parcialmente no que toca à exigência de justa causa para a perda de mandato dos diretores. Com o advento da Lei 9.986/2000 a exigência de justa causa foi imposta.

A Lei do Petróleo contém regra específica a respeito da quarentena, que amplia as restrições e as compensações previstas na Lei das Agências. O ex-diretor da ANP fica impedido, por um período de 12 meses, contados da data de sua exoneração, de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante da indústria do petróleo ou de distribuição, garantindo-se a ele o direito ao recebimento de remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu caso continue prestando serviços à ANP ou a qualquer órgão da Administração direta da União, durante esse período. Apesar das disposições sobre a matéria na lei de regência da ANP, é lícito sustentar que pode o ex-dirigente optar pelo regime da Lei das Agências, pelo qual tem direito a receber durante quatro meses a remuneração independentemente de prestar serviços à ANP ou a outros órgãos. Essa leitura é consentânea com o direito à compensação previsto na Lei das Agências e, é certo, não exclui as vedações para atuar no setor durante os 12 meses (aplicando-se nesse aspecto a lei específica). Outrossim, vale também a regra geral da Lei 9.896/2000 no que toca à limitação do alcance da regra ao dirigente que tenha cumprido pelo menos seis meses de mandato (art. 8^a, § 3^o).

2.3.2.2 Submissão a outros órgãos

Em matéria de submissão a outros órgãos, é de se destacar que não há na Lei do Petróleo – exceção feita à natureza autárquica – disposições que, a exemplo do que ocorre com a ANATEL, estejam voltadas a garantir a independência da ANP no que concerne à submissão a outros órgãos, não havendo previsão de restrição à revisão das decisões do ANP pelo Poder Executivo. Demarca-se, ainda, o fato de que há previsão de que a competência normativa regulamentar sobre o setor regulado pela ANP seja exercida pelo Presidente da República, e não pela Agência, como ocorre com o tema do procedimento sancionatório utilizado pela ANP no exercício da regulação, que é objeto do Decreto 2.953/1999; assim como com o tema das participações financeiras governamentais na exploração do petróleo e gás e sobre a exportação do petróleo, derivados e gás, os quais são objeto do Decreto 2.705/1998.

2.3.2.3 Coordenação com outros órgãos

A ANP obedece a imperativos de coordenação junto a outros órgãos da Administração.

Na esfera da defesa da ordem econômica, a ANP tem apenas o dever de informar imediatamente ao CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça os fatos que possam configurar indício de infração da ordem econômica dos quais tenha conhecimento. O CADE, por sua vez, aplicando sanções por infrações cometidas no setor do petróleo, deve comunicar em 24 horas a ANP para a adoção, por esta, das providências cabíveis na sua alçada de competências. Em adendo a tais previsões legais, registre-se a existência de Acordo de Cooperação Técnica entre ANP, SDE e CADE, que trata da elaboração de pareceres e notas técnicas pela ANP a respeito do assunto.

Conforme já apontado anteriormente (item 2.2.2.2), outro campo em que se dá a necessária coordenação com outros órgãos é o das normas quanto ao compartilhamento de infra-estrutura, regulado conjuntamente pela ANP, pela ANEEL e pela ANATEL. Por outro lado, a ANP também atua de forma coordenada com o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, com vistas a regular os sistemas de medição de petróleo e gás natural.

A ANP obedece, ainda, a imperativo de articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE. A ANP também participa do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, que funciona no âmbito do Ministério de Minas e Energia, que tem por função precípua acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional. Sobre o tema, vale dizer que na experiência internacional há casos de um único órgão regulador cuidar do setor energético como um todo, abrangendo o setor elétrico e o setor petrolífero. Isso não ocorre no Brasil, haja vista que o gás natural (sob a regulação da ANP), que poderia se constituir no principal elo de ligação entre os setores, não é o componente majoritário da geração de energia elétrica no país, fazendo com que haja substanciais distinções entre as áreas de energia elétrica e de petróleo. Não discrepa desta cisão na regulação na área de energia o fato de aquela que inicialmente era apenas o órgão regulador do petróleo e do gás, agora envolva também os biocombustíveis. O corte atual da legislação brasileira se dá entre a regulação dos combustíveis e a regulação da geração, transmissão e distribuição de energia, esta última a cargo da ANEEL.

Ainda em matéria de coordenação, na Lei do Petróleo há previsão de que a Agência atue tanto no sentido da descentralização de suas atividades, com a instalação de unidades administrativas regionais, quanto do estabelecimento de convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios com vistas a atuar na fiscalização das atividades relacionadas com o abastecimento de combustíveis.

2.3.2.4 Autonomia gerencial

Em matéria de autonomia gerencial, cumpre destacar que não é na Lei do Petróleo, mas apenas no Decreto 2.455/1998, que se afirma a autonomia administrativa da ANP. Esse mesmo decreto, por seu turno, outorga à ANP a prerrogativa de alterar as disposições do seu Regimento Interno “nos itens relacionados com a gestão administrativa da autarquia”.

De todo modo, a autonomia gerencial, ainda que não realçada na Lei do Petróleo, decorre da própria natureza autárquica do órgão, *ex vi* do art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967. Lá já se prevê que é próprio das autarquias que tenham “personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Em relação ao seu quadro de pessoal, a ANP experimenta situação similar à da ANATEL, com a estruturação de seus recursos humanos estáveis posterior à edição da Lei 10.871, de maio de 2004.

No que diz respeito às fontes de financiamento, além das dotações orçamentárias em geral, de recursos provenientes de convênios ou congêneres e receitas como doações, a ANP tem recursos específicos, provenientes do setor regulado, correspondentes a parcela do valor arrecadado a título de participação governamental devida pelos concessionários de exploração de petróleo no país. Uma das participações é definida na Lei de Petróleo e nos editais licitatórios, e corresponde ao chamado “pagamento pela ocupação ou retenção de área”; outra participação é prevista na Lei de Petróleo, mas depende de confirmação na lei orçamentária: refere-se à parte dos valores arrecadados a título de “bônus de assinatura” e “participação especial”, valores, esses, todos, previstos no art. 45 da Lei 9.478/1997 e detalhados no Decreto 2.705/1998.²⁸

Sem que lhe proporcione arrecadação, cabe à ANP papel relevante na regulamentação necessária à arrecadação e à repartição das receitas da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

28. Segundo dispõe o Decreto 2.705/1998, o *bônus de assinatura* corresponde ao montante ofertado pelo licitante vencedor na proposta para obtenção da concessão de petróleo ou gás natural, não podendo ser inferior ao valor mínimo fixado pela ANP no edital de licitação; a *participação especial* constitui compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, e será paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção; bem como o edital e o contrato de concessão dispõem sobre o *pagamento pela ocupação ou retenção de área*, a ser apurado a cada ano civil, a partir da assinatura do contrato de concessão, e pago em cada dia 15 de janeiro do ano subsequente.

(CIDE) incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados.

Registre-se, novamente, a questão do contingenciamento dos recursos a que está sujeita a Agência, o que limita a eficácia dos dispositivos legais garantidores da receita – e conseqüente autonomia financeira – para a Agência.

2.3.3 Os mecanismos regulatórios

Os mecanismos de que se vale a ANP para regular a indústria do petróleo incluem sua competência normativa, o exercício do poder de polícia, restrições à entrada de novos operadores e o estabelecimento de critério para o cálculo de tarifas.

Cabe a ela o exercício de ampla competência normativa sobre o setor do petróleo no país, observando as políticas para o setor de petróleo em vigor e não invadindo a seara de competência reservada, pela Lei do Petróleo, ao Presidente da República, a quem incumbe, por exemplo, dispor sobre o tratamento da importação do petróleo e a fixação da participação dos Estados, Municípios e União no produto da exploração do petróleo e estabelecer os critérios para o cálculo dos *royalties*.

À ANP é dado intervir com vistas à solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, devendo fazê-lo com ênfase na conciliação e no arbitramento.

Tem competência, ainda, a Agência para o exercício das funções de fiscalização e controle dos processos de distribuição e revenda de derivados de petróleo, sem contar a fiscalização quanto ao cumprimento fiel dos contratos de concessão por ela firmados. É igualmente atribuída à ANP a competência para realizar as licitações, além de outorgar as concessões e autorizações para empresas operarem no setor.

2.3.4 Funcionamento da Agência

2.3.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

Afora os imperativos gerais de publicidade, a Lei do Petróleo dispõe ser exigido que as sessões deliberativas da Diretoria da ANP que

se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo sejam públicas, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Afora isso – por previsão regulamentar constante do Decreto 2.455/1998 –, prevê-se a realização obrigatória de audiências públicas prévias sempre que decisões da Agência impliquem “efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor do petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo”. Tais audiências públicas voltam-se a dar transparência às ações da ANP e, especialmente, recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório, propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões, bem como identificar todos os aspectos relevantes à matéria, objeto da audiência pública.

Esse mesmo processo de audiência pública é exigido nas hipóteses em que a ANP discuta o teor de anteprojeto de lei, sendo que nessa hipótese o processo depende de prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Acrescente-se, por fim, que nem a Lei do Petróleo nem a estrutura regimental da Agência definida no Decreto 2.455/1998 contém previsão da criação de Ouvidoria ou de Conselhos Consultivos. No âmbito da própria Agência é que se decidiu instaurar um Centro de Relações com o Consumidor, cujo objetivo é constituir num “canal de relacionamento da ANP com o público, em especial os consumidores dos produtos da indústria do petróleo e do gás natural, buscando a proteção dos seus interesses”.

2.4 ANEEL

2.4.1 Criação e objeto

A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica foi criada pela Lei 9.427, de dezembro de 1996, tendo sido, portanto, a primeira Agência dentre aquelas instituídas desde meados da década passada na esfera federal. Ao contrário da ANATEL e da ANP, não houve prévia disposição constitucional no sentido da existência desse órgão

regulador, assim como dos demais previstos no direito positivo brasileiro.

À ANEEL foram outorgadas competências para promover a regulação do setor elétrico. Cabe a ela regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no país.

Trata-se de setor que exige cuidadoso planejamento estatal, já que depende de investimentos pesados com retorno a longo prazo, sendo tais investimentos imprescindíveis para o desenvolvimento econômico. Nesse planejamento incluem-se temas como a preservação do meio ambiente e a gestão dos recursos hídricos (o que inclui a administração dos riscos hidrológicos). Envolvem, ainda, decisões estratégicas levando em consideração o custo do déficit de energia como vetor para definir novos investimentos que exigirão remuneração, com ou sem a efetiva geração de energia. Esse planejamento de longo alcance, vale dizer, não é atribuído à ANEEL, tendo ela por função apenas a implementação das políticas públicas para o setor energético, fixadas por outros órgãos, em especial pelo Conselho Nacional de Política Energética, colegiado vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro das Minas e Energia.

Além de regular a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, é da incumbência da ANEEL o estabelecimento de metas visando à universalização do uso da energia elétrica a serem cumpridas pelas concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

2.4.2 Independência

2.4.2.1 Dirigentes

A ANEEL tem em sua estrutura de direção cinco diretores, um deles exercendo o mandato de diretor-geral; mandato fixo de quatro anos, não-coincidentes; nomeação pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal. A garantia contra exoneração imotivada dos diretores da ANEEL é dada por regra da Lei das Agências, que estabelece que a perda de mandato só pode ocorrer em casos de renúncia, condenação judicial passada em julgado ou processo admi-

nistrativo disciplinar. Não há vedação à recondução dos diretores, o que implica ser ela possível. O diretor-geral da ANEEL é livremente escolhido e substituído por ato do Presidente da República dentre os cinco diretores, valendo nesse sentido o já afirmado no item 2.1.1. O mesmo se diga quanto à forma e competência para se impor a perda de mandato dos diretores mediante processo administrativo disciplinar. Acrescenta-se, apenas, o fato de que a Lei da ANEEL prevê como causa de perda do mandato, além de outras previstas na Lei 9.896/2000, o descumprimento do contrato de gestão.

A regra quanto à quarentena é semelhante à da ANP, exposta no item 2.3.2.1: impedimentos e direitos pelo período de um ano, com a complementação prevista na Lei das Agências quanto ao prazo mínimo de exercício do mandato e a possibilidade de opção pelo recebimento da remuneração por quatro meses, sem desoneração dos deveres relacionados à abstenção de atuar no setor durante o período de um ano.

2.4.2.2 Submissão a outros órgãos

Em matéria de submissão a outros órgãos, a Lei 9.427/1996 não contém disposição expressa voltada a garantir à ANEEL a independência em relação a outros órgãos da Administração direta.

Ao contrário, o que se vê é a expressa referência à assinatura de contrato de gestão entre a Diretoria da ANEEL e o Poder Executivo; contrato, este, que será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL ao Tribunal de Contas da União.

Acrescente-se, ainda, que a ANEEL não tem competência para elaborar seu próprio Regimento Interno, o que é atribuição do Ministério das Minas e Energia (cf. art. 4º do Decreto 2.335/1997), cabendo à sua Diretoria apenas alterar disposições do referido Regimento nos itens relacionados com a gestão administrativa da autarquia e com a vinculação das Superintendências de Processos Organizacionais. Cabe à Diretoria, ainda, editar os regulamentos previstos na Lei das Agências, conforme descrito no item 2.1.1.

2.4.2.3 Coordenação com outros órgãos

A ANEEL é autarquia vinculada ao Ministério das Minas e Energia, e com esse órgão, em face das alterações introduzidas no quadro jurídico pela Lei 10.848/2004, observa o dever de observância dos planos e diretrizes na condução de seus procedimentos licitatórios. Como já dito, porém, a ANEEL obedece a imperativos de coordenação com outros órgãos da Administração.

Em matéria de coordenação é importante destacar também que os recursos hídricos, que constituem a base da matriz energética do país, preponderantemente hidroelétrica, não constituem apenas fonte de geração de energia. São, igualmente, fonte de abastecimento de água para os centros urbanos e para as atividades de irrigação, bem como importante elemento na manutenção do meio ambiente equilibrado. Isso impõe à ANEEL a necessária articulação com outros setores responsáveis pela gestão dos recursos hídricos. Essa natural ligação entre os diversos setores citados fazia com que, no passado, estivessem reunidos sob um único órgão (o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAE). Hoje, divididas as competências, a ANEEL deve coordenar suas ações às da ANA – Agência Nacional de Águas. Nesse sentido, o art. 7º da Lei 9.984/2000 dispõe que, para licitar a concessão ou autorizar o uso de potencial de energia hidráulica em corpo de água de domínio da União, a ANEEL deve promover junto à ANA a prévia obtenção de Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica, sendo que os prazos dos contratos de concessão ou autorização para geração de energia hidrelétrica devem ser coincidentes com as outorgas de direito de uso dos recursos hídricos expedidas pela ANA.

A ANEEL, de outro lado, submete-se às políticas definidas pelo CNPE, que deve exercer o papel planejador do setor, inclusive fazendo convergir políticas do setor de petróleo e gás natural (matriz energética minoritária, mas que responde por parte da geração de energia do país, além de se constituir em instrumento capaz de prover soluções tanto para regiões isoladas e não providas de capacidade de geração hidráulica, quanto para permitir resposta às variações na capacidade de geração de energia de base hidráulica em face dos riscos hidrológicos), bem como decisões estratégicas na busca de fontes alternativas de energia.

Por outro lado, ao Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE compete acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional, objetivo último de todo esse quadro que exige a atuação coordenada dos demais órgãos.

Noutro campo, a lei de criação da ANEEL, a partir das alterações introduzidas pela Lei 9.648/1998, outorgou competências a esta Agência para monitorar e acompanhar o setor elétrico em matéria de defesa da ordem econômica. As competências para reprimir as infrações, porém, são exercidas pelo CADE, com o auxílio da SDE e da SEAE. Com vistas a propiciar maior efetividade nesse campo, a ANEEL mantém termo de compromisso junto aos órgãos de defesa da concorrência, a fim de subsidiá-los nas análises de atos de concentração ou condutas anticompetitivas observadas no setor elétrico.

Além disso, já foi citada no tópico 2.1.1 a coordenação entre ANEEL, ANATEL e ANP no tema do compartilhamento de infraestrutura, haja vista o disposto no art. 73 da Lei 9.472/1997, o que ensejou a edição de Resolução Conjunta pelas três Agências.

2.4.2.4 Autonomia gerencial

Encontra-se afirmada no decreto regulamentador da ANEEL, o Decreto 2.335/1997, a autonomia administrativa da Agência. Como já dito acima, o próprio Regimento Interno da ANEEL é elaborado pelo Ministério das Minas e Energia, competindo à Agência, por força do decreto citado ou da Lei das Agências, apenas alterá-lo parcialmente em matérias preestabelecidas. Além disso, já se fez referência aos contratos de gestão, que podem impor restrição significativa à autonomia gerencial do órgão e, ao nosso ver, são de natureza incompatível com a independência das agências.

A autonomia da ANEEL, assim, tem sustentação dada pela natureza autárquica da agência, *ex vi* do art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967. Como se trata de regime autárquico especial, expressamente afirmado na Lei 9.427/1996, as limitações impostas nessa mesma lei se sobrepõem às regras genéricas previstas para incidência às autarquias concebidas no citado decreto-lei.

O quadro de pessoal da ANEEL é fixado na Lei das Agências (Lei 9.896/2000), com as alterações introduzidas pela Lei 10.871/2004.

No que diz respeito às fontes de financiamento, a fonte básica de receitas da Agência, que é própria do setor regulado, é dada por taxas de fiscalização sobre serviços de energia elétrica; taxas, essas, cujo resultado deve ser partilhado nas hipóteses de delegação de funções da ANEEL para agências estaduais incumbidas da fiscalização do setor. Registre-se, novamente, a questão do contingenciamento dos recursos, que limita a eficácia dos dispositivos legais que pretendiam garantir maior grau de autonomia financeira à Agência.

2.4.3 Os mecanismos regulatórios

Os mecanismos de que se vale a ANEEL para regular o setor elétrico passam pelas competências de regulamentar e impor restrições à entrada de novas empresas, exercer o poder de polícia e dispor sobre a evolução tarifária.

As prerrogativas em matéria de restrições ou condicionamentos à entrada de novos prestadores ocorrem por meio: (a) da promoção de licitações destinadas à contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público, para produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica e para outorga de concessão de potenciais hidráulicos, o que hoje faz mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente (art. 3º, II); (b) da gestão de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, concessão de uso do bem público, expedição de autorizações (art. 3º, IV); e (c) do estabelecimento de restrições, limites ou condições para empresas, grupos e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si (art. 3º, VIII) – tudo de acordo com o que dispõe a Lei 9.427/1996.

Em matéria de poder de polícia, cumpre à ANEEL fiscalizar, diretamente ou mediante os já citados convênios com órgãos da Administração dos Estados ou do Distrito Federal, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica (art. 3º, IV), fixar multas administrativas (art. 3º, X), fixar critérios para cálculo de preço e

arbitrar valores, se necessário (art. 3º, VI e VII), efetuar o controle prévio e *a posteriori* dos negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias e autorizadas (art. 3º, XIII).

Cabe à ANEEL, ainda, (a) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores (art. 3º, III); (b) fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de energia elétrica e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos (art. 3º, VI); (c) articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos (art. 3º, VII); (d) estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às cooperativas de eletrificação rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500GWh/ano, e tarifas de fornecimento às cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos e operacionais e a estrutura dos mercados atendidos (art. 3º, XI).

2.4.4 Funcionamento da Agência

2.4.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

O processo decisório da ANEEL obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, ampla publicidade e economia processual.

Afora os imperativos gerais de publicidade, a Lei 9.427/1996 dispõe ser exigido que o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL. Tal audiência tem por objetivo dar transparência à atuação da Agência, bem como recolher subsídios e informações para a tomada de decisão, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões e identificar,

da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria. Esse mesmo processo de audiência pública é exigido nas hipóteses em que a ANEEL discuta o teor de anteprojeto de lei, sendo que nessa hipótese o processo depende de prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Em sede regulamentar, dispõe-se que as reuniões da Diretoria da ANEEL que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

Na estrutura da ANEEL prevê-se a existência de um ouvidor. Este ouvidor, porém, é um dos diretores. Ao contrário de outras estruturas, nas quais o ouvidor exerce um papel crítico em relação à atuação do próprio órgão, na ANEEL esse tem por função, segundo a lei, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários – o que indica ter ele responsabilidades de acompanhamento do setor regulado, precipuamente, e não tanto da Agência.

2.5 ANA

2.5.1 Criação e objeto

A ANA – Agência Nacional de Águas, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, foi criada pela Lei 9.894, de julho de 2000, e tem sua regulamentação dada pelo Decreto 3.692/2000.

A essa Agência incumbe a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, a qual é fixada, no plano legislativo, pela chamada *Lei de Águas* (Lei 9.433/1997). Essa matéria reveste-se da maior importância, eis que se prevê, para as próximas décadas, que a escassez dos recursos hídricos seja um problema global, o que exige cuidadoso planejamento no uso desses recursos. No caso de um país cuja matriz energética é de base hidrelétrica e que já tem parcela de seu território atingida pela escassez de recursos hídricos, esse planejamento ganha contornos e importância ainda maiores.

Para tratamento dessa matéria, a Agência é apenas um dos órgãos que integra o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, do qual fazem parte, além dela, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal, os Comitês de Bacia Hidrográfica, os órgãos dos Poderes Públicos Federal, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos e as Agências de Águas criadas em outros níveis de governo.

Dentro desse grande número de distintos órgãos que interagem no setor de recursos hídricos destaca-se para a ANA um papel coordenador e planejador geral, com incumbências como a supervisão, controle e avaliação das ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos; o planejamento e a adoção de ações com vistas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações (inclusive medidas que imponham o racionamento do consumo) e a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos; a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional; a elaboração de estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; a definição das condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas; e a formulação de propostas ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos quanto ao estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos.

Além disso, a Agência exerce função de apoio e subsídio técnico a órgãos descentralizados como as demais Agências de Águas e Comitês de Bacias, inclusive estimulando a criação destes últimos, onde ainda inexistentes.

2.5.2 Independência

2.5.2.1 Dirigentes

A ANA é dirigida por um colegiado composto por cinco diretores, observada a forma de nomeação e outras garantias previstas na Lei das Agências (v. item 2.1.1). Um de seus diretores é escolhido diretor-presidente pelo Presidente da República e tem direito ao cumprimento do mandato de quatro anos nessa condição de diretor-presidente (ou o prazo máximo que restar de seu mandato), já que há disposição expressa nesse sentido, de caráter não-transitório no art. 9º, § 1º, da Lei 9.984/2000. Os mandatos dos diretores, não-coincidentes, são de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva.

Como regra geral os dirigentes da ANA só perderão o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar. A Lei 9.984/2000 é expressa ao afirmar a competência do Ministro do Meio Ambiente para a instauração desse processo administrativo e do Presidente da República para determinar o afastamento preventivo e julgar definitivamente o processo, impondo, ou não, a pena de perda do mandato de diretor.

De forma distinta da prevista para as demais agências, prevê-se, no caso da ANA, a possibilidade de exoneração imotivada de seus diretores nos quatro meses iniciais dos respectivos mandatos, vigorando sendo que somente após esse prazo, a regra geral acima mencionada. Dúvida relevante surge quanto àquele a quem competiria a decisão de pôr fim ao mandato dos diretores no indigitado “período de prova” – como podemos qualificar os quatro primeiros meses de seus mandatos. Parece, a propósito, que, no silêncio da lei, é sustentável que essa decisão seja individual, do Presidente da República, e não dependa da chancela do Senado Federal.²⁹ Ocorre que a prerrogativa de indicar o dirigente é do Presidente, cumprindo a Câmara Alta a função de aprovar a indicação. Outrossim, mesmo nos casos de aplicação da pena da perda de mandato, a última palavra cabe ao Presidente da República, independentemente de manifestação do Senado

29. Por essa razão somos críticos dessa espécie de “estágio probatório” do regulador.

Federal. É forçoso reconhecer, então, que poderá, por simples decreto, ser exercida pelo chefe do Poder Executivo a prerrogativa de abortar o mandato de diretor da ANA no “período de prova”.

Aplicam-se aos ex-dirigentes da ANA as regras quanto à quarentena previstas na Lei 9.986/2000 (cf. item 2.1.1).

2.5.2.2 Submissão/coordenação

com outros órgãos/autonomia gerencial

Em matéria de submissão a outros órgãos, a ANA tem, como já visto, expressa na lei de sua criação a previsão de sua autonomia administrativa e financeira (art. 3º da Lei 9.984/2000). A lei também prevê que cabe à Diretoria da ANA a elaboração de seu Regimento Interno.

A ANA, além de vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, está sujeita a significativos imperativos de coordenação em suas ações. De um lado, compartilha competências com órgãos descentralizados, como as Agências de Águas e os Comitês de Bacias Hidrográficas, a quem pode, inclusive, delegar funções; de outro, atua seguindo as diretrizes fixadas na Política Nacional de Recursos Hídricos; por outro lado ainda, coordena suas ações com a ANEEL e se articula com o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, previsto na Lei 9.648/1998, para planejar as outorgas e a operação das atividades de geração de energia hidrelétrica.

A ANA participa de outros colegiados além do já citado Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a saber: Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, Fundo Setorial de Recursos Hídricos – CT-HIDRO e Comitê Gestor da Rede Hidrometeorológica Nacional.

No que diz respeito às fontes de financiamento, a fonte básica de receitas da Agência, que é própria do setor regulado, origina-se da cobrança pelo uso das águas de domínio da União, do produto resultante de multas aplicadas e do produto da alienação de bens de infratores (art. 20, IX). Vale dizer que esses recursos estão sujeitos a contingenciamento com fundamento no art. 9º da Lei de Responsabilidade

Fiscal (fato que, inclusive, motivou o veto presidencial à regra constante do art. 21, § 3º, do texto final aprovado da lei de regência da ANA pelo Congresso Nacional).

2.5.3 Os mecanismos regulatórios

Os mecanismos de que se vale a ANA para regular o setor de recursos hídricos passam pelo exercício de competências normativas, pelo exercício do poder de polícia, bem como de promover os processos de outorga envolvendo recursos de domínio da União.

Cabe à ANA disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

É dela a competência para outorgar, por meio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, o que inclui as prerrogativas de emitir a “Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica” (necessária para que a ANEEL dê início ao processo de outorga de concessões para exploração do potencial hidráulico); de expedir outorgas preventivas anteriores às outorgas definitivas, com o prazo de até três anos; e de fixar os prazos das outorgas, respeitados os limites legais e as deliberações do Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Cabe a ela, no exercício do poder de polícia, fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União, bem como as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados.

2.5.4 Funcionamento da Agência

2.5.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

O processo decisório da ANA obedecerá aos princípios e regras gerais aplicáveis à Administração Pública. Não há em sua lei de criação, ou no seu decreto regulamentador, regras especiais sobre o tema. Encontra-se apenas no Regimento Interno, aprovado pela própria Diretoria da ANA, a previsão da realização de audiências públicas.

Ainda quanto a seu funcionamento, a ANA pode delegar ou atribuir a execução de atividades de sua competência tanto a Agências de Água quanto a Comitês de Bacia Hidrográfica, sendo que já foi vista a importância da descentralização nesse setor ao se analisarem os imperativos de coordenação a que está sujeita a Agência.

2.6 ANTT e ANTAQ

2.6.1 Criação e objeto

A ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, vinculadas ao Ministério dos Transportes, foram criadas conjuntamente pela Lei 10.233, de junho/2001, e têm sua regulamentação dada pelos Decretos 4.130/2002 (ANTT) e 4.122/2002 (ANTAQ). A ambas incumbe a implementação das políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes.

As duas Agências inserem-se no contexto mais amplo do Sistema Nacional de Viação, criado pela mesma lei federal, que igualmente constituiu o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT.

A ANTT e a ANTAQ têm competência para regular e supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes terrestres e aquaviários, exercidas por terceiros. Seus objetivos são a garantia de que os serviços de transporte sejam prestados com qualidade e modicidade nas tarifas e fretes, bem como harmonizar os distintos interesses do setor (interesses dos usuários, de empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas), seja arbitrando conflitos de interesses, seja impedindo ou reprimindo a competição imperfeita ou a infração da ordem econômica.

As áreas de atuação da ANTT são a ferroviária (incluindo a exploração da infra-estrutura ferroviária, a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas e prestação do serviço público de transporte ferroviário de passageiros), a rodoviária (exploração da infra-estrutura rodoviária, prestação do serviço público de transporte rodoviário de passageiros e prestação do serviço de transporte

rodoviário de cargas), a dutoviária (cadastro de dutovias), a multimodal (habilitação do Operador de Transportes Multimodal) e de exploração de terminais e vias.

No caso da ANTAQ, as áreas de atuação são a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, os portos organizados, os terminais portuários privativos e o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.

2.6.2 Independência

As duas Agências foram criadas como autarquias sob regime especial, caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo dos dirigentes.

2.6.2.1 Dirigentes

A ANTT é dirigida por um colegiado composto por cinco diretores, enquanto na ANTAQ estes são em número de três. Aos dirigentes de ambas aplicam-se a forma de nomeação e as garantias previstas na Lei das Agências. Um de seus diretores é escolhido diretor-geral pelo Presidente da República, que se submete aos termos da Lei 9.896/2000 quanto à escolha e substituição, não havendo mandato fixo para esse cargo. Os mandatos dos diretores, não-coincidentes, são de quatro anos, admitida uma única recondução, tudo conforme já visto acima, no item 2.1.1.

Os dirigentes dessas duas Agências só perdem o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar. A Lei 10.233/2001 acrescentou a hipótese de “descumprimento manifesto de suas atribuições” como causa para a perda do mandato; sendo certo, porém, que esta não prescindirá do necessário processo administrativo disciplinar, podendo, quando muito, ensejar o afastamento preventivo do dirigente. A mesma lei afirmou expressamente a competência do Ministro de Estado dos Transportes para a instauração do processo administrativo e do Presidente da República para determinar o afastamento preventivo e julgar definitivamente o processo, impondo, ou não, a pena de perda do mandato de diretor.

Os ex-dirigentes da ANTT e da ANTAQ estão sujeitos às regras gerais previstas na Lei das Agências quanto à quarentena por quatro meses com garantia de remuneração compensatória, somando-se a tais regras a vedação, pelo prazo de até um ano após deixar o cargo, da possibilidade de representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência. A exemplo do que ocorre com a ANP, durante os primeiros quatro meses as vedações são maiores e são acompanhadas da compensação. Nos oito meses seguintes, menores são as restrições da quarentena, e estas não estão acompanhadas do direito à remuneração. Acrescente-se a incidência do disposto na Lei das Agências que condiciona sua incidência ao cumprimento de, pelo menos, seis meses de mandato. A Lei 10.233/2001 também prescreve a caracterização de improbidade administrativa na hipótese de ex-diretor utilizar informações privilegiadas, obtidas em decorrência do cargo exercido.

2.6.2.2 Submissão/coordenação

com outros órgãos/autonomia gerencial

A ANTT e a ANTAQ foram constituídas sob um regime jurídico que lhes outorga independência administrativa, autonomia financeira e funcional. Prevê-se em lei, também, que cabe à Diretoria dessas Agências a elaboração de seus respectivos Regimentos Internos.

A ANTT e a ANTAQ, além de vinculadas ao Ministério dos Transportes, estão sujeitas a imperativos de coordenação em suas ações. De um lado, têm a interface com o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, responsável pela formulação das políticas do setor. Há, igualmente, um imperativo de coordenação entre essas duas Agências, buscando soluções de transporte intermodal mais econômicas e seguras. Compete à ANTAQ indicar o presidente do Conselho de Autoridade Portuária de cada porto organizado no país, bem como apreciar, em grau de recurso, as decisões contrárias à construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado decidida em segundo grau.

No que toca à coordenação, a ANTT e a ANTAQ têm a incumbência de comunicar ao CADE, à SDE ou ao SEAE os fatos que possam configurar infração à ordem econômica, incumbindo aos órgãos de defesa da concorrência tomar as medidas preventivas ou repressivas cabíveis a respeito.

Cabe à ANTT tomar parte de foros internacionais, sob a coordenação do Ministério dos Transportes, podendo-se entender que isso inclui o processo de tratativas com vistas à elaboração de acordos internacionais na área de transportes terrestres. No caso da ANTAQ a lei é expressa ao atribuir-lhe a representação do país junto aos organismos internacionais de navegação e em convenções, acordos e tratados sobre transporte aquaviário, devendo observar, para tanto, as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes, além de atribuições específicas de outros órgãos da Administração Federal.

A ANTAQ deve também atuar de forma coordenada com o Comando da Marinha, de um lado, atuando sob a orientação deste em assuntos de Marinha Mercante que interessem à defesa nacional, à segurança da navegação aquaviária e à salvaguarda da vida humana no mar; de outro, devendo ser consultada quando do estabelecimento de normas e procedimentos de segurança que tenham repercussão nos aspectos econômicos e operacionais da prestação de serviços de transporte aquaviário. A ANTT e a ANTAQ devem, ainda, comunicar previamente ao Ministério da Fazenda suas decisões em matéria de reajuste e revisão tarifária.

Constitui uma das diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre a descentralização das ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação. Há, então, a necessidade de articulação e harmonização entre essas Agências e órgãos de outros entes federativos competentes para atuar nas áreas de transportes terrestres e aquaviários. É oportuno lembrar, ainda, que por não ter se retirado do setor de infraestrutura de transportes rodoviários, em que pese já haver iniciativas de concessão rodoviária, houve corte e separação em funções outra concentrados num mesmo órgão (antigo DNER) entre a ANTT e o DNIT, Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes

O quadro de pessoal da ANTT e da ANTAQ foi estabelecido na sua própria lei de criação (Lei 10.233/2001) e alterado pela Lei 10.871/2004.

No que diz respeito aos recursos que sustentam seu funcionamento, a ANTT e a ANTAQ têm como fontes de receitas, oriundas dos setores por elas regulados, (a) recursos provenientes dos instru-

mentos de outorgas e arrendamentos administrados pela respectiva Agência; (b) produtos das arrecadações de taxas de outorgas e de fiscalização da prestação de serviços e de exploração de infra-estrutura atribuídas a cada Agência; e (c) produto das arrecadações de cada Agência decorrentes da cobrança de emolumentos e multas.

2.6.3 Os mecanismos regulatórios

Os mecanismos de que se valem a ANTT e a ANTAQ para regular os setores sujeitos à sua competência envolvem o exercício de competências normativas, o exercício do poder de polícia, bem como a responsabilidade pelos processos de outorga.

Cabe à ANTT editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas e, no campo das ferrovias, regular a atuação dos concessionários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes sujeitas a suas competências regulatórias.

A essa Agência, em matéria de outorga, cabe publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para (a) prestação de serviços de transporte ferroviário; (b) construção e exploração de novas ferrovias; e (c) de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros. A ANTT é quem firma os contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário e ferroviário interestadual e internacional de passageiros não associados à exploração de infra-estrutura. É ela, outrossim, quem administra todos esses contratos (incluindo o tema da revisão e reajuste de tarifas), incluindo aqueles já firmados antes de sua criação. Cabe à ANTT, ainda, autorizar o transporte de passageiros (a) realizado por empresas de turismo e (b) sob regime de fretamento, além de habilitar, mediante autorização, as atividades dos transportadores internacionais de carga e de operadores do transporte multimodal, o que faz em articulação com as demais agências reguladoras eventualmente existentes no setor de transportes.

Além de fiscalizar os contratos firmados, diretamente ou de forma articulada com outras esferas de governo, a ANTT tem a incumbência de coibir a prática de serviços de transporte de passageiros não concedidos, permitidos ou autorizados.

As competências normativas atribuídas à ANTAQ incluem a regulamentação relativa à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, as normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, assim como aquelas relativas às operações de transporte de cargas especiais e perigosas.

A ANTAQ realiza as licitações, celebra e administra (a) os contratos para exploração dos portos organizados (qualificação que designa os portos concedidos ou explorados pela União) e (b) as permissões ou autorizações de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso. Acompanha e controla, também, os processos de revisão e reajuste tarifário dos serviços de transporte de passageiros.

Cabe também à ANTAQ supervisionar a participação de empresas brasileiras e estrangeiras na navegação de longo curso, em cumprimento aos tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

2.6.4 Funcionamento das Agências

2.6.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

A ANTT e a ANTAQ, além de dever obediência aos princípios e regras gerais aplicáveis à Administração Pública em geral, sujeitam-se à obrigação de realizar audiências públicas prévias às iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte.

Ainda quanto a seu funcionamento, as duas Agências contam com a figura do ouvidor e da Corregedoria. Ao ouvidor, nomeado pelo Presidente da República para mandato de três anos e admitida uma recondução, cabe receber pedidos de informações, esclarecimentos e

reclamações afetos à respectiva Agência e responder diretamente aos interessados, bem como produzir semestralmente, ou quando a Diretoria da Agência julgar oportuno, relatório circunstanciado de suas atividades. Incumbe ao corregedor, também nomeado pelo Presidente da República (mas sem a previsão de um mandato fixo), fiscalizar as atividades funcionais da respectiva Agência e a instauração de processos administrativos e disciplinares, excetuados aqueles tendentes a impor aos diretores a perda de mandato.

2.7 ANVISA

2.7.1 Criação e objeto

A ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi constituída por meio da Lei 9.782, de novembro de 1999, integrando o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; e se encontra regulamentada pelo Decreto 3.029/1999. A lei de criação ora utiliza o designativo ANVISA, ora ANVS, para identificá-la, não sendo incomum encontrar documentos oficiais com as duas expressões.

É imensa a gama de competências dessa Agência, cuja finalidade institucional é promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras. Nesse mister, estão sob seu controle e fiscalização os medicamentos, os alimentos, quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por Engenharia Genética por outro procedimento. Também se submetem à competência da ANVISA os cosméticos, os saneantes, os equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos, o controle de sangue e hemoderivados, de órgãos e tecidos humanos e veterinários e, entre outros, os cigarros ou outros produtos fumíferos.

Como se vê, não se trata – ao contrário de várias das agências já analisadas – da regulação de serviços públicos outrora estatais e que tenham passado por processo de desestatização. A vigilância sanitária sempre constituiu incumbência do Poder Público e sempre envolveu

funções e competências nos moldes daquelas atualmente atribuídas à ANVISA. A novidade está, então, no incremento da autonomia do órgão e na procedimentalização imposta aos mecanismos de tomada de decisão.

Mantém-se, outrossim, a exemplo de outras agências, a prerrogativa do Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, de formulação, acompanhamento e avaliação da Política Nacional de Vigilância Sanitária e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, que é coordenado pela ANVISA.

2.7.2 Independência

A ANVISA tem a natureza de uma autarquia especial, caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, atuando como entidade administrativa independente.

2.7.2.1 Dirigentes

A ANVISA é dirigida por um colegiado composto por até cinco diretores, observadas a forma de nomeação e outras garantias previstas na Lei das Agências (v. item 2.1.1). Um de seus diretores é escolhido diretor-presidente pelo Presidente da República e tem, ao contrário do que prevê a Lei 9.896/2000, direito ao cumprimento do mandato de três anos (ou o prazo máximo que restar de seu mandato de diretor) nessa função, já que há disposição expressa nesse sentido, de caráter não-transitório (art. 11 da Lei 9.782/1999). Os mandatos dos diretores, não-coincidentes, são de três anos, admitida uma única recondução consecutiva.

Prevê-se a que os diretores se sujeitem a “período de prova” de quatro meses, durante os quais podem ser livremente exonerados pelo Presidente da República, conforme argumentação exposta no item 2.5.2.1. Após o “período de prova”, os dirigentes da ANVISA só perderão o mandato em decorrência de renúncia, da prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia. A lei dispõe sobre a exoneração do diretor pelo Presidente da

República por iniciativa do Ministro da Saúde. Não há menção a processo de apuração, o que seria dispensável, pois a acusação do descumprimento do contrato de gestão deve necessariamente gerar um processo em que se garanta a ampla defesa antes da aplicação da pena de perda do mandato, sob pena de afronta expressa à garantia prevista no art. 5º, LV, da CF.

Os ex-dirigentes da ANVISA estão sujeitos a período de quarentena previsto na Lei das Agências, já analisado no item 2.1.1. As restrições impostas pela quarentena se aplica aos ex-dirigentes que tenham exercido o cargo por no mínimo seis meses (por força da Lei das Agências). Num período inicial de quatro meses estão proibidos de atuar no setor regulado e têm direito a remuneração compensatória. Nos oito meses subsequentes é-lhes vedada a possibilidade de representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência. Nesse segundo período não há direito a remuneração. A Lei 9.782/1999 prescreve a caracterização de improbidade administrativa na hipótese de ex-diretor utilizar, em benefício próprio, informações privilegiadas, obtidas em decorrência do cargo exercido.

Peculiaridade da ANVISA está na atribuição de prerrogativas especiais ao seu diretor-presidente – quais sejam, a de negociar o contrato de gestão junto ao Ministro da Saúde no prazo de 90 dias, contados de sua nomeação, bem como a de decidir *ad referendum* da Diretoria Colegiada as questões de urgência. Conquanto não cheguem a desvirtuar a importante característica das decisões colegiadas (com sua potencial pluralidade de visões), não se pode negar que as prerrogativas do diretor-presidente enfraqueçam a força institucional da Diretoria Colegiada e os benefícios daí decorrentes, descritos no item 1. Revelando o propósito de dar um perfil presidencialista à instituição, seu Regulamento (art. 13, XI, do Decreto 3.029/1999, com redação aprovada pelo Decreto 3.571/2000) atribui competência ao diretor-presidente para elaborar, aprovar e promulgar o Regimento Interno da Agência.

2.7.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial

Em matéria de submissão a outros órgãos, a ANVISA tem expressa na lei de sua criação a previsão de sua independência adminis-

trativa, autonomia financeira e estabilidade de seus dirigentes como marcos de seu regime autárquico especial.

Como já dito, a ANVISA é mera executora das políticas formuladas pelo Poder Executivo, valendo acrescer que se prevê sua submissão a contrato de gestão negociado entre seu diretor-presidente e o Ministro da Saúde, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Orçamento e Gestão. Nos termos da lei, o contrato de gestão é um instrumento de avaliação da atuação administrativa da autarquia e de seu desempenho, estabelecendo os parâmetros para a administração interna da autarquia, bem como os indicadores que permitam quantificar, objetivamente, sua avaliação periódica. Nesse contrato são fixadas metas periódicas a serem atingidas pelo órgão regulador, tais como metas de redução no prazo de cumprimento de rotinas administrativas – como, por exemplo, o tempo de conclusão do processo de registro de medicamentos novos, de alimentos ou de produtos para a saúde. Nesses quadrantes, pode-se dizer que a autonomia da ANVISA é reduzida pelos termos constantes do contrato de gestão, ainda que negociados por seu Diretor-Presidente.

A Lei da ANVISA prevê, outrossim, expressamente, que sua Diretoria Colegiada seja a última instância administrativa de decisão sobre matérias de sua competência.

De outro lado, exerce a Agência o papel de coordenação no Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, que envolve órgãos de outras esferas de governo incumbidos do desempenho de tarefas na área de defesa da saúde pública. A Agência tem autorização legal para delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a execução de inúmeras das atribuições que lhe são próprias, com exceção de algumas indelegáveis, como a coordenação do Sistema e o registro de medicamentos. Além da delegação de competências, a ANVISA pode assessorar, complementar ou suplementar as ações estaduais, municipais e do Distrito Federal para o exercício do controle sanitário.

É importante destacar que a Lei 9.782/1999, ao contrário de outras leis já analisadas, reserva uma competência a ser exercida em casos de urgência pelo Poder Executivo, ao dispor que “o Ministro de Estado da Saúde poderá determinar a realização de ações previstas nas competências da Agência, em casos específicos e que impliquem risco à saúde da população”. Compete, pois, de forma concorrente à

Agência e ao Ministro da Saúde a adoção de providências quando estiver em risco a saúde pública. Essa competência pode ser fonte de conflitos, valendo deixar expresso o entendimento de que a competência em questão há de ser vista como subsidiária, justificando a atuação do Ministério se e enquanto caracterizada a inércia da Agência. Os princípios da razoabilidade e da economicidade não recomendam que haja duplicação de ações administrativas voltadas ao mesmo fim, como que em processo de competição entre dois órgãos públicos para o cumprimento de suas finalidades.

Também se põe importante destacar que, quanto às atividades de vigilância epidemiológica e de controle de vetores relativas a portos, aeroportos e fronteiras, a competência da ANVISA é apenas de execução de atividades, devendo ela atuar “sob orientação técnica e normativa da área de vigilância epidemiológica e ambiental do Ministério da Saúde” – o que implica dizer que são preservadas competências importantes para o exercício pelo Poder Central. Nesse caso, portanto, o órgão não é regulador, mas simples braço executivo de ações governamentais. Órgão regulado, enfim, subordinado ao Ministério da Saúde, seu regulador.

Aqui, portanto, ainda não se optou pela solução adotada na área da infra-estrutura de transportes, em que se promoveu a separação das funções reguladora e executiva em dois órgãos distintos, associando uma maior e mais justificada independência à primeira delas. Essa mescla no caso da vigilância sanitária é certamente a responsável por regras atípicas em comparação à média das demais agências de seu perfil presidencialista e da submissão ao Poder Executivo.

O quadro de pessoal da ANVISA foi estabelecido na sua própria lei de criação (Lei 9.782/1999), mas foi posteriormente alterado pela Lei das Agências, com as alterações posteriores.

No que diz respeito às fontes de financiamento, a fonte básica de receitas da Agência é dada pela Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, que pode ser cobrada em face da prática dos atos de competência da ANVISA junto às pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos e prestação de serviços sujeitos à competência regulatória da Agência. Constitui também receita da ANVISA o produto da venda de bens, equipamentos, produtos e utensílios utilizados na prática de crime contra a saúde pública.

2.7.3 Os mecanismos regulatórios

Os mecanismos de que se vale a ANVISA para regular o setor de vigilância sanitária são bastante abrangentes. Incluem significativa competência regulamentar; competência para outorgar autorização para o funcionamento de empresas do setor; competência para registrar produtos (como condição para sua produção ou comercialização no país); competência para intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e/ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional; monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde (esta última competência fixada no Regulamento da Agência, por decreto presidencial) – sem que, porém, lhe sejam outorgadas para substituir os órgãos que integram o sistema brasileiro de defesa da concorrência (CADE, SDE e SEAE). A ANVISA poderá, ainda, apreender bens, equipamentos, produtos e utensílios utilizados para a prática de crime contra a saúde pública.

2.7.4 Funcionamento da Agência

2.7.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

O processo decisório da ANVISA obedece aos princípios e regras gerais aplicáveis à Administração Pública em geral, não havendo previsões especiais seja de audiências públicas ou de consultas públicas em sua lei de criação e, mesmo, no decreto que fixou seu Regulamento. Diante disso, tem partido da própria ANVISA a iniciativa de ampliar a participação social e dos setores regulados no processo decisório do órgão, em especial quando de sua elaboração normativa.

A lei de criação da ANVISA prevê que de sua estrutura constem um corregedor (que exerce papel de controle interno, segundo prescreve o Regulamento da Agência) e um ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções. Estas últimas foram criadas regimentalmente com o nome de “Câmaras Técnicas”, de composição mista (Governo, setor produtivo e sociedade civil), a quem compete subsidiar a Agência em suas decisões.

A Ouvidoria é detalhada no decreto que regulamentou a Agência, e não se submete à Diretoria Colegiada ou ao Conselho Consultivo. O ouvidor terá mandato de dois anos, admitida uma recondução, e será indicado pelo Ministro de Estado da Saúde e nomeado pelo Presidente da República. Esse prazo de mandato, porém, tendo sido estabelecido em decreto presidencial, pode ser reduzido ou ampliado por novo decreto – o que implica dizer que não há direito do ouvidor ao cumprimento integral desse mandato, excluindo uma autonomia que poderia ter em face do Poder Executivo. De todo modo, pelas funções do ouvidor, seria fortalecido seu papel se, em lei, lhe fosse garantido o mandato fixo. Além de receber denúncias, incumbe ao ouvidor promover a apuração da veracidade das mesmas, tomando as providências necessárias ao saneamento das irregularidades e ilegalidades constatadas.

Em matéria de atuação participativa, cumpre destacar também que o Regulamento da ANVISA prevê a existência de um Conselho Consultivo, com significativa presença de representantes de outras esferas de governo e da sociedade civil. Além disso, a Lei da ANVISA estabelece que as decisões de delegação de competências a outras esferas de governo dependem de manifestação favorável dos Conselhos Estaduais, Distrital ou Municipais de Saúde.

2.8 ANS

2.8.1 Criação e objeto

A ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela Lei 9.961, de janeiro de 2000, e está voltada a regular o setor de saúde suplementar, incluindo o acompanhamento das empresas que operam no setor, incluindo seu registro e regras especiais (observadas nos respectivos processos de liquidação) e dos contratos firmados junto aos consumidores (envolvendo desde as cláusulas de cobertura até as condições de reajuste de prestação).

Incumbe à ANS preservar o equilíbrio no setor, zelando para que se ofertem serviços de qualidade a preços economicamente justos, bem como para que as empresas tenham a necessária solidez econômico-financeira, de modo a garantir o cumprimento de suas obrigações.

O setor de planos de saúde é, por natureza, afeto à iniciativa privada, que o explora complementando os serviços públicos ofertados aos cidadãos na área de saúde pelo Poder Público. A Lei 9.961/2000 surgiu na esteira da Lei 9.656/1998, que inaugurara uma fase de mais incisiva intervenção estatal nesse campo, acentuando os controles a que se sujeitavam as operadoras de planos de saúde (anteriormente regulados pela Superintendência de Seguros Privados, que contava com a Câmara de Saúde Suplementar como um de seus órgãos). Anteriormente à criação da ANS, assim, a tutela estatal voltava-se mais ao acompanhamento da solidez das operadoras e menos ao perfil material dos contratos firmados com os consumidores, muito embora houvesse previsão, por exemplo, de fixação de condições mínimas dos contratos relativos a planos e seguros privados de assistência à saúde (art. 6º, II, da redação original da Lei 9.656/1998). As especificidades, portanto, do que antes era considerada apenas mais uma espécie de seguro, ensejaram a cisão das competências nesta matéria, sendo de se destacar, porém, que só ao novo ramo especializado (a saúde suplementar) se optou pela regulação por meio de agência.

2.8.2 Independência

A ANS tem a natureza de uma autarquia especial, caracterizada em sua lei de criação pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

2.8.2.1 Dirigentes

A ANS segue regras virtualmente idênticas às da ANVISA quanto a seus dirigentes. Seu colegiado é composto por até cinco diretores, observadas a forma de nomeação e outras garantias previstas na Lei das Agências (v. item 2.1.1). Um de seus diretores é escolhido diretor-presidente pelo Presidente da República, e cumpre o mandato de três anos (ou o prazo máximo que restar de seu mandato de diretor); os mandatos dos diretores, não-coincidentes, são de três anos, admitida uma única recondução consecutiva. Os diretores sujeitam-se

a “período de prova” de quatro meses, durante os quais podem ser livremente exonerados pelo Presidente da República. Após esse período só perderão o mandato em decorrência de renúncia, da prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia (que necessariamente deve ser precedido de processo em que se garanta a ampla defesa).

As regras sobre a quarentena também são idênticas àquelas aplicadas aos ex-dirigentes da ANS, ou seja, após exercerem por no mínimo seis meses (Lei 9.896/1998) a função, estão sujeitos à proibição de atuar no setor regulado por quatro meses (com direito a remuneração compensatória) e nos oito meses subsequentes (sem direito a remuneração), é-lhes vedada a possibilidade de representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência (ressalvados pleitos na condição de consumidor), bem como lhes é também vedado deter participação, exercer cargo ou função em organização sujeita à regulação da ANS.

A exemplo da ANVISA, também na ANS o diretor-presidente tem prerrogativas especiais, como a de negociar o contrato de gestão junto ao Ministro da Saúde no prazo de 90 dias, contados de sua nomeação, bem como a de decidir as questões de urgência *ad referendum* da Diretoria Colegiada. No caso da ANS, porém, ausente o caráter híbrido do órgão, que não assume funções executivas, o reforço à figura do diretor-presidente tem menos justificação, configurando-se como simples instrumento para redução da independência da agência.

2.8.2.2 Submissão/coordenação com outros órgãos/autonomia gerencial

A ANS é mera executora das políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU, órgão a quem, igualmente, pode propor políticas e diretrizes gerais a serem aplicadas ao setor.

Prevê-se no caso da ANS sua submissão a contrato de gestão que será negociado entre seu diretor-presidente e o Ministro da Saúde. Nos termos da lei, o contrato de gestão é um instrumento de avaliação da atuação administrativa da autarquia e de seu desempenho, estabelecendo os parâmetros para a administração interna da autarquia

necessária sua aprovação pelo Congresso Nacional, o que conduz a situações híbridas e aparentemente estranhas como o fato do Congresso Nacional ter aprovado a Lei 10.454/2002 para alterar dispositivos da Medida Provisória 2.228/2001, sem que tenha sido necessário apreciar a medida provisória – na prática, uma medida “definitiva”.

Os objetivos perseguidos por essa Agência são: estimular o desenvolvimento da indústria cinematográfica; promover a integração das atividades governamentais a ela relacionadas; aumentar a competitividade; promover a auto-sustentabilidade e articulação dos vários elos de sua cadeia produtiva; estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, especialmente as nacionais; e garantir a participação diversificada das obras estrangeiras no mercado brasileiro.

Destaque-se que não constitui objetivo da ANCINE a formulação de políticas no setor do cinema. Essa tarefa é do Conselho Superior do Cinema. É esse colegiado que define a Política Nacional do Cinema, as políticas e diretrizes gerais para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, com vistas a promover sua auto-sustentabilidade, e as políticas voltadas a estimular a presença do conteúdo brasileiro nos diversos segmentos de mercado.

Além da regulação, esta Agência tem funções de fomento da indústria cinematográfica e videofonográfica. Pode-se criticar a concentração das funções de regulação e de fomento, que melhor seriam desempenhadas se cometidas a órgãos distintos. Destaque-se, ainda, que limitadas são as competências para, propriamente, regular esse setor da economia, eis que, sem embargo dos propósitos da Agência, ela toca o tema da liberdade de manifestação, expressão e pensamento – um setor que tradicionalmente e por força constitucional deve ser marcado pela ausência de intervenção quanto ao conteúdo das produções.

Outrossim, apesar de se falar na busca da competição nesse setor, é de se reconhecer que a legislação brasileira já considera insuscetível de competição ou de comparação dois ou mais trabalhos artísticos; ao menos, é assim que se há de interpretar a regra de inexigibilidade de licitação plasmada no art. 25, III, da Lei 8.666/1993. Não por outra razão, ao referir-se à busca da competitividade, a medida provisória de criação da ANCINE menciona apenas o instrumento do fomento às produções nacionais.

2.9.2 Independência

2.9.2.1 Dirigentes

A ANCINE é dirigida por colegiado de quatro diretores, sendo um seu diretor-presidente. Aplicam-se a ela as regras gerais da Lei 9.896/2000 quanto à forma de nomeação e garantias aos dirigentes. Um de seus diretores é escolhido diretor-presidente pelo Presidente da República, não havendo previsão de prazo para a investidura nessa função. Não há restrição à recondução dos diretores, sendo de rigor considerar que esta é permitida. As hipóteses de perda de mandato são aquelas previstas na Lei 9.896/2000. A Medida Provisória 2.228/2001 silencia sobre a quarentena, o que nos remete à incidência simples das regras gerais já mencionadas no item 2.1.1, supra.

2.9.2.2 Submissão/coordenação

com outros órgãos/autonomia gerencial

A ANCINE, como dito, subordina-se às deliberações do Conselho Superior de Cinema, mas não está hierarquicamente submetida ao mesmo. Essa Agência vincula-se, de acordo com regra que consta da medida provisória de sua criação, ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio.³² O decreto que aprovou a estrutura regimental da Agência (Decreto 4.121/2002), porém, editado já à luz da Emenda Constitucional 32/2001, promoveu a vinculação da ANCINE à Casa Civil. Hoje, por força do art. 10 do Decreto 4.858, de 13.10.2003, a ANCINE vincula-se ao Ministério da Cultura.

Afora essa relação, a ANCINE deve respeitar as áreas de competência reservadas ao Ministério das Comunicações, ao Ministério da Educação e ao Ministério da Cultura na área de comunicações audiovisuais.

A principal fonte de receitas específica da ANCINE é oriunda de parte da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinema-

32. Malgrado a importância da indústria cinematográfica, talvez melhor seria a vinculação da ANCINE ao Ministério da Cultura, dado o conjunto de matérias de competência deste órgão.

toográfica Nacional – CONDECINE. Cumpre destacar, porém, que, além de estar sujeita aos contingenciamentos promovidos com fundamento na Lei de Responsabilidade Fiscal, a ANCINE não é sequer a titular integral de tais receitas, dado que compete ao Conselho Superior de Cinema promover a partilha do montante arrecadado com a dita contribuição, já que compete a ele “estabelecer a distribuição da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica – CONDECINE para cada destinação prevista em lei”.

2.9.3 Os mecanismos regulatórios

A ANCINE dispõe basicamente de instrumentos voltados ao fomento da indústria cinematográfica. Embora a lei lhe assegure competências como a de “regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional”, reconhece a necessidade, já mencionada, de que se resguarde “a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação”, o que reduz sensivelmente o campo de atuação desse órgão. O equilíbrio entre a atuação da Agência e as liberdades constitucionalmente asseguradas é talvez o principal desafio da ANCINE.

Outro instrumento para a atuação regulatória da ANCINE consiste na substituição do papel anteriormente exercido pelo Ministério das Comunicações na aplicação das leis de incentivo à cultura no que diz respeito ao setor regulado por ela. Incumbe à ANCINE promover as verificações, a análise, aprovação e acompanhamento da execução, bem como a análise das prestações de contas, dos projetos de obra cinematográfica ou videofonográfica documental, ficcional ou de animação que se habilitem à obtenção dos incentivos previstos nas Leis 8.685/1993, 10.454/2002 e 8.313/1991. Essa transferência das competências do Ministério da Cultura para a ANCINE foi prevista no Decreto 4.556/2002.

2.9.4 Funcionamento da Agência

2.9.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

O processo decisório da ANCINE não contempla regras especiais que lhe imponham maior transparência ou participação social.

A Medida Provisória 2.228/2001 tem previsão de que a ANCINE mantenha, em sua estrutura, uma Ouvidoria-Geral e uma Auditoria. Do Regimento Interno da Agência se extrai que a Auditoria exerce competências de controle interno da Agência e a Ouvidoria, além de receber pedidos de informações e reclamações, produzir relatórios e sugerir medidas de ajuste nos procedimentos – função comum aos ouvidores –, tem competência para se manifestar previamente sobre atos normativos da ANCINE dirigidos ao público externo. Trata-se, porém, de órgãos especiais despidos das necessárias garantias para o exercício das funções a eles atribuídas. Não há fixação de prazo de mandato para o ouvidor, nem a nomeação externa (pelo Poder Executivo) para fortalecer sua independência. Por fim – e como traço maior da fragilidade de tais órgãos especiais –, destaca-se o fato de que não houve sequer detalhamento dos mesmos na estrutura regimental aprovada pelo Decreto 4.121/2002, que é absolutamente silente quanto aos mesmos, fazendo com que o próprio Regimento Interno, elaborado por quem é fiscalizado e controlado por eles, tenha a função de lhes dar os contornos formais.

2.10 ANAC

2.10.1 Criação e objeto

A ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil foi criada pela Medida Provisória 269, de 2005, que foi aprovada, com alterações, pelo Congresso Nacional, transformando-se na Lei federal 11.182/2005. O objetivo precípua desta agência é regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, atuando com vistas ao desenvolvimento e ao fomento desse setor no País. Fundamentalmente, a ANAC herdou competências que antes eram exercidas pelo Departamento de Aviação Civil e por outras unidades do Comando da Aeronáutica que serão extintos uma vez absorvidas todas as suas funções pela nova Agência.

Destaque-se que não constitui objetivo da ANAC a formulação de políticas, cabendo a ela observar e implementar orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo Conselho de Aviação Civil – CONAC, órgão do Ministério da Defesa, pasta à qual está vinculada. Não cabe à ANAC, pois, o papel de formular a política de aviação

civil. Na regulação da infra-estrutura aeronáutica, outrossim, submete-se às competências da ANAC apenas a infra-estrutura civil, excluída a militar.

Além da regulação, esta Agência tem funções correlatas, como a de representar o País junto aos organismos internacionais de aviação civil, exceto nos assuntos relativos ao sistema de controle do espaço aéreo e ao sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

2.10.2 Independência

A ANAC foi criada como entidade integrante da Administração Pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa, caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

Num reforço à ausência de subordinação hierárquica, estabelece a lei de regência que compete à ANAC decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência, cabendo-lhe deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União; e deliberar, na esfera técnica, quanto à interpretação das normas e recomendações internacionais relativas ao sistema de segurança de voo da aviação civil, inclusive os casos omissos.

2.10.2.1 Dirigentes

A ANAC é dirigida por colegiado de cinco diretores. Um de seus diretores é seu diretor-presidente – e a lei de criação da ANAC não se ocupou da definição precisa quanto à sua escolha. A lei de regência da Agência não cuidou do tema do mandato do diretor-presidente, mas o regulamento que instalou a ANAC o fez, estabelecendo que esse é fixado no ato de sua nomeação. Em linha com o já sustentado no item 2.1.1, supra, o Presidente da República, que fixa, no ato de nomeação, o mandato do diretor-presidente, pode, em outro ato de igual hierarquia, reduzir-lhe o mandato, não podendo, porém, reduzir o man-

dato do diretor da Agência. Não há restrição à recondução dos diretores, daí se podendo extrair que esta é permitida.

As hipóteses de perda de mandato são: renúncia, condenação judicial transitada em julgado, ou de pena demissória, decorrente de processo administrativo disciplinar, cabendo ao Ministro de Estado da Defesa instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos federais estáveis. Atribui-se ao Presidente da República tanto a competência para determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, quanto de proferir julgamento em tais processos.

Ao diretor-presidente, além do voto ordinário, é garantido o voto de qualidade, o que implica dizer que além de ter direito a voto nas deliberações da diretoria, havendo empate prevalecerá o voto proferido pelo presidente.

A lei de regência da ANAC silencia sobre a quarentena. Apenas no regulamento da Agência, aprovado por decreto do Presidente da República, é prevista a quarentena. No caso, é possível sustentar que, conquanto a regra imponha restrições àqueles que por ela são atingidos, bem como um correlato dever de remunerar o servidor por parte da Administração Pública, não houve excesso no exercício do poder regulamentar, eis que a base legal para essa previsão regulamentar adviria da Lei 8.986/2000. Não obstante essa possibilidade, seria recomendável que, para robustecer a regra, a mesma fosse incorporada expressamente ao texto legal, na medida em que há o risco de futuro questionamento por parte dos ex-diretores quanto à base legal para a imposição de restrições quando já estiverem fora do cargo.

Além da diretoria, a ANAC conta, também, com uma Procuradoria, uma Corregedoria, um Conselho Consultivo e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas e da previsão de poder instalar unidades administrativas regionais.

2.10.2.2 Submissão/coordenação

com outros órgãos/autonomia gerencial

A ANAC, como dito, subordina-se às deliberações do Conselho de Aviação Civil – CONAC, órgão do Ministério da Defesa.

A lei de criação da agência estabelece, particularmente, a competência do CONAC para, isoladamente, definir diretrizes acerca da outorga de serviços aéreos, da suplementação de recursos para aeroportos de interesse estratégico, econômico ou turístico e da aplicabilidade do instituto da concessão ou da permissão na exploração comercial de serviços aéreos.

Cabe, outrossim, ao CONAC, submeter ao Presidente da República as diretrizes quanto ao estabelecimento do modelo de concessão de infra-estrutura aeroportuária que será implementado pela ANAC.

Diante da falta de competência da ANAC para regular o uso do espaço aéreo, cumpre destacar que o Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro é explorado diretamente pela União, por intermédio do Comando da Aeronáutica, ou por entidade a quem ele delegar, devendo portanto a ANAC submeter-se a essa autoridade. Não obstante, tem a Agência a prerrogativa de ser previamente consultada sobre a edição de normas e procedimentos de controle do espaço aéreo que tenham repercussão econômica ou operacional na prestação de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Pode a ANAC firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades governamentais, nacionais ou estrangeiros, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente dos setores de aviação civil e infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

De outro lado, sempre que exercer competências na esfera internacional, a ANAC deve fazê-lo em coordenação com o Ministério das Relações Exteriores, sendo que no caso da representação do Brasil em convenções, acordos, tratados e atos de transporte aéreo internacional a ANAC também submete-se às orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo CONAC.

A lei de criação da ANAC inclui um anexo com a fixação das taxas pelo exercício do poder de polícia exercido pela agência, que devem se constituir nas receitas desta Agência, sendo estas qualificadas como Taxas de Fiscalização da Aviação Civil – TFAC e recaem sobre o setor regulado.

2.10.3 Os mecanismos regulatórios

A ANAC dispõe de competência para conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos, bem como de conceder ou au-

torizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte. Só essa competência já lhe conferiria atributos regulatórios significativos frente ao setor regulado.

De forma expressa, ainda lhe são garantidas prerrogativas de compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Destaca-se, ainda, entre outras atribuições da ANAC, a de aprovar e fiscalizar a construção, reforma e ampliação de aeródromos e sua abertura ao tráfego, bem como competências normativas voltadas a assegurar a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos, segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem, competência a qual se associa a de proceder à homologação e emitir certificados, atestados, aprovações e autorizações, relativos às atividades de competência do sistema de segurança de voo da aviação civil.

2.10.4 Funcionamento da Agência

2.10.4.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

O processo decisório da ANAC contempla regras especiais que lhe impõem transparência e participação social. A lei de regência determina que as sessões deliberativas da Diretoria que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre estes e usuários da aviação civil, sejam públicas. Também em matéria de transparência reproduz-se a garantia constitucional quanto à publicidade dos documentos e autos, salvo aqueles cuja divulgação possa violar a segurança do País, o segredo protegido ou a intimidade de alguém.

Estabelece-se, ainda, que as iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.

3. AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

A propósito das agências reguladoras criadas nas esferas estadual e municipal, cumpre destacar apenas suas características mais gerais, sem descer à análise específica de cada uma das muitas agências já constituídas.

3.1 Objeto

Quanto ao objeto, as agências reguladoras estaduais seguem tendência a serem agências multissetoriais. Esse fato se verifica como resultado dos custos, que por certo seriam mais elevados se houvesse uma multiplicidade de agências. Exemplos dessas agências multissetoriais são diversos, podendo ser apontadas a AGEPAN, do Mato Grosso do Sul, a AGERBA, da Bahia, a AGERGS, do Rio Grande do Sul, a ASEP, do Rio de Janeiro, e a AGR, do Estado de Goiás.

Há exceções, porém, como as agências do Estado da Paraíba, AAGISA, da área de águas, irrigação e saneamento, e a AGEEL, da área de energia elétrica; ou ainda a CSPE, do Estado de São Paulo, voltada especificamente para a área de energia (elétrica, por delegação da ANEEL, e de gás canalizado, exercendo a competência cometida pela Constituição Federal aos Estados).

Outro fenômeno que merece destaque quanto às agências de âmbito estadual é o de que em muitos casos essas agências reúnem competências delegadas por agências do âmbito federal, como a ANA e a ANEEL, que prevêm expressamente a possibilidade de delegação de funções e competências a órgãos criados em outros níveis da Federação. Além destes, por vezes depara-se com agências multissetoriais no âmbito dos Estados que se propõem a exercer competências em áreas como telecomunicações, nas quais não se prevêm delegações da agência federal (a ANATEL), tornando inócuas tais previsões.

3.2 Independência

3.2.1 Dirigentes

Boa parte das agências estaduais procura reproduzir algumas das regras relacionadas aos dirigentes, como os mandatos fixos, a exigên-

cia de justa causa para a exoneração dos dirigentes e a quarentena. Identificam-se, dada a grande variedade de modelos jurídicos de agências, previsões menos usuais, como a proibição de nomeação de conselheiro que tenha atuação político-partidária, prevista na AGERBA (Bahia), ou regras diferenciadas quanto à não-coincidência de mandatos. É o caso da AGER, no Mato Grosso, em que na lei de criação da Agência previu-se que se passariam períodos de até três anos sem a substituição de dirigentes, concentrando essas nomeações nos dois primeiros anos dos mandatos políticos (Executivo e Legislativo Estadual). Com esse modelo, já no segundo ano de mandato o Governador do Mato Grosso terá todos os dirigentes por ele nomeados, aproximando a agência do modelo de *spoil system* (mitigando, portanto, sua independência em face do Poder Executivo).

Ainda quanto aos dirigentes, sua escolha segue distintos processos. Algumas outorgam ao chefe do Poder Executivo a prerrogativa para fazê-lo. Outras exigem a anuência da Assembléia Legislativa. Outras, ainda, consagram regras mistas, como a AGR de Goiás, que prevê ser dado ao Governador nomear o dirigente se por três vezes a Assembléia Legislativa não aprovar suas indicações. Outro sistema atípico observa-se na ARCE (Ceará), em que se prevê um processo interno ao Poder Executivo, submetendo à Procuradoria-Geral do Estado a avaliação dos candidatos a dirigentes.

Quanto ao julgamento dos dirigentes para perda de mandato, é comum se outorgar ao Poder Executivo a competência para processá-los e julgá-los. Encontramos, porém, em agências como a AGR de Goiás, previsão de que caiba ao Legislativo fazê-lo (previsão que já foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no caso da AGERS – julgamento da ADI 1.949).

3.2.2 Submissão/coordenação

com outros órgãos/autonomia gerencial

Em face da relação direta com agências correlatas no âmbito federal, é comum prever que as agências estaduais subordinem suas ações às deliberações dessas agências. É recorrente a previsão de autonomia gerencial desses órgãos, sendo que, porém, em grande parte das agências não é dado à legislação estadual criar taxas que possam

constituir receitas a serem obtidas diretamente dos setores regulados (haja vista a maior parte deles cuidar de serviços sujeitos à competência normativa federal). Assim, fontes especiais de receitas dessas agências advêm de repasses associados a delegações de competências promovidos por agências federais, como no caso da ANEEL.

Esse problema das fontes de recursos não se verifica, porém, com agências que versam temas afetos à competência legislativa estadual ou municipal, como ocorre com a Taxa de Regulação e Fiscalização dos Serviços de Saneamento prevista na lei de criação da AGERSA (Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim), uma agência de âmbito municipal.

3.3 Funcionamento da agência

3.3.1 Publicidade, processo decisório e órgãos especiais

Em algumas das agências estaduais e municipais observa-se a preocupação com o incremento da publicidade de seus atos e da participação social e da transparência no processo decisório. A AGERSA, de Cachoeiro do Itapemirim, por exemplo, está obrigada a realizar audiências públicas periódicas com vistas a prestar contas quanto à *performance* da concessionária do setor de saneamento do Município. É recorrente, ainda, a criação de órgãos consultivos (Conselhos), com a participação de entidades da sociedade civil.

4. ALGUNS DESAFIOS E RISCOS PARA O FUTURO

As agências reguladoras, em especial aquelas de âmbito federal, ultrapassaram período importante para sua consolidação. Trata-se do período em que – como o registro histórico de experiências de Direito Comparado demonstra –, em face da alternância de poder, os dissensos são expostos ao debate público.

Desde o primeiro momento da transição de governo, em 2003, o país observou paulatino reconhecimento das virtudes do modelo das agências reguladoras. De uma inicial perspectiva de supressão substancial da autonomia das agências – que, como se viu, constitui seu traço essencial – e de iniciativas que aparentavam um confronto entre

o Poder Executivo e as agências, passou-se a ouvir discurso governamental mais aderente ao ideário das agências, que pode ser sintetizado no anteprojeto de Lei 3.337/2004, no qual, afora as inovações que pretendem a retomada da competência do Poder Executivo de expedir as outorgas e da controvertida ampliação da submissão das agências ao Contrato de Gestão, voltou-se preponderantemente a uniformizar determinados tratamentos dados à disciplina jurídica das agências e a suprir lacunas do modelo existente, com vistas a ampliar a coordenação das agências com os órgãos de defesa da concorrência e com outros órgãos de regulação estaduais e do Distrito Federal, dar maior força à figura do Ouvidor, além de ampliar obrigações das agências no que concerne à procedimentalização de seu processo decisório.

Trata-se, é certo, de simples projeto de lei que não logrou obter o necessário nível de consenso que permitisse, com mais de dois anos de tramitação, sua aprovação. De todo modo, revela-se certo amadurecimento na visão quanto às agências reguladoras, apontando para perspectivas de se trabalhar com vistas ao aperfeiçoamento do modelo, e não à sua destruição, como se chegou a supor.

A própria criação da ANAC no período, por meio da Medida Provisória, é sinal do arrefecimento de uma postura crítica quanto aos princípios e objetivos das agências reguladoras.

No relatório *Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*, o Governo Federal ressaltou a necessidade de fortalecimento das agências reguladoras nos setores de infra-estrutura como forma de contribuir para a “diminuição do custo de capital nestes setores, com importante reflexos nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços”, destacando que: “Estimativas sugerem que o risco regulatório é responsável por 2 a 6 pontos percentuais adicionais no custo do capital investido em infra-estrutura na América Latina, implicando um aumento superior a 20% – em média – nas tarifas dos serviços de infra-estrutura”.

Diante de tal quadro, os riscos mais temidos foram afastados, sendo possível considerar que outra ordem de riscos – inerentes ao modelo de agências reguladoras independentes –, não menos importantes, possa ser enfrentada e superada no futuro. Trata-se de riscos como o da já mencionada possibilidade de as agências reproduzirem

as velhas estruturas e concepções burocráticas do modelo de Estado anterior, que elas pretenderam superar; trata-se do risco de que as agências se transformem em nichos autoritários de poder, menos permeáveis ao controle social; trata-se do risco de que, nesse sentido, os instrumentos de participação no processo decisório sejam considerados meras formalidades a serem cumpridas, e não instrumentos que possibilitam a legitimação do agir dos reguladores.

Nesse sentido, há que se frisar que o incremento na participação depende menos da criação de estruturas burocráticas ou de estruturas de financiamento dos custos de participação,³³ e mais da ampliação da transparência nos processos decisórios e nas próprias decisões desses órgãos (que contam com os grandes instrumentos proporcionados pela tecnologia da informação) e da efetiva disposição dos órgãos de compartilhar com a sociedade e com os regulados o processo decisório (o que, além de não implicar abrir mão das competências para decidir, só agrega força às decisões tomadas).

Há, ainda, que se vencer – certamente contando com tais instrumentos de legitimação – os riscos da judicialização dos conflitos, sendo certo que o papel planejador e propositivo nunca se associou ao controle jurisdicional. Não se alcançará, porém, quadro de menor intervenção do Poder Judiciário nas decisões das agências reguladoras negando àquele seu papel inafastável de controle de legalidade dos atos administrativos de toda ordem. Essa redução parte do incremento na participação social no processo decisório das agências, do conseqüente compartilhamento da complexidade da tarefa de regular e de arbitrar as tensões que lhes são próprias, fazendo forjar-se no senso comum o reconhecimento da importância da regulação, ainda que nem sempre seus resultados caminhem no sentido de atingir objetivos imediatos. Só a partir desse momento é que as decisões regulatórias ganharão, mais que a legitimidade formal (que pode ser prevista em instrumentos normativos), a legitimidade material necessária a lhes conferir a força e a efetividade, tornando-as menos sujeitas a revisões por parte do Poder Judiciário ou mesmo às investidas do Poder Exe-

33. Como prevê o Projeto de Reforma da Lei das Agências para revisão dos marcos legais das agências.

cutivo com vistas a tolher-lhes a independência, seja enfraquecendo suas estruturas, seja asfixiando-as do ponto de vista financeiro, seja elastecendo o exercício da competência regulamentar do Presidente da República para dispor sobre questões tipicamente regulatórias.