



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
Câmara de Infra Estrutura – Câmara de Política Econômica

**ANÁLISE E AVALIAÇÃO DO PAPEL DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS NO ATUAL ARRANJO INSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

RELATÓRIO DO GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL

Brasília, setembro de 2003



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

Presidência da República
Casa Civil

MINISTRO

José Dirceu de Oliveira e Silva

SECRETÁRIO-EXECUTIVO

Swedenberger Barbosa

SUBCHEFE DE COORDENAÇÃO DA AÇÃO GOVERNAMENTAL

Luiz Alberto dos Santos

Subchefe-Adjunto para Assuntos de Infra-estrutura

Rodrigo Augusto Rodrigues

SUBCHEFE PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

José Antonio Dias Toffoli

SUBCHEFE DE ASSUNTOS PARLAMENTARES

Waldomiro Diniz da Silva

SUBCHEFE DE ASSUNTOS FEDERATIVOS

Vicente Carlos y Pla Trevas

Sítio na Internet: <http://www.presidencia.gov.br>



© 2003, Presidência da República



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

SUMÁRIO

1 – Sumário Executivo	4
2 – Aspectos Conceituais	9
2.1. Taxionomia da regulação	9
2.2. Bases e justificativa da regulação econômica e das agências reguladoras	9
2.3. Mitigação dos riscos ao bom desempenho do regulador: papel da independência	11
2.3.1. As agências reguladoras e a “captura”	12
2.3.2. A importância da independência	13
2.3.3. Os limites da independência	14
2.4. Formas de alcançar a independência	15
2.4.1. Mandatos como estímulo e elemento fortalecedor da independência	16
2.4.2. As decisões colegiadas como forma de respaldar as decisões do regulador	17
2.5. O controle social como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória	17
2.6. A coordenação com a política de concorrência como fator de bem-estar social	19
3 – Aspectos Institucionais das Agências Brasileiras	20
3.1. Considerações gerais	20
3.2. A posição das agências reguladoras na organização administrativa brasileira	20
3.3. Aspectos jurídicos das agências reguladoras e implicações para seu bom funcionamento	22
4 – Diagnóstico do Funcionamento das Agências Brasileiras	23
4.1. Práxis e relacionamento com os ministérios e outras agências	23
4.1.1. A relação com os ministérios: esferas de atribuições e a questão dos quadros	24
4.1.2. A relação entre agências e o incentivo à concorrência	25
4.2. O grau de efetiva prestação de contas e controle social	26
5 – Conclusões e Recomendações	27
5.1. Conclusões	27
5.2. Diretrizes para o bom funcionamento das agências reguladoras	29
5.2.1. Definição dos setores que necessitam de agências reguladoras	29
5.2.2. Fortalecimento dos ministérios e das instâncias do governo responsáveis pela formulação de políticas	29
5.2.3. Aperfeiçoamento dos órgãos formuladores de políticas	29
5.2.4. Segurança do mandato dos dirigentes das agências reguladoras	30
5.2.5. Definição da competência da diretoria colegiada	30



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

5.2.6. Controle social _____	31
5.2.7. Articulação com a defesa da concorrência _____	33
5.2.8. Articulação entre as agências e os organismos regulatórios na esfera estadual _____	34
5.3. Recomendações para ações imediatas _____	34
5.3.1. Recomendações relativas ao mandato de dirigentes _____	34
5.3.2. Ativação e aperfeiçoamento dos órgãos e colegiados propositores de políticas públicas _____	35
5.3.3. Controle social _____	35
5.3.4. Recomendações relativas à aplicação de critérios e parâmetros identificados para justificar uma agência reguladora _____	37
6. <i>Bibliografia Consultada</i> _____	38



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

1 – Sumário Executivo

Foi constituído, por determinação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em março de 2003, um Grupo de Trabalho Interministerial para analisar, discutir a organização, e propor medidas para o aperfeiçoamento do modelo institucional das agências reguladoras no âmbito do Poder Executivo Federal. A criação do Grupo de Trabalho expressou as preocupações não só do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, mas de todo o Governo Federal, com relação ao adequado controle social das agências e ao papel dessas entidades na atual estrutura do Estado brasileiro, em uma economia de mercado com preponderância de empresas privadas em importantes áreas de infra-estrutura. Os elementos coligidos pelo Grupo de Trabalho formam a base deste relatório, que também foi debatido no Comitê Executivo da Câmara de Políticas de Infra-estrutura e no pleno da Câmara de Política Econômica.

Conforme detalhado no Anexo I, as principais questões suscitadas pelo Governo e representantes do Poder Legislativo foram as seguintes:

- Adequação do grau de autonomia ou independência das agências em relação aos ministérios e o papel destes atributos no bom ordenamento da economia e no fomento ao investimento produtivo;
- A esfera de ação das agências reguladoras, tanto na área de planejamento, quanto na outorga de concessões e permissões;
- A necessidade de fortalecimento dos ministérios e a aproximação destes órgãos com respeito a atribuições básicas de planejamento e formulação de políticas públicas na esteira da reorientação do papel das empresas estatais nos últimos 10 anos;
- Eficácia das agências na defesa dos interesses dos consumidores e no cumprimento de suas competências legais;
- Adequação dos meios para que as agências possam cumprir seu papel, inclusive no que tange à formação de um quadro de pessoal qualificado, com prerrogativas compatíveis ao exercício de seu papel de fiscalização e regulação; e
- A inexistência de mecanismo de prestação de contas por parte das agências ao Congresso Nacional, inclusive no que tange ao poder do Congresso para convocar presidentes e diretores dessas entidades para prestar esclarecimentos.

A análise ratificou que o modelo de agências, não obstante a clara necessidade de aprimoramentos do quadro atual, é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia. Afirmou-se, portanto, o papel das agências, tanto do ponto de vista conceitual econômico (seção 2 do relatório), quanto à luz do direito administrativo brasileiro e seus desdobramentos institucionais (seção 3), para que os consumidores obtenham serviços com qualidade, diversidade, quantidade, e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

negócio e o retorno do investimento. Nesse sentido, merecem destaque as seguintes ponderações de natureza econômica:

- (i) **o investimento total na economia brasileira deverá crescer** para que se possa assegurar o crescimento econômico *per capita* sustentável, aumentando sua parte no Produto Interno Bruto (PIB) dos atuais 19-20% para 22-25%;¹
- (ii) **o governo é responsável por criar um ambiente que favoreça os investimentos** públicos e privados em infra-estrutura, já que há ampla evidência empírica da importância crucial, no contexto de uma agenda de desenvolvimento, de uma política de êxito para a infra-estrutura;
- (iii) **a presença das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados**, que são centrais para suprir o déficit de investimento em infra-estrutura existente no Brasil. Isto se dá porque importante parte deste investimento terá que ser arcada pelo setor privado, e investimentos em infra-estrutura envolvem significativos custos irrecuperáveis (*sunk costs*), amortizados por um longo prazo de tempo. Em qualquer país, essa situação cria riscos de que tanto empresas quanto governo ajam de forma oportunista: de um lado, uma vez assegurada a concessão (monopólio) de um serviço público essencial, surge para a empresa investidora a oportunidade de pleitear benefícios não previstos inicialmente. Por outro lado, pela ótica do governo, uma vez que a empresa concessionária já realizou significativo investimento fixo, surge o incentivo de remunerá-lo abaixo do nível eficiente. Para contrapor-se a estes incentivos naturais, mas conflitantes e ineficientes, o governo necessita garantir e fortalecer o papel das agências, autônomas e independentes, como reguladores desses setores.
- (iv) **segundo o ordenamento jurídico do país, é eminentemente federal a responsabilidade** de assegurar que, em diversos setores chaves, os serviços públicos sejam ofertados na maior quantidade, melhor qualidade e menor preço aos consumidores. Isso aponta para a necessidade da ANATEL, ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANA (esta, na medida de seu papel de regulador do uso de recursos hídricos e saneamento), serem preservadas e fortalecidas;
- (v) **dentre as conseqüências de agências reguladoras fortalecidas** nos setores de infra-estrutura estão sua contribuição para a diminuição do custo de capital nestes setores,

¹ Um aumento de 5 pontos percentuais na taxa de investimento como proporção do PIB poderá proporcionar um ganho absoluto sustentável de pelo menos um ponto percentual nas taxas de crescimento da economia como um todo.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

com importante reflexos nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços²;

- (vi) **transcendendo a necessidade das agências regulatórias**, a regulação econômica – não necessariamente por meio de agências reguladoras – é indispensável onde podem existir falhas de mercado (e.g. assimetrias de informação e externalidades negativas significativas). A necessidade de regulação se aplica mesmo a setores não relacionados à infra-estrutura, como a indústria farmacêutica;
- (vii) **o Brasil deve se alinhar à grande maioria dos países**, onde as agências reguladoras não são eminentemente responsáveis pela formulação de políticas setoriais. Estas políticas, em especial no que diz respeito a planejamento e metas de universalização e acesso, devem ser formuladas pelos Ministérios, com uma fronteira bem delimitada, a fim de que política setorial não seja tomada por regulação econômica e vice-versa. Nesse particular, note-se que, embora distintas, regulação econômica e políticas setoriais têm papéis complementares e não antagônicos. Com este propósito, o Poder Executivo deve também assumir e ativar, com firme determinação política e autonomia, os fóruns colegiados e interministeriais responsáveis pela formulação das políticas públicas setoriais, para inclusive poder orientar as agências de forma clara, permitindo-lhes implementar as políticas com o mínimo de ambigüidade;
- (viii) **por outro lado, a regulação econômica deve ser constantemente aperfeiçoada**, tendo como meta a promoção da concorrência como mecanismo de organização da atividade econômica. Em vista deste caráter dinâmico, para que se preserve a estabilidade dos setores regulados, é indispensável assegurar a transparência nos processos decisórios tanto do formulador das políticas, como das agências. Só assim permitem-se graus de liberdade ao regulador para que, no futuro, mudanças em benefício da sociedade sejam implementadas dentro de parâmetros bem conhecidos;
- (ix) **o desenvolvimento de instrumentos de controle social** das agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo. De pronto, faz-se necessário a) aperfeiçoar mecanismos de consulta pública, que devem ser obrigatórios para todas as agências, criando uma espécie de “semi-contencioso administrativo”: a agência deve motivar e responder a críticas, e justificar a adoção de regras que se mostrem controversas; b) estudar mecanismos que permitam as entidades de defesa do consumidor/usuário terem a prerrogativa de indicar um representante de conhecimento notório (*expert*) para acompanhar os processos de consulta pública e outros trabalhos desempenhados pela agência, financiado – dentro das disponibilidades orçamentárias - pela própria agência; c) criar ouvidorias no âmbito

² 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.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

de todas as agências; d) aumentar a transparência das regras, incluindo a regulação de contatos *ex parte* entre empresas reguladas e agências; e) de modo mais geral, instituir com presteza mecanismos de prestação de contas ao Poder Legislativo;

- (x) **contratos de gestão ou desempenho** podem somar-se aos instrumentos de controle social, principalmente para acompanhar a implementação de “metas de transparência”, contribuindo ainda para a melhoria da eficiência regulatória. Hoje, contratos de gestão para agências executivas estão disciplinados pelo Decreto nº 2.487, de 02 de fevereiro de 1998, e há previsão de contratos na Lei de criação da ANEEL, ANVISA e ANS, e no Decreto que aprova a estrutura regimental da ANA, havendo contratos em vigor na ANEEL, ANS e ANVISA. De forma muito específica, um contrato de gestão, ainda que possa prever metas para o exercício da fiscalização, deve ser utilizado primordialmente para: acompanhar a implementação de “metas de transparência”, contemplando em especial prazos para o estabelecimento de ouvidorias, padronização dos projetos de consulta pública e atendimento a solicitações dos agentes e consumidores, e estabelecimento de forma e periodicidade dos relatórios a serem enviados ao Congresso. A formalização da relação entre a administração direta e as agências aponta também para a importância de desenvolverem-se mecanismos visando facilitar a previsibilidade do fluxo de recursos orçamentários e financeiros disponíveis para as agências.
- (xi) **por fim**, deve restar claro que, não obstante a regulação econômica seja necessária sempre que existam falhas de mercado, de modo geral esta não é uma razão suficiente para a criação de uma agência, cuja necessidade tipicamente se dá apenas onde, como dito acima, sejam necessários significativos investimentos irreversíveis (e.g., na infra-estrutura, como no caso de barragens, no tocante, por exemplo, à segurança da disponibilidade dos recursos hídricos). Nas situações em que não se constata a necessidade de agências, é importante evitar que pressões corporativistas e quaisquer grupos levem à criação indevida desses órgãos, introduzindo custos desnecessários e improdutivos para o contribuinte.

À luz dessas considerações e dos elementos de diagnóstico trazidos pelos participantes do grupo (seção 4), este documento traz propostas de diretrizes para lidar com o tema de forma geral, e recomendações de medidas imediatas (seção 5). Estas se fixam em: a) reforçar o sistema de mandato dos dirigentes (presidentes e demais diretores), não coincidentes com o do Presidente da República, b) a ativação e aperfeiçoamento dos órgãos colegiados de definição de política (e.g., Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT), e c) definição de novos mecanismos de controle social, especialmente no aprimoramento dos mecanismos de consulta e informação públicas e de prestação de contas ao Legislativo. Também foram validados os critérios e parâmetros para justificar uma agência reguladora, deduzindo-se recomendações específicas.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

Em suma, a preocupação deste Governo com a efetiva operação das agências mostrou-se oportuna, inclusive como fator de consolidação das instituições do Estado. Ela permitiu aclarar uma série de ambigüidades sobre o papel e condições para o bom funcionamento das agências reguladoras, inclusive no que tange a uma política de aprimoramento de quadros que se desdobre em harmonia com a política de recursos humanos do Governo e de maneira previsível ao longo do tempo (Anexo II). A iniciativa de avaliação, junto aos processos de aprimoramento do marco regulatório já em andamento em alguns setores, permite explicitar o princípio de que o papel do governo nos setores regulados não é eliminar os riscos para o investidor—mas sim evitar que se criem riscos desnecessários, que excedam os riscos próprios do negócio; e que estes riscos sejam conhecidos *ex-ante*, não se vendo alterados por caprichos do regulador.

A iniciativa de avaliação do papel das agências abriu, portanto, uma via para o Governo efetuar, de maneira coordenada, uma sinalização coerente para os agentes de mercado, visando garantir as bases para a imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios, dando inclusive previsibilidade ao natural aprimoramento do marco regulatório, como existe na maior parte das grandes economias. De fato, o marco regulatório tem que ser estável (com regras claras e previsíveis), mas não estático—o que torna a transparência por parte do regulador, advogada neste documento, fundamental para o bom funcionamento do modelo.

Finalmente, a iniciativa refletida neste documento, sobretudo, sublinhou e deu relevo à imperiosa necessidade de se aprimorarem os mecanismos de prestação de contas e controle social das agências, tornando possível exercê-los de forma sistemática e orientada para o desenvolvimento sustentado da atividade econômica e, principalmente, do bem-estar social, em consonância com os compromissos do atual Governo, aprovados nas eleições presidenciais de 2002.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

2 – Aspectos Conceituais

2.1. Taxionomia da regulação

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

A regulação, dependendo das suas finalidades, pode ser econômica, social ou administrativa. A **regulação econômica** propicia a estrutura institucional para agentes econômicos, empresas e mercados. É a regulação cujo propósito principal é facilitar, limitar ou intensificar os fluxos e trocas de mercado, por intermédio de políticas tarifárias, princípios de confiabilidade do serviço público e regras de entrada e saída do mercado. Já a **regulação social** é a que intervém na provisão dos bens públicos e na proteção do interesse público, define padrões para saúde, segurança e meio ambiente e os mecanismos de oferta universal desses bens. A regulação administrativa, por fim, diz respeito à intervenção nos procedimentos administrativos e burocráticos, bem como aos procedimentos administrativos adotados pelo Poder Público em sua relação com os administrados. Segundo Gonçalves (2002), a regulação administrativa diz respeito às “normas jurídicas editadas pela Administração Pública no exercício da função administrativa”, ou seja, materializa-se no próprio exercício, pela administração, de seu poder regulamentar, isto é, de expedir regulamentos para a correta interpretação das leis, conforme prevê, genericamente, o art. 84, IV da Constituição Federal.

2.2. Bases e justificativa da regulação econômica e das agências reguladoras

A regulação econômica refere-se àquelas intervenções cujo propósito é mitigar imperfeições, como a existência de traços de monopólio natural, e assim melhorar o funcionamento do mercado. A justificativa econômica tradicional para a regulação diz respeito à maximização da **eficiência em mercados caracterizados pela concentração de poder econômico (e.g., monopólio ou oligopólio)** e naqueles onde as barreiras à entrada são significativas. Outras justificativas econômicas para a regulação são as falhas de mercado relacionadas com as



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

*externalidades*³, a correção de *assimetrias de informação* e poder⁴, e a intervenção para *facilitar a transição* para regimes de mercado⁵, assim como a insuficiente provisão de bens públicos, e.g., onde há necessidade de promoção da universalização do acesso aos serviços. Por outro lado, em alguns casos, apenas, podem requerer agências autônomas setores onde se faça necessário o monitoramento dos preços praticados. A regulação econômica vem para, na presença das “falhas de mercado”, assegurar que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente, tendo como resultado adequados níveis de quantidade, qualidade e preço. Também se pode atribuir à regulação econômica uma tarefa adicional: ela pode ser um veículo indutor da criação das próprias condições de mercado em circunstâncias em que elas não existem. Quanto a este ponto, é de se reter a idéia de que regulação não é somente uma etapa anterior ao alcance de níveis satisfatórios de concorrência. A regulação estimula a concorrência e procura mimetizar mercados para minimizar suas deficiências, mas deve ainda desempenhar a importante tarefa institucional de, por vezes, criar e organizar esses mercados, bem como em seu interior promover redistribuições equânimes.

A regulação econômica não é trivial, já que ao confeccionar e implementar esse corpo de regras, o Poder Público terá de (i) asseverar quais são, em cada momento, a quantidade e qualidade ótimas de bens ou serviços a serem produzidos; (ii) criar os incentivos corretos para que os produtores atendam a essa demanda de forma eficiente; (iii) estimulá-los a investir em inovação e adaptação de seus produtos; (iv) ao menor preço (ou tarifa) possível (isto é, com o preço igual aos custos marginais de longo prazo); e (v) induzir o repasse dos ganhos de produtividade para o consumidor dos serviços regulados.

A regulação econômica sistemática tornou-se uma questão concreta no Brasil com as privatizações levadas a cabo pelo governo brasileiro na década de 1990, que concedeu à iniciativa privada diversos “monopólios naturais”, ou “quase-monopólios” que antes se encontravam sob a égide das empresas estatais. Monopólios são comumente associados a ineficiências, estáticas e dinâmicas. Em termos estáticos, os monopólios criam ineficiências (e, portanto, perda de riqueza), cobrando preços acima dos seus custos marginais (*i.e.* obtendo lucros extraordinários). Em termos dinâmicos, os monopolistas têm poucos incentivos para investir em inovação tecnológica e melhora de seus produtos ou serviços. Enquanto na esfera do Estado, o monopolista é controlado pelos mecanismos de regência do Estado (e.g., representação no Conselho de Administração das empresas públicas e nomeação de seus dirigentes pelo Poder Público). Ao deixar a esfera do Estado, fica patente a necessidade da sociedade exercer seu controle por outros mecanismos e na proporção adequada à nova situação. Este é o papel das

³ Algumas transações dão origem a benefícios ou custos sociais que não são computados no mecanismo de preços do mercado. Esses custos e benefícios são ditos serem externos ao mercado.

⁴ Estas ocorrem onde um lado do mercado é mais organizado ou mais poderoso e tem melhor acesso à informação do que o outro; tipicamente, a discussão refere-se a monopólio ou oligopólio no lado da oferta, mas ela pode estender a outras situações em que um lado está, p. ex., em uma significativa desvantagem informacional para com o outro.

⁵ Este tipo de intervenção se aplica em mercados que previamente foram monopólios e que estão caminhando para a concorrência, no todo ou em parte. Nessas circunstâncias, o antigo monopolista estabelecido pode usar sua posição dominante no mercado para entrar ou retardar o processo de liberalização.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

agências reguladoras. Também é por isto que o modelo regulatório deve procurar injetar algum grau de concorrência entre provedores de serviços, o que foi feito no Brasil, ainda que de forma incipiente e muito incompleta (e.g., na geração da energia elétrica).

A questão de como regular monopólios naturais, ou quase-monopólios, como os de energia elétrica, petróleo, gás natural e telefonia, dentre outros, apresenta, portanto, grande importância com a passagem de fração importante de algumas dessas atividades para o setor privado. Pelo menos dois fatores militam para isto. Primeiro, o elevado custo fixo requerido por investimentos em infra-estrutura cria situações especiais, relacionadas ao longo prazo de amortização do investimento. Mais especificamente, a natureza capital-intensivo dos setores da infra-estrutura determinam perspectivas de mais longo prazo para as decisões regulatórias, pois os investidores necessitam estar seguros do compromisso de longo-prazo do governo com a estabilidade regulatória.⁶

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

2.3. Mitigação dos riscos ao bom desempenho do regulador: papel da independência

Os problemas dos monopólios são bem conhecidos há mais de um século, quando a regulação econômica começou a se desenvolver, particularmente nos Estados Unidos da América (EUA), onde se deu na esteira da extraordinária concentração industrial observada por esse país naquele período. Também é conhecido, há muito tempo, e dado à publicidade inclusive por aqueles que consideram a regulação ineficiente e mesmo desnecessária, o risco de “captura” do regulador, que tende a levar ao excesso de investimento e à ineficiência.⁷ Tal risco, independente da ontologia da sua identificação, é, de forma geral, atual e concreto — ainda que não único. De fato, existe uma série de outros riscos — inclusive por parte do Estado — que também podem resultar em uma provisão ineficiente e inadequada de serviços.

As lições da vasta literatura disponível, da experiência internacional das duas últimas décadas, e dos princípios mesmos do Direito apontam para alguns elementos basilares de um desenho institucional que possa mitigar esses riscos. Em particular, qualquer que seja a

⁶ Recente relatório da OCDE sugere que, por exemplo, sem um quadro de disciplina de longo prazo, boa parte de governos resultantes de eleições gerais tenderia a postergar aumentos nos preços dos serviços públicos, mesmo que tais aumentos fossem economicamente justificáveis.

⁷ Cf. STIGLER (1971).



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

motivação para a regulação econômica, a experiência em diversos países tem mostrado que há três elementos críticos para o bom desenho institucional:

- *harmonia entre as instituições regulatórias e os ambientes político, administrativo, social e econômico, e com o sistema de regência no qual as agências operam;*
- *independência operacional;*
- *sujeição dos agentes reguladores à prestação de contas*⁸.

2.3.1. As agências reguladoras e a “captura”

A “teoria da captura” mostra que o aparato regulatório corre o risco de ser “adquirido” pela indústria, com “a regulação desenhada e operada primariamente para o seu benefício”⁹. Assim, sem correto controle social do regulador, os interesses das indústrias reguladas podem influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida.

Agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los.

Para que fossem mitigados os riscos de captura por setores regulados, a experiência anglo-saxã acabou por criar as “agências reguladoras”, tal como hoje conhecidas: com autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes e não-coincidentes com as eleições majoritárias; estrutura de direção e decisões colegiadas, quarentena para os dirigentes na partida. Estas características, que dão um grau de independência às agências, vêm se tornando padrão na maior parte dos países desenvolvidos e já encontram reflexos definidos nas instituições brasileiras.

⁸ O conceito de prestar contas pelo feito traduz-se por “accountability” na língua inglesa, palavra de forte conteúdo conotativo, que se refere à obrigação de dar explicações, responder e arcar com as conseqüências pela maneira com a qual alguém se desincumbe de atribuições ou utilização de recursos de outrem (equivalente à prestação de contas à sociedade). A noção não se restringe aos mecanismos de controle formal gerados no interior da burocracia, nem apenas ao controle externo limitado às dimensões financeira e orçamentária. Neste Relatório as expressões “prestação de contas” e “controle social” serão sempre empregadas em favor da palavra inglesa. Para uma discussão do significado da palavra “accountability”, cf. Campos (1990).

⁹ STIGLER (1971:3), apud SALGADO (2003:5).



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

2.3.2. A importância da independência

A vantagem de distanciar o regulador das partes interessadas, isto é, dar-lhe independência, é que esse mecanismo reduz o risco de captura do regulador pelos interesses tendentes a influenciar indevidamente o processo regulatório e impedir sua efetividade. A independência procura dar base para a imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios. Note-se que o desenho de “agências reguladoras” não procura torná-las infensa a toda influência dos muitos atores no mercado e da sociedade que são afetados pela regulação econômica. Tentativas de influenciar o processo regulatório com vistas à satisfação de interesses próprios são legítimas. A dificuldade surge quando o sistema regulatório é influenciado em uma forma não transparente, destruindo-se a imparcialidade.

A experiência brasileira demonstra a importância destas considerações, já que diversos observadores sublinham que estruturas no bojo da Administração Direta com as responsabilidades de regulação econômica acabavam no passado por se degenerar, muitas vezes, nos famosos “cartórios”.

Por outro lado, um dos fatores mais relevantes para a criação de agências reguladoras dotadas de graus de independência é, segundo Majone (1999), “a fé na força dos conhecimentos e experiência específicos como motor da melhoria social”. Segundo esse autor, a especificidade técnica requerida pela função regulatória, que não é detida nem pelos legisladores, nem pelos tribunais, nem pelos burocratas tradicionais, sempre foi uma fonte importante de legitimidade para as agências, atendendo de forma mais adequada ao “imperativo funcional” da especialização em troca de um maior grau de autonomia frente ao poder político e à necessidade de assegurar a “continuidade das políticas” nos setores regulados.

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

Independência é também um conceito multifacetado. O conceito usualmente busca distanciar o desenho e execução da função regulatória de muitas das pressões administrativas e políticas do governo. Paralelamente, independência implica em não envolvimento da agência com os interesses dos regulados – produtores, consumidores e outros agentes no domínio regulatório. Há uma certa correlação entre cada um desses relacionamentos e o arranjo institucional a partir do qual a regulação é concebida e posta em prática. Assim, sob essa abordagem complexa, a transparência de regras é fundamental para assegurar a independência no exercício e no resultado das funções regulatórias.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

2.3.3. Os limites da independência

A independência regulatória também não é uma panacéia para os desafios da ação regulatória do Estado. Estruturas regulatórias independentes têm algumas potenciais e inerentes desvantagens, que devem ser levadas em consideração no desenho de uma arquitetura regulatória.

Primeiro, o organismo independente pode ser visto como um ramo tênue do Executivo. Essa percepção é, muitas vezes, relacionada com a distância do corpo regulatório independente da função central de formulação de política e, por isso, sua reduzida influência no desenvolvimento da política pública. O distanciamento com relação ao Poder Executivo pode dar origem à negligência da autoridade do regulador para com outros fortes atores políticos do Executivo ou Legislativo. Ela pode também reduzir a confiança na força da entidade e na significância do seu trabalho. A ausência de confiança do mercado na instituição, cujo propósito é sobrepujar as deficiências do mercado, por sua vez, impede-o de supervisionar e regular os mercados efetivamente.

Em segundo lugar, pode ser argumentado que, sendo menor e mais focalizada que um ministério, a instituição regulatória independente é mais vulnerável à captura. Isso, mais uma vez, pode ser uma questão de percepção, mais do que de realidade. Mas, em relação à captura regulatória, a mera percepção de vulnerabilidade, muitas vezes, é suficiente para reduzir a confiança na estrutura, o que sublinha a importância de mecanismos que diminuam esse risco.

Uma terceira fraqueza de estruturas regulatórias independentes é, paradoxalmente, relacionada à sua força. Há a possibilidade de uma agência independente poder tornar-se tão forte, ou “tão independente” que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado. Se não contida, uma entidade independente pode ir além do papel visado para ela ao tempo da sua criação, ensejando a necessidade de medidas restritivas e corretivas por parte do legislador.

Ademais, podem-se considerar alguns riscos, que podem reduzir a qualidade regulatória no longo prazo:

- *A legitimidade democrática pode ser sacrificada* – independência em excesso é incoerente com o conceito de controle social e precisa ser balanceada com os seguintes elementos: requerimentos de procedimento estrito, obrigação de prestar contas, sujeição à consulta pública e determinação do escopo para revisão judicial. Com essas salvaguardas, fica evidente que a independência pode ser coerente com o controle social democrático;
- *Reguladores independentes podem, eventualmente, atrasar mudanças estruturais*, resultando em perdas de ganhos potenciais para os consumidores;
- *A coerência de políticas no conjunto do governo pode ser reduzida* – reguladores independentes podem contribuir para a inconsistência entre agências e órgãos do governo



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

no exercício de políticas públicas, em particular no caso de sua interação com as autoridades de defesa da concorrência.

Essas considerações apontam para a importância de mecanismos institucionais como forma de assegurar o bom funcionamento das agências reguladoras e balizar a independência necessária para sua efetividade.

2.4. Formas de alcançar a independência

Há vários modelos institucionais que provêm diferentes graus de independência regulatória. Em primeiro lugar, há as *unidades regulatórias identificáveis* abrigadas dentro dos ministérios do governo central, em que a regulação ainda integra uma função ministerial (um exemplo, no Brasil: o Departamento de Aviação Civil, do Comando da Aeronáutica/Ministério da Defesa).

Em alguns sistemas, a independência regulatória é obtida por intermédio de *organismos colegiados independentes*. Apesar do uso desse modelo para a regulação da infra-estrutura, eles são mais comuns na área de regulação de saúde, onde grupos de especialistas em assistência médica e saúde são constituídos para prover assessoramento técnico aos ministérios na regulação da área de saúde. Entretanto, esses organismos podem ser vulneráveis à captura, particularmente se seus membros interpretam suas tarefas como uma representação das disciplinas de suas profissões.

Uma outra forma de instituição regulatória é um ente executivo separado do governo central, mas sujeito a poderes de intervenção ministerial – a *agência ministerial*, ou, no caso brasileiro, a *autarquia*. Tipicamente, os governos referem-se a tais entes como sendo autônomos. Entretanto, sua independência do governo é severamente constrangida se eles estão sujeitos a mecanismos que, por exemplo, exigem aprovação ministerial de certas decisões (emissão de licenças, regras de preço de acesso, que tornam os ministros em instância recursal, etc.), ou quando é possível a exoneração de dirigentes por razões de ordem política.

Quando o escopo para a intervenção ministerial é removido, ou restringida à provisão de consulta ou direção em matérias não econômicas, então o regulador é geralmente considerado um *ente regulatório independente*. Em alguns casos, como na Itália (um país parlamentar) e de algumas agências nos EUA (um país presidencialista), a independência pode significar que o ente se reporta diretamente ao Parlamento, sem passar pelo Poder Executivo. De modo mais geral, a independência se reflete em atributos estabelecidos nas leis de criação dos entes. Estes atributos incluem tipicamente a existência de mandatos fixos, com definição limitada das hipóteses de remoção dos dirigentes (presidentes ou diretores-gerais e demais diretores), a adoção de mecanismos colegiados de decisão, assim como a autonomia financeira do ente e políticas bem definidas de pessoal (no caso brasileiro, enfeixado no conceito de *autarquia especial*). Trata-se aqui, em última instância, de substituir a idéia de discricionariedade



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

(indesejável), pela idéia de controle social, prestando-se contas à sociedade (de natureza desejável e compatível com o estado democrático).

2.4.1. Mandatos como estímulo e elemento fortalecedor da independência

O mandato fixo para os dirigentes é característica chave para a independência das agências vis-à-vis o governo e, de forma indireta, de pressões das empresas dos setores regulados. Uma forma de reforçar este mecanismo e aumentar a previsibilidade das decisões do órgão regulador é estabelecer mandatos não coincidentes para os diretores das agências. Um dos argumentos para a não coincidência dos mandatos é o defendido por Pires e Goldstein (2001), que argumentam: “A não coincidência de mandatos é desejável para evitar vícios administrativos e estimular a renovação administrativa dos órgãos”¹⁰.

Além disso, a desvinculação da coincidência dos mandatos dos dirigentes de agências reguladoras com o mandato do Presidente da República implica a redução da formação de expectativas dos produtores em relação a eventuais aumentos dos custos de transação, envolvidos na negociação da melhoria de uma falha de mercado. Na sua ausência, os produtores poderiam vir a se preocupar por ocasião do processo eleitoral com uma eventual ruptura contratual, que viria a ter impacto desfavorável na estabilidade necessária para a atratividade dos investimentos. Destarte, desvincular a nomeação dos dirigentes do processo eleitoral concorre para o objetivo de mitigar os riscos regulatórios, tornando a regulação estável.

Além da questão da composição dos mandatos propriamente ditos, trabalhos efetuados pela Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que os principais aspectos para assegurar a autonomia administrativa da agência reguladora referem-se também ao processo de seleção e nomeação dos dirigentes e condições para sua demissão e substituição. A possibilidade de demissão dos dirigentes das agências reguladoras, a critério do Poder Executivo, por exemplo, tende a criar a percepção de enfraquecimento da autonomia administrativa da agência, prejudicando o entendimento de que a agência está dotada da independência necessária para evitar a captura por grupos de interesse, perseguir os objetivos principais da missão regulatória, e ser capaz de criar expectativas favoráveis em relação à estabilidade do marco regulatório.

Outrossim, a literatura sugere que os dirigentes da agência só devem ser demitidos nos casos de improbidade administrativa, não se cogitando de tal nos casos em que haja apenas discordância em relação à política defendida pelo governo (e.g., pelo Presidente ou pelo Ministro a que está vinculado, no caso do Brasil). Estes elementos, refletidos na proteção do mandato, também se expressam na definição precisa do conceito de *quarentena*, isto é, de limites à entrada

¹⁰ PIRES, J.C.L. e GOLDSTEIN, A. *Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, Vol. 8, nº 16, Dez 2001



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

de ex-dirigentes (ou funcionários) no mercado de trabalho privado. Tais limitações podem incluir a proibição permanente ou temporária de vir a trabalhar no setor regulado.

2.4.2. As decisões colegiadas como forma de respaldar as decisões do regulador

Segundo Lucia Helena Salgado¹¹, para as agências que aplicam políticas e diretrizes de governo, parece funcionar bem o arranjo em que diretorias especializadas tomam decisões monocráticas em sua esfera de atuação, tendo o colégio de diretores como instância recursal. Tais decisões, no entender da doutrinadora, tendem a refletir as diretrizes programáticas de governo, sem mudanças bruscas, pois a diretoria é renovada no decorrer do exercício do mandato presidencial. Assim, para essas agências, seria mais adequado o modelo de tomada de decisões monocráticas, funcionando a diretoria colegiada como instância recursal. A divisão de trabalho e a especialização das diretorias permitem uma melhor qualificação e a necessária discricionariedade para a execução da agenda de políticas escolhidas pela maioria do eleitorado, ou seja, de forma afim aos princípios da democracia representativa.

Por sua vez, para as agências de Estado, ou agências reguladoras propriamente ditas, deve-se dar preferência ao processo de decisão colegiada para as questões substantivas atinentes à regulação setorial. Este arranjo protege a agência de tentativas de pressão e captura por parte de interesses localizados, ou seja, fortalece a necessária “impermeabilização” contra parte de interesses privados, assim como por interesses do governo, que eventualmente podem colidir com a aplicação da letra fria da lei e gerar insegurança de parte dos investidores privados.

2.5. O controle social como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória

Conforme descrito no item 2.3.3 acima, a independência das agências tem que ser balizada de maneira institucional. Nesse sentido, a experiência internacional, especialmente em vários países da OCDE, indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e prestação de contas, em linha com o conceito *supra* de “*accountability*”. De fato, o desafio para os arquitetos de instituições regulatórias tem sido fazer com que o sistema regulatório seja simultaneamente sensível aos grupos sociais de interesse, sem comprometer a independência operacional dos reguladores.

A primeira linha de controle social é a transparência e o acesso à informação e aos elementos que informam os processos decisórios por parte dos consumidores e dos entes regulados. Pires e Goldstein¹² assinalam, por exemplo, a importância da disponibilização de instrumentos por parte da agência reguladora que facilitem o acesso às informações necessárias pelos usuários dos serviços:

¹¹ Salgado, op. Cit.

¹² PIRES, J. C. L e GOLDSTEIN, op. Cit.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

“... a transparência é fundamental para se garantir a legitimidade social à atuação independente da agência. Nesse sentido, ela deve assegurar, por meio de estruturas estatutárias e mecanismos práticos, a maior quantidade possível de canais de comunicação com os consumidores e seus órgãos de representação, de forma a obter uma visão pluralista e balanceada dos pontos de vista específicos dos grupos de interesse. Para auxiliar essa tarefa, a agência deve utilizar a prática usual de elaboração de consultas públicas, em audiências prévias às tomadas de decisões e com a publicação de documentos preliminares para a apreciação dos interessados.”

A seguir, a agência reguladora deve prestar contas também aos diversos atores do Estado.¹³ Isto é essencial para que o controle social possa remediar qualquer déficit de representação e legitimidade política criado pela necessária subtração de funções regulatórias do centro do poder político¹⁴, e que já não esteja remediado pela própria ação da lei. No que tange ao Poder Executivo, este controle social se dá pelo controle administrativo cuja norma, por exemplo, se dê pelas leis de criação das agências, onde se prevê a possibilidade de um contrato de gestão ou desempenho.

O controle pelo Poder Legislativo, por seu lado, se insere na Constituição Federal (art. 49, X), que estabelece que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, **incluídos os da administração indireta**”. Não obstante, vale lembrar que as agências reguladoras foram criadas com a função de “melhorar a governança regulatória, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do Poder Concedente, de não-cumprimento dos contratos administrativos, além de reduzir o risco regulatório e os ágios sobre os mercados financeiros”, como afirmam Pires e Goldstein (2001, p. 6). Ou seja, o controle social pelo Legislativo, para ser eficiente, também deve ser institucionalizado e, como na maior parte dos países onde a regulação está definida, deve se concentrar na exigência de prestação de contas.

Além disso, ainda que as decisões finais dos reguladores prevejam apenas sua revisão por uma instância arbitral – o que tem o mérito de acelerar as decisões, dentro do quadro institucional brasileiro, não se pode afastar, liminarmente, a possibilidade de revisão judicial, em vista do disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

¹³ OCDE. Regulatory Governance: *Improving the Institutional Basis for Sectoral Key Issues in the Design of Economic Regulatory Institutions*. Dezembro de 2001.

¹⁴ Note-se que no caso da ação regulatória da Secretaria da Receita Federal (cf. 3.1 infra), a Lei prevê a existência de uma instância recursal na figura do Conselho de Contribuintes.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

Em suma, constituir um regulador independente requer que os papéis de cada agente público – reguladores, ministros, legisladores, cortes judiciárias, assim como autoridades de defesa da concorrência – sejam definidos *ex ante*. Responde-se, assim, à preocupação de que reguladores independentes se constituam em um poder paralelo. Esta preocupação é legítima, pois por vezes há um elemento discricionário nas decisões dos reguladores, que podem exercer, em certos limites, funções executivas, legislativas e judiciárias. A resposta serve como elemento fundamental para balizar a ação de cada agente, garantido, de um lado, o bem-estar social, e de outro, a proteção do investidor, que é condição também para a adequada provisão do serviço público. Esta combinação de elementos, que permitem a contraposição organizada de visões e interesses, intermediadas eventualmente pelas autoridades de defesa da concorrência, tendem a aumentar a eficiência das atividades reguladas, que deixam de poder agir com complacência ou serem impermeáveis às demandas públicas, mas não se vêem sobressaltadas por decisões imprevisíveis. Como visto, o primeiro passo para se obter o equilíbrio neste processo é a transparência de procedimentos e garantias de acesso no exame dos casos por parte dos consumidores e seus representantes, assim como pelas empresas.

2.6. A coordenação com a política de concorrência como fator de bem-estar social

Além das considerações enunciadas na seção 2.5 *supra*, há um outro ângulo pelo qual a política de concorrência pode contribuir para o bom funcionamento das atividades reguladas. Isso se dá porque há muito tempo, os países com maior experiência no campo da regulação econômica perceberam que setores dinâmicos (no que diz respeito à tecnologia) devem ter uma regulação igualmente dinâmica.

Monopólios naturais podem deixar de sê-lo em função de inovações tecnológicas. Isso aponta para a necessidade de que o Poder Público esteja sempre atento para a oportunidade de “criar ou estimular” concorrência em mercados regulados, para que as normas de regulação, que no fundo buscam “mimetizar” os aspectos positivos do mercado na busca da eficiência, sejam reforçadas pela ação do próprio, onde ele passa a poder existir. Nesse contexto, há vantagens significativas em que seja estimulada e desenvolvida a harmonização legal e institucional das agências com os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

Esta combinação de concorrência e mercados regulados tem que ser, sempre, conduzida com cuidado e transparência, com a clara atribuição das responsabilidades de cada agente, de forma que - havendo riscos - eventuais resultados negativos não sejam sistematicamente transferidos para o consumidor, nem penalizem indevidamente os produtores. Este desafio, que se encontra em boa parte na esfera da definição das políticas e do marco regulatório, pode constituir-se em persistente fonte de fricção se tratado inadequadamente.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

3 – Aspectos Institucionais das Agências Brasileiras

3.1. Considerações gerais

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

Como exemplos de órgãos e entidades que exercem função reguladora temos a Secretaria da Receita Federal, o Departamento de Aviação Civil e o Ministério do Trabalho e Emprego (órgãos da administração direta), o Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia), o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (autarquia), o Instituto Brasileiro de Turismo (autarquia), o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (autarquia), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (autarquia), a Comissão de Valores Mobiliários (autarquia), a Superintendência de Seguros Privados (autarquia), o Departamento Nacional da Produção Mineral (autarquia), e o Instituto Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (autarquia especial), dentre outros.

Há algumas entidades da administração indireta, responsáveis pelo exercício de funções regulatórias, às quais a lei de criação atribui estatuto diferenciado. São as “agências reguladoras” que na literatura anglo-saxã, são por vezes denominadas “*independent regulatory commissions*” ou “*independent regulatory agencies*”, cujas características de organização e funcionamento são diferenciadas em relação às demais entidades autárquicas tornando-as autarquias “especiais”.

3.2. A posição das agências reguladoras na organização administrativa brasileira

Na atual organização do Poder Executivo Federal, identificam-se três tipos de órgãos ou entidades cuja consideração é válida para os fins deste Relatório:

- as secretarias formuladoras de políticas públicas, que, no “núcleo estratégico do Estado”, em conjunto com os ministros e o chefe do governo, participam das decisões estratégicas do governo e acompanham a sua implementação;
- as autarquias, que executam as políticas definidas pelo governo; e
- as autarquias especiais, denominadas “agências reguladoras”, mais autônomas, que buscam sanar falhas de mercado, na presença de monopólio natural ou quase natural. As

20



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

agências reguladoras devem ser mais autônomas do que as demais autarquias porque não existem para realizar políticas do governo, mas para executar uma função mais permanente que é a de substituir-se aos mercados competitivos por meio da regulação.¹⁵

O quadro a seguir relaciona as agências reguladoras já constituídas na atual estrutura administrativa do governo brasileiro, e suas respectivas leis básicas:

Ministério Setorial	Agência reguladora	Legislação básica
MME	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	Lei nº 9.427, 26.12.96
	Agência Nacional do Petróleo – ANP	Lei nº 9.478, 6.8.97
MC	Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	Lei nº 9.472, 16.7.97
MS	Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA	Lei nº 9.782, 26.1.99
	Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Lei nº 9.961, 28.1.00
MMA	Agência Nacional de Águas – ANA	Lei nº 9.984, 17.7.00
MT	Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ	Lei nº 10.233, 5.6.01
	Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Lei nº 10.233, 5.6.01
Casa Civil	Agência Nacional do Cinema – ANCINE	MP nº 2.228, 6.9.01

Além das agências já criadas, tramitam no Congresso Nacional os Projetos de Lei nº 1.491, de 1999, que propõe a criação da Agência Nacional de Serviços de Correios, encarregada da regulação, da normatização, do disciplinamento, do controle e da fiscalização dos serviços de correios e dos operadores de serviços de correios, e nº 3.846, de 2000, que propõe a criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, vinculada ao Ministério da Defesa.

A distinção quanto aos tipos de agência reflete ainda, segundo Lúcia Helena Salgado, os conceitos de agências “de Estado” e agências “de governo”. Em uma primeira etapa foram criadas as agências voltadas para a regulação econômica no setor de infra-estrutura (“agências de Estado”); posteriormente foram criadas as agências que executam as diretrizes de governo, responsáveis pela regulação social, como a ANS e a ANVISA^{16 e 17}. A última agência criada foi a ANCINE, a qual, pelas suas competências formais, pode ser classificada, quanto ao exercício de atividade reguladora, como uma forma intermediária.

As duas abordagens se comunicam, pois, segundo a classificação proposta por Salgado, as agências reguladoras no setor de infra-estrutura como a ANEEL, ANATEL, ANA, ANP,

¹⁵ No âmbito do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, as autarquias podem, ainda, ser qualificadas como “agências executivas”, constituindo-se num tipo específico, dotado de maior autonomia em relação às demais autarquias.

¹⁶ A regulação social é caracterizada pela definição de padrões nos setores de saúde, meio-ambiente e segurança.

¹⁷ Classificação de Lucia Helena Salgado in *Agências Regulatórias na Experiência Brasileira - Um Panorama do Atual Desenho Institucional*. Texto para discussão nº 941 - IPEA.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

ANTAQ e ANTT já constituídas e eventualmente a ANAC podem ser conceituadas, facilmente, como agências de Estado. Estes órgãos atuam na regulação de serviços públicos concedidos em setores onde ocorrem imperfeições de mercado e com exigência de grandes investimentos irreversíveis. Por outro lado, as agências sob supervisão do Ministério da Saúde (ANVISA e ANS) estão bem mais próximas do conceito de agência de governo (autarquia em sentido estrito).

3.3. Aspectos jurídicos das agências reguladoras e implicações para seu bom funcionamento

Ainda que “especiais”, as agências reguladoras, assim com as demais entidades da administração pública que exercem o poder de polícia, também integram o Poder Executivo, ainda que como entes descentralizados. Elas são dotadas de personalidade jurídica própria, têm natureza de autarquia e, em síntese, executam atividades típicas ou exclusivas da Administração Pública que, para seu melhor funcionamento, requerem gestão administrativa e financeira descentralizada, e o grau de autonomia que é característica indissociável desse tipo de instituição. De fato, a ausência de subordinação hierárquica não é atributo exclusivo de autarquias “especiais” reguladoras, mas inerente ao próprio conceito jurídico-administrativo de autarquia, já consagrado no direito administrativo brasileiro, ainda que a prática dos últimos 30 anos indique nuances neste conceito. Sem embargo, a ausência de subordinação hierárquica é consentânea da autarquia, mas isso não implica que não haja relação de supervisão entre a autarquia e a administração direta. Indiretamente, portanto, à medida que todo ente da administração indireta vincula-se a um órgão da Administração direta, há um certo grau de relação hierárquica em relação à autoridade que o supervisiona. Essa relação é refletida, e.g., pela possibilidade discricionária de remoção dos dirigentes das autarquias ordinárias.

A leis de criação das autarquias classificadas como “especiais”, no entanto, além dos atributos de autonomia administrativa e financeira habituais, estabelecem o mandato fixo para seus dirigentes. Esta é, aliás, formalmente, a única característica diferenciando a autarquia especial caracterizada como agência reguladora, em relação às demais. A existência de um mandato fixo, atrelada aos graus de autonomia que a lei proporciona à agência reguladora, pretende atender ao requisito de não intervenção do governo, o que proporcionaria maior credibilidade junto aos investidores potenciais e efetivos quanto à maior estabilidade, transparência e previsibilidade do marco regulatório do setor, diminuindo o risco de não cumprimento dos contratos administrativos pelo Poder Concedente (conforme seções 2.3 e 2.4 *supra*). Trata-se, portanto, de uma pedra angular do sistema.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

4 – Diagnóstico do Funcionamento das Agências Brasileiras

O diagnóstico do funcionamento das agências que emergiu da contribuição dos diversos representantes de ministérios apontou as principais insuficiências do quadro atual, inclusive à luz das considerações conceituais apresentadas acima. Conquanto algumas dessas insuficiências decorram de longos processos, algumas vezes acelerados no governo passado, um resultado interessante deste diagnóstico foi que algumas delas podem ser sanadas dentro do quadro institucional esboçado na seção 3 acima, conquanto outras devam requerer ações legislativas pontuais.

4.1. Práxis e relacionamento com os ministérios e outras agências

A análise da práxis recente apontou uma série de distorções no funcionamento das agências – tanto no relacionamento com seus ministérios supervisores, quanto em termos de coordenação entre agências. O primeiro tipo de problema, obviamente, não é apanágio das reformas recentes. De fato, ambigüidades nos termos do relacionamento da administração direta com as agências reguladoras em grande parte apenas espelham as dificuldades observadas no período 1967-1988, quando se criaram as autarquias. A racionalidade da delegação de funções executivas e reguladoras para órgãos da administração indireta envolve a concessão de uma maior autonomia em troca do cumprimento de políticas e metas de performance contratualizadas entre ambas as partes. Três distorções ocorrem potencialmente neste processo:

- Primeiro, os termos de entendimento não são elaborados e as duas partes seguem operando independentemente;
- Segundo, a própria agência define os termos pelos quais entende que deva ser supervisionada;
- Terceiro, o ministério não consegue interagir adequadamente com as autarquias por razões políticas ou técnicas e passa a operar contra elas.¹⁸

O que há de novo é o enfrentamento coordenado – e não setorializado – destas problemáticas, dentro de um quadro de plena expressão democrática. Esta é a tarefa que foi iniciada por este governo, e para a qual o diagnóstico proporcionado pelo diálogo com os ministérios mostrou-se extremamente valioso para o pronto encaminhamento de propostas.

¹⁸ Gaetani, Francisco. *Políticas de Gestão Pública para o Próximo Governo*. Res Pvblica Ano I, nº 1, Setembro de 2002, p. 11-32.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

4.1.1. A relação com os ministérios: esferas de atribuições e a questão dos quadros

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

No caso do poder de outorga ou de concessão, entendeu-se que, nos termos da própria Constituição Federal, e conforme aponta Luis Roberto Barroso, o Estado é o titular do direito de explorar, diretamente, ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos. Ao Estado compete, assim, outorgar ou não a terceiros o direito de explorar e prestar serviços públicos, ou de exercer atividades econômicas mediante concessão ou permissão. Segundo Barroso, o papel das agências, assim como das demais entidades dotadas de função reguladora, é “zelar pelo cumprimento dos contratos de concessão”, além de fomentar a competitividade do setor, induzir à universalização de serviços, aplicar a legislação relativa à fixação de tarifas e arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

Por seu lado, a faculdade da celebração de contratos de concessão atribuída às agências está prescrita nas leis gerais e específicas dos setores de energia (Lei nº 9.427, art 3º, IV), telecomunicações (Lei nº 9.472, art 19, V, VI, IX e XI), petróleo (Lei nº 9.478, art 8º, IV) e transportes (Lei nº 10.233, art. 24, V e art. 27, V). Trata-se de liberalidade do Legislador que pode merecer alguma reflexão e ajuste, ainda que não se acolha o ponto de vista de alguns analistas que pretendem tratar-se de delegação inconstitucional de competência. Essa reflexão deve se dar inclusive à luz da capacidade operacional dos respectivos ministérios e seu fortalecimento a médio prazo. Deve-se também assinalar que, no caso de algumas agências, essa faculdade já está disciplinada, primeiro pelas diretrizes dadas pelos ministérios para a confecção dos editais das concorrências, e segundo, também em alguns casos, pela exigência de um decreto que formalize o resultado das concorrências, antes que a agência possa celebrar qualquer contrato. Em outros casos, a lei estabelece o papel da agência como apenas de provedor de informações para que o ministério possa decidir.

A questão do escopo da faculdade da celebração de contratos e o papel no processo de outorga de concessões reveste-se, portanto, de aspectos práticos que explicam algumas variações entre agências. Esses aspectos são ainda mais evidentes no caso, por exemplo, das autorizações. No caso do transporte rodoviário, por exemplo, as autorizações são atividades corriqueiras e espalhadas por todo o país, que a exigência de eficiência mínima requer seja delegada à agência reguladora; o mesmo se dá, ainda como exemplo, com a autorização de rádio-táxis no caso das telecomunicações.

A absorção da atividade de formulação de políticas é um tema de outra natureza, tendo-se dado, geralmente, por omissão e falta de estrutura dos ministérios supervisores, responsáveis



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

pela formulação das políticas setoriais, no exercício de suas competências legais. Desse modo, em alguns casos, as agências não só regulavam e fiscalizavam o setor, como atuavam de forma ampla na formulação de políticas públicas.

Essa falta de capacitação técnica dos ministérios refletiu primordialmente a falta de aparelhamento do governo – especialmente em um momento de crise fiscal – na esteira da mudança de papel das empresas estatais. Em outras palavras, as estatais de infra-estrutura detinham o conhecimento técnico e os quadros que tipicamente orientavam o desenvolvimento estratégico setoriais. Com a privatização, significativa parte destes quadros migrou para o setor privado, e o governo não recrutou, para os ministérios, quadros que pudessem retomar este planejamento. Dadas as vantagens de estabilidade profissional – ainda que precárias – oferecidas pelas agências, estas se viram em condição de atrair alguns daqueles profissionais, assim como recém graduados em áreas de regulação e concorrência, concorrendo com os ministérios e ainda alargando o hiato entre a sua capacitação e aquela dos ministérios.

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

Da mesma forma, o Grupo de Trabalho constatou a inadequação da composição dos quadros de pessoal das agências reguladoras e a importância de se estabelecer uma política a respeito (conforme Anexo II *infra*). Atualmente, os recursos humanos destes órgãos são compostos, basicamente, por servidores requisitados ou em regime de contratos temporários, pois a Lei nº 9.986, de 2000, que criou os quadros de pessoal em regime de emprego público (CLT) para as agências foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o aprimoramento e estabilização dos quadros dos ministérios e agências deve ganhar destaque no processo de articulação da política para os servidores públicos ora em curso. O encaminhamento a ser dado à questão, além de garantir a harmonização com os objetivos gerais desta política, deverá ter desdobramentos na eleição de prioridades para a área de recursos humanos, inclusive no que tange aos limites orçamentários e de despesa com servidores nos próximos anos.

4.1.2. A relação entre agências e o incentivo à concorrência

A falta de iniciativas e rotinas de cooperação entre órgãos antitruste e reguladores setoriais foi outra falha diagnosticada pelo Grupo de Trabalho, não obstante a importância desta cooperação (conforme 2.5 e 2.6 *supra*). De fato, a prática internacional tem demonstrado a necessidade de intensa troca de informações e experiências entre setores encarregados da regulação setorial e órgãos de defesa da concorrência, com vistas a fomentar a concorrência no



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

próprio desenho do marco regulatório, tendo em particular os Ministérios da Fazenda e da Justiça assinalado as insuficiências atuais.

4.2. O grau de efetiva prestação de contas e controle social

Outro aspecto identificado pelo grupo como fundamental para o melhor funcionamento das agências é a ampliação dos mecanismos de controle social (conforme 2.5 *supra*). Um exemplo da inadequação atual dos mecanismos existentes pode ser identificado no processo de consulta pública. Na maioria dos casos, as agências respondem às consultas sem a devida fundamentação ou simplesmente não respondem os questionamentos. No decorrer dos trabalhos do Grupo, também se identificou que, na prática, os ministérios não estariam utilizando mecanismos efetivos para a aferição do grau de eficiência da utilização dos recursos financeiros e orçamentários atribuídos às agências.

O Grupo de Trabalho diagnosticou de forma clara que os órgãos reguladores devem ser mais transparentes e acessíveis aos controles do Congresso Nacional, do Poder Executivo e da sociedade, com a implementação efetiva de instrumentos disponíveis na legislação, propostos pelos ministérios e idealizados pelos estudiosos do tema. Evidenciou-se, portanto, que o estabelecimento de mecanismos de prestação de contas deve ser priorizado.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

5 – Conclusões e Recomendações

Os conceitos e aspectos institucionais apresentados nas seções 2 e 3 deste relatório e o diagnóstico do funcionamento das agências nos anos recentes, sintetizado na seção 4, permitem estabelecer algumas conclusões sobre a adequação do modelo de agência reguladora e a necessidade de aprimoramentos neste modelo. À luz destas conclusões (seção 5.1), fixam-se diretrizes com respeito aos principais aspectos do tema (seção 5.2) e recomendações de ação imediata (seção 5.3) a serem avaliadas e encaminhadas pelo Governo.

5.1. Conclusões

O Grupo de Trabalho concluiu que o modelo das agências para o exercício da função reguladora, principalmente quando a regulação envolve a fiscalização de serviços públicos concedidos e monopólios naturais, é o modelo institucional que permite os melhores resultados em termos da promoção do bem-estar social. Esse modelo é capaz de conciliar regras estáveis que permitam a credibilidade dos agentes econômicos privados, a continuidade da prestação de serviços aos usuários com padrões requeridos de qualidade e a preços compatíveis com o padrão de renda da população brasileira, e o controle social institucional pela sociedade e pelo poder público, também com vistas a assegurar o bem-estar social.

O modelo das agências reguladoras, entretanto, para ser consolidado, precisa ser aperfeiçoado e ter corrigidas algumas disfunções e lacunas pontuais decorrentes da introdução inovadora dessas entidades no ordenamento da Administração Pública Federal. O aprimoramento do desenho institucional do Estado, com o estabelecimento de um marco regulatório perene e eficiente, é fundamental. Esse aprimoramento pressupõe um marco regulatório que seja estável (com regras claras e previsíveis), mas não estático. De outra parte, faz-se necessário estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica. Tal objetivo, deve-se frisar, não implica qualquer incompatibilidade entre a atividade de regulação desempenhada pelas agências e a formulação de políticas setoriais por parte de ministérios. Ao contrário, o Grupo de Trabalho concluiu que ambos – agências reguladoras e ministérios – podem atuar de forma harmoniosa e, do ponto de vista institucional, de modo cooperativo. Para que se possam desenhar com clareza as fronteiras que separam a política pública formulada pelos ministérios da regulação propriamente dita, é importante que a interação cooperativa entre ambos seja estimulada – o que implica afastar, desde logo, a idéia de que há rivalidade ou tensão natural entre ministérios e agências.

De fato, um modelo em que a política pública no seu sentido mais amplo seja estabelecida pelo Legislativo, as políticas setoriais e respectivas diretrizes sejam



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

responsabilidade do Executivo e a implementação dessas, no que tange atividades reguladas, esteja a cargo das agências, é eminentemente harmonioso e democrático.

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

As agências constituem, e devem constituir, veículos de implementação de uma política que busque aliar três objetivos que são – ao menos à primeira vista – de difícil conciliação: previsibilidade, estabilidade e flexibilidade.

Não há marco regulatório efetivo sem estabilidade e previsibilidade das regras. Em investimentos de infra-estrutura (onde é tipicamente necessária a regulação econômica), usualmente tem-se um vultoso custo fixo inicial, amortizado ou amortizável por mais de uma década e custos irrecuperáveis. Nesse aspecto, os investidores precisam de um ambiente em que possam desenvolver suas atividades com vistas a ter seus ingressos e desembolsos de caixa em equilíbrio e a justa rentabilidade do capital. Por outro lado, os consumidores devem beneficiar-se de ganhos de produtividade e inovação, exatamente como ocorreria se aquele determinado mercado fosse competitivo.

No tocante à flexibilidade, refere-se ao mencionado acima de que há muito ficou evidente que setores dinâmicos (no que diz respeito à tecnologia) devem ter uma regulação igualmente dinâmica, já que monopólios naturais podem deixar de sê-lo em função de inovações tecnológicas. Reforça-se, assim a importância da harmonização legal e institucional das agências com os órgãos que compõem SBDC.

Ademais, os órgãos da administração direta precisam estar estruturados e qualificados para exercer, com autonomia, as suas atribuições de formuladores e avaliadores de políticas públicas (conforme seção 4.1 *supra*). Também deverão ser precisados os mecanismos de prestação de contas das agências.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

5.2. Diretrizes para o bom funcionamento das agências reguladoras

5.2.1. Definição dos setores que necessitam de agências reguladoras

Para que se analise a necessidade da existência de agência reguladora, primeiramente, faz-se necessário identificar a necessidade da regulação, ou seja, do estabelecimento de meios para exercer o controle social através de regras explicitadas em leis, decretos, concessões, contratos e decisões de órgãos reguladores.

O principal critério a ser observado quando da decisão sobre a necessidade da regulação, refere-se à hipótese de existência de falhas de mercado que justifiquem a sua intervenção (conforme seção 2.2 *supra*). Apenas nos casos em que exista necessidade de regulação, de modo geral caberá a existência de agência reguladora. Esta definição conceitual é fundamental para evitar que corporações burocráticas ou grupos econômicos venham pressionar, futuramente, o governo para a instituição de agências em seus setores de atuação.

5.2.2. Fortalecimento dos ministérios e das instâncias do governo responsáveis pela formulação de políticas

Formaliza-se a recomendação que os ministérios desenvolvam e fortaleçam sua capacidade de formular as políticas públicas setoriais, bem como planejar a operação e a expansão dos setores regulados. Nesse sentido, não se pode elidir a questão da formação dos quadros para os ministérios e agências dentro das prioridades das políticas de recursos humanos do governo e à luz de seus desdobramentos na despesa com pessoal (conforme 4.1.1 *supra* e Anexo II *infra*).

Às agências cabe implementar políticas de Estado e fiscalizar o funcionamento do mercado. A explicitação das políticas de infra-estrutura (de energia, de telecomunicações, de transportes e de saneamento) pelos ministérios, à luz das políticas públicas aprovadas pelo Legislativo, é fundamental para garantir que se exerça o controle social da atividade regulatória e para que o Poder Executivo e outros atores sociais possam medir o desempenho das agências reguladoras, não obstante as dificuldades inerentes a esse exercício. Se as políticas e os marcos não forem claros, não há como se verificar se as agências estão desempenhando devidamente suas atribuições na implementação de tais políticas.

5.2.3. Aperfeiçoamento dos órgãos formuladores de políticas

Diversas instâncias colegiadas responsáveis pela formulação de políticas setoriais estão previstas em lei, sendo, porém, pouco atuantes no exercício de suas competências. O Governo



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

precisa valorizar e utilizar estas instâncias colegiadas na formulação e acompanhamento das políticas setoriais, como as Câmaras do Conselho de Governo, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT e o Conselho de Aviação Civil – CONAC. A extensão dessa abordagem colegiada para a formulação da política setorial também eventualmente se justificaria no setor das telecomunicações.

A fim de garantir a credibilidade das políticas formuladas, é importante que os membros de empresas concessionárias ou reguladas não possam participar, de forma privilegiada, das reuniões dos conselhos. Esse tipo de participação deve ser vedada quando estiver em pauta a deliberação acerca das políticas públicas. Isso não impede que os agentes econômicos e demais representantes da sociedade sejam ouvidos e consultados pelo governo.

5.2.4. Segurança do mandato dos dirigentes das agências reguladoras

O mandato fixo dos dirigentes (Diretor-Presidente ou Diretor-Geral e demais diretores) é a principal característica das agências reguladoras, denominadas de “autarquias especiais”, em relação às demais autarquias. Esta prerrogativa é representativa da autonomia da agência reguladora e essencial para o cumprimento de sua missão (conforme 2.4 e 3.3 *supra*). Nesse sentido, reafirmou-se a importância da existência de mandatos fixos, e a vantagem da não coincidência destes mandatos com os mandatos presidenciais.

Também foi identificada a importância da manutenção da limitação das hipóteses para a perda do mandato: renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. Finalmente, foi considerada a oportunidade de reforçar-se o mecanismo de *quarentena*, inclusive no tocante à extensão do prazo em que os dirigentes fiquem impedidos de retornar a atividades privadas empresariais no setor em que regularam.

5.2.5. Definição da competência da diretoria colegiada

A questão da tomada de decisão no âmbito das agências regulatórias tem aspectos específicos (conforme 2.4.2 *supra*). No Brasil, na maioria das agências (e.g. ANEEL, ANP, ANATEL e ANA) as decisões são tomadas pela Diretoria colegiada, por maioria de votos. Foi entendimento do grupo que para as agências reguladoras o processo de decisão colegiada para as questões substantivas atinentes à regulação setorial tem funcionado bem, sendo desnecessárias mudanças. Por outro lado, o grupo entendeu que para as agências executivas, que aplicam políticas de governo, como é o caso da ANS e da ANVISA, pode ser mais adequado o modelo de tomada de decisões monocráticas, funcionando a diretoria colegiada como instância recursal.¹⁹

¹⁹ Os representantes do Ministério da Saúde defendem que a instância máxima dos recursos das decisões da diretoria colegiada da ANVISA e da ANS seja o Ministro da Saúde, acrescentando-se, assim, uma nova instância de recurso administrativo, para esses casos.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

5.2.6. Controle social

Para ampliar a transparência e eficiência do controle parlamentar faz-se necessário determinar que mecanismos que institucionalizem a obrigação do Presidente (ou Diretor-Geral) da Agência prestar contas ao Congresso Nacional com regularidade (conforme 2.5 e 4.2 *supra*). Esta prestação de contas ao Poder Legislativo pode se dar por meio de relatórios ou apresentações às Comissões.²⁰

Ademais, o Congresso Nacional já pode, nos termos do artigo 49, V, da Constituição Federal, sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar. Tornar essa ameaça crível, relacionando-a à prestação de contas dos dirigentes das agências ao Congresso Nacional, estimularia a transparência e efetividade no processo decisório das agências.

Quanto ao Poder Judiciário, o controle deve continuar a se efetuar por meio da verificação da adequação das regulamentações e decisões dos agentes reguladores com a legislação em vigor, até porque a revisão judicial de atos de regulação é, e sempre será possível, uma vez que estes consistem em atos de natureza administrativa, impossíveis de serem infensos à análise por parte dos tribunais.

Note-se, entretanto, que não obstante seja legítima a concessão, pelo Judiciário, de *medidas liminares* que suspendam regulamentações de decisões das agências, essas podem, em alguns casos, representar uma barreira ao processo regulatório, principalmente se a decisão do órgão regulador for suspensa enquanto não for proferida a decisão final em relação à demanda judicial, possibilitando, em última instância, aos agentes econômicos, adiar a eficácia das medidas fixadas pelo órgão regulador.

Também destacam-se os seguintes instrumentos que devem ser implantados ou ter seu uso expandido para o aumento do controle social:

- utilização de consultas públicas como procedimento padrão acerca da edição de normativos, com a publicação de notas explicativas e com o devido tempo hábil para a manifestação dos interessados;
- garantia às entidades de defesa do consumidor/usuários a prerrogativa de indicar um representante de saber notório (*expert*) para acompanhar os processos de consulta pública, financiada pela agência na medida da disponibilidade orçamentária;
- divulgação na *Internet* de dados e legislação do setor regulado;

²⁰ A forma de prestação de contas varia de país para país, inclusive no âmbito da OCDE: em alguns países, como Itália e Irlanda, a agência reguladora deve enviar relatórios periódicos ao Legislativo, em outros há audiências .



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

- existência de canais institucionalizados (postos de atendimento, telefone de acesso gratuito, contatos para envio de fax e cartas, etc.) para a consulta pelos usuários dos serviços;
- divulgação de informações sobre a atuação da própria agência reguladora;
- aprovação de balanços sociais por meio de auditores independentes;
- relatórios para os ministérios a que estão vinculados.

A institucionalização dos contratos de gestão ou desempenho é também recomendada, uma vez que estes podem servir como importante instrumento de promoção da transparência. Cabe aos contratos de gestão, em geral, servir como instrumento de controle/monitoramento da atuação administrativa e de avaliação de seu desempenho, estabelecendo parâmetros e indicadores para esta avaliação. Note-se que, no caso de algumas agências, a lei que as institui já prevê a assinatura de contratos de gestão (e.g. ANEEL, ANVISA, ANS e ANA²¹ e ²²). Ainda que esses contratos não sejam *obrigatórios*, a sua institucionalização, após o aprimoramento dos mecanismos de formulação de política pelos ministérios poderia servir como instrumento adicional de controle social.

É fundamental, contudo, que tais contratos não coloquem em xeque a independência das agências e de seus dirigentes. Nesse sentido, as condicionalidades do contrato de gestão não devem implicar a restrição de liberdade na tomada de decisões para a implementação das políticas setoriais definidas no contrato ou ensejar a possibilidade de demissão dos dirigentes²³. De modo mais geral, deve-se recordar que já existem, hoje, instâncias de controle interno e externo da administração pública. Em particular, o Tribunal de Contas da União tem papel primordial no controle social e mesmo da gestão dos diversos órgãos da administração pública.

Note-se que, a despeito de o Decreto n° 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, trazer o contrato de gestão como instrumento de acompanhamento das *agências executivas*²⁴, é

²¹ Em 2 de março de 1998, a ANEEL e o Ministério das Minas e Energia (MME) celebraram um contrato de gestão que tem por objeto “o estabelecimento de metas de resultados de gestão da ANEEL, decorrentes das políticas e diretrizes do governo federal, determinadas através do MME e das funções que lhe foram atribuídas na qualidade de agência reguladora e fiscalizadora do mercado de energia elétrica, de forma a permitir a adequada coordenação e avaliação de suas atividades, respeitada a autonomia patrimonial, administrativa e financeira” (Cláusula Primeira). Efetivamente, as últimas metas (2000) constantes no anexo anual ao contrato se revestiram de características de um resumo de um planejamento anual (e.g., aprovar tantas usinas, implantar tantos medidores, implantar o horário de verão, divulgar o trabalho da ouvidoria).

²² No caso da ANA, o contrato de gestão é previsto no Decreto n° 3.692, de 9 de setembro de 2000, que estabeleceu a sua estrutura regimental.

²³ Nesse sentido, note-se que, não obstante pela Cláusula Décima Quinta o Contrato com a ANEEL seja o “instrumento de controle da atuação administrativa da Autarquia e da avaliação de seu desempenho”, não existe no contrato celebrado entre a ANEEL e o MME qualquer previsão específica de sanções para a ANEEL ou seus dirigentes. Há, por outro lado, a previsão de que tal instrumento servirá de peça de referência em auditoria operacional a ser realizada pelo Tribunal de Contas da União, sendo que, para a verificação do cumprimento das metas e indicadores, bem como para sua revisão, será criado um sistema de avaliação periódica do Contrato. Por fim, cumpre notar que, pela Cláusula Sétima, os diretores da ANEEL serão solidariamente responsáveis pelo fiel cumprimento dos objetivos e metas do Contrato.

²⁴ Este Decreto estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação de contratos de gestão para as Agências Executivas, explicitando, entre outros, que o contrato de gestão definirá relações e compromissos entre os signatários e constituirá instrumento de acompanhamento e avaliação do desempenho institucional da agência para efeito de supervisão



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

importante ressaltar que, no caso das *agências reguladoras*, é difícil mensurar a qualidade do processo regulatório²⁵. Em virtude disso, para esses órgãos, o contrato de gestão deve ser utilizado em parte como instrumento que contribua para balizar as atividades de fiscalização e, especialmente, para acompanhar a implementação de “metas de transparência”, contemplando, em particular, prazos para o estabelecimento de ouvidorias, padronização dos projetos de consulta pública, estabelecimento de forma periodicidade dos relatórios a serem enviados ao Congresso.

5.2.7. Articulação com a defesa da concorrência

O estímulo à concorrência deve fazer parte dos atributos da boa regulação, em vista tanto das mudanças tecnológicas que vão diminuindo o escopo dos mercados onde realmente há um “monopólio natural”, quanto pelo efeito de controle social que a concorrência exerce (conforme seções 2.5, 2.6, 4.1.2 e 5.1 *supra*). Assim, a cooperação entre os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras setoriais é de extrema importância para a defesa do consumidor, o interesse público e um desempenho satisfatório dos agentes econômicos nos mercados regulados.

Nesse sentido, propõe-se um sistema de notificação “inter-agências”. De acordo com a proposta, sempre que o desenho regulatório for alterado com potenciais mudanças nas condições de concorrência do mercado, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC deve ser notificado para que apresente um parecer. Apesar de não-vinculativo, o parecer deve ser discutido, de forma explícita e motivada, pela respectiva agência reguladora.

ministerial e de manutenção da qualificação como Agência Executiva. Especificamente quanto ao conteúdo do Contrato de Gestão, o artigo 4º do referido Decreto 2.487/98 prevê que, entre outros, deveriam ser incluídas as seguintes cláusulas: (a) objetivos e metas da agência, com seus respectivos planos de ação anuais, prazos de consecução e indicadores de desempenho; (b) demonstrativo de compatibilidade dos planos de ação anuais com o orçamento e com o cronograma de desembolso, por fonte; (c) responsabilidades dos signatários em relação ao atingimento dos objetivos e metas definidos, inclusive no provimento de meios necessários à consecução dos resultados propostos; (d) medidas legais e administrativas a serem adotadas pelos signatários e partes intervenientes com a finalidade de assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e administrativa e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros imprescindíveis ao cumprimento dos objetivos e metas; (e) critérios, parâmetros, fórmulas e conseqüências, sempre que possível quantificados, a serem considerados na avaliação do seu cumprimento; (f) penalidades aplicáveis à entidade e aos seus dirigentes, proporcionais ao grau do descumprimento dos objetivos e metas contratados, bem como a eventuais faltas cometidas; (g) vigência e condições para sua revisão, renovação e rescisão. Veja-se, em particular, que ficam em aberto as penalidades aplicáveis às agências executivas e aos seus dirigentes.

²⁵ Veja-se, por exemplo, que o Contrato de Gestão celebrado entre a ANEEL e o MME (cf. nota 21), não obstante estabeleça metas gerais para a atuação da ANEEL, não estabelece critérios mensuráveis de seu cumprimento. Nesse sentido, consta apenas que ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, estabelecendo diretrizes que pautarão tal atividade, tais como a prevenção de potenciais conflitos, regulação e fiscalização pautadas na livre concorrência dos agentes, criação de condições para a modalidade das tarifas, criação de ambiente para o setor que incentive o investimento, adoção de medidas efetivas que proporcionem a universalização dos serviços, transparência etc. (Cláusula Segunda). Esse contrato impõe, ainda, objetivos a serem cumpridos, tais como a obrigatoriedade de desenvolver instrumentos regulamentares, promover amplo estudo da estrutura tarifária, implantar a adequada estruturação administrativa da ANEEL etc. (Cláusula Quarta).



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

Adiciona-se a necessidade de revisão da legislação que deve ser aprimorada para permitir clareza quanto às atribuições e missão de cada órgão, evitando a repetição de tarefas e a divulgação de pareceres contraditórios. Nesse sentido, outra necessidade para a otimização da defesa da concorrência é o cumprimento dos prazos para análises firmados nos convênios entre agências reguladoras e os órgãos do SBDC, dentro da especificidade de cada agência. Assinale-se que, onde esses convênios não estejam previstos, e.g., no caso da ANATEL, que instrui por si os processos, a importância da boa coordenação com o SBDC, e.g., através da SEAE/SDE, persiste.

5.2.8. Articulação entre as agências e os organismos regulatórios na esfera estadual

Outra proposição oriunda das discussões realizadas pelo Grupo de Trabalho e das análises sobre o desempenho recente das agências regulatórias no Brasil é a necessidade de articulação entre entes cujas atribuições encontram pontos de contato e mesmo interseção.

Faz-se necessária a articulação entre as agências e os organismos regulatórios na esfera estadual, para garantir a compatibilidade de incentivos à atuação da iniciativa privada em todos os níveis de governo. Esta determinação aplica-se prioritariamente à área de saneamento básico, assim como à distribuição de gás, atividades em que há grande interface de atuação entre os governos federal e estaduais.

5.3. Recomendações para ações imediatas

5.3.1. Recomendações relativas ao mandato de dirigentes

- Manter o atual sistema de mandato dos Conselheiros e Diretores das agências e a forma da não-coincidência entre os mandatos dos reguladores com o do Presidente da República, uniformizando a duração dos mandatos em quatro anos, permitida uma recondução. Requer a alteração do Art. 6º da Lei nº 9.986. Esta medida implica respeitar os prazos dos atuais ocupantes de mandatos nas agências, sinalizando ao mercado, empresas concessionárias e investidores, que o Governo preservará e resguardará a estabilidade das regras e contratos estabelecidos. Vale distinguir aqui que a nomeação de dirigente de agência é o ato político por meio do qual, legitimamente, o Presidente da República interfere no processo de regulação, devendo ser salientado o fato de que, pelo mecanismo de sabatina, é ratificado pelo Legislativo, origem primeira das linhas mestras das políticas públicas. A possibilidade de demissão *ad nutum* de dirigentes, por outro lado, seria contrária à premissa central de autonomia que marca o modelo de agências que se quer aperfeiçoar no Brasil, não podendo, portanto, encontrar abrigo no marco regulatório brasileiro.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

5.3.2. Ativação e aperfeiçoamento dos órgãos e colegiados propositores de políticas públicas

- A explicitação das políticas setoriais, em especial de infra-estrutura (energia, telecomunicações e transportes) é fundamental para garantir a responsabilização da atividade regulatória e para que o Poder Executivo possa medir o desempenho das agências reguladoras. A inação ou omissão dos órgãos propositores e formuladores de políticas setoriais tem gerado orientações dispersas que dificultam a coordenação da ação governamental. Depende de firme disposição política para ativar os Conselhos responsáveis pela formulação das políticas setoriais e respectivos ministérios.
- Transferência da atribuição de celebração de contratos de concessão das agências de energia, telecomunicações, petróleo e transportes para os respectivos ministérios, sem prejuízo dos contratos já definidos (e.g., as propostas de contratos das concessionárias dos sistemas de telefonia fixa comutada, a vigorar no período de 1/1/2003 a 31/12/2025, no caso das telecomunicações)²⁶. Alternativamente, os Ministérios poderiam ficar responsáveis por estabelecer os critérios gerais para as concessões, que devem refletir as políticas e diretrizes setoriais, as quais devem constar dos editais das licitações e dos contratos de concessão, permissão ou autorização. Nesse caso, as agências, em função de sua especialização e estrutura operacional, manteriam as responsabilidades pela celebração dos contratos. Esta alternativa apresenta algumas vantagens operacionais, que também são ainda mais evidentes no tocante às autorizações (conforme 4.1.1. *supra*).

5.3.3. Controle social

- Mecanismos de consulta e audiência pública devem ser mais intensamente utilizados pelas agências quando estiverem em jogo questões que causem impacto relevante para grupos de interesse ou para a sociedade como um todo. Licitações para a outorga da exploração ou concessão de serviços e revisões de cláusulas dos contratos de concessão devem ser precedidas de audiências, consultas ou sessões públicas que propiciem ampla participação da sociedade e as informações devem ser divulgadas previamente em prazos suficientes que permitam a análise prévia de todos os agentes interessados. Os órgãos de representação dos consumidores devem ser fortalecidos por meio de incentivos e prerrogativas de acesso a informações dos concessionários e das agências e orçamento para contratação de assessoria técnica. Regulamento deverá estabelecer os critérios essenciais a serem contemplados nas referidas audiências públicas.

²⁶ A transferência da atribuição de celebração de contratos requer envio de projeto de lei alterando o inciso IV do Art. 3º da Lei nº 9.427, os incisos V, VI, IX e XI do Art. 19 da Lei nº 9.472, o inciso IV do Art. 8º da Lei nº 9.478 e os incisos V do Art. 24 e V do Art. 27, da Lei nº 10.233, transferindo essas atribuições aos respectivos ministérios (Minas e Energia, Comunicações e Transportes).



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

- Instituir a obrigação aos dirigentes das agências de encaminhamento ao Congresso Nacional, de relatórios contendo a prestação de contas sobre o exercício da regulação e da fiscalização, bem como a faculdade de o Congresso Nacional convocar os dirigentes das agências para comparecer a audiências públicas. Depende de elaboração e aprovação de projeto de lei.
- Permitir a convocação dos dirigentes das agências reguladoras pelo Congresso Nacional para prestarem informações sobre assunto previamente determinado, como atualmente prevê o art. 50 da Constituição Federal em relação aos ministros de Estado e titulares de órgãos subordinados à Presidência da República. Requer a aprovação de Emenda à Constituição.
- Contratos de gestão ou de desempenho: as agências e os respectivos ministérios supervisores devem estar sujeitos à celebração de contratos de gestão como forma de garantir o monitoramento do desempenho das agências vinculadas. Atualmente, as únicas agências sujeitas a essa obrigação são a ANEEL, a ANVISA, a ANS e a ANA. A obrigação, estendida em caráter geral, do contrato de gestão deve ser prevista mediante projeto de lei incluindo artigo na Lei nº 9.986, de 2000 ou disposição legal específica. Uma adequada avaliação do desempenho das agências está associada à clareza das políticas setoriais, posto que uma boa atuação do órgão regulador no que se refere ao nível de implementação das políticas e diretrizes emanadas pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional depende de um balizamento estável. Além da previsão em caráter geral, deve-se considerar a conveniência de realização de auditorias independentes para aferir a execução ou cumprimento do contrato de gestão, a fim de contornar-se o risco de desvirtuamento desse instrumento de controle social²⁷. Outrossim, deve-se focar tais contratos na prestação de contas, para que se evite resvalar na trivialidade, especialmente no caso em que ele essencialmente se aproxime de um reflexo do plano estratégico da agência nas áreas de desenvolvimento institucional e organizacional e qualidade do serviço e satisfação dos consumidores, como exemplificado pelas metas anexas ao contrato assinado pela ANEEL em 1998 e atualizado até 2000.
- Fortalecimento e uniformização dos mecanismos de Ouvidoria: todas as agências devem prever os cargos de Ouvidor, o qual deve estar dissociado dos membros da diretoria. O Ouvidor deve ser obrigado a apresentar relatórios de atividades periódicos ao Ministro supervisor e ao Congresso Nacional. Ainda que, obviamente, não possa solucionar todos os problemas que lhe sejam apresentados, o Ouvidor deverá registrar as pendências e encaminhá-las aos responsáveis pelos temas dentro da agência.

²⁷ O exemplo do contrato com a ANEEL, que elegeu o Tribunal de Contas da União – órgão auxiliar de controle externo da administração federal – é indicativo do tipo de escolha a ser feito.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

5.3.4. Recomendações relativas à aplicação de critérios e parâmetros identificados para justificar uma agência reguladora

- Apoio à rápida aprovação do Projeto de Lei nº 3.846, de 2000, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, um setor que reúne todas as condições para a devida regulação e fiscalização por uma agência reguladora. A Lei Complementar nº 97, de 1999, que criou o Ministério da Defesa, estabelece, em seu art. 21, que “Lei criará a Agência Nacional de Aviação Civil, vinculada ao Ministério da Defesa, órgão regulador e fiscalizador da Aviação Civil e da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária...”. Como em outros setores que contam com uma agência reguladora, o papel de determinação de política, no caso da aviação civil, deverá ser desempenhado de forma ampla pelo CONAC.
- Submeter ao Conselho Superior do Cinema estudos e propostas de reformulação da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, com vistas à revisão de suas competências.
- Promover, no âmbito de Grupo de Trabalho Interministerial específico, estudos com vistas à definição do marco regulatório do setor de saneamento, e eventual ampliação de competências reguladoras da Agência Nacional de Águas - ANA. No contexto legal atual, as competências da ANA são, essencialmente, de *gestão de recursos hídricos*.²⁸No entanto, um grau de independência, mesmo na regulação de recursos hídricos é importante em vista do potencial impacto em projetos de infra-estrutura. Alterações, por exemplo, na regulação no uso da água, podem ter forte impacto na energia assegurada (fonte de renda) das usinas hidroelétricas. Além disso, as atribuições da ANA poderão ser ajustadas à luz do novo marco regulatório para o setor de água e saneamento, cuja oportunidade é indiscutível, e que deverá refletir a característica constitucional da residência do poder concedente destes serviços no nível municipal.

²⁸ Estas competências incluem a outorga e a fiscalização do uso dos recursos hídricos, elaboração de estudos, o estímulo e apoio à criação de Comitês de Bacias Hidrográfica, a implementação da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, a arrecadação, distribuição e aplicação de receitas, o planejamento e promoção de ações destinadas a prevenir secas ou inundações, a coordenação de atividades de hidrometrologia, o estímulo à pesquisa e à capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

6. Bibliografia Consultada

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes*. Revista dos Tribunais – RT, volume 786.
- BARROSO, Luis Roberto. *Agência não é poder*. Mimeo, s.e, s.d.
- BRASIL, *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília: TCU, SEFID, 2003.
- CAMPOS, Ana Maria. *Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português?* In Revista de Administração Pública, Vol. 24, nº 2, fev-abr. 1990, p. 30-50.
- GAETANI, Francisco. *Políticas de gestão pública para o próximo governo*. Res Pvblica, Ano I, nº 1, Setembro de 2002, p.11-32.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto027.doc>.
- GONÇALVES, Pedro. *Regulação das Telecomunicações*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação. Universidade de Coimbra, 2002.
- MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudanças no modo de governança*. Revista do Serviço Público, Ano 50, nº 1, jan-mar 1999, p. 5-36.
- OCDE, *Independent Regulators, Political Challenges and Institutional Design*. OCDE, 2003.
- OCDE, *Recommendation of the Council of the OCDE on Improving the Quality of Government Regulation*. OCDE, 1995.
- OCDE, *Regulatory Governance: Improving the Institutional Basis for Sectoral Key Issues in the Design of Economic Regulatory Institutions*. OCDE, 2001.
- OCDE, *Regulatory Performance – Ex-post Evaluation of Regulatory Policies*. OCDE, 2003.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

OCDE, *Regulatory Reform in OECD Countries – Good governance and performing markets*. OCDE, 2002.

PIRES, J.C.L. e GOLDSTEIN A., *Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro; Vol. 8, nº. 16, Dez 2001.

PIRES, J. C. L. e PICCININI, M. S., *A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil*. BNDES, 1999. Disponível em http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_07.pdf.

RAMOS, Murilo César, *Agências Reguladoras: Perspectivas para uma Nova Modelagem* (anotações para participação no Seminário Agências Reguladoras – avaliação de performance e perspectivas, organizado pela Ouvidoria da Câmara dos Deputados, em 29/04/2003). Mimeo, 2003.

ROCHA, Bolívar Moura (organizador). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

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

STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. Bell Journal of Economics (Spring): 3-21, 1971.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

ANEXO I

Composição do Grupo de Trabalho e Encaminhamento dos Trabalhos

O Grupo de Trabalho contou com representantes de todos os ministérios aos quais vinculam-se agências reguladoras — Ministérios dos Transportes, da Saúde, de Minas e Energia, das Comunicações e do Meio Ambiente — ou aos quais vinculam-se órgãos ou entidades que exercem funções assemelhadas à de regulação ou fiscalização de atividades econômicas, mesmo que em formato institucional distinto do de agência, caso dos Ministérios da Fazenda (CVM e SUSEP), da Defesa (Projeto de Lei de criação da ANAC) e da Justiça (CADE). Contou, também, com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem cabe a formulação de políticas e diretrizes para a modernização do Estado, e da Advocacia-Geral da União. O Grupo também recebeu valiosa colaboração do Tribunal de Contas da União. A Subchefia da Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República também ouviu os Deputados Federais Telma de Souza, Fernando Ferro, Walter Pinheiro e Luciano Zica.

O teor deste documento foi discutido no Comitê Executivo da Câmara de Políticas de Infra-Estrutura e pela Câmara de Política Econômica, antes de ser enviado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

O Grupo Interministerial estabeleceu a seguinte agenda de trabalho:

- I – analisar o atual formato institucional da atividade regulatória estatal no âmbito do Poder Executivo Federal;
- II – avaliar a adequação do modelo das agências reguladoras ao sistema administrativo do Governo Federal e aos objetivos da regulação econômica e social;
- III – propor medidas para o aperfeiçoamento da legislação de referência da função reguladora; e
- IV – propor política de recursos humanos destinada a assegurar a efetividade da ação reguladora do Estado.

As tarefas do Grupo de Trabalho foram divididas, basicamente, em duas etapas, tendo em vista os objetivos visados: a primeira, da busca de um diagnóstico da situação atual a partir do próprio papel das agências em uma economia predominante de iniciativa privada e da realidade dos ministérios e de seu relacionamento com as agências; e, a segunda, de proposição das alterações identificadas como necessárias para o aperfeiçoamento do arranjo institucional para que as agências reguladoras funcionem de forma transparente, eficaz e responsável.

Para o levantamento do quadro completo da situação, foi solicitado que os representantes de cada ministério elaborassem relatórios contemplando, quando possível, os seguintes aspectos:



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

- I - grau de autonomia administrativa, orçamentária e financeira da agência reguladora;
- II - nível de adesão da agência reguladora às políticas públicas definidas pelo ministério supervisor e grau de participação da agência na formulação da política pública para o setor respectivo;
- III - avaliação do contrato de gestão como instrumento de alinhamento entre as políticas e prioridades estabelecidas para o setor e as atividades delegadas à agência;
- IV - instrumentos de participação e controle social e sua aplicação no exercício das competências da agência reguladora;
- V - grau de eficiência e eficácia da agência reguladora no uso de recursos administrativos, orçamentários e financeiros;
- VI - grau de efetividade dos instrumentos de controle interno e externo e de avaliação de desempenho da agência reguladora;
- VII - grau de satisfação dos usuários dos serviços públicos regulados pela agência reguladora;
- VIII - adequação da política de recursos humanos praticada pela agência no exercício da função reguladora, abrangendo regime jurídico, qualificação profissional, rotatividade e autonomia funcional.

Além do levantamento dos principais problemas na gestão das políticas públicas setoriais, o Grupo de Trabalho Interministerial reuniu e consultou amplo referencial bibliográfico representando diferentes pontos de vista e expressando um trabalho de reflexão acerca do formato institucional das agências reguladoras no Brasil, envolvendo o pensamento do meio acadêmico e de juristas, técnicos e especialistas, do Direito Econômico e Administrativo, e da Teoria Econômica da Regulação.

Apesar dos problemas identificados, reconheceu-se que o modelo de agências para a regulação de setores não-competitivos é o que mais contribui para a correção das falhas do mercado e para alcançar-se o ponto ótimo de provisão de serviços públicos.

Versão preliminar deste Relatório foi submetida aos órgãos representados no Grupo de Trabalho, assim como ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil e aos participantes convidados. Posteriormente, o trabalho foi discutido no âmbito do Comitê Executivo da Câmara de Políticas de Infra-estrutura e da Câmara de Política Econômica e as sugestões encaminhadas à Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República foram analisadas e incorporadas ao presente Relatório.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

Anexo II
O Fortalecimento dos Quadros dos Ministérios e Agências Reguladoras

Uma das questões mais debatidas no Grupo de Trabalho foi o esvaziamento dos ministérios, principalmente em relação aos seus recursos humanos. Tal esvaziamento, não obstante tenha sido concomitantemente à criação das agências, não é decorrência necessária desse fato. Assim, é possível e, na realidade fundamental, fortalecer os Ministérios, mantendo-se as agências como implementadoras das políticas públicas, no âmbito da regulação.

Para que os órgãos formuladores de políticas (ministérios) possam exercer suas atribuições, faz-se necessário o fortalecimento de seus quadros com pessoal capacitado e especializado. Da mesma forma, o processo de seleção do núcleo do corpo técnico das agências reguladoras deve ser realizado por meio de concurso público e faz-se necessária a implantação de um plano de carreira que represente um fator de atratividade de técnicos com conhecimento adequado sobre o setor regulado, remunerados de forma condizente com as funções e responsabilidades a serem exercidas, de forma a, se não evitar, pelo menos inibir a possibilidade de captura pelos interesses das empresas reguladas.

Ressalte-se que a prática de requisitar servidores dos ministérios contribui para o desestímulo ao desenvolvimento de capacidades independentes e autônomas dentro dos órgãos reguladores, o que prejudica o processo de formação de um corpo técnico devidamente qualificado e com o devido comprometimento com a missão da agência. Além disso, a transferência dos servidores às agências pode ser interpretada pelos agentes do setor como mera continuidade da política executada pelo ministério antes da criação da agência reguladora, o que poderia resultar no insucesso regulatório devido à incapacidade administrativa e à falta de credibilidade junto ao setor regulado.

O tratamento da questão de pessoal das agências, além de dever se harmonizar com a política geral de pessoal e com as perspectivas de despesa com servidores públicos nos próximos anos, deverá dirimir as incertezas sobre a forma de contratação do todo ou parte dos quadros dessas autarquias (isto é, a questão da possibilidade de contratação no regime de *emprego público*). Qualquer alteração nesta área irá requerer modificação na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 – que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. No caso de criação de carreira para o núcleo dos cargos, dever-se-ão ser criados cargos efetivos, regidos pela Lei nº 8.112, de 1990.

Identificados o quantitativo necessário, as atribuições e denominação dos cargos, deverão ser alocados recursos orçamentários e estabelecido cronograma para realização de concursos públicos e preenchimento dos referidos cargos. O ingresso nessas carreiras deverá dar-se exclusivamente mediante concurso, posto que se trata de quadros novos, inexistentes no serviço



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CASA CIVIL
CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA

público federal, sendo ainda inconstitucional qualquer forma de aproveitamento de servidores que já estejam no exercício de atividades nas agências, sejam eles comissionados, contratados em caráter temporário, requisitados ou redistribuídos de outros órgãos. Os servidores de carreira das agências reguladoras devem ter remuneração fixada nos mesmos níveis das demais carreiras típicas de Estado já constituídas, devendo ser composta de uma parcela fixa (vencimento básico), a ser acrescida de parcela variável, sob a forma de gratificação de desempenho.

Com respeito aos ministérios, a despeito da tradicional resistência destes, pode-se considerar o preenchimento dos cargos vagos da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, criados pela Lei nº 7.834, de 6 de outubro de 1989, cujas atribuições são as de “formulação, implementação e avaliação de políticas públicas nos escalões superiores da administração federal”. Neste caso, alocar-se-iam os ocupantes, preferencialmente, para os Ministérios das Comunicações, de Minas e Energia, dos Transportes, da Defesa e da Saúde, para dotar estes ministérios de quadros próprios voltados à formulação e avaliação de políticas públicas setoriais.