PATRICIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE

A qualidade da regulação estatal no Brasil:
uma análise a partir de indicadores de qualidade

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2015

PATRICIA RODRIGUES PESSÔA VALENTE

A qualidade da regulação estatal no Brasil:
uma análise a partir de indicadores de qualidade

Tese apresentada à Banca Examinadora do
Programa de Pós-Graduação em Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo, como exigência parcial para obtenção
do título de Doutora em Direito, na área de
concentração, sob orientação do Prof. Dr.
Sebastião Botto de Barros Tojal

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2015

Nome: PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues.

Título: A qualidade da regulação estatal no Brasil: *uma análise a partir de indicadores de qualidade*.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração, sob orientação do Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____

Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____

Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____

Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____

Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____

Agradecimentos

Como se diz, todo texto tem uma história e a história dessa tese de doutoramento se identifica com as pessoas que (direta e indiretamente) contribuíram para a realização desse projeto, em suas várias etapas. Minha gratidão a elas é tanta que se torna difícil contemplar todos nesse limitado espaço para os agradecimentos.

É preciso dizer, no entanto, que mais que o resultado de um pensamento único e original, este estudo expressa a convergência de trabalhos e ideias de uma série de relevantes autores nacionais e estrangeiros, tanto da área do Direito quanto da Economia e Ciência Política. Alguns nomes devem ser mencionados. Sebastião Botto de Barros Tojal, meu orientador no mestrado e agora no doutorado e a quem sou especialmente grata. Com ele estabeleci uma relação por diversas circunstâncias da vida de gratidão e extrema admiração que certamente transcende a orientação da tese. Outros grandes nomes não podem deixar de ser mencionados como Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Entre mestres que se tornaram amigos e amigos que se tornaram mestres estão Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão, Vera Monteiro, Henrique Motta Pinto e Roberto Guimarães.

Agradeço também a oportunidade de ter colhido as opiniões e aprendido com a experiência daqueles que, de alguma forma engajados nos setores e temas tratados, cederam o seu tempo para as entrevistas: Paulo Cezar C. Tavares, Luiz Küster, José Carlos Rosa Angeja, Luiz Eduardo Ganz Viotti de Azevedo, Maria D'Assunção da Costa, Juarez Quadros do Nascimento, João Tabalipa, Julião Silveira Coelho, Nilo Pasquali e outros integrantes das agências analisadas que não quiseram se identificar.

Esse trabalho apresenta importante pesquisa de dados sobre as agências reguladoras examinadas que só se fez possível com o auxílio de primorosa equipe de acadêmicos formada por Cesar Borlina, Lígia Lamana Batochio, Maria Isabela Meloncini, Rafael Pereira Fernandes, Andrea Vasconcelos, Juliana Bragaia e Thomás Oliver Lamster.

Amigos que fizeram parte desse trabalho foram Danilo Tavares da Silva, Carla Osmo, Aline Gonçalves de Souza, Vanessa Boarati, Julia Pascowitch, Maria Rita Drummond, Andrea Dantas, Eduardo Karpát, Célia Valente e Márcio Luiz Valente.

À minha família, especialmente, meus pais e minha irmã devo a assistência extrajurídica na medida do alcance de cada um para que esse trabalho pudesse chegar até aqui. A Felipe devo tudo, mas aqui falo apenas do sentimento de apoio incondicional. Sem sua presença, esse caminho teria sido mais sofrido e inquestionavelmente mais carente de organização.

Àqueles que nasceram junto com este trabalho, meus mais preciosos frutos, Samuel e
Teresa.

Sumário

Agradecimentos	4
Sumário	6
Abstract	10
Resumé	11
Lista de abreviaturas e siglas	12
Lista de tabelas	20
Lista de gráficos	20
PARTE I	22
Capítulo I: APRESENTAÇÃO DO TEMA, HIPÓTESE DE TRABALHO E METODOLOGIA	22
I.1. A mensuração da qualidade regulatória como uma forma de abordar o processo de aprendizado institucional dos agentes reguladores	22
I.2. Qualidade Regulatória: o que é e por que falar dela	27
I.3. A escolha das variáveis da qualidade regulatória e a hipótese de trabalho	32
I.4. Os setores analisados	34
I.5. Localização do tema	37
PARTE II: PROPOSTA TEÓRICA: VARIÁVEIS DETERMINANTES DA QUALIDADE REGULATÓRIA	40
Capítulo II. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM SETOR REGULADO	40
II.1. O papel da credibilidade na variável relativa à institucionalização	43
II.2. Revisão da literatura sobre o tema	49
II.3. Medindo a institucionalização formal	54
II.4. Medindo a institucionalização substantiva	66
II.5. Conclusão parcial	71
Capítulo III: A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO REGULATÓRIA	73
III.1. O sentido técnico-jurídico do procedimento: mecanismo de racionalização e legitimação democrática	75
III.2. Medindo a procedimentalização formal	79
III.3. Medindo a procedimentalização substantiva	87
III.4. Conclusão parcial	89
Capítulo IV: A JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES REGULATÓRIAS	91
IV.1. A judicialização de decisões das agências reguladoras	91
IV.2. Revisão da literatura sobre o tema	91
IV.3. A pesquisa contratada pelo Conselho Nacional de Justiça	99
IV.4. Conclusão Parcial	105
PARTE III: REFLEXÃO A PARTIR DA REGULAÇÃO DOS SETORES ESCOLHIDOS	109
Capítulo V: ANEEL E A REGULAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	109
V.1. Panorama da regulação do setor	109
V.1.1. Breve evolução sobre o setor	109
V.1.2. Justificativas para a regulação estatal	113
V.1.3. Os agentes estatais	114
V.1.3.1. O formulador de políticas públicas setoriais	114
V.1.3.2. O agente regulador	116
V.1.3.3. A empresa estatal	117

V.2. Aplicando o método sugerido para mensuração da qualidade regulatória	118
V.2.1. A variável institucionalização.....	118
V.2.1.1. A institucionalização formal.....	119
V.2.1.2. A institucionalização substantiva.....	124
V.2.1.3. A avaliação da atividade regulatória da ANEEL quanto à institucionalização	129
V.2.2. A variável procedimentalização.....	131
V.2.2.1. A procedimentalização formal.....	131
V.2.2.2. A procedimentalização substantiva	134
V.2.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANEEL à variável procedimentalização	139
V.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANEEL à variável judicialização.....	141
V.3. Análise qualitativa do setor: o STF e o novo marco legal do setor elétrico	141
V.4. Conclusão Parcial	144
CAPÍTULO VI: ANATEL E TELECOMUNICAÇÕES.....	147
VI.1. Panorama da regulação do setor.....	147
VI.1.1. Justificativas para a regulação estatal	147
VI.1.2. Os agentes estatais.....	148
VI.1.2.1. O formulador de políticas públicas setoriais	148
VI.1.2.2. O agente regulador.....	150
VI.1.2.3. A empresa estatal	153
VI.2. Aplicando o método sugerido para mensuração da qualidade regulatória	156
VI.2.1. A variável institucionalização	156
VI.2.1.1. A institucionalização formal	156
VI.2.1.2. A institucionalização substantiva	159
VI.2.1.3. Avaliação da atividade regulatória da ANATEL quanto à institucionalização	164
VI.2.2. A variável procedimentalização	165
VI.2.2.1. A procedimentalização formal	165
VI.2.2.2. A procedimentalização substantiva.....	171
VI.2.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANATEL quanto à procedimentalização	177
VI.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANATEL quanto à judicialização	178
VI.3. Análise qualitativa do setor: caso da fusão da Brasil Telecom e Oi.....	179
VI.4. Conclusão Parcial.....	184
Capítulo VII: ANAC E A REGULAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA	
FEDERAL.....	187
VII.1. Panorama da regulação setorial	187
VII.1.1. Justificativas para a regulação estatal.....	187
VII.1.2. Os agentes estatais	189
VII.1.2.1. O formulador de políticas públicas setoriais	189
VII.1.2.2. O agente regulador	192
VII.1.2.3. A empresa estatal.....	194
VII.2. Aplicando o método sugerido para mensuração da qualidade regulatória.....	195
VII.2.1. A variável institucionalização	195
VII.2.1.1. A institucionalização formal	195
VII.2.1.2. A institucionalização substantiva.....	199
VII.2.1.3. A avaliação da atividade regulatória da ANAC quanto à institucionalização	206

VII.2.2. A variável procedimentalização.....	207
VII.2.2.1. A procedimentalização formal.....	207
VII.2.2.2. A procedimentalização substantiva.....	213
VII.2.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANAC quanto à procedimentalização.....	217
VII.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANAC à variável judicialização.....	218
VII.3. Análise qualitativa do setor: a primeira rodada de leilão para concessão de aeroportos federais.....	219
VII.3.1. Atual modelo regulatório federal.....	219
VII.3.2. A primeira rodada de leilão para concessão de aeroportos federais.....	225
VII.4. Conclusão Parcial.....	230
Capítulo VIII: RESULTADOS DA APLICAÇÃO DAS VARIÁVEIS DA QUALIDADE REGULATÓRIA AOS SETORES ESTUDADOS.....	232
VIII.1. O que se pode aprender com os resultados alcançados sobre as Variáveis da Qualidade Regulatória?.....	232
VIII.2. O que se pode aprender com os resultados alcançados sobre as agências examinadas?.....	239
VIII.3. Considerações finais.....	241
APÊNDICE 1: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL.....	243
APÊNDICE 2: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL.....	260
APÊNDICE 3: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC.....	272
REFERÊNCIAS.....	285

RESUMO

PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues. A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade, 2015. 311f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

As primeiras agências reguladoras foram criadas a partir da segunda metade dos anos 1990, e a mais recente delas, em 2005. Com as agências surgiram também os atores privados regulados, os usuários e consumidores, e uma nova forma de interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses atores participam e dão forma ao processo de aprendizagem institucional das agências. Passado o período de criação e após quase duas décadas de existência, é necessária uma visão crítica sobre as agências. Propõe-se, então, um método de avaliação regulatória a partir de três variáveis que serão decompostas em diversas subvariáveis (quesitos a serem respondidos objetivamente). A primeira variável, institucionalização, mede as regras aplicáveis à própria agência: características dos mandatos dos dirigentes, autonomia decisória, autonomia financeira e de gestão de pessoal. A segunda, procedimentalização, ocupa-se do processo de tomada de decisão da agência e de sua transparência. Ambas as variáveis procuram medir as agências do ponto de vista formal, a partir de normas aplicáveis (leis, decretos, resoluções, portarias etc.), e pela prática regulatória, com base nos fatos ocorridos demonstrados por meio de documentos oficiais (decretos de nomeação, decisões, relatórios de atividade das próprias agências etc.). A última variável, judicialização, aponta as várias vezes em que a decisão administrativa muda de *status* e o nível de confirmação dessas decisões pelo Poder Judiciário. O modelo teórico de avaliação das agências ora apresentado é aplicado e testado em três setores que são submetidos à regulação econômica e contam com forte presença de atores sociais e empresa estatal federal. Assim, as agências analisadas foram: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Em termos gerais, não é possível garantir a existência de um isoformismo entre essas agências, nem mesmo entre agências criadas em momentos diferentes e por presidentes distintos. Também não foi possível demonstrar que a interferência política seja uma marca de um único governo. A ANATEL, a melhor avaliada das três agências, destaca-se pelo rigor de suas normas que seu processo decisório reflete. A ANEEL e a ANAC tiveram uma avaliação mediana já que apresentaram avaliação sofrível quanto ao processo, mas mostraram ter instituições (regras) um pouco melhores.

Palavras-chave: agências reguladoras, qualidade regulatória, processo decisório, ANEEL, ANATEL e ANAC.

Abstract

PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues. Measuring the quality of Regulation in Brazil: an analysis from quality indicators, 2015. 311f. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

The first regulatory agencies were created from the second half of 1900s, and the lasted of them in 2005. With the agencies, emerged regulated private players, users and consumers, and a new approach of interaction between the Executive, Legislative and Judiciary. These actors take part and shape the institutional learning process of agencies. After the creation and over nearly two decades, a critical view is needed on agencies development. It is proposed, therefore, a method of evaluation based on three variables, which will be decomposed into several sub-variables (questions to be answered objectively). The first variable, institutionalization, looks into the rules to which the agency is submitted, as the mandates of the directors, autonomy to take decisions on its own, financial autonomy, and personnel management. The second variable, proceduralizing, deals with the agency's decision-making process and its transparency. Both variables seek to measure the agencies from a formal point of view, based on applicable rules (laws, decrees, resolutions, ordinances, etc.), and the regulatory practice, based on the facts officially documented (appointment decrees, decisions, reports issued by the agencies, etc.). The last sub-variable, judicialization, points out the several times the administrative decision changes status due to judicial review and the level of confirmation of such decisions by the Judiciary. The theoretical model of evaluation of agencies presented here is applied and tested in three sectors that are subject to economic regulation and have a strong presence of social actors and a federal state enterprise. Thus, the agencies analyzed were: Brazilian Electricity Regulatory Agency – ANEEL, the Brazilian Telecommunications Agency – ANATEL and the Brazilian Civil Aviation Agency – ANAC. In general, one cannot assure there is an equal framework between these agencies, even among agencies created at different times and by different presidents. Nor was it possible to demonstrate that political interference is a mark of a single government. ANATEL, the best rated of the three agencies, stands out for the accuracy of its rules, which its decision-making process reflects. ANEEL and ANAC presented poorly assessment regarding the decision-making process, but proved to have institutions (rules) a little stronger.

Keywords: regulatory agencies, regulatory quality, decision-making process, ANATEL, ANAC, ANEEL.

Resumé

PESSÔA VALENTE, Patricia Rodrigues. La qualité de la Régulation d'État au Brésil: une analyse à partir des indicateurs de qualité, 2015. 311f. Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

Les premières agences régulatrices ont été créées à partir de la seconde moitié des années 1990, la plus récente parmi elles date de 2005. L'arrivée des agences marque l'apparition d'acteurs privés régulés, utilisateurs et consommateurs, ainsi que d'une nouvelle manière d'interaction entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Ces acteurs participent et donnent forme au processus d'apprentissage institutionnel des agences. Terminée la période de formation et au bout de presque deux décennies d'existence, il faut une approche critique sur les agences. Nous proposons une méthode d'évaluation de régulation à partir de trois variables qui seront décomposées en plusieurs sous-variables (ces questions seront répondues objectivement). La première variable, l'institutionnalisation, mesure les règles applicables à l'agence elle-même: les caractéristiques des mandats des dirigeants, l'autonomie décisionnaire, l'autonomie financière et de gestion du personnel. La seconde, sur les procédures, se consacre aux processus décisionnel de l'agence et à sa transparence. Tant l'une que l'autre essaye d'analyser les agences du point de vue formel à partir de normes applicables (lois, décrets, résolutions, ordonnances, etc) et de la pratique réglementaire, ayant comme base des événements survenus, démontrés par des documents officiels (décrets de nomination, décisions judiciaires, rapports d'activités des agences elles-mêmes, etc). La dernière variable, la judiciarisation, signale les plusieurs changements de statuts de la décision administrative, ainsi que le niveau de confirmation de les décisions par le pouvoir judiciaire. Le modèle théorique d'évaluation des agences ici présenté est appliqué et testé sur trois secteurs soumis à la régulation économique, dans lesquels il y a une présence importante d'acteurs sociaux et aussi une entreprise publique fédérale. Les agences ainsi analysées sont: l'Agence Nationale de l'Energie Électrique – ANEEL, l'Agence Nationale des Télécommunications – ANATEL e l'Agence Nationale de l'Aviation Civile – ANAC. En termes généraux, il n'est pas possible d'affirmer qu'il y ait isophormisme parmi les agences, pas même entre celles qui n'ont pas été créées durant les mêmes périodes et par de différents présidents. De la même façon, il n'a pas été possible de démontrer que l'interférence politique soit le signe d'un seul gouvernement. L'ANATEL, l'agence la mieux classée, se démarque grâce à la rigueur des règles, qui est le reflet de son processus décisionnel. L'ANEEL et l'ANAC ont obtenu une évaluation moyenne car elles ont présenté une évaluation passable relative au processus, même si ses institutions (règles) soient un peu meilleures.

Mots-clé: agences régulatrices, qualité régulatrice, processus de décision, ANAC, ANATEL e ANEEL.

Lista de abreviaturas e siglas

AAGISA – Agência de Águas, Irrigação e Saneamento do Estado da Paraíba

ABC – Agência Brasileira de Cooperação

ABCE – Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica

ABEAR – Associação Brasileira das Empresas Aéreas

Abiape – Associação Brasileira dos Autoprodutores de Energia

ABRACE – Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres

ABRACEEL – Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica

Abradee – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica

Abrafix – Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado

Abrage – Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Elétrica

Abraget – Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Termelétrica

Abrate – Associação Brasileira das Grandes Empresas

Acel – Associação Nacional das Operadoras de Celulares de Transmissão de Energia Elétrica

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ADI ou ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGEEL – Agência Estadual de Energia da Paraíba

AGEPAN – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul

AGERBA – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia

AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul

AGERMT – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso

AGR – Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos

AGU – Advocacia-Geral da União

AIR – Análise de Impacto Regulatório

AMS – Apelação em Mandado de Segurança

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANACOM – Agência Nacional de Comunicações

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional de Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transporte Aquaviário

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AP – Audiência Pública

ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará

ARPE – Agência de Regulação de Pernambuco

ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas

ARSEP-MA – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Maranhão

ARSEP-RN – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte

ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo

ASEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro

ATAERO – Adicional de Tarifas Aeronáuticas

AVSEC – Segurança da Aviação Civil contra Atos de Interferência Ilícita

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BrT – Brasil Telecom Participações S.A.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CBA – Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966)

CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CETERP – Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto

CESPE – Centro de Seleção e de Promoção de Eventos

CF – Constituição Federal

CGE – Câmara de Gestão da Crise do Setor Elétrico

CGIEE – Comitê Gestor de Indicadores de Eficiência Energética

CGISE – Comitê de Gestão Integrada de Empreendimentos de Geração do Setor Elétrico

CGTEE – Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica

CHESF – Companhia Hidroelétrica do São Francisco

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

COMAER – Comando da Aeronáutica

CONAC – Conselho de Aviação Civil

CONAERO – Comissão Nacional de Autoridades Aeroportuárias

CONTEL – Conselho Nacional de Telecomunicações

CORSAN – Companhia Rio-Grandense de Saneamento

CP – Consulta Pública

CPC – Código de Processo Civil

CRT – Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações (CRT Brasil Telecom S.A.)

CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia (Estado de São Paulo)

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DAC – Departamento de Aviação Civil

DEC – Continuidade Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora

DECEA – Departamento de Controle do Espaço Aéreo

DEM – Democratas

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justiça

DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica

DOU – Diário Oficial da União

EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Eletrobras – Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

Eletronorte – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.

Eletro nuclear – Eletrobras Termonuclear S.A.

Eletrosul – Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

EM – Exposição de Motivos

EPE – Empresa de Pesquisa Energética

ESAF – Escola de Administração Fazendária

EUA – Estados Unidos da América

FEC – Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora

FHC – Fernando Henrique Cardoso

FIFA – *Fédération Internationale de Football Association* ou Federação Internacional de Futebol

Funcef – Fundação dos Economiários Federais

GVT – Global Village Telecom

IATA – *International Air Transport Association* ou Associação Internacional de Transporte Aéreo

Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

II – Índice de Independência da Agência Reguladora

Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

ISS – Imposto Sobre Serviços

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica

MC – Ministério das Comunicações

METRÔ – Companhia do Metropolitano de São Paulo

MME – Ministério de Minas e Energia

MP – Medida Provisória

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

NASP – Novo Aeroporto de São Paulo

OACI – *International Civil Aviation Organization* ou Organização de Aviação Civil Internacional

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development)

OIS – Operador Independente do Sistema

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

PADO – Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigação

PAR – Plano de Ampliações e Reforços

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PDD – Plano de Desenvolvimento da Distribuição

PDE – Plano Decenal de Expansão de Energia

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PET – Programa de Expansão de Transmissão

Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A.

Petros – Fundação Petrobrás de Seguridade Social

PGMC – Plano Geral de Metas de Competição

PGMU – Plano Geral de Metas para a Universalização

PGO – Plano Geral de Outorga

PGR – Procuradoria-Geral da República

PIB – Produto Interno Bruto

PICAO – Provisional International Civil Aviation Organization

PL – Projeto de Lei

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PMS – Poder de Mercado Significativo

PNAV – Política Nacional de Aviação Civil

PNBL – Programa Nacional de Banda Larga

PND – Plano Nacional de Desenvolvimento

PNE – Plano Nacional de Energia

PPA – Plano Plurianual

PPS – Partido Popular Socialista

PPSA – Pré-Sal Petróleo S.A.

PPT – Programa Prioritário de Termoelectricidade

Previ – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil

PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Suplementar

ProCADE – Procuradoria Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica

PROCEL – Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica

Procon – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor

PRODIST – Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional

Pro-Reg – Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação

Proteste – Associação de Consumidores

PSB – Partido Socialista Brasileiro

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

RBAC – Regulamento Brasileiro da Aviação Civil

RBHA – Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica

RE-SEB – Projeto de Reestruturação do Setor Brasileiro

RPI – *Regulatory Performance Indicators*

RTE – Recomposição Tarifária Extraordinária

SAC/PR – Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SER – Superintendência de Regulação Econômica da agência

SERCOMTEL – Serviço de Comunicações Telefônicas de Londrina

SIN – Sistema Interligado Nacional

Sinditelebrasil – Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal

SRSG – Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço de Telefonia Fixa Comutado

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TelComp – Associação Brasileira de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas

Telebras – Telecomunicações Brasileiras S.A.

THC – *Terminal Handling Charges*

TJ – Tribunal de Justiça

TRF ou TRFs – Tribunal(is) Regional(is) Federal(is)

TRF-1 – Tribunal Regional Federal 1ª Região

TRF-2 – Tribunal Regional Federal 2ª Região

TUP – Telefone de Uso Público

UIT – União Internacional de Telecomunicações

Lista de tabelas

Tabela 1 - Setores Regulados Existentes.....	36
Tabela 2 - Composição do índice proposto por Gilardi (2002, 2005)	51
Tabela 3 - Institucionalização formal.....	56
Tabela 4 - Institucionalização Substantiva	66
Tabela 5 - Procedimentalização Formal.....	80
Tabela 6 - Procedimentalização Substantiva.....	87
Tabela 7 - Indicadores de Incerteza Jurídica.....	102
Tabela 8 - Institucionalização Formal – ANEEL	119
Tabela 9 - Institucionalização Substantiva – ANEEL.....	124
Tabela 10 - Funcionários da ANEEL.....	129
Tabela 11 – Institucionalização – ANEEL	130
Tabela 12 - Procedimentalização Formal – ANEEL	131
Tabela 13 - Procedimentalização Substantiva – ANEEL.....	135
Tabela 14 - CP prévia à AIR na ANEEL	136
Tabela 15 – Procedimentalização ANEEL	139
Tabela 16 - Institucionalização Formal – ANATEL.....	156
Tabela 17 - Institucionalização Substantiva – ANATEL.....	160
Tabela 18 - Funcionários da ANATEL	164
Tabela 19 - Institucionalização ANATEL	165
Tabela 20 - Procedimentalização Formal – ANATEL.....	166
Tabela 21 - Procedimentalização Substantiva - ANATEL	172
Tabela 22 - Resumo AIR na ANATEL	173
Tabela 23 - Procedimentalização – ANATEL.....	177
Tabela 24 – Institucionalização Formal – ANAC	196
Tabela 25 – Institucionalização Substantiva.....	200
Tabela 26 - Funcionários da ANAC.....	205
Tabela 27 - Institucionalização ANAC.....	206
Tabela 28 – Procedimentalização Formal – ANAC.....	208
Tabela 29 - Procedimentalização Substantiva – ANAC.....	213
Tabela 30 - Resumo AIR na ANAC.....	215
Tabela 31 - Procedimentalização – ANAC	217
Tabela 32 – Tabela Análise Horizontal	237
Tabela 33 - Tabela Análise Vertical.....	240

Lista de gráficos

Quadro 1 - Taxa de Anulação da Decisão Regulatória em 1ª Instância e em Transitados em Julgado	103
Quadro 2 - Taxa de Confirmação da Decisão Administrativa em 1ª Instância e em Transitados em Julgado: apenas decisões de mérito.....	104
Quadro 3 - Taxa de Confirmação de Processos Transitados em Julgado por Agência	105
Quadro 4 - Taxa de Modificação (anulação e reforma parcial) de Transitados em Julgado por Agência.....	105
Quadro 5 - Atendimento do Orçamento da ANEEL em %	128
Quadro 6 - Limite Autorizado do Orçamento da ANEEL a preços de 2014.....	128
Quadro 7 - Atendimento do Orçamento da ANATEL em %	163

Quadro 8 - Limite Autorizado do Orçamento da ANATEL a preços de 2014	163
Quadro 9 - Atendimento do Orçamento da ANAC em %	204
Quadro 10 - Limite Autorizado do Orçamento da ANAC a preços de 2014.....	204

PARTE I

Capítulo I: APRESENTAÇÃO DO TEMA, HIPÓTESE DE TRABALHO E METODOLOGIA

I.1. A mensuração da qualidade regulatória como uma forma de abordar o processo de aprendizado institucional dos agentes reguladores

Desde a sua idealização em meio a profundas transformações na estrutura do Estado brasileiro a partir da exaustão do modelo de Estado desenvolvimentista (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 12) até o debate mais contemporâneo em torno da sua politização por meio de indicações de dirigentes com fortes ligações políticas com o governo, as agências reguladoras se estabeleceram no cenário político e jurídico como atores relevantes para o “jogo regulatório brasileiro”.¹

Esse jogo, tal como conhecido, ainda é jovem; as primeiras agências reguladoras foram criadas a partir da segunda metade dos anos 1990, e a mais recente delas, em 2005. Com elas surgiram também os atores privados regulados, os usuários e consumidores, e uma nova forma de interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nas palavras de Majone (2006, p. 71), a mudança do Estado positivo para o Estado regulador levou ao surgimento de novos atores na arena política ou, pelo menos, a uma relevante redistribuição do poder entre velhos atores.

Esses atores participam e dão forma ao tema central desta tese, o *processo de aprendizagem institucional*, o qual deve ser compreendido sob dois ângulos fundamentais. O primeiro é o *desenvolvimento* da interação dos atores com o estabelecimento da regulação. Menos a sequência histórica dos fatos que levou ao nosso regime atual, mais o progresso desse aprendizado institucional, sobretudo, o seu resultado prático é de interesse aqui. Resultado esse que não pode ignorar a evolução vivenciada pelos atores envolvidos e as relações estabelecidas ao longo de quase duas décadas de existência das primeiras agências.

Afinal, um dos motivos de se compreender o jogo regulatório como um processo de aprendizagem institucional é reconhecer que a atividade estatal é construída a partir de suas próprias experiências e está em constante transformação, aprimoramento e reflexões.

¹ Por jogo regulatório adota-se a definição de Pó (2009, p. 7) segundo a qual “a interação de atores e instituições diversas – políticas, econômicas ou sociais – acontecendo sob regras estabelecidas pelos próprios e pelo contexto.”

Não é por outra razão que, “[a] reforma administrativa é um problema recorrente. Quase todos os governos, em todos os tempos, falam na necessidade de tornar a administração pública mais moderna, mais eficiente.” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 41) Afirmar o contrário, seria considerar que os governantes não desejem o melhor em termos de organização administrativa da burocracia estatal.

O segundo ângulo sob o qual será observado o processo de aprendizagem institucional é a própria *maneira* como essas intrincadas relações impactam a atividade regulatória. Marcada ora por formalismos de conveniência ora pela informalidade natural das relações políticas estabelecidas, os novos e velhos atores desse processo criaram e continuam criando um modo de interagir entre si e de fazer a regulação no país. Em razão de tradicionalmente apenas se atentar para os atos formais, marcados por solenidades, o Direito acaba por ignorar relevante parcela do jogo regulatório. Aqui ambos serão considerados.

Apesar de se falar em processo de aprendizagem institucional, vive-se hoje um momento de consolidação do modelo de burocracia estatal adotado a partir do final da década de 1990, aliado à necessidade de produzir reflexões a respeito do seu progresso e de seu resultado². Certamente, as agências reguladoras de hoje não são aquelas outrora idealizadas; são *as agências do possível* diante do jogo regulatório estabelecido nos últimos anos.

Dessa forma, a questão central é se, consideradas quase duas décadas de existência dos agentes reguladores no Brasil, pode-se falar em amadurecimento do Estado regulador brasileiro, ou seja, se houve uma evolução desse processo de aprendizagem que tenha proporcionado ao ambiente regulatório e seus atores uma melhoria em sua qualidade. Por melhoria da qualidade regulatória³, entende-se a estabilidade das regras dos setores reguladores e dos contratos firmados pelas agências reguladoras.

A questão central colocada deve ser analisada sob duas perspectivas: a estática e a dinâmica. Pois, importante será ao final deste trabalho responder se a qualidade formal (estática) é determinante para a qualidade prática (dinâmica). Ou se a qualidade regulatória dinâmica independe de requisitos formais de qualidade que o Direito tanto impõe ao desenho institucional das agências.

Apesar da questão central estar direcionada para a regulação em geral, é ainda um propósito identificar aqui se há diferenças qualitativas entre a forma de regular setores

² Nesse sentido, ver Costa (2002, p. 46).

³ Esse termo será mais bem trabalhado na seção seguinte.

diferentes, ou se a qualidade da regulação é homogênea entre os três setores que foram objeto de estudo.

Para medir a estabilidade das regras como parâmetro para a qualidade regulatória, propõe-se o exame de setores a partir de três variáveis: (i) a *institucionalização* do setor, (ii) a *procedimentalização* do agente regulador setorial, e (iii) a *judicialização* das decisões tomadas pelo agente regulador setorial⁴.

Por variável *institucionalização* entende-se a verificação da clareza e objetividade das regras que regem o setor, sobretudo quanto à divisão de competências para formular políticas públicas setoriais e as políticas regulatórias, e autonomia do agente regulador (agente) frente ao poder executivo (principal), tanto do ponto de vista estático (formal) quanto dinâmico (substantivo). Em outras palavras, ao mensurar a institucionalização regulatória passa-se à análise acerca da previsibilidade das regras aplicáveis na teoria e na prática de um setor.

A variável *procedimentalização* busca examinar instrumentos jurídicos que visam racionalizar o processo de tomada de decisão. Ao formalizar uma decisão regulatória⁵, o Direito reveste-a de uma solenidade que, para além de gerar formalismos, imprime previsibilidade indispensável ao processo de tomada de decisão. Previsibilidade esta que contribui para a redução de custos de transação do setor. Segundo a lógica econômica, quanto maiores os custos de transação menos valorizados serão os ativos públicos administrados pela iniciativa privada e maiores os preços, em sentido não técnico, cobrados pelos serviços ofertados.

Além disso, a *procedimentalização* permite que o próprio agente dissemine para todo o ambiente regulatório a informação colhida ao longo desse processo administrativo. A depender do caso, tem-se, nesse sentido, o monitoramento da decisão tomada para verificar eventual necessidade de adaptação ou alteração, o que proporciona aprendizado para os atores. São exemplos desses instrumentos jurídicos a Análise de Impacto Regulatório⁶ e outras ferramentas de decisões (processos administrativos decisórios lastreados em evidências técnicas obtidas a partir de estudos internos ou externos ou,

⁴ A justificação para a escolha das variáveis será apresentada na seção I.3.

⁵ Neste texto, as expressões “decisões regulatórias” e “atos regulatórios” serão usadas como sinônimas, assim como “revisão” e “controle” dos atos administrativos.

⁶ Este tema foi desenvolvido em dissertação de mestrado (PESSÔA VALENTE, 2013), mas, naquele momento, o estudo possuía uma dimensão maior de mensurar a qualidade do desempenho dos agentes reguladores e menos a qualidade pontual de uma decisão regulatória. Por entender que a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser compreendida como uma ferramenta dentro do contexto maior de mensuração da qualidade regulatória, o objetivo agora é a continuação do tema iniciado no mestrado.

ainda, alguns usos da consulta pública) baseadas em custo-benefício das opções propostas.

A variável concernente *procedimentalização* ainda engloba a ideia de legitimação democrática, cuja análise perpassa pela verificação do uso de ferramentas como a consulta pública, procedimento de manifestação de interesse e a análise de impacto regulatório, que, a um só tempo reduzem o déficit democrático verificado entre o agente regulador e o regulado, confere transparência e, por consequência, maior credibilidade à atividade regulatória.

As variáveis *institucionalização* e *procedimentalização* serão abordadas a partir de indicadores comumente utilizados em índices de independência estático e dinâmico das agências reguladoras propostos pela literatura especializada, e serão classificados em alto, médio ou baixo, conforme análise empírica desenvolvida.

Ao lado dessas duas variáveis há ainda aquela referente à *judicialização* das decisões das agências reguladoras. Procura-se, com essa variável, estudar o relacionamento do Poder Judiciário com os demais atores do jogo regulatório tomando como referência seu papel como árbitro das relações entre os agentes reguladores e das interações entre o próprio Judiciário e os regulados, os demais poderes institucionais e grupos de interesse.

Dessa forma, a proposta é apresentar *um* critério para a mensuração do desempenho dos agentes reguladores ao longo do processo de aprendizado institucional a partir de um olhar jurídico⁷. Esse parâmetro não se presta ser exclusivo (no sentido de que apenas ele é válido) tampouco universal (no sentido de aplicável a todos os sistemas de regulação existentes), mas apenas uma possível referência de avaliação a ser alcançada a partir da reflexão de três setores da economia nacional submetidos à regulação econômica. Portanto, trata-se de um trabalho introdutório sobre métodos de avaliação de sistemas regulatórios⁸.

Mais que isso, essas variáveis não refletem isoladamente a qualidade da regulação (é certo que outros aspectos devem ser levados em consideração como, por exemplo, regras informais, investimentos realizados por agentes privados e públicos, alcance de metas setoriais etc.), mas, certamente, sem elas não há como apurar a qualidade dessa atividade ao longo do tempo. Pois, se a mensuração da qualidade regulatória pode estar incompleta se analisadas apenas as três variáveis propostas, sem esses três pilares qualquer

⁷ A relação ente Direito e Economia não é particular do tema da qualidade regulatória e nem da regulação. A análise econômica do Direito perpassa várias (para não dizer todas) áreas do Direito, permitindo uma leitura econômica do direito constitucional, dos contratos, da seguridade social, do processo civil etc.

⁸ Ao lado do critério apresentado, outros podem surgir, por exemplo, o montante de investimento privado (e público) nos setores desde a criação das agências, ou o número de empresas apresentando propostas, ou ainda a fuga de capital brasileiro para o exterior diante do ambiente regulatório desfavorável. Este estudo é apenas um dos vários outros que podem ser propostos para medir a melhoria da qualidade regulatória de um setor.

tentativa de verificar o aprendizado do Estado regulador brasileiro seria insuficiente e falha.

Os debates acadêmicos nas faculdades de direito parecem ignorar a centralidade do tema, deixando para contribuir apenas com análises, sob demanda das circunstâncias, sobre a legalidade de determinada regra regulatória ou com manifestações esporádicas de insatisfação quanto aos rumos de um determinado setor em razão da ingerência do Poder Executivo central nas atividades regulatórias⁹. Saber como o Estado vem desempenhando suas funções regulatórias é essencial para compreender o fenômeno da regulação no Brasil, e cabe ao operador do Direito restabelecer o lugar da ciência jurídica. Até o momento, trabalhos voltados a esse objetivo estavam restritos a outras áreas do conhecimento (Economia, Ciência Política e Sociologia) que acabaram por se responsabilizar por importantes levantamentos, inclusive empíricos, sobre o tema sem, contudo, levar em conta relevantes contribuições que o Direito pode oferecer a esta análise. Pois a ausência de estudos jurídicos voltados para a mensuração da qualidade regulatória acaba por contribuir para o atraso no aprimoramento das agências reguladoras, na medida em que se ignora a maneira como o jogo regulatório se processa e as relações são estabelecidas nesse entrelaçamento sofisticado de atores e, com isso, suas virtudes e defeitos deixam de ser reveladas e abordadas pelos operadores do Direito.

Além disso, propõe-se um padrão de avaliação (para e) a partir do contexto brasileiro, sem prejuízo de utilização de referências doutrinárias de países em que o debate sobre o tema é mais avançado. Não se corre o risco, entretanto, de incidir em uma americanização ou europeização do modelo proposto, tendo em vista que, apesar do isoformismo organizacional do setor público em vários países do continente americano e europeu com a criação de agências reguladoras voltadas à regulação de diversos setores, as reformas regulatórias vivenciadas nas últimas décadas estão associadas a situações ou cenários bastante heterogêneos, o que levaram também a diversas tipologias de regulação (MELO, 2000, p. 11).

⁹ A esse respeito, Faria (2008, p. 52) diagnostica que “o Estado já não consegue mais regular a sociedade e gerir a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções padronizadoras, concebidas em termos rigidamente dicotômicos ou binários (ex.: ... legal vs. ilegal, lícito vs. ilícito, ... público vs. privado, ... justiça formal vs. justiça material etc.) A uniformidade pretendida por esse modelo se revela inadequada à diversidade de situações, e a estabilidade dos mecanismos jurídicos se torna obsoleta diante do novo.”

I.2. Qualidade Regulatória: o que é e por que falar dela

Antes de falar da qualidade regulatória, é preciso esclarecer a definição de regulação adotada aqui, mais abrangente que aquela utilizada por parte da doutrina nacional (MARQUES NETO, 2006; ARAGÃO, 2009). Por regulação toma-se emprestado o conceito de Black (2002, p. 5) segundo o qual regulação é “uma tentativa contínua e direcionada que procura modificar comportamentos de acordo com padrões ou propósitos preestabelecidos para gerar resultados amplamente identificados, os quais podem envolver mecanismos de estabelecimento de padrões, coleta de informações e mudanças de comportamento”¹⁰ Ou seja, é uma ação ou inação, estatal ou não, que procura modificar comportamentos de acordo com padrões ou propósitos preestabelecidos para gerar os resultados identificados pela ampla gama dos interessados.

Como o objeto do estudo é o exame do desempenho da burocracia estatal, o termo regulação se referirá sempre à regulação proveniente do Estado, em seus diversos níveis e formas. Nesse sentido, Melo (2001, p. 56) destaca quatro tipos de modais de ação regulatória do Estado na economia. São eles: (i) a propriedade pública de empresas ou setores inteiros da economia, como ocorreu no Brasil do pós-guerra até meados da década de 1980; (ii) o exercício de atividades regulatórias diretamente por departamentos ou órgãos da burocracia executiva, em um contexto em que o regime de propriedade é privado – arranjo em que os órgãos reguladores estão sob o comando direto dos governos; (iii) as várias formas de autorregulação através de arranjos corporativistas¹¹; e (iv) a regulação pública sob o regime de propriedade privada baseada em uma forma institucional peculiar: as agências reguladoras.

Dos quatro tipos de modais de ação regulatória do Estado, dois são mais relevantes neste momento, sendo que um (as agências reguladoras) mais preponderantemente e outro (propriedade pública) na medida em que os setores analisados ainda apresentam

¹⁰ Tradução minha de: “the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification”.

¹¹ Os arranjos corporativistas aos quais MELO se refere são mais bem explicados por Pó (2004, p. 24): “[u]ma das características do corporativismo estatal surgido na década de 1930 é a preocupação com a incorporação de grupos sociais ao Estado, como uma forma de controlar e absorver antecipadamente o conflito político que surgia com a crescente urbanização e com o crescimento da classe média, ligados ao processo de industrialização. Assim, em vez de um sistema político pluralista onde os interesses aparecem como pressões dos grupos, foi montado um sistema onde os interesses são concertados. (...) Desse modo a criação de grupos sociais foi, em grande parte, conduzida pela ação estatal, criando padrões de dependência e controle entre a sociedade e o Estado. Dentro desses padrões a burocracia passa a ter um papel de cooptação dos grupos, que buscam e obtêm espaços e acesso a recursos predeterminados, restringindo a accountability.”

manifestações dessa regulação, conforme ficará evidenciado adiante, na seção sobre os setores a serem analisados.

A partir desses referencias é que se deve pensar a *qualidade regulatória*. A literatura ainda não encontrou um consenso sobre *o que é e como* alcançá-la. Conforme lembra Baldwin (2012, p. 260), por muitas décadas depois da segunda Guerra Mundial, os debates em torno de qualidade regulatória foram dominados pela escola *Law & Economics*, e houve uma tendência em associar melhorias regulatórias com medidas que iriam proporcionar o alcance de resultados eficientes, no sentido estritamente econômico. Essa abordagem propôs-se a enfatizar a virtude da redução de custos de transações, o controle pelo direito privado, a competição nos mercados e a regulação desses mercados a fim de obter uma eficiência alocativa medida a partir de parâmetros matemáticos amplamente discutidos na literatura. Por volta dos anos 1970, entretanto, essa postura prescritiva foi deixada de lado para acolher uma visão de que a “boa regulação” teria que ser um *trade-off* entre eficiência e uma série de outros objetivos não-eficientes, ou sociais.¹² A literatura passou a se dividir entre aqueles que buscavam identificar a natureza dos objetivos sociais que uma “boa regulação” deveria adotar – tarefa bastante árdua, pois é difícil assumir que uma visão única de “boa regulação” por meio de uma visão particular de sociedade, justiça ou cidadania subsistiria em uma sociedade pluralística como a atual – e aqueles que propuseram listas de parâmetros para o que poderia ser considerada uma “boa regulação”, sobretudo quanto a procedimentos. Esses parâmetros incluíam: adoção por meio de lei de uma análise de custo-benefício, a experiência que fundamenta o processo de tomada de decisão e a própria decisão, a equidade de uma política ou decisão regulatória, a abertura, transparência, acessibilidade e devido processo evidentes na regulação, e responsabilização pelos atores relevantes do processo regulatório (BALDWIN, 2012, pp. 260-1)¹³.

Assim, filiando-se à segunda corrente doutrinária, países e entidades multilaterais passaram a editar listas de referenciais para a avaliação da regulação (*benchmarks*). Foi o que se verificou no Reino Unido com o *Better Regulation Task Force* (BRTF), órgão criado em 1997, dentro do gabinete do Primeiro Ministro, para determinar os princípios do

¹² Baldwin (2012, p. 260) ainda lembra que Cass Sunstein estabeleceu uma série de objetivos da regulação não econômicos que justificariam a intervenção sob um ponto de vista “cívico republicano”. Esses objetivos incluíam: redistribuição de recursos, promoção da coletividade, fomento à diversidade e redução da subordinação social.

¹³ Para as vantagens e desvantagens de cada uma das abordagens da “boa regulação”, ver Baldwin (2012, p. 273).

que ficou conhecida como *better regulation* na literatura britânica¹⁴; na Austrália, com o estabelecimento dos indicadores de *performance* regulatória (*Regulatory Performance Indicators – RPI*¹⁵) pelo Departamento da Indústria, Turismo e Recursos e; no Canadá, com os Standards do processo regulatório federal (*Federal Regulatory Process Management Standards*¹⁶) instituído pela Secretaria da Diretoria do Tesouro do Canadá (Treasury Board of Canada Secretariat).

Seguindo a linha adotada pelos países citados, as entidades multilaterais compreendem a qualidade regulatória como “uma estrutura regulatória em que as regulações [aqui entendida em sentido bastante amplo, incluindo leis e atos infralegais] são eficientes em termos de custo, eficazes no sentido de ter um propósito regulatório e político claro, transparentes e responsáveis [accountable]” (OCDE, 2004, p. 2) e não deixam de enumerar os princípios para a qualidade regulatória e de *performance* dos agentes reguladores¹⁷.

¹⁴ Os princípios são: proporcionalidade, *accountability*, consistência, transparência e foco. Para mais informações sobre a BRTF, ver Better Regulation Task Force (2003). Para mais informações sobre a experiência britânica com a regulação, ver Baldwin (2004).

¹⁵ O governo australiano (Department of Industry Tourism Resources:1999) publicou manual para o preenchimento dos indicadores pelas agências reguladoras daquele país. Os indicadores (RPI) e objetivos eram: Objetivo 1: assegurar que toda regulação nova ou revisada era benéfica à sociedade (RPI 1: proporção de normas que apresentaram benefícios à sociedade nas avaliações de impacto australiana [*Regulation Impact Statement*]); Objetivo 2: alcançar os objetivos essenciais da regulação sem restringir o setor privado indevidamente (RPI 2: proporção de normas que as *Regulation Impact Statement* apontam restrições justificadas ao setor privado; e RPI 3: proporção de normas que oferecem flexibilidade apropriada ao setor privado para determinar a forma de alcançar os objetivos regulatórios mais custo-eficiência); Objetivo 3: assegurar que o processo de tomada de decisão seja transparente e resulte em resultados justos (RPI 4: proporção de casos em que a revisão por órgão externo chega à decisão revisada ou alterada; RPI 5: proporção de agências cujos mecanismos de revisão interna se adequam aos *standards* previstos em *Principles for Developing a Service Charter*, publicado pelo Departamento de Finanças e Administração); Objetivo 4: assegurar que a informação e os detalhes da regulação e o modo de cumpri-los sejam acessíveis e compreensíveis pelo setor privado (RPI 6: proporção de agências que estão tendo comunicação e estratégias para a regulação ou canais de consulta formal para comunicação sobre regulação); Objetivo 5: criar ambiente previsível para que o setor privado possa tomar decisões com alguma certeza do ambiente futuro (RPI 7: proporção de agências que publicam plano adequado com previsão de normas a serem elaboradas e revisadas); e Objetivo 6: assegurar que os processos de consulta são acessíveis e responsivos para o setor privado e a sociedade (RPI 8: proporção de normas em que a *Regulation Impact Statement* incluiu consulta; RPI 9: proporção de agências cujas diretrizes organizacionais preveem processos de consulta, procedimentos e *standards*).

¹⁶ Os *standards* propostos se assemelham às etapas de uma análise de impacto, conforme seguem: (1) encontrar provas para um problema; (2) identificar e revisar soluções alternativas; (3) analisar custos, benefícios e restrições regulatórias; (4) identificar oportunidades de coordenação intergovernamental; (5) implementar a melhor alternativa; (6) comunicar de maneira efetiva; (7) preparar um relatório de impacto regulatório; (8) consultar *stakeholders*; (9) documentar o processo; e manter o aprimoramento contínuo (Treasury Board of Canada Secretariat, 1995: apêndice B).

¹⁷ Os princípios são: (i) adotar, em nível político, programas de reforma regulatória amplos que estabeleçam objetivos claros e arcabouço jurídico para sua implementação; (ii) avaliar impactos e revisar normas sistematicamente a fim de garantir que eles atendam seus objetivos de forma eficiente e efetiva em um ambiente econômico e social de mudanças contínuas; (iii) assegurar que normas e instituições regulatórias realizem processos de implementação, transparente e não-discriminatório; (iv) revisar e fortalecer, quando necessário, o escopo, a efetividade e o cumprimento de políticas concorrenciais; (v) elaborar normas

O Banco Mundial, por sua vez, não só considera a avaliação dos reguladores fundamental como constituiu o *Independent Evaluation Group*¹⁸ para conduzir avaliações regulares de programas e estratégias do Banco. Isso se justifica pelo fato de que o Banco Mundial, assim como qualquer organismo multilateral de empréstimos, requer um grau elevado de confiança dos países tomadores de recursos (STERN, 2012, p. 228).

Ainda que as definições não sejam exatamente no mesmo sentido, as conclusões que se pode tirar delas são convergentes: (i) os conceitos, princípios e *standards* adotados pela literatura e documentos oficiais oferecem uma perspectiva acerca da qualidade que ultrapassa a simples noção de eficiência econômica; (ii) na análise dos avaliadores da atividade regulatória deve levar em consideração aspectos referentes ao procedimento de elaboração da regulação (transparência, responsabilização, não-discriminatório); (iii) a efetividade da norma, reforçando a ideia de credibilidade da regulação, tomou o lugar a eficiência econômica da norma; e (iv) o debate sobre conteúdo acabou ficando em segundo plano na medida em que a “boa regulação” não precisa estar associada a uma visão específica de Estado, de sociedade ou de justiça, tornando-se, assim, mais neutra.

Vale ponderar, no entanto, que as definições acima colocadas não se identificam em termos absolutos àquela apresentada na seção anterior que será explorada ao longo do presente estudo, tampouco divergem daquela. Prefere-se dar ênfase à estabilidade das regras dos setores regulados e dos contratos firmados pelas agências reguladoras e a iniciativa privada como diretriz para a mensuração da qualidade regulatória a partir das variáveis, essas sim, aproximam-se sobremaneira às conclusões que se identificou das diversas definições de qualidade regulatória reunidas nos parágrafos anteriores.

Se por um lado o debate internacional suscita a reflexão sobre qualidade regulatória em razão dos resultados negativos verificados, no ambiente interno, mais importante é considerar a reflexão sobre qualidade regulatória de uma perspectiva de aumento do controle sobre essas atividades. Controle esse que permitirá não só o aperfeiçoamento das atividades desempenhadas por esses entes, mas, sobretudo, a possibilidade de outros atores

regulatórias em todos os setores que estimulem a competição e a eficiência, e eliminar as normas, exceto quando provas claras demonstrarem que elas são a melhor forma para atingir o interesse público; (vi) eliminar barreiras regulatórias desnecessárias para o comércio e o investimento em contínua liberalização e reconhecer o mercado e sua melhor integração com o processo regulatório, proporcionando assim o fortalecimento da eficiência econômica e da competitividade; (vii) identificar relações importantes com outros objetivos de políticas e desenvolver políticas para alcançar esses objetivos de forma a apoiar a reforma. (OCDE, 2005b)

¹⁸ Para mais informações, acessar <<http://ieg.worldbankgroup.org/about-us>>. Acesso em: fev. 2015.

do jogo regulatório contribuírem para a apuração dessa qualidade na medida em que podem passar a ser também os controladores informais.

Apesar de quando da sua criação ter-se questionada a sua imunidade com relação ao controle externo (argumento que aparecia nas discussões sobre autonomia das agências), as agências reguladoras, assim como qualquer atividade desempenhada pelo Estado, é passível de controle (MARQUES NETO, 2006, p. 50)¹⁹. A necessidade de controle pressupõe, por sua vez, a possibilidade de análise da qualidade a partir de algum parâmetro. Contudo, o que se verifica, por exemplo, na fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU)²⁰ sobre as atividades regulatórias e pelo Poder Judiciário²¹ é a completa ausência de parâmetros.

A preocupação com a mensuração da qualidade da regulação ganha ainda mais relevo quando analisada sob a perspectiva de aumento do que a literatura internacional se refere como sendo *accountability* do agente regulador (STERN, 2012, p. 252). Esse termo é traduzido com a combinação de dois outros substantivos: transparência do processo de tomada de decisão e a consequente possibilidade de responsabilização dos agentes reguladores (PESSÔA VALENTE, 2013, pp. 121-36). De fato, o agente regulador que é avaliado está submetido às críticas da sociedade, do setor regulado e dos poderes institucionais, podendo sofrer retaliações não só institucionais como também políticas desses atores. A avaliação deve ser vista, portanto, como uma demanda generalizada e ampla por maior transparência das atividades das burocracias estatais.

O controle e a *accountability* não são, contudo, o tema central deste trabalho. Sua análise ocorreu em outra oportunidade quando do exame da Análise de Impacto Regulatório (AIR), um instrumento de controle e promoção da *accountability* que vem sendo, ainda que de forma acanhada, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelos

¹⁹ Nesse mesmo sentido Aragão (2009, p. 355): “A independência das agências reguladoras, sendo estas entes materialmente descentralizados, não prescinde de mecanismos de controle que, todavia, não poderão ser hierárquicos, mas apenas de legalidade – serão de mérito apenas excepcionalmente –, gerenciais e finalísticos, implementados, notadamente, através da verificação do atendimento de metas e diretrizes preestabelecidas. Esses controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento”.

²⁰ O TCU realiza diversas auditorias nas agências desde ampla análise da operacionalização das atividades da agência até mesmo auditorias específicas para, por exemplo, aferir a participação dos usuários e consumidores. Não se encontra, no entanto, um padrão para essas auditorias. Aplicam-se questionários sempre diferentes, elaborados casuisticamente, sem a preocupação presente aqui de realização de um banco de dados sobre questões estruturantes das agências.

²¹ Esse argumento será desenvolvido no Capítulo IV.

agentes reguladores²². Por outro lado, a busca por ambos deve ser considerada como justificativa para o estudo do tema proposto, sobretudo sob o enfoque jurídico. Nesse sentido, há quem argumente que ao se avaliar a qualidade da regulação estar-se-ia realizando uma AIR *ex post*, ou seja, análise dos efeitos (positivos e negativos, esperado e não esperados) efetivamente gerados com a criação das agências reguladoras (STERN, 2012, p. 232). Não assiste razão essa opinião, uma vez que não se pretende aqui fazer uma análise tão abrangente que poderia resultar, no extremo, na recomendação da extinção das agências. A proposta desenvolvida nos próximos capítulos tem como escopo propor um parâmetro de avaliação das atividades desenvolvidas pelos agentes reguladores a fim de viabilizar seu monitoramento e aprimoramento, tanto por órgãos de controle como pelos *stakeholders*²³ dos setores regulados.

I.3. A escolha das variáveis da qualidade regulatória e a hipótese de trabalho

Levy e Spiller (1994) em estudo seminal sobre mensuração da qualidade regulatória em telecomunicações trouxeram importantes ensinamentos sobre o sucesso e fracasso da privatização e a consequente implementação de instituições regulatórias (agentes reguladores, processo de tomada de decisão administrativa pelos reguladores etc.) em cinco países (Reino Unido, Jamaica, Argentina, Chile e Filipinas). Após vasta análise empírica da experiência de cada país, os autores concluíram que a melhor forma de compatibilizar as tensões típicas dos processos de privatização e de regulação (*e.g.* metas de investimento impostas em razão de demandas sociais e metas de eficiência da iniciativa privada) varia de país para país e apontam que

[d]e fato, a diferença fundamental entre o sucesso e o fracasso de utilidades públicas nesses países [Reino Unido, Jamaica, Argentina, Chile e Filipinas] reside na qualidade do “encaixe” dessas novas estruturas com as instituições *políticas* e *judiciais* de cada país.²⁴ (p. 216) (grifos meus)

Assim, os autores concluem ainda que as instituições políticas e judiciais do país são decisivas para o sucesso da regulação, o que é reforçado por outras linhas de estudo,

²² Esse tema será objeto de análise no Capítulo III.

²³ *Stakeholder* será considerado como todos aqueles interessados no setor e potencialmente afetados pela atividade do agente regulador, independentemente de ser ou não agente econômico, incluindo mas não se limitando a organizações da sociedade civil representadas por usuários, consumidores, ambientalistas etc.

²⁴ No original: “Indeed, the crucial difference between the success and failure of private utilities in these countries was the goodness of the regulatory ‘fit’ with each country’s political and judicial institutions.” (LEVY e SPILLER, 1994, p. 216).

em especial a literatura voltada para a mensuração do desempenho regulatório de diversos sistemas e independência das agências reguladoras (GILARDI, 2002, 2005; BATISTA 2011). Prefere-se, no entanto, falar em instituições jurídicas no sentido legal, no lugar de jurídicas no sentido de judicial, pois, como será sustentado nos próximos capítulos, o Direito poderá contribuir para o fortalecimento da regulação não só por meio da ação do Poder Judiciário, como também por meio da própria atividade regulatória, isto é, pelo direito administrativo aplicado às agências reguladoras, por exemplo, nas regras de organização dessas entidades ou no seu processo de tomada de decisão.

Daí se propor três variáveis, cada uma voltada para um desses dois aspectos levantados pela literatura. A primeira, apresentada Capítulo II, é a variável relacionada às instituições políticas (Poder Executivo central e o Poder Legislativo, na medida em que são analisadas suas interações e implicações com as agências na manutenção das regras do jogo), aqui denominada variável *institucionalização* do setor. A segunda, cuja apresentação e problematização será realizada no Capítulo III, é própria das instituições jurídicas, pois aborda a *procedimentalização* do agente regulador setorial. Por fim, a terceira variável será apresentada no Capítulo IV e explora o Poder Judiciário ao tratar da *judicialização* das decisões do agente regulador setorial pela iniciativa privada.

A partir das três variáveis tem-se como hipótese de trabalho a estrutura e a dinâmica teóricas ideais dessas estruturas burocráticas estatais. Note-se, todavia, que o objetivo não é buscar tipos-ideais de agências, mas sim realizar uma análise das agências no atual contexto do Estado brasileiro²⁵ a partir das lentes desse referencial teórico, matizado em diversas subvariáveis a serem apresentadas nos capítulos seguintes.

A partir desse percurso será possível alcançar conclusões sobre o próprio método e ainda sobre os desenhos institucionais das agências (de fato as agências são autônomas no seu modo de criar e aplicar as próprias regras? E para tomar decisões? São uniformes entre si?) e no relacionamento com os outros atores do jogo regulatório (há relação entre alinhamento político dos dirigentes das agências reguladoras com o Poder Executivo e uma menor interferência política na atividade das agências?).

²⁵ A análise considerou o levantamento de dados feito desde o ano de criação das agências (1996) até dezembro de 2014.

I.4. Os setores analisados

Para a escolha dos setores regulados analisados foram consideradas as dez agências reguladoras existentes, das quais a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi a primeira a ser criada, em dezembro de 1996, e a mais recente a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em setembro de 2005, conforme sistematizado na Tabela 1 adiante.

O primeiro recorte feito foi para estudar agências que atuam em setores econômicos e, portanto, praticam a chamada regulação econômica²⁶ em oposição a agências que lidam com questões sociais, próprias da regulação social²⁷. Essa escolha metodológica se justifica em razão das diferenças entre essas duas formas de intervenção estatal. Enquanto a regulação econômica se ocupa da regulação pró-competição e de mercados em virtude de privatizações ou de abertura de mercado para empresas privadas prestarem serviços, dependentes ou não de infraestrutura já instalada, a regulação social tem como objetivo regular qualidade de serviços e produtos oferecidos e direito dos usuários, compreendendo setores de saúde, meio ambiente, proteção do consumidor entre outros. Essa distinção de objetos leva a outras distinções que impactam não só o desenho das agências e a política regulatória implementada, mas, sobretudo, os problemas vivenciados nos setores pelos seus atores. Por exemplo, a questão da credibilidade que se constitui ponto central de discussão para a regulação econômica, conforme se verá no Capítulo II, não é tão relevante no caso da regulação social (MELO; 2000, p. 27), apesar de os custos econômicos gerados a partir da perda de credibilidade poderem ser significantes (*e.g.* alteração na legislação ambiental por mudanças no Poder Executivo)²⁸.

Podem ser inseridas na regulação social a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Águas (ANA) e Agência Nacional de Cinema (ANCINE). Ademais, ainda que suas atuações sejam de fundamental importância para o atual Estado regulador brasileiro, sua análise fugiria dos setores de infraestrutura²⁹.

²⁶ Sobre regulação econômica, ver Ogus (2004, pp. 265-334) e Black (2012, p. 11).

²⁷ Sobre regulação social, ver Morgan, Yeung (2007, p. 140) e Ogus (2004, pp. 121-261/338-40).

²⁸ A respeito dessa distinção entre regulação econômica e social, ver Ogus (2004, pp. 4-5) e Ayres, Braithwaite (1995, p. 9).

²⁹ Todavia, a análise realizada por reguladores de infraestrutura pode ser utilizada para outros reguladores com adaptações que se fizerem necessárias, sobretudo no que se refere ao estabelecimento de critérios e variáveis relacionadas às divisões de funções como o estabelecimento de critérios e *standards* de governança, *accountability*, transparência, monitoramento da atividade regulada e procedimentos administrativos (STERN, 2012, p. 224).

O segundo recorte no universo total de setores regulados foi para escolher setores que tivessem suscetíveis a interesse de grupos sociais, pois, dessa forma, estariam mais propensos à interferência política por parte do poder central e a judicialização das decisões das respectivas agências. Sendo assim, foram excluídas da análise a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP³⁰), a ANA (já excluída pelo critério anterior), a Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Outro corte de seleção dos setores analisados diz respeito à presença de empresa estatal federal, o que também aumenta os incentivos para o Poder Executivo interferir no setor, ou por meio da própria empresa ou para que esta se beneficie da intervenção. Cumpre ponderar, entretanto, que não se pretende aqui rediscutir o conteúdo do conceito de regulação econômica aqui adotado, mas apenas estabelecer um corte metodológico para definição do universo dos setores analisados e comparados para fins de verificação da qualidade regulatória nos últimos anos³¹. A partir desse critério, foram excluídas as seguintes agências, que já haviam sido excluídas pelos critérios anteriores: ANVISA, ANS, ANA, ANCINE e ANTT³².

Dessa forma, do total de dez agências sobraram apenas a ANEEL, ANATEL e a ANAC, uma vez que foram excluídas aquelas cujas atividades não são de regulação econômica, que não alcançam diretamente o interesse de grupos sociais e/ou que não apresentam empresa estatal federal.

³⁰ Ainda que a ANP regule o setor de combustíveis que, por sua vez, impacta o consumidor final, acredita-se que esse impacto só se dá de maneira indireta, assim como ocorre com os serviços sob regulação da ANA, ANTAQ e ANTT.

³¹ A ressalva se justifica pois parcela da doutrina considera regulação econômica aquela regulação estatal excluída a exploração direta pelo Estado de uma atividade econômica, como ocorre com as empresas estatais federais apontadas no Quadro 1. Nesse sentido, Marques Neto (2006, p. 3), Aragão (2009, p. 23), Moreira (1997, pp 35-7).

³² A ANTAQ não foi excluída por esse critério em razão das Companhias Docas, contudo, em razão do corte anterior – por ser setor não suscetível a demandas de consumidores finais individualizados (agentes sociais) –, não foi abarcado por este estudo.

Tabela 1 - Setores Regulados Existentes

Agência	Ato de criação	Regulação Econômica	Presença de atores sociais	Presença de Empresa Estatal Federal	Mandatos
ANEEL	Lei nº 9.427, de 26.12.1996	Sim	Sim	Eletrobras	FHC
ANATEL	Lei nº 9.472, de 16.07.1997	Sim	Sim	Telebras	FHC
ANP	Lei nº 9.478, de 06.08.1997	Sim	Não	Petrobras e PPSA	FHC
ANVISA	Lei nº 9.782, de 26.01.1999	Não	Sim	não	FHC
ANS	Lei nº 9.961, de 28.01.2000	Sim	Sim	não	FHC
ANA	Lei nº 9.984, de 17.07.2000	Não	Não	não	FHC
ANCINE	MP nº 2.228-1, de 01.06.2001	Não	Sim	Não	FHC
ANTAQ	Lei nº 10.233, de 05.06.2001	Sim	Não	Não	FHC
ANTT	Lei nº 10.233, de 05.06.2001	Sim	Não	Não	FHC
ANAC	Lei nº 11.182, de 27.09.2005	Sim	Sim	Infraero	Lula
Fonte: elaboração própria					

Mandatos Presidenciais:	
FHC	(1995-2002)
Lula	(2003-2010)
Dilma	(2011-2014)

Vale destacar que, desse universo de três agências, duas foram criadas durante a gestão Fernando Henrique Cardoso (FHC) e uma na gestão de Luís Inácio Lula da Silva (Lula). A análise dos dois conjuntos de agentes reguladores e setores deve ser incentivada para a verificação da qualidade regulatória tendo em vista as diferenças dos contextos de criação das duas primeiras, ANEEL e ANATEL, com relação à ANAC.

Não é demais lembrar que as agências criadas à época das privatizações e da Reforma do Estado sintetizam projeto de dupla transformação. Por um lado, “esteve ancorado em uma reforma patrimonial de largas proporções, representada pela transferência de ativos públicos para agentes privados, as chamadas privatizações” (MELO, 2002, p. 247). Por outro, esteve associado a uma reforma administrativa que definia um núcleo de atividades exclusivas de Estado, excluindo da esfera de atuação estatal aquelas de produção de bens e serviços para o mercado e aquelas relativas a serviços sociais e científicos, que apesar de públicas poderiam ser prestadas pela iniciativa privada (BRESEIRA PEREIRA, 1997, p. 22).

Essa variação de gestão, sobretudo de ideologia e preferências sobre o modelo de organização da burocracia estatal, permitirá que seja avaliada a relação entre as preferências dos governos pelo modelo e a sua maior ou menor suscetibilidade à

intervenção do Poder Executivo. Ademais, o fato de as agências terem passado pela terceira gestão presidencial também é bastante representativo no sentido de permitir a realização da avaliação de sua qualidade no momento em que o Estado regulador brasileiro já está consolidado.

I.5. Localização do tema

Em continuidade à linha de pesquisa sobre a atividade regulatória desenvolvida em trabalho anterior (ver PESSÔA VALENTE, 2013) a proposta de um método de mensuração da qualidade regulatória se insere dentro do estudo do direito administrativo voltado para a empreitada de preencher o princípio da eficiência de conteúdo³³ (*caput* do art. 37 da Constituição Federal) na tentativa de se provar equivocada a afirmação de que esse princípio seria um simples adorno ao texto constitucional ou “extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, pp. 111-2)³⁴⁻³⁵.

A definição do princípio da eficiência consolidada na doutrina nacional, aqui ecoada por Modesto (2000, p. 54), aponta duas dimensões do agir estatal qualificado como eficiente: a eficiência como meio (com utilização da racionalidade e otimização do uso dos meios) e a eficiência como resultado (a satisfatoriedade dos resultados da atividade pública). A primeira dimensão trata do “dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal e, em última análise, do interesse público” (CEREIJIDO, 2001, pp. 231-2). Assim, a eficiência como um controle de meios está relacionada à legalidade, à moralidade e, sobretudo, à legitimidade. A segunda dimensão, por sua vez, cuida da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes, em uma visão mais finalística do

³³ “Vive-se hoje um ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. (...) É que, com o passar do tempo, um texto muito aberto vai se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesse. (...) Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos, é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes.” (SUNDFELD, 2011, pp. 287-93)

³⁴ Referência feita ao posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, pp. 111-2) que consignou em edição de 2004 do manual *Curso de Direito Administrativo* que “[q]uanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se evidentemente de algo muito mais que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.”

³⁵ Com isso, exclui-se das pretensões desta tese contrapor o devido processo legal formal (a criação de rotinas por meio das quais as decisões e normas se fazem legítimas e jurídicas) ao devido processo legal material (enquanto aplicação do princípio da razoabilidade).

princípio. Os resultados são medidos com relação aos objetivos pré-determinados pelos poderes institucionais competentes nas políticas públicas setoriais.

A polarização, de um lado o procedimento e, de outro, o conteúdo/resultado, remete-nos à observação de Baldwin para quem a literatura econômico-jurídica sobre regulação (e não somente sobre o direito regulatório) passou a se dividir entre aqueles que apresentaram procedimentos que caracterizariam a tal “boa regulação”, e aqueles que buscavam preencher o que seria essa “boa regulação” identificando os valores por trás da atividade estatal, fazendo alusão a questões filosóficas sobre legitimidade e procedimentalização (2012, pp. 260-3). Sem dúvida, tema caro para a filosofia política e a sociologia com investigações complexas colocadas por seus intelectuais (*por que obedecer a uma norma? De que modo é possível selecionar os valores prioritários e fazer com que essa escolha seja legítima?*), cujas respostas não são arriscadas aqui³⁶. Tampouco, de uma perspectiva ainda filosófica, pretende-se dialogar com a teoria dos sistemas de LUHMANN, a qual pode oferecer também plexo de reflexões valiosas sobre a legitimação pelo procedimento³⁷.

Em uma leitura mais dogmática, no sentido de ter como objeto de estudo o direito positivo, pretende-se estudar a efetividade das normas que versam sobre a atividade regulatória, desde as regras sobre a organização das agências até as regras procedimentais sobre como fazer a regulação, passando pelo seu controle, no caso, realizado pelo Poder Judiciário. Daí se justificam as variáveis para a mensuração da qualidade regulatória escolhidas e abordadas nos capítulos seguintes. Dessa forma, o intuito não é questionar a validade das normas, mas sua efetividade.

O presente estudo está, dessa forma, inserido no contexto maior de mudanças e evolução do direito administrativo em que a noção de previsibilidade e de segurança

³⁶ Apesar de não ter a pretensão de qualquer aprofundamento em questões filosóficas, Faria (1978, p. 114) oferece reflexões valiosas a respeito do tema, como na seguinte passagem: “[c]omo a legitimidade não encontra uma resposta única, mas pressupõe o concurso da opinião pública e implica a capacidade do sistema de manter a crença de que as instituições são as mais apropriadas à sociedade, o processo de Legitimação não termina aqui: representa apenas o fim do círculo descendente dos valores aos fatos. Assim, tanto os sistemas políticos como as constituições que se enrijecem, como vimos, não mais conseguem captar problemas nem fornecer as respostas adequadas, dando início a um novo processo revolucionário.”

³⁷ Ferraz Junior (1980, pp. 2-5), ao apresentar a obra *Legitimação pelo Procedimento* de Niklas Luhmann, sintetiza que para o autor alemão “[o] direito é visto (...) como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade. Como estrutura, ele é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações. Ele funciona como um mecanismo que neutraliza a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa.” E, ainda conclui que: “para Luhmann, sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de *qual* decisão ocorrerá pela certeza de que *uma* decisão ocorrerá, para legitimá-la.”

jurídica³⁸ que emerge das variáveis propostas procuram aproximar o administrado da Administração Pública, aqui personificada no agente regulador. A noção de que Administrador e administrados estariam em lados opostos de uma relação sempre litigiosa em que um pretende se beneficiar em detrimento do outro, cede lugar a situação tratada sob uma perspectiva mais contemporânea do direito administrativo³⁹.

Por isso, o tema central desta tese é o processo de aprendizado institucional compreendido como o *desenvolvimento* da interação dos atores do jogo regulatório e do estabelecimento da regulação, e a *maneira* como essas intrincadas relações impactam a atividade regulatória. E desse modo, ter um distanciamento da cobrança por respostas ao aumento da racionalização e com o consequente “desencantamento” que isso pode acarretar. O fato de se defender a racionalização do processo de tomada de decisão ao apresentar a variável da procedimentalização (Capítulo III), não quer dizer que se defenda também o esvaziamento do conteúdo das decisões tomadas⁴⁰. Apesar de não ter como objeto de estudo o conteúdo da atividade regulatória, mas apenas o ambiente (*onde*) e a forma como essa regulação foi produzida (*como*), entende-se que essa preocupação com o excesso de formalismo não se coloca, uma vez que o modelo de apuração da qualidade é um instrumento primordialmente pedagógico e como tal essencialmente positivo e inesgotável.

³⁸ Sobre o princípio da segurança jurídica, Silva (2004, p. 276) pondera: “[é] certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditam nos atos do Poder Público.”

³⁹ A esse respeito vale citar Medauar (2003, p. 209): “Já se mencionou, como um dos fatores da atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa, o aumento do uso de módulos convencionais, contratuais ou consensuais, a chamada Administração concertada. (...) Subjacente desse modo de atuar encontra-se a ideia de troca de pontos de vista, a ideia de elaboração comum de soluções, o que ‘exige acordo entre vários sujeitos, (todos públicos ou em parte públicos e em parte privados)’; ‘é a substituição da decisão pela discussão, do comando pela negociação’; é a Administração por consenso, contraposta à Administração por autoridade.” No mesmo sentido, ver Almeida (2012, p. 335).

⁴⁰ Ao prefaciar obra sobre Max Weber, Faria afirma: “[n]o limite, quanto mais a racionalização se aprofunda e o mundo se ‘desencanta’, mais o homem corre o risco de acabar numa ‘jaula de ferro da servidão burocrática’, que esvazia ou expropria sua autonomia, seu livre arbítrio e sua vontade, deixando-o ao arbítrio de ‘especialistas sem espírito’.” (2009, p. XXII)

PARTE II: PROPOSTA TEÓRICA: VARIÁVEIS DETERMINANTES DA QUALIDADE REGULATÓRIA

Capítulo II. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM SETOR REGULADO

A primeira das três variáveis propostas para a mensuração da qualidade regulatória é a relativa à *institucionalização* do setor regulado, isto é, propõe-se, neste capítulo, um critério por meio do qual seja possível analisar se as regras de organização de um setor, incluindo a atuação do próprio agente regulador, contribuem para a qualidade regulatória. Parte-se de um conjunto de subvariáveis que refletem essa preocupação, subvariáveis estas a serem respondidas a partir da análise documental, sobretudo de leis e documentos oficiais e/ou públicos. Optou-se por essa fonte de informações com o propósito de obter critérios objetivos para análise, de maneira a diminuir a subjetividade e os vieses que podem surgir em função da questão de pesquisa.

O termo *institucionalização* é emprestado da economia institucional (ou nova economia institucional⁴¹) que considera *instituições* como normas (jurídicas, sociais, religiosas, etc.) que moldam as ações humanas. Se por um lado elas reduzem as incertezas, fornecendo uma estrutura para a convivência cotidiana, por outro expressam qualquer forma de restrição imaginada pelos homens para permitir suas interações. Aqui as instituições são as regras de organização dos agentes reguladores e dos próprios setores.

⁴¹ A economia institucional enfatiza um estudo abrangente das instituições a fim de defender o papel que as instituições exercem no processo de desenvolvimento econômico. Esta teoria tem nos trabalhos de North o seu principal representante. Para North (1994), a teoria neoclássica deveria incorporar as instituições em seu arcabouço para se tornar mais realista. North leciona que, se o mundo fosse acobertado por uma racionalidade instrumental, com mercados eficientes no nível econômico e político, em que ideias e ideologias não importassem, as instituições seriam desnecessárias. Contudo, o que se observa no mundo real é que os indivíduos possuem racionalidade, porém, de maneira limitada para processar as informações, determinando, pois, os custos de transação e, por conseguinte, a necessidade de formar instituições. Diz o autor: “instituições são as regras do jogo de uma sociedade ou, mais formalmente, são os constrangimentos humanamente concebidos que estruturam a interação política, econômica e social. Eles são tanto os constrangimentos informais (sanções sociais, tabus, costumes, tradições, e códigos de conduta) como os formais (constituições, leis, direito de propriedade)” (Tradução minha). Neste sentido, a economia institucional parte da percepção de que a teoria neoclássica é pouco útil para estudar aspectos da atividade econômica, em especial aqueles relacionados às regras (jurídicas ou sociais), aos contratos, às organizações e às formas como elas se relacionam. O motivo, argumentam os seus críticos, é que, ao assumir premissas simplificadoras que neguem a relevância *prática* desses aspectos e de instituições (regras) da economia, a teoria neoclássica não responde determinadas questões importantes para a teoria econômica (e.g. por que existem economias mais desenvolvidas e outras menos?).

Ao lado do conceito de instituição há o das *organizações*. Estas, por seu turno, são o conjunto de pessoas trabalhando coordenadamente em prol de um objetivo comum. Para este trabalho, seriam as próprias agências reguladoras⁴².

Tanto uma (instituição) quanto a outra (organização) são criações humanas, acordo de vontade entre dois ou mais indivíduos, que como tais são passíveis de mudança conforme o livre arbítrio de seus agentes. Vale ponderar, contudo, que esses acordos, no caso deste estudo, são fruto de imposição de grupos de interesse de maior poder (por se tratar de organizações políticas), sucumbindo à vontade dos indivíduos em detrimento de um grupo. O mais importante é notar que as instituições e organizações são resultado de processos endógenos, na medida em que as restrições impostas pelas instituições são responsáveis por mudanças nas organizações e vice-versa⁴³.

Diz-se que quanto mais fortes e conhecidas as instituições, maiores as chances de se reduzir os custos de transação (WILLIAMSON, 1993, p. 463). Isto porque conhecendo como as instituições funcionam e atuam (*i.e.* sendo claras as regras do jogo) as incertezas podem ser afastadas. Trazendo esse ensinamento para o contexto do presente estudo, a atividade regulatória apresentará qualidade superior em setores desprovidos dessa clareza de regras (de institucionalização) segundo as quais as organizações (os próprios agentes reguladores, regulados, e outros *stakeholders*) atuarão. É o que se pretende analisar com a

⁴² Na metáfora apresentada por North (1990, pp. 1-6), instituições são as “regras do jogo”, compreendidas nesse conceito tanto as regras formais quanto as informais, além das suas características de eficácia. Já as organizações são os “jogadores”, cada qual formada por indivíduos reunidos em torno de um objetivo comum, que pode ser econômico (empresas, sindicatos, cooperativas etc.), político (o próprio Estado, seus poderes legislativo, executivo, judiciário, agências reguladoras, partidos políticos etc.), e educacional (universidades, escolas, centro de treinamento etc.), para ficar com os exemplos desse autor.

⁴³ A economia institucional ao tratar de um direito – por exemplo, o direito de propriedade, porém extensível a qualquer direito – ressalta a necessidade deste ter eficácia. Para tanto, um direito deve ser acompanhado de garantias, isto é, de mecanismos que permitam reconhecimento e o respeito pelos demais indivíduos (*enforcement*); àqueles que o desrespeitarem, será imputada sanção. A criação de um sistema de aplicação da sanção ao indivíduo que ignorar um direito conferido pelo ordenamento (neste caso, jurídico) enseja custos. Coleman (1990, p. 54) ressalta que, dentre outros fatores, a definição de direitos reduz o problema do carona – *free riding*, em inglês, decorre do comportamento oportunista orientado para a busca do interesse próprio mesmo que em desrespeito às regras, ou seja, quando o indivíduo oportunista aproveita-se, às custas de terceiros, de recursos escassos –, pois sustenta que um agente, ao renunciar a um direito, levará os demais a fazer o mesmo. Por isso o direito é aqui considerado como um custo de transação. Este, por sua vez, é decorrente do próprio funcionamento do sistema econômico e da proteção dos direitos (COASE, 1937). A partir desses conceitos fundamentais da economia institucional é possível perceber a importância do papel das instituições em uma visão estritamente econômica: reduzir o valor dos custos de transação. Mais adiante (seção 2.1), será explorado o papel das instituições do ponto de vista político-jurídico, voltado à garantia da credibilidade do arranjo regulatório e da manutenção das regras postas. No entanto, para permitir que os agentes econômicos transacionem a um custo mais baixo, é preciso entender a razão de ser e a maneira como se moldam as instituições (as regras).

A economia neoinstitucional reconhece que há incertezas que não são afastáveis e por isso uma dada transação pode, apesar de conhecidas as instituições, apresentar preço ainda superior por não poder contingenciar essa incerteza (incontingenciável). O comportamento oportunista pode reconhecer que essa incerteza coloca-o em situação desfavorável e, com isso, decidir não realizar a transação.

variável institucionalização do setor regulado, com destaque para o caráter mais político-jurídico que econômico, como pretende enfatizar a economia institucional.

Assim, fundamental para o exame dessas regras é o tema da autonomia das agências reguladoras setoriais, sempre presente no debate sobre o desenho das burocracias estatais de um setor. O discurso jurídico é marcado pela necessidade de preservação da não intervenção do Poder Executivo central nas atividades das agências com forte dose de ingenuidade (SUNDFELD, 2000, p. 25⁴⁴). Na prática, contudo, as relações entre os atores é caracterizada pela (des)confiança de que os reguladores não irão honrar os contratos e regras estabelecidas a cada potencial mudança no cenário político. Afinal, o tema seria relativamente simples caso os reguladores fossem oniscientes, benevolentes e seus compromissos tivessem forte credibilidade, mas, na prática, existem problemas de assimetria de informação, questões de credibilidade e o perigo da “captura” regulatória pelos diversos atores envolvidos (ARMSTRONG, COWAN e VICKERS, 1999, p. 7).

A autonomia das agências reguladoras é analisada como um preâmbulo à apresentação da variável sobre institucionalização das regras de organização setorial. A proposta aqui é, a partir de uma *nova* abordagem que será apresentada na próxima seção, repensar a figura mítica da autonomia dos reguladores com relação ao Presidente, aquele que no sistema jurídico-político brasileiro delegou o poder que as agências atualmente detêm⁴⁵. Afinal, a discussão em torno do insulamento artificial dessas burocracias estatais não reflete a realidade do nosso sistema político, conforme será abordado adiante.

Com base nesse referencial teórico, na subseção seguinte, passa-se à revisão da doutrina especializada (das ciências econômicas e de gestão pública) sobre a mensuração da institucionalização de um setor, com ênfase nos indicadores apontados para análise sobre o nível de independência ou qualidade da governança regulatória de um setor. Em seguida, será apresentada a proposta de mensuração da institucionalização de um setor regulado, ou melhor, proposta de um parâmetro para responder se o nível de institucionalização de um setor é alto ou baixo quando comparado a outros setores.

⁴⁴ “É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte dose de ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar mostrengos no mundo real, cujas complexidades se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração.” (SUNDFELD, 2000, p. 25)

⁴⁵ Nos Estados Unidos, por exemplo, a delegação dos poderes das agências reguladoras ocorreu do Poder Legislativo. Em razão disso, é necessário ter bastante cautela ao incorporar discussões doutrinárias estadunidenses ao contexto brasileiro (MELO, 2001, p. 57)

Seguindo a doutrina sobre o tema, esse parâmetro foi pensado em duas dimensões: formal e substantiva, de forma que serão apresentados os elementos definidores e mensuradores do nível de institucionalização de um setor regulado nacional, que serão aplicados na Parte III.

II.1. O papel da credibilidade na variável relativa à institucionalização

Não raro, manuais e monografias jurídicas sobre agências reguladoras defendem com exacerbado entusiasmo a independência das agências do Poder Executivo central, como se ela fosse o alicerce para a funcionalidade (ver SUNDFELD, 2000, p. 25) e, o que mais interessa para esta tese, a qualidade das atividades desempenhadas por essas estruturas da burocracia estatal. É corrente concluir, assim, a existência de relação direta entre o grau de autonomia de um agente regulador e a qualidade de seu desempenho, pois quanto mais independente a burocracia estatal de eventuais interferências de oportunismos político-partidário, melhores condições ela terá para exercer suas funções a partir de referenciais puramente técnicos.

Passagem emblemática é a de Justen Filho (2003, p. 85)⁴⁶ que reflete sobre como a comunidade jurídica tem se posicionado sobre o tema:

[n]unca se poderia transferir competência decisória parlamentar ou governativa para uma agência reguladora quando não houvesse risco de que a vontade da maioria propiciasse elevado risco de comprometimento dos valores fundamentais.

Nesse cenário, cabe ressalva a propósito da argumentação sobre a natureza das decisões das agências, que busca justificar a ausência de instrumentos democráticos internos por meio da invocação a critérios decisórios destituídos de cunho político. Esse enfoque se fundamenta no raciocínio de que o exercício de competências regulatórias envolve decisões de natureza técnico-científica, as quais devem ser exercitadas segundo parâmetros fornecidos pela Ciência. Como decorrência, é indispensável preservar a autonomia das agências, impedindo as influências “políticas”.

⁴⁶ Grande parte da doutrina brasileira não só aceita como defende a existência das agências e de sua autonomia com relação ao Poder Executivo central (BARROSO, 1999, pp. 76-7; TÁCITO, 2001, p. 3; MOREIRA NETO, 1999, p. 74). No entanto, parcela mais tradicional da doutrina brasileira, ainda apresenta resistência em aceitar o modelo de Estado regulador, e suas características como a autonomia e o poder normativo das agências reguladoras (BANDEIRA DE MELLO, 2014, pp. 173-4; DI PIETRO, 2010, p. 470; FIGUEIREDO, 2005, pp. 174-7; FIGUEIREDO, 2003, p. 141).

Para essa parcela da doutrina, a independência confere à agência um *status* de órgão de Estado e como tal estariam blindadas de interferências próprias das alternâncias de governo. Dessa conclusão decorrem alguns aspectos importantes para o presente debate.

O primeiro deles a destacar é a diferenciação das agências reguladoras, objeto de estudo, das agências executivas. Quando da Reforma do Estado, imaginava-se criar agências reguladoras e também agências executivas, cientes de que se tratavam de entidades cujos graus de autonomia são sensivelmente distintos. Enquanto as primeiras têm o dever de regular mercados (por vezes definir preços que seriam de mercado em situações de monopólio natural ou quase natural), executando políticas regulatórias a partir das políticas públicas⁴⁷, as segundas se prestam a executar políticas de governo (BREISSER PEREIRA, 1997, p. 43).

Como o Estado brasileiro optou pela criação de agências reguladoras com conjunto de atribuições que exigem certa autonomia, essa deve ser garantida de alguma maneira, dever que não se faz presente no caso das agências executivas, entidade que apesar de integrar a Administração Pública indireta, detém, desde sua origem, maior interferência do Poder Executivo central. A garantia da autonomia dos agentes reguladores deve ser, entretanto, lida levando em conta que a regulação não pode ser afastada da seara política que a envolve cotidianamente, o que Sundfeld (2000, p. 25) chama de “luta pelo poder” na passagem que segue:

Como sempre acontece, as lutas pelo poder também vão alcançar a regulação, registrando-se pelos diferentes países, constantes flutuações quanto ao nível de influência dos atores estatais, sejam membros do Executivo, das múltiplas agências e entes da Federação, do Legislativo, do Judiciário... Em uma época certa agência age com toda autonomia, dali a pouco o Executivo recobra seu poder de influir, e assim segue a luta. Nada disso importa negativa do valor e necessidade de regulação – que, de resto, pode ser feita pelo próprio Executivo, se assim entender a lei –, tampouco fracasso ou sucesso dos entes independentes; trata-se, apenas, de nossa já conhecida luta pelo poder.

Afinal,

[o] tipo ideal de um burocrata estatal puramente técnico não faz sentido, da mesma forma que não faz sentido atribuir a ele o papel de garantir a

⁴⁷ A autonomia das agências reguladoras advém diretamente da lei, ao passo que a autonomia das agências executivas decorre da qualificação concretamente feita pelo chefe do Poder Executivo central, da União dentro dos quadros estabelecidos pela lei regulamentadora do §8º do art. 37 da CF, e a subsequente celebração de contrato de gestão.

racionalidade da administração pública e mais amplamente do governo, continuamente ameaçada pelos políticos. Esta é visão autoritária, que ainda acredita no monarca esclarecido ou no “bom” ditador – é uma visão que o avanço da democracia neste século vai tornando definitivamente superada” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 43).

Essa autonomia, portanto, não pode ser considerada um dogma, sem a qual o bom funcionamento do setor estaria em risco, e desconsiderando outros fatores importantes nessa equação acerca da qualidade regulatória.

Nas recomendações do Comitê de Política Regulatória da OCDE sobre política regulatória e governança⁴⁸, não se pode negar a mudança de visão da entidade que antes apenas recomendava uma série de práticas no âmbito das reformas regulatórias realizadas pelos países membros (OCDE, 1995; 1997; 2005a; 2005b) para, a partir da Conferência Internacional da OCDE sobre política regulatória, em outubro de 2012, ampliar a temática da entidade de forma a incorporar nas suas recomendações a

política regulatória e a governança como uma atividade de governo como um todo, integrada dentro do ciclo de política de desenho regulatório, da execução, da análise e da avaliação apoiada em instituições adequadas. (...) Ela [recomendação] concentra-se em maior medida na necessidade de avaliação de risco e na coordenação da regulação entre níveis de governo e na organização das agências regulatórias do que fizeram instrumentos anteriores da OCDE (OCDE, 2012, p. 21).

Dessa forma, não há negação da necessidade de apoio e, principalmente, de reconhecimento de que a política faz parte do debate regulatório. A política não só faz parte da regulação, mas a caracteriza.

Não se trata de afirmar, entretanto, que a autonomia das agências reguladoras não deve ser desejada no desenho setorial. Ao contrário, sustenta-se que ela é necessária para que do ponto de vista formal e substantivo seja possível alcançar as finalidades das agências. O componente político que caracteriza a regulação não pode ter a força de alterar

⁴⁸ Para a OCDE regulação é definida de forma ampla: “conjunto diversificado de instrumentos pelos quais os governos estabelecem requisitos para empresas e cidadãos. Regulações incluem leis, normas formais e informais, regras subordinadas emitidas em todos os níveis de governo, além de normas expedidas por órgãos não-governamentais ou autorregulados aos quais os governos tenham delegado poderes regulatórios” (OCDE, 2012, p. 21). Política regulatória pode ser definida em termos amplos pela OCDE como “uma política explícita, dinâmica, contínua e consistente para “todo o governo” cuja meta é a qualidade regulatória. A experiência confirma que uma política regulatória eficaz precisa ser feita de três componentes, que se reforçam mutuamente: políticas, instrumentos e instituições.” OCDE (2004, p. 4), (tradução minha). Por último, governança “está fundamentada nos princípios da governança democrática e envolve um amplo domínio de atores, incluindo o Legislativo, o Judiciário, os níveis subnacionais e supranacionais de governo e atividades de normatização internacional, além do setor privado.” (OCDE, 2012, pp. 22-3)

o que lhe é essencial, a capacidade de idealizar e implementar políticas regulatórias que atendam às diretrizes mestras do setor definidas pelas políticas públicas setoriais e Constituição Federal. E, para atingir esses objetivos, os agentes reguladores assumem empreitadas e compromissos mais duradouros que os mandatos dos chefes dos executivos. No entanto, a defesa da autonomia ou seu desenho afastado da realidade política na qual se pretende inserir pode comprometer outros fatores mais caros para a qualidade regulatória. Esse é o caso da *credibilidade* do setor.

Do ponto de vista histórico, a principal explicação⁴⁹ para a criação das agências reguladoras – momento em que o governo abriu mão de pelo menos parte de seu poder de intervenção setorial em favor desses entes – residiu no fator *credibilidade*⁵⁰ (MUELLER e PEREIRA, 2002). Diante da necessidade de aumento do fluxo de investimentos em infraestrutura, era fundamental o governo oferecer um *compromisso crível* à iniciativa privada, assegurando-lhes que não iria agir no afã da oportunidade para ganhar votos valendo-se de uma “expropriação regulatória”⁵¹. Nessa linha de raciocínio, Mueller e Pereira (2002, p. 84) remetem o Estado regulador à ideia de estágio da organização sociopolítica regido por um “contrato regulatório”. O problema da delegação das tarefas regulatórias para as agências, mesmo não eliminado, reduz oportunismos pela teoria de

⁴⁹ Mueller e Pereira (2002, p. 66) apontam outros motivos que levaram à criação das agências reguladoras autônomas com relação ao poder central. Além da credibilidade – o mais importante para eles dado o histórico de oportunismos governamentais, moratórias, confisco de poupanças, uso de tarifas para controle da inflação – citam ainda (i) a maior chance de atração, remuneração e motivação de funcionários em estruturas novas e flexíveis; (ii) a especialização e redução de incertezas; (iii) a possibilidade de dividir a culpa por eventuais decisões ou fracassos com a agência (o efeito *blame shifting*).

⁵⁰ O outro lado da moeda para a credibilidade é o déficit democrático, a crítica fundamental ao modelo das agências independentes, enquanto extremo do processo de racionalização em uma visão weberiana. Faria (2009, p. XXII) ao prefaciá-lo sobre Max Weber trata do paradoxo do processo de racionalização: “quanto mais ele [processo de racionalização] avança, mais burocratiza e mais juridifica a vida social, erodindo a liberdade de escolha dos sujeitos e comprometendo a autonomia individual. A mesma razão que permitiu ao homem tomar consciência dos valores que o motivam e dão sentido à sua vida, pode levá-lo à alienação, à indiferença e ao inconformismo, bem como submetê-lo a forças explícitas ou difusas de controle, submissão e obediência servil.” Nesse sentido, a autonomia das agências representa uma ameaça ao interesse público na medida em que agentes não-eleitos tomam decisões relevantes para a sociedade. Daí surgem outros temas como o paradigma agente-principal, o controle por meio de monitoramento e de processo administrativo (controle indireto) e o debate acerca da *accountability*. Alguns deles serão tratados no Capítulo III.

⁵¹ No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm (2005, p. 6) defende que, “mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (*regulatory commitment*) era, na prática, uma verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado. Daí a ideia de blindagem institucional de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura”.

autocontenção (*self constraints*), ou seja, ao “amarrar as mãos do governo contra si próprio” (MUELLER e PEREIRA, 2002, p. 67).

Pacheco (2008) chama atenção para o fato de que, no Brasil, a delegação se dá a partir do Poder Executivo, enquanto nos Estados Unidos e em outros países se dá a partir do Poder Legislativo, balizando toda a produção literária a partir desse referencial. A autora aponta a necessidade de pesquisa futura sobre a delegação a partir do Executivo, sobretudo para o caso da autolimitação do Executivo, que, nas palavras dela

talvez tenha menos impulso para amarrar-se por contar com maior unidade de comando – ainda que em governos de coalizão [como o brasileiro] – do que é possível pressupor em um Congresso com centena de parlamentares pertencentes a dezenas de partidos políticos – como no caso brasileiro.” (PACHECO, 2008, p. 24)⁵²⁻⁵³.

Além disso, o *commitment problem* parece fazer mais sentido para as primeiras agências, criadas como parte da Reforma Administrativa do Estado para amparar as privatizações de empresas estatais ou concessão de serviços para a iniciativa privada de setores estratégicos (p. ex.: energia elétrica, telecomunicações e petróleo). As agências criadas em outros contextos para regular outros setores de infraestrutura (p. ex.: transportes terrestre e aquaviários, bem como aviação) aparentemente não estariam ligadas a essa necessidade de sinalizar para o mercado que o governo não agiria oportunisticamente.

Por outro lado, o *commitment problem* não se restringe apenas ao momento da privatização de setores alcançando também o seu funcionamento durante o cumprimento dos longos contratos celebrados entre o Estado e a iniciativa privada. Como sintetizado por Melo,

[e]ste [o *commitment problem*] refere-se à necessidade e à capacidade das autoridades governamentais de assegurarem que contratos serão honrados no futuro e que não haverá mudanças no jogo ou, no limite, “expropriação administrativa” de rendas, nas várias formas que isso pode assumir: congelamento, reestatização, etc. (MELO, 2000, p. 22)

⁵² Outros estudos já examinaram essa questão: “Sipller e Vogelsang (1996;1997) exploraram as especificidades da política regulatória em um contexto parlamentarista, examinando o caso do Reino Unido. O sistema parlamentarista tipo westminsteriano apresenta problemas típicos de credibilidade regulatória uma vez que se trata de um sistema de governo unificado, sem elementos de fragmentação característicos de sistemas presidencialistas e parlamentaristas de coalizão. Decisões de governos anteriores são facilmente revertidas e novas resoluções são implementadas sem dificuldades típicas de regime federativos. Embora o Judiciário seja independente, as leis podem ser facilmente modificadas em seu conteúdo por uma maioria parlamentar. (...)” (MELO; 2000, p. 25)

⁵³ Para mais reflexões sobre o presidencialismo no Brasil ver Figueiredo e Limongi (2001).

Dessa forma, a credibilidade torna-se um aspecto fundamental na análise das atividades das agências na medida em que os investimentos iniciais associados a setores privatizados de empresas de utilidade pública são de grande valor (*sunk costs*) e o retorno recuperável em um horizonte temporal de grande magnitude. Esses investimentos se caracterizam por serem ativos fixos não facilmente transferíveis para outras atividades (*i.e.*, com alta *asset specificity*). Além disso, grande parcela da população se beneficia dessas utilidades (telecomunicações, energia, transportes), conferindo alta politização ao setor. “A abdicação por parte de um governo de sua capacidade de reverter decisões tomadas no passado (por ele próprio ou por seus sucessores) é variável central na tomada de decisão por parte das empresas” (MELO; 2001, p. 64).⁵⁴

No mesmo sentido, Marcus Vinicius Pó (2009, p. 175) ao analisar o nível de interferência do Poder Executivo central de três agências reguladoras (ANATEL, ANEEL e ANS) concluiu que essas agências apresentam autonomia limitada. Além disso, verificou que, apesar dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva terem atentado em algum momento contra a autonomia das agências, isso não foi suficiente para prejudicar a estabilidade de regras e contratos com relação ao setor regulado. Nas palavras de Pó:

Todavia, mesmo com a autonomia fraca em relação ao sistema político, as agências possuem um papel relevante para conformar a estabilidade regulatória. Em termos institucionais, elas organizam a arena onde atores se digladiam em busca de seus interesses. As regras procedimentais estabelecidas em torno e pelas agências constituem-se em alarmes de incêndio e oportunidade para os regulados e demais *stakeholders* influírem no resultado da regulação. A sua especialização técnica tem guiado o posicionamento substantivo do Judiciário. Ou seja, as agências continuam sendo centrais para a estabilidade regulatória, mas não o fato de terem ou não autonomia. Assim, a conjugação de procedimentos, autoridade técnica das agências, contratos, Judiciário e preferências do Presidente formam o cerne do jogo regulatório brasileiro em relação aos contratos.” (PÓ, 2009, p. 177)

A tese central para desconsiderar a autonomia⁵⁵ como causa principal da estabilidade regulatória verificada por Pó (2009) sugere outras duas explicações para os fatores que garantem tal estabilidade e para o papel das agências nesse contexto. Em

⁵⁴ Ainda que o contexto de criação das agências reguladoras seja importante para a análise que será desenvolvida na parte III para a ANATEL e ANEEL, a escolha por setores econômicos da infraestrutura ganha mais força acertada, o que justifica a inclusão da ANAC no universo de pesquisa.

⁵⁵ Para o autor, “pregar a autonomia completa das instituições burocráticas em um sistema presidencialista como o brasileiro é desconhecer a dinâmica política e histórica do país.” (PÓ, 2009, p. 175)

primeiro lugar, a busca de estabilidade regulatória, credibilidade e *commitment* para com os contratos têm sido alcançados por meio do controle exercido pelo Poder Judiciário (tema do Capítulo IV), e de procedimentos administrativos adotados pelas agências que tornariam o processo de mudança de regras nesses setores mais cadenciados em razão do processo administrativo adotado (Capítulo III).

Sendo assim, mais importante que o operador do Direito ser o guardião da autonomia das agências é ser capaz de olhar o desenho do setor regulado e, em primeiro lugar, reconhecer que ela é essencial, porém, não suficiente; ela apresenta suas limitações e necessidade de vez ou outra se submeter a um olhar flexível. O desafio é identificar quais são as limitações aceitáveis à autonomia das agências e quando o governo pode se valer delas. Em segundo lugar, o operador do Direito deve se preocupar em defender a busca por estabilidade regulatória, credibilidade do modelo regulatório e garantia do compromisso de que as regras do jogo serão mantidas ou, em caso de mudança, que os *stakeholders* serão ouvidos e envolvidos no debate.

Por isso, fala-se em uma análise da variável *institucionalização* a partir de dois enfoques. O primeiro, normativo, com fundamento na leitura das normas aplicáveis, próprio de uma visão formalista das regras setoriais de organização da burocracia estatal e, o segundo, substantivo, referenciado na prática das relações estabelecidas entre os agentes reguladores e o Poder Executivo central, e os agentes reguladores e os demais envolvidos (regulados, grupos de interesse etc.).

II.2. Revisão da literatura sobre o tema

O estudo sobre as regras aplicáveis ao desenho e funcionamento de um setor por diversas áreas do conhecimento, como a Economia e a Administração Pública, tem ficado centrado na autonomia das agências reguladoras, muitas vezes inserido na *governança regulatória*. Este conceito seria o mais amplo e englobaria não só a autonomia dos agentes reguladores frente ao principal (Poder Executivo central e Poder Legislativo), mas também aquela com relação aos regulados e grupos de interesse, além de temas como *accountability*⁵⁶.

⁵⁶ Para uma definição de *accountability*, conferir Pessoa Valente, 2013, Capítulo V.

A construção de índices de independência formal é o procedimento padrão das análises *cross-national* do impacto da independência⁵⁷ a fim de se mensurar o desempenho da regulação. As informações que embasam essas análises são extraídas de documentos legais ou questionários respondidos pelos reguladores e/ou especialistas nas áreas. Ambos tomam como referência a estrutura legal das agências, avaliando se determinadas características apontadas como relevantes estariam presentes ou não em seu desenho.

Dos principais trabalhos produzidos, no âmbito internacional e nacional, destacam-se aqueles de Gilardi (2002, 2005) e Gutierrez (2003). Além disso, sob outra perspectiva, merecem uma análise mais detida os estudos de Correa et al. (2006); Maggetti (2006) e Batista (2011), por investigarem a independência de fato, isto é, como ela é exercida no dia a dia das agências reguladoras. Passa-se a analisar cada um deles de forma bastante sucinta. A seguir, um breve resumo dos trabalhos.

Gutierrez (2003), partindo de pesquisas anteriores de outros autores, propõe índice com o objetivo de medir o desenvolvimento das telecomunicações em 25 países da América Latina e Caribe⁵⁸, a partir de dados coletados entre 1980 e 1997. O índice é baseado na autonomia (autonomia para recrutar seu próprio pessoal), *accountability* (possibilidade de questionar, contanto que não sejam aspectos substantivos da política), clareza de papéis e objetivos (possibilidade de o regulador impor tarifas e multas), transparência e participação (obrigação de realizar audiências públicas antes da decisão e de publicar as decisões), e o tipo de marco legal que criou o agente regulador (todos os aspectos anteriores devem estar previstos de maneira clara no marco legal de criação da agência).

Como fonte das informações coletadas, Gutierrez (2003) utilizou artigos de revistas, livros, imprensa, Internet, sites e legislação nacional, atribuindo peso maior em seu índice para essa última.

O principal índice de referência foi desenvolvido por Gilardi (2002, 2005), em grande parte por ser um dos primeiros índices voltados a medir a autonomia das agências reguladoras a partir do que o autor chamou de hipótese de credibilidade (*credibility*

⁵⁷ Na literatura da Administração Pública e da Economia, não há a preocupação em diferenciar a expressão “independência” de “autonomia”, tal como ocorre no Direito. Nessa seção os termos serão utilizados como sinônimos na medida em que a literatura citada faz referência.

⁵⁸ Os países pesquisados foram: Argentina, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

hypothesis)⁵⁹, que se relaciona com a questão do compromisso abordada anteriormente como tentativa a afastar a defesa apaixonada pela autonomia das agências. Além disso, Gilardi concebeu índice de autonomia das agências bastante amplo, o qual permite sua aplicação a qualquer setor-alvo da regulação, apesar de ter sido feito a partir de estudo empírico abrangendo 17 países da Europa Ocidental⁶⁰ de sete setores⁶¹. Seu objetivo é compreender a diversidade de independência das agências e quais seriam os motivos determinantes para uma agência ser mais independente que outras.

O índice é composto de cinco dimensões com um total de 21 indicadores, cujos pesos são iguais para cada um dos indicadores. As dimensões e os respectivos indicadores estão sintetizados na tabela a seguir:

Tabela 2 - Composição do índice proposto por Gilardi (2002, 2005)

Dimensões	Indicadores
<i>Status</i> do presidente da agência:	tempo de mandato, quem indica o presidente da agência, demissão, manutenção pelo presidente da agência de outros cargos, renovação no cargo e critério para indicação.
<i>Status</i> dos membros do conselho administrativo:	tempo do mandato, quem indica os membros do conselho administrativo, demissão, manutenção de outros cargos pelos membros do conselho administrativo, renovação da indicação e critérios para indicação.
Relação com o Governo e o Parlamento:	estabelecimento formal da independência, obrigações formais da agência frente aos governo, obrigações da agência frente ao Parlamento e quem, além do Judiciário, pode reverter as decisões da agência.
Autonomia financeira e organizacional:	qual a fonte do orçamento da agência, como o orçamento é controlado, quem decide sobre organização interna da agência, quem decide sobre a política de pessoal da agência.
Competências regulatórias:	Quem decide em matéria de competências da agência.
Fonte: elaboração própria a partir de Batista (2011, p. 219).	

Dentre os resultados alcançados, é pertinente para presente análise aquele em que o autor aponta a diversidade de resultados da independência formal das agências analisadas; algumas gozam de mais independência e outras menos. Para explicar essa diversidade, o autor lança mão de duas hipóteses: a credibilidade e a incerteza política. Sobre a primeira,

⁵⁹ Desde seu primeiro estudo o autor testa a hipótese da credibilidade agregando outras em seus trabalhos mais recentes, bem como aprimorando seu indexador de independência das agências. A exposição feita tomará como referência o indexador presente em Gilardi (2005).

⁶⁰ São eles: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido.

⁶¹ São eles: telecomunicações, energia, mercados financeiros, concorrência, produtos farmacêuticos, segurança alimentar e meio ambiente (esses 3 últimos de regulação social).

a delegação de competências reguladoras para agências autônomas se justifica na medida em que essas burocracias aumentam a credibilidade do compromisso político assumido com a criação desse modelo para a consequente atração de investimento privado para os setores recém-liberalizados. A segunda hipótese afirma que a delegação de competências pode ser utilizada por governos que desejam evitar uma mudança política decorrente de um novo governo. A pesquisa demonstrou a consistência relativa dessas hipóteses: a independência formal das agências aumenta à medida que o risco de haver mudanças políticas aumenta, no entanto, diminui quando mudanças frequentes na composição partidária dos governos implica que um partido político ou coalisão pode obter uma indicação política em intervalos regulares, de forma que a teoria da autocontenção deve ser lida como a possibilidade de conter também os outros e não apenas a si mesmo.

Por fim, Gilardi (2005, p. 157) fecha suas principais conclusões afirmando que antes de ser uma pré-condição para o compromisso regulatório assumido pelo Estado e uma forma de lidar com as incertezas políticas, as instituições são equivalentes a essas hipóteses levantadas por ele, pois dificultam a mudança política. Na visão do autor, o contexto institucional é fundamental na medida em que reguladores tendem a ser menos independentes em países com mais *players* com poder de veto.

Em que pese seu pioneirismo, os estudos de Gilardi limita-se à uma visão apenas formal da autonomia das agências, razão pela qual o próprio autor aponta a necessidade de novos estudos tentarem criar indexadores para avaliar a autonomia na prática. O índice idealizado por Gilardi (2002, 2005) foi utilizado como referência para outros estudos, como foi o caso do índice proposto por Maggetti (2006). Este, seguindo a indicação de lacuna na literatura sobre a análise da autonomia das agências na prática, dedicou-se à construção de índice que mensurasse o real funcionamento dessas entidades e para a análise da independência formal, o autor utilizou a metodologia proposta por Gilardi.

Maggetti (2006) constrói índice aplicado a alguns países da Europa Ocidental⁶² para os setores de telecomunicações e serviços financeiros ou bancários a partir das seguintes variáveis: (i) grau de independência formal⁶³, (ii) idade das agências, (iii) grau de coordenação da economia, (iv) a ligação entre independência formal das agências com relação aos tomadores de decisões e aos regulados. Para cada um desses indicadores, ao

⁶² Os países pesquisados foram: Áustria, Bélgica, Finlândia, Itália, Noruega, Suécia e Suíça.

⁶³ Dentro da variável independência é possível incluir os seguintes indicadores: (a) frequência de *revolving door*; (b) frequência de contatos *ad hoc*, como troca de expertise e encontros regulares entre os políticos e os reguladores; (c) influência na definição de orçamento; (d) influência na definição organizacional; (e) peso da representação partidária na indicação dos membros; (f) vulnerabilidade política, saída antes do fim do mandato dos diretores; e (g) participação ativa no processo decisório da agência (MAGGETTI, 2006, p. 9).

final, é atribuída uma nota que representa alto, médio ou baixo. Os indicadores são preenchidos a partir de análise documental, bem como questionários e entrevistas com os reguladores.

A primeira pesquisa baseada em questionários conduzidos com os próprios reguladores (*survey*) dedicada ao estudo da governança regulatória no Brasil foi realizado por Correa et al. (2006)⁶⁴. Nessa pesquisa buscou-se analisar a qualidade da governança regulatória do país a partir dos seguintes pontos, cujos pesos foram iguais: (a) mandatos dos diretores intercalados e não coincidentes com o do chefe do Poder Executivo; (b) meios legais para fazer cumprir suas decisões; (c) autonomia financeira; (d) Poder Judiciário como única instância recursal das decisões das agências. O relatório de pesquisa concluiu que (i) o nível de governança regulatória é relativamente semelhante dentro do universo de agências pesquisadas; (ii) as agências federais se diferenciam das estaduais; (iii) atributos formais nem sempre se traduzem em governança efetiva, ainda que os dados sugiram a existência de uma melhora nas agências ao longo do tempo; (iv) autonomia e *accountability* alcançaram um grau de desenvolvimento maior que as ferramentas regulatórias (audiências públicas, convocação de diretores e solicitação formal de explicações etc.) e o processo de tomada de decisão⁶⁵.

Estratégia diferente na tentativa de auferir a autonomia substantiva tem sido a criação de índices de independência compostos também ou somente de informações documentais. Tal iniciativa tem como objetivo buscar maior fidedignidade das informações utilizadas nas análises diante de problemas associados ao uso da técnica de *survey* (imprecisão ou falsidade nas respostas). Esse foi o caso do estudo de Batista (2011), o qual propõe um índice da independência das agências contemplando tanto o ângulo formal quanto o aplicado. Para a análise da independência do ponto de vista formal, foram considerados os seguintes indicadores: (a) mandato; (b) indicação; (c) demissão; (d) recondução; (e) experiência; (f) autorização; (g) revisão; (h) recursos; (i) pessoal e (j) procedimento. O indicador político, aquele que se propõe mensurar a independência das agências na prática, teve com foco de análise (a) a estabilidade dos dirigentes e a vacância

⁶⁴ Foram entrevistados dirigentes das agências federais (ANEEL, ANATEL, ANTAQ, ANTT, ANP e ANA) e estaduais (ARSAL, Alagoas; AGERBA, Bahia; ARCE, Ceará; AGR, Goiás; ARSEP-MA, Maranhão; AGEPAN, Mato Grosso do Sul; AGERMT, Mato Grosso; AGEEL e AAGISA, ambas da Paraíba; ARPE, Pernambuco; ASEP, Rio de Janeiro; ARSEP-RN, Rio Grande do Norte; AGERGS, Rio Grande do Sul; ARTESP e CSPE, ambas de São Paulo) durante o período de abril a junho de 2005.

⁶⁵ Aprendendo com a metodologia utilizada, nota-se o quão importante é a inclusão da análise sobre qualidade regulatória de variáveis atinentes às regras de organização das agências (institucionalização) e ao processo de tomada de decisão regulatória (procedimentalização).

das diretorias (quantos dirigentes deixaram seus cargos antes do final do mandato); (b) a autonomia orçamentária (quanto do orçamento foi efetivamente liberado pelo governo) e estabilidade dos procedimentos e de escopo de atuação da agência (o uso de medidas provisórias para alterar os procedimentos e escopo de atuação das agências).

Do ponto de vista metodológico, é importante frisar que a literatura aponta para uma preocupação em tornar a valorização de cada indicador que compõe um determinado índice o mais objetiva possível, razão pela qual se recomenda a adoção de pontuação com igual peso para cada indicador (GILARDI 2002 e 2005; GUTIERREZ, 2002; BATISTA, 2011).

Diante dos estudos aqui sumarizados, é possível verificar que a literatura voltada para a análise da organização das agências reguladoras, por vezes, aponta ser insuficiente apenas a mensuração da autonomia passando a considerar também aspectos mais próximos do que aqui está sendo chamado de componentes da variável institucionalização. Ou seja, uma visão limitada do tema sobre qualidade regulatória seria considerar apenas e tão somente a autonomia das agências, quando, na verdade, estão em jogo questões mais profundas sobre a credibilidade dos compromissos assumidos pelos agentes políticos no que tange a criação das agências que exigem um amadurecimento no debate com relação àquele travado inicialmente. Passadas quase duas décadas da criação das primeiras agências é fundamental a ampliação do debate para, no lugar da autonomia, considerar a credibilidade dos compromissos assumidos e a estabilidade das regras. Assim, passa-se à apresentação dos indicadores que comporão a cesta de dados para a análise da institucionalização de um setor regulado, cuja escolha se inspirou no que a literatura de áreas paralelas ao direito propuseram nas últimas décadas, conforme exposto.

II.3. Medindo a institucionalização formal

A variável relativa à institucionalização será apresentada a partir de uma subdivisão entre os aspectos formais e os práticos. No grupo dos primeiros, tem-se aqueles fatores que podem ser extraídos da leitura das normas que organizam cada setor, gerais ou particulares a um setor específico, e foi dado o nome de institucionalização formal. No segundo grupo, estão os aspectos práticos verificados também por meio de análise documental e refletem a realidade do funcionamento do setor (sua organização e dia a dia). Este grupo foi chamado de institucionalização substantiva e é tema da próxima seção.

Do ponto de vista metodológico, ambos os aspectos, formal e substantivo da institucionalização, têm pesos iguais. Cada um é decomposto em diversas subvariáveis, mensuradas a partir de um ou mais testes. A partir da resposta para cada um, atribui-se uma nota: 0 (zero) ou 10 (dez). Zero é atribuído ao fracasso da agência com relação ao teste ao passo que dez é atribuída ao sucesso⁶⁶. As respostas são obtidas a partir da análise de documentos oficiais, a fim de eliminar qualquer questionamento acerca da subjetividade na linha apontada por Gilardi (2002 e 2005), Gutierrez (2002) e Batista (2011). Quando mais de um teste foi utilizado para examinar uma mesma subvariável, optou-se por distribuir o peso de forma igual e proporcional. Por exemplo, quando dois testes foram observados dentro de uma mesma subvariável, cada um deles teve peso de 50%. Assim, independente do número de testes de uma subvariável, seu peso frente às outras subvariáveis será o mesmo. Tem-se, então, a presença da *nota ponderada* (nota multiplicada por seu peso), que, quando dividida pela nota máxima (admitindo-se sucesso em todos os testes), permite verificar o percentual de institucionalização formal do setor analisado.

A partir da análise acima, propõe-se 11 subvariáveis divididas em 4 grupos temáticos: (1) regras pertinentes aos dirigentes, (2) autonomia quanto à competência da agência; (3) autonomia financeira; e (4) autonomia de gestão de pessoas. As subvariáveis estão sintetizadas na tabela a seguir.

⁶⁶ Embora isso remeta, no momento, a uma distribuição binomial, na qual somente dois resultados são possíveis, optou-se por manter esse formato (0 ou 10) pensando em eventual aprimoramento dos testes que comportem notas intermediárias dentro desse intervalo. Nesse caso, a metodologia seria mantida.

Tabela 3 - Institucionalização formal

	Subvariáveis	Descrição	Nota Máxima	Peso	Nota Max. Ponderada
1	Mandato (existência)	O mandato é fixo?	10,0	0,50	5,0
	Mandato (duração)	O mandato dos dirigentes é superior a quatro anos?	10,0	0,50	5,0
	Demissão	A demissão só é possível após o devido processo legal?	10,0	1,00	10,0
	Recondução	A recondução dos dirigentes é vedada por lei (<i>stricto sensu</i>)?	10,0	1,00	10,0
	Nomeação	A nomeação dos dirigentes é compartilhada com outros poderes institucionais (ainda que com uma das Casas do Poder Legislativo)?	10,0	1,00	10,0
	Experiência	É requisito de aceitação da indicação do dirigente que este possua conhecimento na área de regulação?	10,0	1,00	10,0
2	Competência	O marco regulatório do setor (a lei de criação ou legislação acessória) estipula com clareza a separação de funções entre o Poder Executivo central e a agência reguladora?	10,0	1,00	10,0
	Autonomia decisória	A agência toma decisões sem necessidade de autorização/ confirmação do Poder Executivo?	10,0	1,00	10,0
	Revisão	As decisões são passíveis de revisão apenas pelo Poder Judiciário?	10,0	1,00	10,0
	Procedimentos internos	Os procedimentos internos da agência só podem ser alterados pela própria agência ou por Lei ou MP?	10,0	1,00	10,0
3	Recursos	O orçamento (prévio) é estipulado pela própria agência?	10,0	1,00	10,0
4	Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	10,0	1,00	10,0
Total Institucionalização Formal			120,0	11,00	110,0

Na autonomia dos dirigentes da agência regulatória, estão cinco subvariáveis. A subvariável *mandato* é decomposta em dois testes. O primeiro, refere-se à facilidade com que o Poder Executivo pode destituir o dirigente do seu cargo, pois existindo mandato fixo, com período preestabelecido em lei, dever-se-ia obedecer ao término do mandato para nova nomeação presidencial. Para tanto, a Lei nº 9.986/2000, em seu art. 6º, garante que os mandatos dos conselheiros e diretores das agências reguladoras terão prazo fixo. Porém, ficou a cargo de cada lei de criação regulamentar a duração do prazo. Conforme se verá nos capítulos específicos sobre esse assunto, as leis de criação também costumam repetir essa previsão de mandatos fixos. A previsão legal, no entanto, não diminui a importância desse teste, tendo em vista que a lei pode ser alterada e passar, assim, a vigor outro regime

quanto aos mandatos serem fixo ou não. Dessa forma, ainda que todas as agências passem no teste, não se pode afirmar que assim sempre será, razão pela qual é importante manter essa análise, ainda que as notas de todas as agências sejam iguais, pois decorrem de norma geral aplicável a todas as agências.

A duração do mandato é o tema do segundo teste da subvariável *mandato*, por meio do qual se pretende enfatizar o horizonte temporal do regulador em relação ao chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, quanto mais longo o mandato do dirigente, mais a agência estará alheia às interferências do Poder Executivo, cujo mandato é de quatro anos, autorizada uma reeleição (EC nº 16/1997). Quanto mais longos os mandatos dos dirigentes, mais independência eles garantirão. Conforme assinala Prado (2005, p. 141)

[a]inda que um mandato de quatro anos possa ser uma garantia mais efetiva de independência do que três anos, ainda não é ideal. A razão é simples: em um País com um mandato presidencial de quatro anos, por mais bem distribuídas que sejam as nomeações para diretores das agências, em algum momento durante seu mandato o Presidente terá apenas nomeações suas no conselho diretor. Nesse sentido, o mandato de quatro anos será menos efetivo que o de cinco anos (...). Com cinco anos, pelo menos um dos diretores pode permanecer na posição por um período superior ao do mandato presidencial, evitando que a agência fique totalmente dominada pelas nomeações de um único Presidente.

Vale ponderar que a duração do mandato é fixada no ato de nomeação pelo Presidente da República, nos termos do §2º do art. 17 do Anexo I do Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006. Essa regra, contudo, não é suficiente para se afirmar que o mandato não seja fixo, nem que o Presidente da República poderia, caso assim desejasse, alterar a duração do mandato do dirigente fixada por lei. Outro aspecto que não está contemplado propositadamente nessa subvariável é a questão da intercalação balanceada das nomeações. Isso se dá em razão do fato de que as agências reguladoras em seu atual estágio de maturidade não mais guardam qualquer resquício da obrigação legal de nomeação de dirigentes em anos alternados, pois ou os dirigentes não permaneceram na agência até o final do mandato, exigindo novas indicações antes das datas previstas, ou o Presidente tardou em nomear novos dirigentes tornando a regra sem sentido.

Ainda nesse aspecto, importante chamar a atenção para a existência da quarentena, período de quatro meses em que os dirigentes ficam impedidos de exercer atividades ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência. A quarentena é contada a partir da exoneração ou do término do mandato (art. 8º da Lei nº 9.986/2000).

No mesmo sentido é a subvariável *demissão*, a qual expõe uma possível ferramenta a favor do Poder Executivo de ameaça de destituição do cargo (pressão política) como forma de induzir a agência a determinada ação ou omissão. É por meio dessa subvariável que se examina a questão das preferências do Poder Executivo acerca do modelo regulador ou das preferências de política regulatória que os dirigentes já apresentaram ao público. A impossibilidade de demissão *ad nutum* aparece mais uma vez como uma proteção às atividades da agência de forma a facilitar seu isolamento das demandas corriqueiras da política, no sentido político-partidário, do Poder Executivo⁶⁷. Nesse sentido, o art. 9º da Lei nº 9.986/2000, dispõe sobre as hipóteses de perda do mandato aplicáveis a todas as agências, sem prejuízo de previsões específicas nas leis de criação (art. 9º, parágrafo único). São elas: renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar.

O STF já se posicionou sobre o tema da extensão da blindagem da agência com relação aos poderes do chefe do executivo central em demitir seus dirigentes que fazem parte da administração indireta no julgamento do caso AGERGS⁶⁸. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1949/RS, julgada pelo Tribunal Pleno em 18.11.1999, sob relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, proposta pelo então Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Olívio Dutra, com pedido de suspensão cautelar de artigos das leis estaduais nº 10.931/97 e nº 11.292/98, que versavam sobre a nomeação e forma de demissão dos dirigentes da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul.

⁶⁷ Sobre o tema, Moreira Neto (2000, pp. 417-8): “Quanto à Súmula nº 25, vigente ainda o regime constitucional de 1946, seu teor repudiava quaisquer restrições ao poder, do chefe do Executivo, de prover e de desprover os cargos públicos, não obstante a decisão que lhe serviu de precedente básico, no Mandado de Segurança nº 8.693, ostentasse a luminosa divergência de Victor Nunes Leal, posta de forma erudita e vanguardista para sua época, ao reconhecer que a competência administrativa de prover cargos públicos, na forma da lei, admite configurações de investiduras outras, desde que expressamente definidas na lei criadora. Mas é quanto à ‘lógica do regime presidencial’ que mais radiou a preclara visão de Victor Nunes Leal, *ao considerar que essa previsão de investidura por prazo determinado era providencialmente necessária para estabelecer um regime de autonomia administrativa, desenhado por lei, como condição necessária para desenvolver uma política legislativa sobre um determinado setor, sem interferência da política partidária, desenvolvida pelo Executivo*, à semelhança do que já ocorria abundantemente em outras nações e, destacadamente, nos Estados Unidos da América. (...) À época, o voto vencido não logrou pleno reconhecimento de seus pares, não obstante sua notável antecipação em matéria de administração pública e de direito administrativo, mas, hoje, quase quarenta anos depois, vem de ser restabelecido, em toda a sua meridiana clareza e rica fundamentação, pela pena ilustre do Ministro Nelson Jobim que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949, em longo voto proferido na apreciação de liminar, [conduziu] a maioria do excelso pretório no sentido do reconhecimento do novo e autêntico perfil independente das agências reguladoras.”

⁶⁸ Alusão feita à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul.

No que se refere à demissão, a lei estadual nº 10.931/97, criadora da AGERGS, determinava que “[o]s membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembleia Legislativa do Estado” (art. 8º). A partir de remissão à legislação de criação das agências federais, o Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu em parte a liminar e julgou inconstitucional a previsão da lei estadual que subordina à decisão da Assembleia Legislativa a exoneração dos Conselheiros da AGERGS, antes do termo final do prazo do período ao qual foram nomeados. A estabilidade é garantida, porém, não pode servir para que o Poder Legislativo se valha dela para ter a competência para decidir quando destituir um dirigente de agência, a mera indicação compartilhada entre os poderes é bastante para que seja configurada a estabilidade necessária⁶⁹.

A subvariável *recondução* evoca novamente o incentivo ao regulador em pautar suas decisões com base nas preferências dos atores políticos, como forma de assegurar sua manutenção no cargo. Ao comentar o Projeto de Lei nº 3.337⁷⁰ que previa não só a redução do mandato dos dirigentes das agências, mas sobretudo tornava regra para todas as agências a possibilidade de recondução dos seus dirigentes, Mattos (2004, p. 15) afirma que

[a] perspectiva de ser avaliado pelo Executivo ao final de quatro anos tende a tornar o presidente ou o conselheiro naturalmente mais complacente com as demandas do governo. Apenas o segundo (potencial) período do presidente e conselheiros seria de independência plena.

É verdade que essa subvariável perde força à medida que a reeleição presidencial é permitida no Brasil por força da Emenda Constitucional nº 16/1997, pois a regra da não coincidência dos mandatos dos dirigentes com o Presidente fica prejudicada. Contudo, não considerá-la significa perda ainda maior para a identificação dos contornos do desenho de um setor regulado.

⁶⁹ Sobre a possibilidade de o Poder Legislativo participar da decisão de demissão dos dirigentes, houve iniciativa semelhante. O Projeto de Lei do Senado nº 507/2007, de autoria do Senador Jayme Campos (DEM/MT), visava alterar a redação do art. 9º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e criar também uma nova hipótese de exoneração de seus dirigentes, através de censura aprovada por dois terços de membros do Senado Federal, permitindo, inclusive, que a lei de criação das agências previsse outras hipóteses de exoneração. No entanto, em 1º de abril de 2014, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, mediante Parecer nº 239, de 2014-CCJ, do relator Senador Eduardo Braga (PMDB/AM), concluiu pela rejeição, por inconstitucionalidade, do presente Projeto.

⁷⁰ O referido PL será tratado adiante.

Sob a rubrica *nomeação* pretende-se mais uma vez expor a relação que os dirigentes estabelecerão com o Poder Executivo. Prado e Turner (2010, p. 33) apontam que nos EUA há pesquisas empíricas indicando que as decisões dos dirigentes das agências reguladoras refletem as preferências políticas de quem os nomeou. No Brasil, no entanto, pouco se investiga a respeito⁷¹. Seria prudente, então, utilizar como pressuposto que há incentivos para que o Presidente da República aumente seus nomeados, fazendo que os diretores nomeados pelo governo anterior renunciem por pressão política ou retarde o máximo possível as nomeações, ou ainda nomeie diretores interinos (aspectos contemplados nas subvariáveis propostas) como maneira de manter sua influência nessa estrutura burocrática. Por isso, sustenta-se aqui que quando os dirigentes são nomeados de forma compartilhada entre o presidente e pelo menos uma das casas do Poder Legislativo, sua relação com o Poder Executivo é distinta da hipótese em que sua indicação depende exclusivamente desse poder institucional⁷². É fundamental, a partir dessa lógica, que o Presidente considere as preferências do Senado Federal para evitar que suas nomeações sejam vetadas. Sendo a nomeação compartilhada a nota é 10 e, não sendo, é zero.

Essa variável não contempla, contudo, os poderes de escolha do Presidente dos diretores-presidentes das agências. Isso porque a Lei nº 9.986/2000, estabeleceu como regra geral para todas as agências a competência do Presidente da República para indicar a duração do mandato dos diretores-presidentes, podendo inclusive variar. Antes dessa lei, a ANATEL previa que o mandato do seu presidente seria de três anos, não deixando para o Presidente qualquer brecha para manobrar para mais ou para menos (art. 31 da Lei nº 9.472/1997, *revogado*).

⁷¹ É preciso olhar com cuidado a utilização de estudos empíricos sobre o tema realizados a partir do contexto estadunidense. É verdade que a experiência dos EUA é tida como referência, no entanto, as características do sistema político e institucional brasileiro diferem sobremaneira daquelas presentes no caso estadunidense. Pacheco (2003, pp. 7-8) aponta pelo menos duas importantes diferenças: “Nos Estados Unidos, a regulação, entre os anos 1930 e 1960, representou um processo de delegação do Poder Legislativo em direção ‘as entidades autônomas vinculadas ao Executivo – mantendo aquele, no entanto, forte poder de acompanhamento e controle sobre os entes reguladores (MELO, 2001). No Brasil, a delegação em curso se dá a partir do Poder Executivo. Por outro lado, enquanto que a tradição norte-americana é a de empresas privadas fornecedoras de serviços de infraestrutura (energia, comunicações ...), no Brasil temos a tradição de empresas estatais, depois privatizadas e em processo de regulação, que sempre mantiveram relações estreitas com os órgãos formuladores de políticas para seus respectivos setores.”

⁷² Essa hipótese deve ser relativizada diante do fato de que nem o próprio Poder Legislativo se incumbe dessa responsabilidade, o que fica evidente em trecho de desabafo de um ex-conselheiro do CADE, cujo regime de escolha é idêntico: “[u]m dia antes da sabatina, um assessor do Ministério da Justiça me acompanhou até o Senado para a visita a alguns senadores, que iriam me sabatar no dia seguinte. E um deles, para o constrangimento geral, alguns aqui são testemunhas desse constrangimento pelo qual nós passamos, me perguntou: “Escuta, faz uma coisa, e escreve aqui neste papel (e deu-me uma folha de papel) uma perguntinha qualquer, para eu te fazer amanhã”. Com este nível de sabatina, enfim, não há autonomia, não há independência, não há mandato que resista.” (CAMPILONGO et. al., 2009, pp. 41-2)

A subvariável *experiência* refere-se à necessidade de que o dirigente nomeado apresente alguma expertise com relação ao setor que irá atuar. Ainda que se saiba que possa haver diretores ou conselheiros experientes nos setores de atuação das agências e ao mesmo tempo engajados politicamente, essa regra, se estabelecida, dificulta indicações puramente político-partidárias. De alguma forma, ela também está prevista no art. 5º da Lei nº 9.986/2000, segundo o qual os dirigentes das agências deverão ter “formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados”, ainda que os termos legais não reflitam exatamente experiência prévia. Vale mencionar a existência de Projeto de Lei do Senado nº 464/2007, de autoria de Delcídio Amaral (PT/MS), que tem por objetivo alterar a Lei nº 9.986/2000 para introduzir novos critérios à escolha de diretores de agências reguladoras, que deverão ter dez anos de experiência profissional no setor⁷³.

No grupo (2) autonomia decisória da agência, as subvariáveis propostas sugerem a análise de regras sobre o processo de tomada de decisão sem, contudo, adentrar no tema da variável procedimentalização que será tratado no Capítulo III, ou seja, ainda se mantém o tema central da organização das agências.

A subvariável *competência* refere-se à separação das competências, no próprio marco legal, entre o Poder Executivo, na figura do poder concedente dos serviços, e o agente regulador. Ou seja, o legislador estabeleceu quais seriam os poderes do agente e do principal a fim de evitar futuras “expropriações regulatórias” no curso do jogo regulatório. A resposta ao teste se dará a partir da análise da lei de cada setor estudado na Parte III de forma que se possa identificar, ainda que não haja uma seção específica com esse fim, quais atribuições foram apontadas para esses atores. Não se discute, portanto, que a responsabilidade pela criação das políticas públicas⁷⁴ setoriais fique a cargo do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Contudo, isso implica dizer também que a

⁷³ O PL nº 464/2007 também pretende disciplinar o período de vacância que anteceder à nomeação de novo Conselheiro ou Diretor. O Projeto, ainda em tramitação, já passou pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

⁷⁴ Por política pública adota-se a definição de Bucci (2001, p. 13): “(...) instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização”. Ainda sobre esse aspecto: “Antes de serem analisadas as características das agências reguladoras no Brasil é importante deixar clara a distinção entre os objetivos das agências reguladoras (garantir o bom funcionamento dos mercados regulados) e os objetivos mais amplos do Estado, refletidos na legislação, que podem referir-se à universalização de um serviço ou produto, seja por medidas que envolvem a agência mais diretamente, como estabelecimento de metas de investimento nos contratos de concessão ou regulação de tarifas, ou por meio de medidas que independem do envolvimento direto das agências, como a concessão de subsídios diretos aos agentes econômicos ou a parcela da população.” (OLIVEIRA FILHO, 2005, p. 27)

implementação dessas depende em certa medida do manejo das políticas regulatórias⁷⁵. Daí ser inevitável, como aponta Marques Neto (2003, p. 39), reconhecer uma relação de dependência e complementariedade entre ambas.

O autor cita, por exemplo, essa distinção clara no setor de telecomunicações:

a adstrição do regulador às políticas públicas é bastante nítida [no setor de telecomunicações], seja do artigo 19 (onde vemos no caput o caráter vinculado das competências da Agência ao “atendimento do interesse público” e no inciso I expressamente a competência primacial de ‘implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações’), seja na redação original do antigo artigo 26, §1º, hoje revogado pela Lei nº 9.986/00 (que previa a exceção à estabilidade dos membros do órgão de direção na hipótese de descumprimento “das políticas estabelecidas para o setor pelos Poderes Executivo e Legislativo”) (MARQUES NETO, 2003, p. 39).

A subvariável *autonomia decisória (stricto sensu)* indica a necessidade (ou não) de a agência consultar o Poder Executivo⁷⁶ como etapa do seu processo de tomada de decisão. Fala-se, portanto, da independência da agência em formar sua decisão sobre a temática de sua competência. Será negativa se for possível apontar qualquer oportunidade em que o Poder Executivo, formalmente⁷⁷, tenha no curso do processo decisório influenciado direta ou indiretamente a agência a decidir em determinada direção, divergindo do que pretendia originalmente. É importante que eventual participação do Poder Executivo no processo decisório da agência não tenha caráter meramente consultivo. Nesse caso, entrariam alguns modelos de Análise de Impacto Regulatório que exigem que as agências informem o Poder Executivo a respeito do encaminhamento de suas discussões sobre determinados temas, como forma de evitar o que a doutrina cunhou de regulação por alarme de incêndio (*fire alarm regulation*)⁷⁸. Exemplo de influência indireta pode se dar, por exemplo, com a

⁷⁵ Adotamos aqui a definição de Marques Neto (2003, p. 39) de política regulatória, segundo a qual “são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição de políticas regulatórias envolve a ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção. Envolve a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.”

⁷⁶ Como Poder Executivo entenda-se aqui não apenas a figura do Presidente da República, mas qualquer entidade da Administração Pública direta, com seus diversos órgãos, e indireta, em que o Poder Executivo central exerça ingerência política ou até mesmo técnica.

⁷⁷ Fala-se em demonstração formal a fim de afastar subjetivismos que não podem ser demonstráveis em trabalhos científicos.

⁷⁸ Para a distinção entre controle da regulação por alarme de incêndio e por procedimento, ver Melo (2001, p. 61).

utilização de contratos de gestão como mecanismo de controle da agência por parte do Poder Executivo ou até a necessidade de se observar orientação de outras entidades como a Advocacia-Geral da União (AGU)⁷⁹.

A subvariável *revisão* resume a preocupação da literatura especializada quanto à possibilidade de o Poder Executivo servir de instância recursal das decisões das agências, ainda na esfera administrativa. Sendo admissível recurso hierárquico para outros entes da Administração Pública, a agência terá fracassado no teste proposto; sendo possível apenas recurso ao Poder Judiciário, terá sucesso no teste. Assim, é possível afirmar que se a subvariável anterior *autonomia decisória* trata da formação da decisão, esta, *revisão*, refere-se à reforma da decisão uma vez que a agência já proferiu sua deliberação. Ambas as variáveis apuraram a relação entre o Poder Executivo e a capacidade das agências em tomar decisões e mantê-las.

A subvariável *revisão*, nesse sentido, destina-se a verificar se, após anunciada a decisão ao regulado, este ainda pode desafiá-la administrativamente perante o ministro chefe de Estado à qual a agência reguladora está vinculada, ou ainda perante o Presidente da República. Passagem de Barroso (2005, p. 12) captura essa atenção:

[não] será possível o controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, sendo em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (Ministros ou Secretário de Estado). O controle do Executivo sobre as agências reguladoras limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras. A subordinação seria incompatível com a implementação eficiente da regulamentação de atividades que mobilizam interesses do Estado, como empresário, arrecadador de tributos ou agente social.⁸⁰

⁷⁹ Não se faz referência aqui à Procuradoria-Geral Federal, vinculada à AGU e criada pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. À PGF cabe a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos. Vale lembrar que a PGF incorporou em sua estrutura as procuradorias, os departamentos jurídicos e as consultorias e assessorias jurídicas das autarquias, incluídas as agências.

⁸⁰ Barroso (2005, p. 13) continua o raciocínio: “Mas a questão não é tão simples. É que se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa. É possível mesmo vislumbrar um cenário no qual a multiplicação das agências, cada qual dotada de completa independência em relação ao Executivo, acabaria por esvaziar o espaço decisório que lhe cabe constitucionalmente. Como se vê, os parâmetros dessa relação ainda deverão ser fixados”.

A impossibilidade de recurso hierárquico já foi desafiada por outras instâncias de poder no Brasil que não diretamente o Poder Executivo central, como foi o caso do parecer da AGU sobre decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)⁸¹.

Sobre a subvariável *procedimentos internos* da agência, esta revela a sutileza com que a relação entre agentes reguladores e Poder Executivo se estabelece, pois caso o Poder Executivo esteja destituído de qualquer ingerência na agência, porém possa sem qualquer constrangimento institucional alterar os procedimentos internos da agência para atender às suas necessidades, de nada adiantaria as subvariáveis anteriores. Dessa forma, maior será o nível de institucionalização do setor se os procedimentos da agência só possam ser alterados por ela própria, ou ainda por lei *stricto sensu* (discutida e votada pelo Poder Legislativo) ou por medida provisória. Pretende-se aqui verificar, por exemplo, se para eventual reorganização interna da agência, com extinção ou criação de novas unidades organizacionais, é necessário solicitar a aprovação do Poder Executivo.

Quanto ao grupo 3 e 4, sob óticas distintas, captam como o Poder Executivo pode induzir os agentes reguladores a determinadas ações ou decisões. No grupo 3 a subvariável *recursos* pretende medir a independência financeira da agência. Sabe-se que o tema é bastante sensível, pois a agência reguladora é mais autônoma e livre de “expropriação administrativa” se seu orçamento é definido pela própria agência. Com essa preocupação, quando da criação das primeiras agências, optou-se por determinar suas fontes de receita nas respectivas leis de criação, seguindo um modelo das agências dos EUA. Dentre as possíveis receitas, foram criadas “taxas de fiscalização” a serem cobradas dos agentes regulados⁸². Se quando da sua criação o desejo era não se tornar dependente dos recursos

⁸¹ Tendo como pano de fundo as divergências entre a ANTAQ e o Ministério dos Transportes sobre a regularidade da cobrança de taxa extra para a separação de contêineres (THC), pela TECON Salvador S.A., no porto da capital baiana, a Advocacia-Geral da União (AGU) confirmou, em parecer publicado no Diário Oficial da União de 19.06.2006, a autonomia das agências reguladoras para tomar decisões dentro de suas competências específicas. Contudo, a *contrario sensu*, as agências “estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta”.

⁸² A legalidade das taxas de fiscalização já foi objeto de análise do Judiciário. Para mais informação sobre o tema, ver Apelação Civil nº 70.023.426.125 do TJ/RS, em que o Tribunal negou provimento ao recurso da Companhia Rio Grandense de Saneamento – CORSAN por entender que a AGERGS possui capacidade tributária para instituir taxa de fiscalização. A *ratio decidendi* do julgado foi pautada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.948-1/RS (Relator original Min. Néri da Silveira, Relator substituto Gilmar Mendes, julgado em 04.09.2002) que, ainda que não tenha apreciado a natureza jurídica da taxa de fiscalização instituída pela agência estadual, revela que a sua incidência não viola preceitos da Constituição Federal.

previstos na Lei Orçamentária da União, a realidade se mostrou mais cruel pelos motivos abordados na seção seguinte.

No grupo 4, por fim, a subvariável *pessoal* refere-se ao risco do Poder Executivo “colonizar” a agência com funcionários de sua preferência. Isso ocorre quando a agência não tem poderes para gerir seu próprio quadro de pessoal ou quando seus funcionários são aqueles transferidos das estatais então privatizadas ou de departamentos extintos. É de se compreender que essa última situação deve ser analisada com cuidado.

A Lei nº 9.986, de 2000, autoriza a criação de dois quadros de pessoal (art. 19). O primeiro deles é o Quadro de Pessoal Específico, destinado exclusivamente à absorção de servidores públicos alocados em outros órgãos da Administração Pública Federal, cujo regime legal é ditado pela Lei nº 8.112/1990⁸³. O segundo deles é o Quadro de Pessoal em Extinção destinado exclusivamente à absorção de empregados de empresas públicas federais liquidadas ou em processo de liquidação, regidos pelo regime celetista, que se encontrarem exercendo atividades a serem absorvidas pelas agências. É verdade que posteriormente, a Lei nº 9.986/2000, teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, por não prever a criação de cargos públicos para funcionários em regime estatutário⁸⁴, e, em parte, foi substituída pela Lei nº 10.871/2004, que criou cargos em regime estatutário para as agências reguladoras e disciplinou a forma de remuneração, gratificação e promoção desses servidores.

De toda forma, ainda se coloca o debate sobre o remanejamento de funcionários das antigas empresas estatais objeto de privatização para as então recém-criadas agências reguladoras. Pois, se por um lado a agência somente pôde contar com corpo administrativo da agência alinhado às preferências do Poder Executivo e, portanto, mais tendente às “expropriações regulatórias”, por outro, esses empregados remanejados de outros órgãos e, sobretudo de empresas públicas federais, exercendo atividades a serem absorvidas pelas agências, puderam contribuir, ainda que inicialmente, para a promoção da expertise do setor pela agência reguladora.

⁸³ Desde sua criação, o Quadro Específico de Pessoal apresenta menos cargos: ANEEL 21 cargos, ANATEL 194 cargos e ANAC 121 cargos. Ver Giacomoni (2013).

⁸⁴ Referência é feita à ADI nº 2.310/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores com pedido de suspensão cautelar dos artigos 1º; 2º e parágrafo único; 12, caput e § 1º; 13 e parágrafo único; 15; 24, caput e inciso I; 27; 30 e 33, todos da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. À época, o relator Ministro Marco Aurélio, deferiu liminar e suspendeu a eficácia dos dispositivos impugnados que determinavam que as relações de trabalho no âmbito das agências reguladoras seriam reguladas pelo regime da CLT, sob o argumento de que a função que desempenham constitui atividade típica do Estado, incompatível com o regime celetista. Posteriormente a ADI foi extinta por perda do objeto com o advento da Lei nº 10.871/2004.

Segundo Levy e Spiller (1994, p. 224) uma burocracia forte e bem-estruturada é fundamental para o sucesso da regulação e para se evitar a “expropriação regulatória” por parte dos agentes reguladores. De toda forma, considerando que a opção política foi a constituição de agências reguladoras fora da estrutura burocrática da Administração Pública Federal direta, é preciso tomar cuidado com esses remanejamentos de pessoal, para que a composição desse corpo técnico não guarde apenas uma aparência de estrutura apartada da Administração central. Por essa razão, a subvariável *pessoal* está incluída na variável institucionalização formal e, também, na substantiva.

II.4. Medindo a institucionalização substantiva

Mantendo os quatro grupos temáticos estabelecidos, são oito as subvariáveis substantivas, sintetizadas na tabela abaixo.

Tabela 4 - Institucionalização Substantiva

	Subvariável	Descrição	Nota Máxima	Peso	Nota Max. Ponderada
1	Estabilidade dos dirigentes	Dirigentes permaneceram em seus cargos até o final do mandato (<i>turn over</i>)?	10,0	1,00	10,0
	Recondução	Os dirigentes foram nomeados somente para um mandato?	10,0	1,00	10,0
	Vacância	Todas as vagas de dirigentes permaneceram preenchidas por dirigentes nomeados?	10,0	1,00	10,0
	Experiência	As indicações obedeceram à regra de experiência no setor regulado?	10,0	1,00	10,0
2	Estabilidade das regras setoriais	O conjunto de competências da agência ficou imune a iniciativas do Poder Executivo, via MP ou projeto de lei, ao reduzi-lo?	10,0	1,00	10,0
	Estabilidade dos processos decisórios	As competências e atividades da agência foram desenvolvidas por ela sem avocação por parte do Poder Executivo?	10,0	1,00	10,0
3	Recursos (contingenciamento)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo foi igual à dotação orçamentária?	10,0	0,50	5,0
	Recursos (orçamento autorizado)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo ficou acima da mediana histórica da agência?	10,0	0,50	5,0
4	Pessoal	Foram realizados concursos públicos suficientes para preencher todos os cargos criados por lei para servidores da agência?	10,0	1,00	10,0
Total Institucionalização Substantiva			90,0	8,00	80,0
Fonte: elaboração própria					

No grupo (1), regras pertinentes aos dirigentes, há quatro subvariáveis. A primeira é a *estabilidade dos dirigentes*. Conforme desenvolvido acima, os dirigentes somente podem ser destituídos de suas funções por renúncia, ou sentença judicial transitada em julgado ou decisão administrativa em processo disciplinar. É sabido que durante o período relativamente curto dos mandatos – há uma variação entre três e cinco anos – dificilmente seria possível o Poder Judiciário dar cabo de um processo sobre o tema. E, menos provável, que seja instaurado processo administrativo disciplinar por quem for competente⁸⁵ para destituir seu dirigente, a despeito dessa previsão legal. Na prática, contudo, verifica-se que os dirigentes que sofreram alguma pressão política na condução de suas atividades por parte do Poder Executivo central foram levados a deixar o cargo, razão pela qual essa subvariável se mostra relevante para a análise da efetividade da regra de estabilidade dos dirigentes para cada setor. A partir dela será possível verificar se um ou mais dirigentes deixaram o cargo antes do seu término⁸⁶.

Esse fenômeno é descrito pela literatura estrangeira como *throwing the towel*, e acomete também outros países como EUA (PRADO, 2005, p. 132). A autora aponta ainda que o Presidente pode convencer os diretores nomeados pela gestão anterior a adotar suas preferências políticas (*political drift*) (p. 133), chamando atenção para a insuficiência dessa variável em atingir seu objetivo, também recorrente nos EUA.

A segunda subvariável refere-se à *efetiva recondução* dos dirigentes das agências tomando como base para a análise o período de sua criação até o termo final da pesquisa (dezembro de 2014). Pretende-se nessa subvariável verificar quantos dirigentes foram de fato reconduzidos em seus cargos. A fim de simplificar a variável do ponto de vista contábil, havendo pelo menos uma recondução será conferido o mesmo peso, caso a recondução tenha sido mais comum ou se seu uso fora abusivo (recondução sucessiva de um mesmo dirigente).

A terceira subvariável do grupo (1), *vacância*, tem como objetivo verificar se o Poder Executivo deixou de indicar ou nomear dirigentes para as agências. Uma forma corrente de impedir que a agência exerça suas atividades é o Poder Executivo central deixar de exercer seu poder de preencher os cargos diretivos das agências, na tentativa de deixá-la inoperante, na medida em que o órgão decisório da agência dependa de quórum específico para tomar decisões sensíveis para o setor. Assim, por meio dessa artimanha, o

⁸⁵ A competência para instaurar o processo administrativo disciplinar é do Ministro de Estado da respectiva pasta à qual a agência reguladora está vinculada.

⁸⁶ É certo que a renúncia pode se dar por motivos pessoais, o que fugiria da proposta de trabalho; no entanto, não haveria como aferir objetivamente os motivos.

desempenho do agente regulador setorial fica comprometido, sem que tenha havido necessariamente a chamada “expropriação administrativa”, mas apenas uma impossibilidade do agente regulador exercer adequadamente sua função por fatores alheios à sua vontade. O tema é objeto do já citado PL nº 464/2007 que pretende disciplinar o período de vacância que anteceder à nomeação de novo Conselheiro ou Diretor⁸⁷.

É considerada como vacância do cargo de dirigente a assunção das funções de direção por funcionário na condição de dirigente interino. O chamado “interino” terá incentivos para atuar com o intuito de legitimar suas decisões e, com isso, perpetuar sua posição na diretoria da agência com a efetiva indicação pelo Poder Executivo. Sua atuação como “interino” será tão prejudicial quanto o primeiro mandato daquele dirigente que pretende buscar a recondução. Ambos os dirigentes, o que deseja se reconduzir e o interino, atuam com a preocupação de não se opor ao Poder Executivo, portanto, de maneira desalinhada com relação ao compromisso máximo de manutenção das regras do jogo se eventualmente a intenção do Poder Executivo for em sentido diferente.

A quarta subvariável *experiência* trata do conhecimento prévio relativo à área de atuação da agência dos nomeados aos cargos de direção. A proposta é captar se as indicações e nomeações de dirigentes obedecem à regra da experiência ou se, alternativamente, a aplicação dessa regra tem se dado de forma bastante ampliada do conceito de experiência e da abrangência da área de atuação da agência reguladora, a fim de indicar apenas aquele mais conveniente para o Poder Executivo, por motivos estranhos à técnica⁸⁸. Serão examinados os currículos de todos os dirigentes disponíveis no sítio eletrônico do Senado Federal a fim de cotejar com a área de atuação da agência. Em que pese a existência da regra, ela nem sempre tem sido aplicada como se verificará adiante.

No grupo (2), autonomia quanto à competência da agência, estão presentes também duas subvariáveis. A primeira, *estabilidade das regras setoriais*, busca verificar se o Poder

⁸⁷ Para informações sobre o andamento do PL, ver nota 69.

⁸⁸ “A escolha política desses dirigentes revela-se a menos adequada para atender os interesses da administração pública e da sociedade. É sabido que inúmeros servidores públicos, notadamente aqueles das carreiras típicas de Estado, possuem formação e competência para atuarem como dirigentes dessas agências. Esses servidores, desde que haja vontade política do governante, poderiam ser requisitados, sem nenhuma dificuldade, para atuar nas referidas agências. Quando se faz a opção por um servidor de carreira com um perfil adequado, as possibilidades de sucesso são maiores, e caso venham a ocorrer desvios, a possibilidade de punição também se torna mais efetiva. Quando o indicado vem de áreas estranhas ao setor público, notadamente aqueles que possuem ligações com grupos e pessoas com interesses pouco transparentes, a possibilidade de ocorrerem desvios e irregularidades graves tende a aumentar de forma significativa”. Em *Jornal do Brasil*, “Indicações políticas e desempenho das agências reguladoras”, 02.01.2013; Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2013/01/02/indicacoes-politicas-e-desempenho-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: fev. 2015. Nesse sentido, ver *Folha de S. Paulo*, “Nomeação política prejudica agências, dizem especialistas”, 29.07.2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2907200704.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

Executivo por meios legítimos – quer por meio de medidas provisórias, quer por propositura de projetos de lei específicos – tentou (e obteve) êxito na alteração de regras aplicáveis ao setor. As alterações podem ser resultado inclusive de lei em sentido estrito, proposta e discutida pelo Poder Legislativo, desde que seja fruto de uma mudança na estrutura regulatória do setor, sobretudo com alteração de competências e organização do agente regulador. Regras outras que tratem de temas não pertinentes à institucionalização do setor não devem ser consideradas.

Exemplo de avaliação negativa para a subvariável *estabilidade de regras setoriais* teria sido a existência do Projeto de Lei nº 3.337, de 2003, caso não tivesse sido arquivado em 18 de julho de 2013⁸⁹. Logo após tomar posse do seu primeiro mandato, o então Presidente Luís Inácio Lula da Silva instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial voltado a analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal, avaliar o papel das agências reguladoras e propor medidas “corretivas” do modelo adotado. Em março de 2003, o referido Grupo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.337 considerado durante seus oito anos de tramitação inequívoca tentativa do Poder Executivo em alterar as regras existentes do modelo regulador adotado no Brasil. As alterações propostas diziam respeito, principalmente, a edição de normas referentes às outorgas para a prestação dos serviços no regime público e normas referentes às concessões e permissões dos serviços de telecomunicações, por exemplo, o decreto de caducidade da concessão passa a ser de competência do Poder Concedente e não mais da Agência, conforme dispõe o art. 114 da Lei nº 9.742, de 16 de julho de 1997.

A última subvariável relativa à autonomia quanto à competência da agência é a *estabilidade dos processos decisórios*. O objetivo dessa subvariável é verificar se houve avocação de competência ou desenvolvimento de atividades por parte do Poder Executivo que poderiam ter sido desempenhadas pela agência ou por atribuição legal ou regulamentar. Com isso, espera-se identificar se quando julgadas estratégicas o Poder Executivo avoca para si determinada competência que seria própria do agente regulador e vice-versa. Note-se que diante da abrangência que a subvariável pode tomar, é preciso delimitar com clareza a análise que se pretende fazer de cada setor, sob pena de ter que analisar toda e qualquer atividade desempenhada pelo Poder Executivo pertinente a um setor específico.

⁸⁹ Esse aspecto será trabalhado no Capítulo VI sobre o setor de telecomunicações e a ANATEL.

No grupo (3), autonomia financeira, a subvariável *orçamento* é decomposta em dois testes. O primeiro procura aferir o quanto do orçamento das agências foi de fato autorizado pelo Poder Executivo central. Como dito acima, apesar de se tratar de recursos provenientes e indicados pelos próprios agentes reguladores, é necessária ainda a liberação dos recursos na Lei Orçamentária Anual (LOA), momento em que pode ocorrer o contingenciamento⁹⁰ por parte do Poder Executivo central. Em outras palavras, a efetiva liberação da verba orçamentária das agências depende diretamente do Presidente da República, que pode reter recursos mesmo após a aprovação do orçamento da agência pelo Legislativo⁹¹. Nas palavras de Batista (2011, p. 232), “o Poder Executivo delegou poderes às agências, mas manteve a ‘chave do cofre’”.

Há diversos métodos para se alcançar o montante do orçamento que tenha sido contingenciado. Pode-se, por exemplo, examinar nas leis orçamentárias anuais o orçamento previsto e aprovado subtraído o valor efetivamente gasto, porém, com isso, não se considera os valores que as agências embora tenham recebido, tiveram dificuldades de utilizá-los, e assim o valor foi devolvido. Outra forma é como aquela proposta por Batista (2011, p. 233), a partir de dados obtidos diretamente do Siafi⁹². O contingenciamento foi obtido com a subtração da dotação orçamentária e créditos do limite efetivamente autorizado pelo Poder Executivo⁹³.

Diante disso, verificar-se-á se o orçamento bruto, indicado pela agência, é igual àquele aprovado pelo Poder Executivo a partir de dados da própria agência (relatórios anuais, informações em sítios eletrônicos, relatórios externos da atividade da agência etc.). Por questão de simplificação, se não houve liberação do total indicado, receberá nota zero, se houve, dez. Independentemente dessa aferição, para fins de composição da variável, na hipótese de o orçamento ter sido contingenciado pelo Poder Executivo, verificar-se-á o quanto desse orçamento foi contingenciado desde a criação da agência, sem prejuízo também de se apontar o comportamento do orçamento autorizado ao longo dos anos. Nesse

⁹⁰ Contingenciamento é o congelamento do empenho, da reserva do numerário para o pagamento da despesa comprometida, seja por frustração no desempenho da arrecadação, seja pelo aumento da despesa, ou por ambos.

⁹¹ Vale lembrar que o processo legislativo da LOA apresenta substancial interferência do Poder Executivo. É dele a iniciativa da proposta (art. 165, da CF), bem como o poder de controle durante a execução ao longo do ano, quando são realizados os chamados contingenciamentos (redução a seu critério do volume anteriormente alocado) por meio dos decretos de execução orçamentária (art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

⁹² O método proposto por Batista (2010, p. 233) adota a seguinte fórmula: contingenciamento = $[100 - (\text{valores pagos})/(\text{lei} \pm \text{créditos})]$.

⁹³ Os dados foram obtidos a partir dos relatórios anuais e, quando estes eram insuficientes, diretamente junto à agência.

caso, tem-se o segundo teste da subvariável *orçamento*, segundo a qual apura-se o quanto esse orçamento apresentou de crescimento real. Para tanto, a pergunta é se o orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo para o último ano ficou acima de sua mediana histórica. Como a variável trata de crescimento real, sugere-se reajuste inflacionário do orçamento de anos anteriores pelos anos que compreendem o seguinte período: ano posterior ao orçamento analisado até o último ano do qual se tem orçamento definido. Dessa forma, pode-se obter o valor do crescimento (ou queda) *real* do orçamento. Nesta tese, o reajuste inflacionário foi calculado a partir da aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo IBGE.

Por último, no grupo (4), autonomia de gestão de pessoas, na subvariável *peçoal* verificar-se-á se, além de a agência ter ou não o comando da política do seu pessoal, seu quadro de servidores fora efetivamente preenchido por profissionais provenientes de concursos públicos próprios. Mais ainda, se os quadros de pessoal tem sido suficientes, em termos de volume e capacitação, para a demanda de trabalho das agências. Assim, essa subvariável permitirá captar a evolução da gestão de pessoal desde a criação da agência até o momento da avaliação, tornando-a tecnicamente autônoma.

II.5. Conclusão parcial

Conforme exposto acima, a variável institucionalização do setor regulado tem como mote analisar as regras aplicáveis ao funcionamento da agência reguladora procurando compreender aspecto importante de um setor regulado: o compromisso assumido pelo Estado regulador com a iniciativa privada, os interessados e a sociedade como um todo, no lugar da conhecida discussão sobre autonomia regulatória.

Se a relação próxima entre o Poder Executivo e a agência, sobretudo dos seus dirigentes, é inevitável no sistema político-jurídico brasileiro, é importante mapeá-la a fim de identificar, e posteriormente rechaçar, eventual interferência que impeça a agência de agir com a neutralidade que lhe cabe na regulação setorial. Cumpre lembrar, contudo, que a interferência por si só, sem impacto na sua autonomia decisória, não se mostra um problema em si. A nomeação de dirigente, com mandatos fixos e com duração maior que quatro anos, desde que compartilhada com outros poderes institucionais, calcada na experiência no setor, vedada a recondução, parece ser um desenho desejável. De nada adianta essas previsões se a norma da regra da experiência e da estabilidade dos mandatos não são obedecidas, tendo em vista o registro de renúncia de dirigentes por pressão

política. E, mais, dirigentes são reconduzidos e novas nomeações não são feitas. O mesmo ocorre com a autonomia decisória, financeira e de pessoal.

A aplicação dessa variável aos setores da economia na Parte III deste trabalho permitirá não só avaliar as agências no que se refere às suas regras organizacionais, bem como a própria avaliação dessas regras de avaliação à medida que o próprio método é testado.

Capítulo III: A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO REGULATÓRIA

Ao lado da necessidade de identificar as regras aplicáveis ao funcionamento das agências reguladoras (função da variável relativa à institucionalização) tem-se a importância da procedimentalização das atividades desempenhadas pelos agentes reguladores. Ambas se mostram relevantes para o debate acerca da qualidade regulatória, uma vez que contribuem para retirar o véu da opacidade administrativa e, com isso, conferir maior previsibilidade à atuação estatal. Afinal, se o debate da autonomia das agências é mais bem situado a partir da análise da estabilidade de regras e preservação dos contratos, o tema da procedimentalização tal como aqui entendida merece lugar de destaque por garantir previsibilidade e racionalização às decisões administrativas⁹⁴.

Como explica Faria (2008, p. 56), na procedimentalização do direito, e no presente caso do direito que rege as atividades regulatórias, “o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer procedimentos para que os diferentes setores sociais possam negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses.” Nesse sentido, mais relevante para esta análise é *o como* e não *o que* foi decidido pelo agente regulador, pois dessa roteirização criada a partir de cooperação continuada entre os diferentes atores, emergem novas possibilidades de ações e relações públicas, privadas e público-privadas. E as que se revelam mais eficientes se estabilizam e servem como marco ou referência para futuras ações. Desse modo, retoma Faria,

ao garantir expectativas sem fixar o conteúdo material ou substantivo deles, os procedimentos geram padrões estáveis e esperados de relações sociais, criando assim condições para a continuidade das relações entre os diferentes atores sociais, balizando-os e orientando-os em contextos de incerteza. (op. cit., p. 56)⁹⁵

⁹⁴ Pois, de nada adiantaria a previsão de segurança jurídica se esta não for acompanhada da estabilidade das regras: “... não basta a certeza quanto à norma aplicável para se assegurar o princípio da segurança jurídica. Nem é preciso dizer que nada significaria a previsibilidade se as projeções que dela decorrem e que norteiam a ação do administrado pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo pelo Estado. É de rigor, portanto, que à previsibilidade oferecida pela certeza se acresça a estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado.” (VALIM; 2010, p. 47).

⁹⁵ “O único compromisso efetivamente substantivo ou material do direito, nessa perspectiva, é assegurar e manter a liberdade de ação, ou seja, a liberdade para procurar e experimentar novas alternativas e opções. Em vez de impor regras que comandam fins substantivos a serem compulsoriamente atingidos, a procedimentalização é apenas uma técnica pela qual esses fins são induzidos; os fins substantivos não desaparecem – os meios de atingi-los é que mudam. Dito de outro modo, em vez de tomar as decisões unilaterais e de impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos

Quando se fala em qualidade regulatória e na tentativa de medi-la a partir da procedimentalização com o intuito de aprimorar a atividade dos agentes reguladores ao longo da sua trajetória, dois objetivos se destacam⁹⁶. Em primeiro lugar, sob um ângulo mais dinâmico, o nível de procedimentalização adotado no tempo, isto é, se os agentes reguladores passaram a adotar no decorrer dos anos procedimentos mais sofisticados que permitam a racionalização do processo de tomada de decisão combinada com a participação dos interessados, ou se adotaram procedimentos apenas mais burocratizados a fim de atender a demandas (nacionais ou internacionais) por mais transparência⁹⁷.

Em segundo lugar, é preciso identificar e compreender o que os procedimentos existentes podem informar a respeito da previsibilidade das decisões regulatórias tomadas no âmbito das agências. Deve-se questionar se os procedimentos existentes e utilizados são capazes de gerar “padrões estáveis e esperados de relações sociais” entre o setor regulado e o agente regulador.

Tanto a identificação da evolução da procedimentalização ao longo dos anos quanto a análise do processo de tomada de decisão a fim de buscar a previsibilidade das decisões regulatórias são aspectos fundamentais para o método proposto de avaliação da qualidade regulatória. Para tanto, na seção seguinte será trabalhada a concepção de procedimentalização adotada aqui, com destaque para as duas perspectivas desenvolvidas: a racionalização como facilitador da decisão regulatória e a legitimação democrática resultante do procedimento. Em seguida, serão apresentadas as subvariáveis nas quais a procedimentalização está inserida considerando a métrica de mensuração da qualidade regulatória. As subvariáveis estão, a exemplo da variável institucionalização, divididas em subvariáveis relativas à procedimentalização formal e subvariáveis relativas à procedimentalização substantiva, a fim de capturar tanto aspectos estáticos quanto dinâmicos do processo decisório das agências examinadas. Vale apontar que diferentemente do capítulo anterior, em que foi apresentada revisão da literatura sobre o

sociais, o legislador opta por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor.” (FARIA, 2008, p. 56)

⁹⁶ Interessante seria verificar, outrossim, se a experiência acumulada foi internalizada de forma a evidenciar melhoria nos processos decisórios e, com isso, o aprendizado a partir da análise da atividade regulatória na prática, com análise dos processos decisórios. Apesar de rico campo de investigação ainda pouco explorado pelos trabalhos acadêmicos, foge do escopo desta tese o exame de processos administrativos de maneira individualizada.

⁹⁷ Com o pretexto de falar sobre o processo legislativo, Silva (1964, p. 26) afirma que “[a] noção de processo envolve, em sentido geral, um momento dinâmico do seu vir a ser. Um processo representa sempre o momento da evolução de alguma coisa.”

tema, a respeito da procedimentalização não foi encontrado qualquer registro na tentativa de medi-la da forma proposta nesta tese.

III.1. O sentido técnico-jurídico do procedimento: mecanismo de racionalização e legitimação democrática

O sentido técnico-jurídico do procedimento é aqui tratado sob duas perspectivas. A primeira da procedimentalização como mecanismo de racionalização e a segunda como mecanismo de legitimação democrática. A primeira é a leitura da formalidade com a qual um ato jurídico é produzido como fator de previsibilidade que não pode ser dissociado do processo de tomada de decisão de um Estado de Direito. A racionalização gera previsibilidade que, por sua vez, afasta a insegurança jurídica.

O encadeamento necessário (não eventual ou meramente lícito) e ordenado de atos e fatos, destinados à formação do ato administrativo final (*e.g.* edição de norma setorial, aplicação de reajuste tarifário ou sanção etc.) é a clássica definição de processo administrativo⁹⁸. No entanto, não se pretende mais um estudo sobre a instauração de processo administrativo com as garantias cristalizadas na Constituição Federal como o devido processo legal (art. 5º, LIV) o direito de petição (art. 5º, XXXIV), e a ampla defesa (art. 5º, LV), ou dos seus princípios e elementos a fim de explicitar a gravidade de sua violação que enseje nulidades e responsabilidades.

A perspectiva do processo administrativo como mecanismo de racionalização considera-o como elemento de sistematização de atuações administrativas. Compartilha dessa visão Medauar (2008, p. 73) para quem “[o] processo instituído implica organização racional da edição de muitos atos administrativos. Sistematizam-se, desse modo, várias atividades.” Essa visão do processo como sistematização pode ser depreendida por diversos ângulos, como novamente ensina a autora (*op. cit.*, p. 73):

Sob o ângulo da Administração, representa meio de simplificar práticas, pois não se pode pedir a cada servidor que reinvente, a cada questão que surge, todas as medidas que devam ser adotadas. *Para o administrado*, permite o conhecimento do modo de exercício da função administrativa, em contraste, assim, com funções não processualizadas, cujo modo de exercício dificilmente se dá a conhecer. Conhecendo o modo pelo qual se desempenha a função, o administrado (indivíduo, pessoas jurídicas ou

⁹⁸ Para uma síntese dessa visão clássica de processo administrativo, ver Moreira (2007).

grupos) detém melhores condições para pleitear o reconhecimento de seus direitos. (grifos meus)

Ademais, a racionalização do processo de tomada de decisão associada à transparência que lhe é característica permite que não só os agentes envolvidos diretamente no processo tomem conhecimento dos passos percorridos pelo agente regulador e da motivação utilizada para alcançar a decisão mas toda a sociedade. Esta tem o potencial de assumir postura de monitoramento das atividades da agência. Sob a perspectiva acadêmica, é o que se propõe com a presente tese.

A segunda perspectiva da procedimentalização comporta a concepção de mecanismo de legitimação democrática. A própria origem e conceitos basilares de direito administrativo leva o jurista a afirmar que diante de uma decisão pautada em um processo administrativo se está mais próximo de um regime democrático, por implicar controle da administração pública, ao passo que a incontabilidade vincula-se à ideia de arbítrio (MEDAUAR, 2008, p. 73).

Lembre-se de que há três acepções de legitimidade: de origem⁹⁹, procedimental e substantiva. Com a relativização do modelo majoritário, o pluralismo de poder e sua constante difusão, aspectos que caracterizam o Estado regulador, não é possível valer-se da legitimidade democrática da origem para justificar o poder conferido pelos e aos agentes reguladores¹⁰⁰. Como consequência, presencia-se uma constante exigência por uma legitimidade que decorra diretamente dos agentes reguladores¹⁰¹. Daí falar em legitimidade procedimental e substancial proposta por Majone (2006).

⁹⁹ A legitimidade de origem parte da premissa de que “[a] noção de Estado Democrático de Direito está associada à de participação popular no exercício do poder político, concretizada de forma direta ou indireta” e que “[a] legitimidade das normas elaboradas pelos integrantes do Poder Legislativo decorre principalmente do fato de terem eles sido eleitos pelo povo e serem seus representantes”. Assim, “mesmo o papel de destaque conferido à lei, a partir de uma interpretação clássica do princípio da legalidade, advém do caráter de legitimidade atribuído ao Poder Legislativo, órgão responsável pela emanção de tal diploma normativo” (CUÉLLAR, 2001, p. 130)

¹⁰⁰ “O Estado regulador é caracterizado pelo pluralismo, pela difusão do poder e por extensa delegação de tarefas a instituições não-majoritárias, como as agências ou as comissões independentes. Ao pressupor que o único padrão da legitimidade democrática é a responsabilidade direta para com os eleitores ou para com o governo que expresse a maioria parlamentar do momento, então, um Estado de tribunais e de especialistas tecnocráticos obviamente estaria sofrendo de um déficit democrático.” (MAJONE, 2006, p. 76)

¹⁰¹ Tema de interesse acerca da legitimidade dos agentes reguladores que tangencia essa discussão é a construção da legitimidade dos reguladores cujos regimes estão fora do domínio do poder estatal. Esses regimes regulatórios não apresentam no Direito fundamento para o cumprimento das regras estabelecidas e nem encontram na estrutura do Estado qualquer veículo para sua legitimação (*e.g.* obrigatoriedade de utilização de mecanismos de participação democráticos e controle pelo Poder Legislativo via Tribunal de Contas etc.). Sobre o tema ver Black (2008, p. 145). Para a autora, legitimidade é a credibilidade e aceitação social. Afirma ainda que a legitimidade não deve ser pensada como uma questão de validade legal, pois para algumas instituições reconhecer a validade legal pode ser insignificante ou, às vezes, improdutivo.

A legitimidade procedimental decorre do fato (i) de que as agências são criadas por leis democraticamente aprovadas que definem a forma de indicação dos seus dirigentes por agentes eleitos, bem como seus poderes e objetivos, e (ii) das decisões tomadas obedecerem às regras formais, que muitas vezes exigem participação pública e, invariavelmente, fundamentação (MAJONE, 2006, p. 77)¹⁰².

Na literatura, um conjunto de pensadores e juristas já apontou o procedimento como condição legitimadora da atividade estatal e dos agentes reguladores¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Essa é a legitimidade substantiva das agências reguladoras apresentada por Majone (2006, p. 78), a qual depende da capacidade dessas entidades de gerar e manter a crença de que elas são as mais apropriadas para exercer as funções a elas confiadas. Alguns critérios relevantes para essa legitimidade são:

consistência em matérias políticas; o reconhecimento específico e a habilidade de solucionar problemas dos reguladores; sua capacidade de proteger interesses difusos; o profissionalismo; e, o que é mais importante, *uma definição clara dos objetivos da agência e dos limites dentro dos quais espera-se que esta opere*. (LODGE, WEGRICH, 2006, p. 28)

Ou seja, fala-se em legitimidade derivada não de processos eletivos, mas da *consecução dos objetivos indicados* pelo representante democraticamente eleito, uma *legitimidade de exercício*¹⁰⁵.

Como a legitimidade de origem não se mostra mais compatível com o modelo de Estado adotado – pois a regulação estatal implica o exercício de poder por agentes reguladores não majoritários – é preciso buscar no procedimento e no resultado a

¹⁰² “O meio mais simples e básico de melhorar a transparência e a responsabilização das agências é exigir que os reguladores fundamentem suas decisões. Isto porque a exigência de tal fundamentação ativa um número de outros mecanismos para controlar o critério regulador, tais como o exame judicial, a participação e a deliberação públicas, o exame pelos pares, a análise de políticas para justificar prioridades regulatórias, e assim por diante”. (MAJONE, 2006, p. 77)

¹⁰³ Como afirmado no Capítulo I, não é objetivo da presente tese tratar do tema sob o ponto de vista filosófico. Para essas abordagens, ver a teoria de Luhmann (1980), para quem as formas antigas de consenso e de confirmação popular das decisões precisam ser ultrapassadas diante do aumento da complexidade da vida em sociedade.

¹⁰⁴ Analisando o exercício do poder estatal, Medauar (2008, p. 70) afirma que “a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”. No mesmo sentido, idealmente, por meio do procedimento administrativo, para Moreira (2004, p. 167), é possível “a atenuação do déficit democrático, através de um procedimento no qual haveria a participação pública”. No mesmo sentido, ver Monteiro (2006, p. 359).

¹⁰⁵ “A legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício.” (MARIN *apud* ARAGÃO, 2006, p. 3).

legitimidade necessária para a atividade regulatória estatal e, com isso, a legitimação democrática. Não se quer com isso estimular a condução de procedimentos administrativos que possibilitem participação ao maior número possível dos administrados, quase como uma tentativa de regresso ao sistema da democracia participativa, conforme críticas de Black (2006, pp.155/185) e Binenbojm (2008, p. 78) e defesa de Baptista (2003, pp. 112-80)¹⁰⁶.

A procedimentalização do processo de tomada de decisão ganha ainda mais relevo se considerar que como *causa* da legitimação democrática tem-se a transparência e a responsabilização do agente regulador. Pois a responsabilização do agente regulador implica alto nível de exposição, transparência e controle (SUNDFELD, 2004, p. 195); em outras palavras, sendo o processo de tomada de decisão transparente, torna-se possível, se necessária, a responsabilização do Estado regulador. Do contrário, é bastante difícil – e, quando viável, restrita – a responsabilização dos agentes reguladores se não for conferida a devida publicidade às suas atividades. Um elemento depende do outro, e com esses dois elementos conjugados tem-se a *accountability*¹⁰⁷.

Avançando nessa linha de raciocínio, Black (2008, p. 151) afirma que para o agente regulador ser responsabilizado e transparente – portanto, *accountable* – precisa concordar em se submeter a relações de escrutínio externo. Segundo a autora inglesa, o estabelecimento da *accountability* gera uma relação dialética entre os agentes envolvidos. A *accountability* de uma organização ocorre por meio de estruturas de comunicação estabelecidas entre os sujeitos dessa relação. Nas palavras dela, “[t]o give account requires the construction of a narrative; it also involves engaging in a particular discourse of accountability”¹⁰⁸. Até mesmo a *accountability* da revisão do judiciário dos atos administrativos dos agentes reguladores seria assim entendida:

[j]udicial review is not simply the application of a set of legal norms for the behavior of public actors. (...). Rather, each is an interpretive and discursive schema through which participants in the accountability relationship make sense of their own and each other's roles, which is

¹⁰⁶ Para uma pesquisa empírica sobre a participação dos administrados em consultas e audiências públicas realizadas pela ANATEL entre 1997 e 2000, ver Mattos (2002).

¹⁰⁷ “A *accountability* é um conceito mais amplo que inclui, além do controle, a existência de condições para o cidadão participar da definição e avaliar as políticas públicas, premiando ou punindo os responsáveis”. (PÓ, 2004, p. 24)

¹⁰⁸ “(...) para se estabelecer a relação de *accountability* é preciso construir uma narrativa, o que sempre requer engajamento em um discurso próprio”, tradução minha

constructive of their relationship and which is fundamentally shaped by it. (BLACK, 2008, p. 152)¹⁰⁹.

Por fim, ferramentas que auxiliam o processo de tomada de decisão ao conferir a um só tempo ambas as perspectivas de procedimentalização (a racionalização e o caráter democrático¹¹⁰) é a Análise de Impacto Regulatório (AIR)¹¹¹ e suas variáveis (*e.g.* análise de custo-benefício, análise de riscos etc.). Porém outros instrumentos mais comumente utilizados e disseminados na cultura jurídica também podem ser considerados importantes ferramentas quando claras e bem-aplicadas, por exemplo, normas que disciplinam processos decisórios, podendo variar desde processo de aplicação de sanção disciplinar passando por descumprimento contratual e alcançando processo de elaboração de ato normativo.

III.2. Medindo a procedimentalização formal

Ainda que se procure abarcar grande número de possibilidades para se averiguar o nível de procedimentalização de um determinado setor, esse trabalho está fadado à incompletude. Na verdade, esse desafio nunca cessa, pois a lista de subvariáveis procedimentais, assim como a lista de subvariáveis institucionais, deve ser aprimorada à medida que o setor amadurece. Havia menos sentido se falar em AIR ou Agenda Regulatória quando da criação das primeiras agências no Brasil que depois de quase duas décadas; a criação dos novos atores do jogo regulatório já carregava um conteúdo de novidade bastante relevante para a própria máquina estatal e para o mercado. Além disso, o rigor que se exigia do exercício de sua atividade era menor, ou próprio de um iniciante, o que não pode persistir mais.

As nove subvariáveis que medem a procedimentalização formal estão divididas em dois grandes grupos. O primeiro deles, grupo (1), é relativo ao *processo decisório* e o

¹⁰⁹ “[a] revisão judicial das decisões dos agentes reguladores não é apenas a aplicação de um conjunto de normas legais para controlar os atores públicos. (...) Ao contrário, cada exemplo é um esquema interpretativo e discursivo por meio do qual participantes da relação de *accountability* se dão conta de seus próprios papéis e dos papéis dos outros. Esses papéis constroem essa relação e são moldados fundamentalmente por ela”, tradução minha.

¹¹⁰ “A um só tempo, a CBA [Análise de Custo-Benefício] pode muito bem ter vantagens democráticas significativas, reduzindo o controle de grupos de interesse e promovendo a atenção do público para o que está realmente em jogo de uma forma que aumenta tanto a prestação de contas quanto a transparência” (SUNSTEIN, 2002, p. 27), tradução minha.

¹¹¹ A Análise de Impacto Regulatório (AIR) será explicada a seguir.

segundo, grupo (2), à *transparência*. A tabela abaixo sintetiza as subvariáveis, bem como respectivos testes, propostas para cada grupo.

Tabela 5 - Procedimentalização Formal

	Subvariável	Descrição	Nota Máxima	Peso	Nota Max. Ponderada
1	Processo decisório (duração)	Há previsão de duração dos processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Regulamentação	Há norma que disponha sobre os processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Diretoria (deliberação)	As atas são detalhadas com descrição dos votos divergentes e debates havidos no colegiado?	10,0	1,00	10,0
	Racionalização	Há algum mecanismo de racionalização do processo de tomada de decisão da agência (p. ex.: AIR)?	10,0	1,00	10,0
	AIR	Caso a AIR seja adotada, sua utilização é obrigatória para todas as decisões que causarão impacto no setor?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória	A agência adota agenda regulatória?	10,0	1,00	10,0
2	Processo decisório (transparência)	É conferido o livre e amplo acesso aos autos dos processos decisórios por qualquer interessado?	10,0	1,00	10,0
	Consulta Pública	Consulta pública é adotada para a tomada de decisão que impacte o setor?	10,0	0,33	3,3
	Consulta Pública (publicação)	A agência é obrigada a publicar todas as contribuições encaminhadas?	10,0	0,33	3,3
	Consulta Pública (respostas)	A agência é obrigada a responder todas as contribuições encaminhadas?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (publicidade I)	A reunião da diretoria colegiada é aberta ao público?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (publicidade II)	A reunião da diretoria colegiada é transmitida em tempo real pela Internet ou televisão?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (quórum)	Há quórum mínimo na reunião da diretoria?	10,0	0,33	3,3
Total Procedimentalização Formal			130,0	9,00	90,0
Fonte: elaboração própria					

Para o grupo (1), referente ao *processo decisório*, as subvariáveis buscam determinar os elementos básicos que contribuem para a previsibilidade das decisões da agência: a forma de deliberação da diretoria, a existência de norma regulamentadora dos processos decisórios, a duração desses processos, e, ainda, se é pautado por algum critério racional em oposição a processos decisórios arbitrários.

A primeira delas é relativa à *duração* do processo decisório, esta busca informar ao administrado e àquele que está avaliando a atuação da agência quanto o tempo é um fator indispensável para o jogo regulatório. Se um lado pode desestimular a atuação do administrado pela via administrativa ao se tornar ineficaz por falta de dinamismo¹¹², por outro, pode conferir previsibilidade para o processo decisório. O administrado sabendo que um pedido de reequilíbrio ou o debate sobre uma nova regulamentação pode durar alguns meses, ainda que de maneira a variar dependendo do objeto da deliberação, colabora para a ideia aqui reforçada da possibilidade de antecipar a atividade da agência. A noção de roteirização confere à atividade regulatória maior segurança jurídica. Dessa forma, presente previsão de duração de processos decisórios da agência, a nota é dez, em caso negativo, é zero.

A subvariável *regulamentação* tem como preocupação identificar se a agência sob exame regulamentou seus diversos processos decisórios. Ainda que não haja norma sobre todos os processos decisórios, importante destacar que a existência de uma ou mais norma regulamentadora sobre o tema permite ao administrado prever as etapas pelas quais seu processo administrativo tramitará até que uma deliberação final seja alcançada. Assim, havendo regulamentação sobre processos decisórios, a nota é dez, sendo silente em relação à aplicação de sanção ou descumprimento contratual, a nota é zero.

A subvariável acerca da forma de *deliberação* da diretoria colegiada da agência tem por objeto permitir verificar se é conferida a devida publicidade aos votos divergentes e/ou debates, incluindo pontos de divergência, discussões ou reflexões. Com isso, torna-se possível para o administrado tomar conhecimento dos debates ocorridos no órgão deliberativo e, principalmente, antecipar os primeiros sinais para uma eventual mudança de entendimento da diretoria sobre determinado assunto.

A subvariável *racionalização* das deliberações avalia se a agência se preocupa em transmitir ao administrado que seu processo decisório não é arbitrário; o exercício da sua competência decisória que confere concretude à sua discricionariedade é pautada por critérios racionais. Não se quer com isso sustentar que as agências reguladoras teriam

¹¹² Note-se que esse foi um dos argumentos que justificou a criação das agências reguladoras. A esse respeito: “A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador. Até porque nestes espaços se torna possível (mediante os instrumentos de mediação e interlocução internos ao *locus* regulatório) a produção de regras, instrumentos e decisões com muito maior possibilidade de operacionalização (eficácia) e de implementação (efetividade)” (MARQUES NETO, 2000, p. 82).

discrecionalidade técnica e, com isso, a margem de decisão diminuída¹¹³. Essa discussão doutrinária não contribui para o debate dessa subvariável, cujo propósito é mais uma vez diminuir o espaço das arbitrariedades por parte das agências reguladoras e, em seu lugar, intensificar a previsibilidade dos processos decisórios. Vale ponderar, contudo, que não se quer, mais uma vez, tornar engessado o processo decisório. Entretanto, ainda que o conteúdo da decisão seja incerto, o processo ao qual a agência teve de obedecer para alcançar aquela decisão não será desconhecido. É dizer, a deliberação não se dará às portas fechadas, mas conforme procedimento objetivo e fundamentado em evidências confrontadas pelos administrados. Ademais, isso contribuirá para o controle das decisões regulatórias na medida em que evitará a produção de decisões eivadas de vícios, por exemplo, de finalidade e de motivo do ato administrativo. Se a finalidade e os fundamentos da decisão devem ser exaustivamente confrontados no processo racional de tomada de decisão, haverá oportunidade para se reparar o vício antes da decisão final.

Como exemplo de mecanismo de racionalização do processo de tomada de decisão regulatória é mencionada a AIR¹¹⁴, que aparece como uma subvariável autônoma. A AIR é considerada um procedimento que as agências reguladoras no Brasil¹¹⁵ e em outros países¹¹⁶ têm adotado cada vez mais. Esse procedimento, preservadas algumas variações

¹¹³ “Em determinadas hipóteses, não há dúvida: a lei usa conceitos técnicos que dependem da manifestação de um órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida”. Esta vinculação a uma única solução reduz a discrecionalidade administrativa (DI PIETRO, 2010, p. 217).

¹¹⁴ Do ponto de vista teórico, AIR é considerada “instrumento de controle da atividade regulatória do Estado por meio de aplicação de procedimento administrativo voltado à análise das decisões regulatórias a serem tomadas ou já tomadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador.” (PESSÔA VALENTE, 2013, p. 87)

¹¹⁵ Das dez agências reguladoras brasileiras, apenas a ANA (Agência Nacional de Águas) não adota a AIR. Dentre as agências que adotam AIR: ANATEL (art. 62, parágrafo único, Resolução nº 612 de 29.04.2013), ANVISA (Portaria nº 650, de 29 de maio de 2014), ANTAQ (art. 52, inciso IV da Resolução nº 3.585, de 18 de agosto de 2014), ANAC (Instrução Normativa nº 61 de 03.07.2012), ANEEL (Norma de Organização nº 40, de 12 de março de 2013 aprovada pela Resolução Normativa nº 540, de mesma data), ANP (Art. 1º e 6º da Portaria ANP nº 255, de 22 de novembro de 2013), ANCINE (Resolução da Diretoria Colegiada nº 52 de 10.01.2013), ANS (art. 7º da Resolução Normativa nº 197, de 16 de julho de 2009), e ANTT (o Diretor-Geral da agência, por meio da Ordem de Serviço nº 002/2011/DG/ANTT, de 08 de setembro de 2011, recomendou sua adoção).

¹¹⁶ Merece destaque a experiência dos Estados Unidos da América, Inglaterra e União Europeia. A experiência norte-americana iniciou-se com a Ordem Executiva nº 12.291 de 1981, que determinou às agências executivas a submissão a uma análise de custo-benefício. Estas eram submetidas ao OIRA (*Office Information of Regulatory Affairs*), um órgão central de supervisão e monitoramento dessas análises realizadas pelas agências. Hoje a exigência decorre da Ordem Executiva nº 12.866 de 1993. Já na Inglaterra, só em 2007 a chamada análise de impacto passou a ser exigida em todo o processo de tomada de decisão, desde políticas regulatórias, até políticas públicas. A partir de 2001, no entanto, sua adoção já era obrigatória, mas ainda restrita às agências inglesas. A experiência europeia foi tardia quando comparada a dos países citados. Em 2000 a União Europeia iniciou o aprimoramento de seu ambiente regulatório, tendo sido criado,

possíveis, pode chegar a ter cerca de onze fases (PESSÔA VALENTE; 2013, p. 58). São elas: (i) definição do problema; (ii) criação de linha do tempo com previsão sobre o que aconteceria caso não ocorresse qualquer intervenção; (iii) definição dos objetivos; (iv) consulta e participação dos possíveis afetados a fim de validar as conclusões alcançadas nas fases anteriores; (v) seleção de diferentes opções a serem consideradas; (vi) escolha do método que será utilizado para analisar as opções apontadas; (vii) mapear os dados necessários para a mensuração dos benefícios e custos de todas as opções identificadas e se necessário realizar pequenos estudos a fim de coletar dados para validar os utilizados nas análises; (viii) análise e comparação das opções de acordo com o método escolhido e elaboração da minuta do relatório da AIR e, se for o caso, da medida regulatória adotada; (ix) consulta pública das minutas do relatório de AIR e, se for o caso, de medida regulatória para validação do resultado; (x) ajustar o relatório de AIR e, se for o caso, a sugestão da medida regulatória adotada ao agente regulador responsável pela tomada de decisão; e (xi) monitoramento da regulação.

Da mesma forma como a subvariável racionalização expõe com detalhes o processo de tomada de decisão, a AIR permite que esse mesmo seja *revelado*. Em outras palavras, a decisão é tomada *pari passu* com a aplicação dessa ferramenta com mais transparência e com a participação efetiva do administrado (e não apenas para opinar acerca da decisão já tomada). Diz-se que o Estado regulador é mais *accountable* com o uso da AIR; *accountability*, aqui entendida como responsabilização e controle sobre essa burocracia¹¹⁷. Com isso, é importante para a avaliação da atividade regulatória identificar se a agência sob exame deve, desde o início do processo decisório que impactará o setor regulado, realizar a AIR arcando, assim, com os custos burocráticos, jurídicos e políticos desse instrumento.

Ainda no grupo (1), a subvariável *agenda regulatória* pondera a capacidade de a agência planejar seu processo decisório futuro antecipando assim as prioridades setoriais para o administrado. Dessa forma, caso se adote a agenda regulatória, a agência contribui para um diálogo mais aberto e claro com o administrado sobre sua estratégia de atuação,

em 2006, o Impact Assessment Board (IAB), órgão que opina sobre todas as AIR que a Comissão Europeia realiza.

¹¹⁷ “Considerando-se que a disponibilidade de informação é um fator crucial para ambos [*accountability* e controle], a existência de procedimentos que obriguem os órgãos burocráticos a disponibilizarem informações sobre suas ações e resultados aumenta a possibilidade de controle e de *accountability* sobre a burocracia”. (PÓ, 2004, p. 24).

ou seja, anuncia quais são suas ações (normatização, fiscalização, estudos etc.) para os próximos anos.

O grupo (2) de subvariáveis diz respeito à *transparência* do processo decisório da agência. A transparência é essencial para que o administrado possa antecipar decisões do ente regulador, bem como tomar conhecimento das suas motivações. Daí resulta a principal razão para a transparência estar entre as subvariáveis da variável procedimentalização: a ideia de que a decisão é um ato complexo em oposição ao ato uno¹¹⁸, pois resultante de um processo do qual o administrado pode antecipar as etapas e a decisão final será baseada em evidências objetivamente contrapostas com outras opções de decisão.

A primeira subvariável do grupo (2) é relativa à *publicidade* conferida aos autos do processo decisório. Sendo público e acessível por qualquer interessado, o grau de transparência da agência é maior se comparado com a hipótese de que apenas os envolvidos podem ter acesso aos autos do processo administrativo. Essa maior publicidade do processo contribui para aprimorar a atividade dos operadores do Direito no setor, quer se baseando em estratégias de sucesso de um ou outro processo administrativo, quer fiscalizando a atuação da agência, uma vez que se impõe ao regulador o tratamento isonômico entre os agentes. Sustenta-se aqui que à semelhança da advocacia da concorrência¹¹⁹, é possível que a atividade da comunidade jurídica possa influenciar a forma como a atividade regulatória é exercida.

A subvariável *consulta pública* evidencia o cuidado das agências, ainda que em uma extensão menor que a AIR, em chamar o administrado para participar do processo decisório trazendo para o ambiente do regulador dados, opiniões e perspectivas próprias do setor privado ou daqueles que sofrerão algum tipo de impacto. Não se pode esquecer que

¹¹⁸ “Quanto à formação da vontade, os atos administrativos podem ser simples, complexos e compostos. Atos simples são os que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado. (...) Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins. (...) Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele”. (DI PIETRO, 2010, p. 222).

¹¹⁹ “A advocacia da concorrência possui duas dimensões. A primeira reflete o papel da agência de concorrência como consultora do governo e das agências reguladoras setoriais com relação à legislação e aos regulamentos que constituem a política da concorrência. A segunda é a busca do aumento do entendimento e da aceitação pública aos princípios da concorrência”. Deste modo, atuam na promoção da conscientização pública e suporte à política de concorrência. (OCDE, 2010, pp. 76-80)

ela foi o primeiro instrumento de promoção da transparência do processo de tomada de decisão regulatória acolhido pelo ordenamento brasileiro quando da criação das agências, razão pela qual sua obrigatoriedade e sua efetividade são de extrema importância para a presente análise.

A subvariável foi aqui decomposta em três testes. O primeiro deles diz respeito à obrigatoriedade de realização de consulta pública antes da decisão final que impacte o setor ou os *stakeholders* do setor pela agência e torna clara essa preocupação em conferir legitimidade à atividade regulatória. Note-se, contudo, que a consulta pública apesar de se mostrar necessária para a consecução da transparência e participação da sociedade, não tem sido suficiente para seu atingimento¹²⁰. Daí a importância das outras variáveis do grupo (2).

Além disso, a consulta pública exerce, ao lado da AIR, papel fundamental de orientar a revisão judicial das decisões regulatórias, tema do próximo capítulo¹²¹. Daí decorre a importância dos outros dois testes dessa subvariável que procuram captar a *publicação das contribuições e respostas* produzidas no âmbito de uma consulta pública. Pois, havendo a obrigação da agência publicar as contribuições e responder publicamente a elas¹²², os interessados podem tomar conhecimento de todas as questões levantadas sobre o tema a tempo de construir sua própria percepção da decisão, estando munidos da completude de elementos e fiscalizar a atuação futura dessa burocracia que deve ser pautada pela coerência de atos e argumentos que os fundamentam.

Não é por outra razão que Bruna (2003, p. 271) aponta a relação entre a contribuição realizada no âmbito da consulta pública e o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da CF. O direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação, como prevê esse instrumento constitucional, deve ser provido de eficácia, assim como o direito de qualquer interessado de levar sua

¹²⁰ Neste sentido, Binenbojm (2005, p. 16): “Nos casos em que há a obrigatoriedade de realização de consulta pública, a participação torna-se condição de validade do ato, podendo fundamentar pedido de revisão judicial do mesmo. Por isso, é essencial que a obrigação esteja contida na lei, caso contrário não se poderá questionar a validade do ato normativo à espreita do cumprimento deste requisito”.

¹²¹ “Mais do que simples ‘concessão’ inspirada pelo espírito democrático do legislador ou da autoridade administrativa, tais procedimentos devem ser encarados como um importante instrumento de orientação da revisão judicial dos atos normativos, especialmente diante de competências discricionárias, pois são eles capazes de fornecer elementos ao Judiciário para avaliar a higidez tanto do processo normativo quanto da própria norma em si mesma.” (BRUNA, 2003, p. 271).

¹²² A esse respeito, Bruna (2003, p. 271): “Com efeito, nenhum sentido haveria em a lei exigir a realização de uma consulta pública, se a autoridade não estivesse obrigada a efetivamente examinar as contribuições dos interessados, acatando-as ou não, sempre de forma fundamentada.”

contribuição durante o processo de consulta pública, ainda que seja de modo a influir a seu favor sobre o conteúdo da decisão normativa. Dessa forma, deixar de fornecer uma resposta motivada, quer para acolhê-la ou não, é incompatível com uma atividade administrativa adequada¹²³.

Por fim, a última subvariável pertinente à procedimentalização formal de um dado setor é atinente às *reuniões da diretoria colegiada*. Saber se as reuniões do órgão deliberativo são abertas ao público (teste 1) e *transmitidas em tempo real* (teste 2) por algum meio de comunicação (televisão ou rede mundial de computadores) explicita a disposição da agência em efetivamente possibilitar o acompanhamento pela sociedade de suas atividades. Ainda que sejam desenvolvidos mecanismos de cumprimento dessa exigência que não atendam à preocupação legítima que essa subvariável resguarda, por exemplo, a realização de reuniões prévias desprovidas da publicidade aqui defendidas, esse mecanismo, inclusive quando se admite a participação de interessados, ainda assim se manifesta como sendo fundamental para que o processo decisório seja exposto a um escrutínio público.

O terceiro teste da subvariável reuniões da diretoria colegiada procura verificar se as normas aplicáveis à agência trazem exigência de *quórum mínimo* para a reunião não só ser instalada, mas para a diretoria deliberar. Esse teste procura se contrapor à prática corrente de demora do Poder Executivo¹²⁴ em nomear os dirigentes (os períodos de vacância) que acaba interferindo na capacidade de decisão da agência. Se há a previsão de quórum mínimo para que a diretoria possa deliberar, é possível antecipar os efeitos da vacância dos cargos de dirigentes e até mesmo pressionar o Poder Executivo para que as nomeações sejam realizadas.

¹²³ “Deve-se observar, aliás, que o direito dos interessados de participar do processo de consulta pública configura uma expressão do direito de petição, consagrado no art. 5º, XXXIV, da CF, que, na visão de José Afonso da Silva, invocando as lições de Claude-Albert Colliard, é ‘o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação’, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável a liberdade’. Ora, ao levar sua contribuição durante o processo de consulta pública, qualquer interessado nada faz senão procurar influir sobre o conteúdo da decisão normativa, de modo que o regulamento a ser editado venha a ser-lhe mais favorável, nada diferente do que a atividade compreendida no âmbito da garantia constitucional do direito de petição. E, como remata o mencionado constitucionalista pátrio, ‘o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar de pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação’”. (SILVA, 1991, pp. 382-3). No mesmo sentido, ver Bruna (2003, p. 271).

¹²⁴ Fala-se em demora do Poder Executivo e não do Legislativo, pois na prática se verificou que apesar de as indicações serem compartilhadas entre os dois poderes, apenas o primeiro faz uso desse artifício como forma de pressionar a agência em um ou outro sentido.

III.3. Medindo a procedimentalização substantiva

As 4 subvariáveis que medem a procedimentalização substantiva estão inseridas no grupo (1) relativo ao *processo decisório*, não tendo sido proposta subvariáveis para o segundo grupo. A tabela a seguir sintetiza as subvariáveis.

Tabela 6 - Procedimentalização Substantiva

	Subvariável	Descrição	Nota Máxima	Peso	Nota Max. Ponderada
1	AIR (aplicação)	As AIRs estão sendo realizadas conforme previsão normativa?	10,0	0,25	2,5
	AIR (consulta aos interessados)	Nas AIR realizadas, houve consulta aos interessados em momento anterior à minuta de regulamento e do relatório?	10,0	0,25	2,5
	AIR (análise)	Nas AIR realizadas, o relatório contemplou a alternativa de manutenção do <i>status quo</i> (de não alterar o cenário regulatório)?	10,0	0,25	2,5
	AIR (potencial de alteração)	Nas AIR realizadas, houve mudança de direção inicialmente indicada em razão das análises realizadas?	10,0	0,25	2,5
	Consulta Pública	As consultas contribuíram para a alteração da minuta de norma submetida à colaboração de interessados?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória (eficácia)	A agenda regulatória foi obedecida pela agência desde a sua adoção?	10,0	1,00	10,0
	Diretoria (interino)	O quórum mínimo foi respeitado sem a necessidade de dirigentes interinos?	10,0	0,50	5,0
	Diretoria (atas)	Das reuniões ocorridas é possível identificar, pelas atas, a deliberação sobre o conteúdo das decisões tomadas?	10,0	0,50	5,0
Total Procedimentalização Substantiva			80,0	4,00	40,0
Fonte: elaboração própria					

A subvariável relativa à AIR está decomposta em quatro testes que, reunidos, procuram identificar se essas análises foram realizadas adequadamente ou apenas por mera formalidade. Os testes procuram apurar (i) se a consulta aos interessados ocorreu no momento anterior à redação da minuta do regulamento ou de relatório da AIR, para que possa diferenciar essa consulta da tradicional consulta pública; (ii) se no âmbito da AIR foi contemplada a alternativa de manutenção do *status quo*, ou seja, de não atuação do agente regulador para, assim, evitar a edição de normas desnecessárias; (iii) se houve mudança no entendimento da agência diante das análises realizadas. Este último não é necessário, mas

difícilmente a agência terá previsto todas as consequências sem que o administrado, aqui entendido como ampla gama de interessados no tema, tenha apresentado algum efeito da futura decisão não antecipado pela agência.

Mais uma vez, a AIR deve ser interpretada menos como um mecanismo que permite a participação do administrado e mais como um propulsor da redução da assimetria de informação. Esta assimetria de informação é reduzida de dois lados: tanto na relação entre regulador e regulado, quanto entre regulador e Poderes Legislativo e Executivo. Sobre esse último lado, Posner (2001, pp. 1168-9) aponta que os grupos de interesse deixam de influenciar a formação da opinião dos Poderes Legislativo e Executivo sobre as atividades dos agentes reguladores, para apenas informá-los acerca da “localização do *status quo* da agência”. Ou seja, a partir da intensidade da oposição (ou apoio) à proposta dos agentes reguladores, o Presidente da República ou o Congresso Nacional, no caso do sistema federal de regulação, podem identificar se a atividade regulatória está tendente a ser mais ou menos restritiva a um grupo de interesses.

A subvariável *consulta pública* avalia como as contribuições encaminhadas no âmbito da consulta pública influenciaram a decisão da agência com a alteração da minuta de resolução. Se a obrigatoriedade é da submissão de minutas de resolução a consulta pública antes da sua publicação, de nada adiantaria essa regra caso as agências nada ou muito pouco adotassem das contribuições. Contudo, é sabido que a análise de todas as consultas públicas realizadas mostra-se inviável para os fins aqui pretendidos da aplicação do método para os setores selecionados, diante do expressivo número de consultas públicas realizadas desde a criação das agências reguladoras há quase duas décadas¹²⁵.

Com a subvariável *agenda regulatória* pretende-se verificar se o propósito de se disponibilizar uma agenda regulatória foi cumprido. Caso a agenda tenha sido proposta, mas não obedecida, sua propositura fora mero requisito formal que confere à atividade da agência uma aparência de regularidade, mas a partir da sua análise substantiva a qualidade não é a desejada pelas regras vigentes. Assim, sendo meramente indicativa, ou seja, não vinculante, a agenda apresenta efeitos positivos mais limitados. Ela frustra a aproximação efetiva, pelos *stakeholders*, das atividades regulatórias, mantendo, no entanto, uma falsa aparência de que está disposta a contribuir para essa aproximação.

Já a subvariável *diretoria colegiada* é decomposta em dois testes. O primeiro se refere à nomeação de *dirigentes interinos* sem que as nomeações de dirigentes definitivos

¹²⁵ Prefere-se apontar essa análise de todas as consultas públicas como pesquisa futura para tornar o parâmetro de apuração da qualidade regulatória aperfeiçoado.

sejam feitas. Esse artifício, que pode ser utilizado pelo Presidente da República, acaba por prejudicar todo o sistema de indicação. Se a ideia era que as nomeações fossem feitas para que ao longo dos mandatos os dirigentes pudessem ter o mínimo de descolamento político-partidário, a facilidade com que o Presidente da República pode destituir o dirigente interino ou, pior, prometer a ele que seja nomeado dirigente caso demonstre “merecer” o cargo em razão de decisões tomadas a favor dos interesses do Poder Executivo, a indicação de dirigentes interinos é sintoma de má qualidade regulatória.

O segundo teste é quanto ao *conteúdo deliberativo das atas das reuniões da diretoria colegiada*. O exame das atas possibilita identificar se as reuniões da diretoria são deliberativas ou meramente homologatórias de decisões já tomadas sem a publicidade pretendida pela norma ao exigir a publicação de atas e a transmissão em tempo real das reuniões. Sustenta-se que a densidade das reuniões da diretoria colegiada pode ser percebida pelas atas: caso as atas sejam detalhadas com debate acerca do conteúdo decisório, as reuniões estarão mais próximas de serem deliberativas; caso as atas sejam mais pobres em discussão de conteúdo decisório refletirá a total ausência de deliberação efetiva durante as reuniões.

Quando da aplicação do modelo proposto de avaliação da qualidade regulatória de um ou mais setor, na Parte II deste trabalho, seria importante verificar se houve debate do universo de todas as reuniões realizadas desde a criação da agência, no entanto, isso se mostra impossível em alguns casos. O registro dessas reuniões, quando existentes, são extremamente sucintos, por isso a variável prevê averiguar apenas a existência ou não de debate a partir da ata. Mesmo sabendo que pode ter havido discussão entre os dirigentes que não tenha sido captada pela ata, essa informação não será levada em conta em razão da impossibilidade de verificá-la de forma objetiva.

III.4. Conclusão parcial

Com os objetivos de *identificar* a adoção de procedimentos de racionalização do processo de tomada de decisão regulatória e *verificar* se esses procedimentos de fato conferem previsibilidade à atuação desse agente regulador, o método de mensuração do nível de procedimentalização proposto tem como efeito elevar a segurança jurídica do ambiente regulatório em que está inserido esse agente. Isso ocorre na medida em que fica

constatado objetivamente se o setor está mais ou menos suscetível a decisões regulatórias arbitrárias e sem lastro democrático.

A partir dos parâmetros propostos de apuração da procedimentalização, não basta a adoção de procedimentos que permitem a racionalização do processo de tomada de decisão, mas especialmente garantir que esses procedimentos sejam capazes de gerar “padrões estáveis e esperados de relações sociais” entre o setor regulado e o agente regulador. Para tanto, ambos os testes propostos (para as subvariáveis formais e substantivas) devem ter sucesso, sendo insuficiente um bom desempenho em apenas um deles.

Após o processo administrativo e observadas todas as garantias constitucionais e legais aplicáveis, persistindo a insatisfação diante de decisão tomada pelo agente regulador, o administrado pode questioná-la judicialmente com fundamento no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV). Mesmo não sendo capaz de evitar a corrida ao Judiciário, a mensuração do nível de procedimentalização é benéfica e recomendável, pois favorece a eficácia do controle na medida em que torna menos aleatórios não só os processos decisórios do Administrador Público, mas confere balizas mais concretas ao Judiciário da produção da decisão administrativa (quais foram os parâmetros para tomar esta ou aquela decisão? Qual foi a opinião dos interessados? Quais dados corroboram a decisão tomada? Como este poder institucional se comporta diante de decisões regulatórias é o tema do próximo capítulo.¹²⁶

¹²⁶ Estudos empíricos devem ser feitos para avaliar se a judicialização das decisões das agências guarda relação com o seus processos decisórios (quanto mais racionais e transparentes os processos decisórios menor o número de demandas judiciais da agência?), mostrando-se como campo vasto para futuras pesquisas.

Capítulo IV: A JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES REGULATÓRIAS

IV.1. A judicialização de decisões das agências reguladoras

Tão fundamental para o debate da qualidade regulatória quanto a questão da estabilidade das regras aplicáveis às agências e da previsibilidade de suas decisões, é a compreensão da judicialização dessas decisões e regras. Em outras palavras, não há que se falar em autonomia decisória ou racionalização do processo de tomada de decisão das agências sem tratar sobre como o Poder Judiciário interpreta as regras e arbitra as decisões administrativas das agências.

A judicialização por si só, no entanto, não é negativa. Como lembra Salgado (2009, p. 10), “[d]a perspectiva do desenvolvimento institucional, é extremamente positivo que decisões administrativas sejam contestadas e levadas ao Poder Judiciário, mais ainda quando os interesses coletivos que essas decisões buscam defender sejam confirmados nessa esfera.”¹²⁷, porém para se extrair tudo o que essa revisão judicial tem a ensinar é preciso estudá-la e compreendê-la.

Em um primeiro momento, o comportamento do Judiciário deve ser mapeado para se identificar *se decide* e *como* decide sobre questões regulatórias e, no segundo, deve-se refletir acerca dos dados levantados a fim de verificar se o Judiciário de fato contribui para o fortalecimento dos agentes reguladores e a garantia da proteção aos agentes econômicos e sociais regulados¹²⁸.

IV.2. Revisão da literatura sobre o tema

O tema remonta a vasta literatura sobre o controle dos atos administrativos, gênero do qual a decisão regulatória é espécie. Sem perder de vista a preocupação primordial deste trabalho, ou seja, a mensuração da qualidade regulatória, ela poderá afastá-lo de discussões mais amplas sobre a revisão dos atos administrativos. Essas discussões versam, de uma maneira geral, sobre a possibilidade (e, para alguns, a extensão) de o Judiciário substituir o

¹²⁷ “Só então [após a confirmação da decisão pelo Judiciário] se pode falar em estabelecimento e consolidação de jurisprudência em determinada matéria envolvendo o direito e a economia.” (SALGADO, 2009, p. 10)

¹²⁸ Não se pretende nesta tese discutir a judicialização de políticas públicas. Considerando que às agências cabe aplicar as políticas públicas idealizadas pelo Congresso Nacional e o Poder Executivo central, fala-se apenas em se identificar a revisão judicial das decisões administrativas tomadas pelas agências.

administrador e decidir por ele no caso concreto. Tratam disso, em primeiro lugar, as teorias de controle do ato administrativo, as quais em nosso ordenamento são muito mais antigas que a própria ideia de agência reguladora, mas nem por isso deixam de ser aplicáveis aos atos regulatórios, como lembra Czelusniak (2009, p. 13)¹²⁹.

Entre as teorias mais tradicionais se encontram a teoria dos elementos do ato administrativo, da insindicabilidade do mérito administrativo e da discricionariedade administrativa¹³⁰, sendo todas elas uma maneira diferente de se abordar a legalidade do ato emanado da administração pública. Assim, temas como ato vinculado *versus* discricionário, princípios da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo) na doutrina nacional e internacional¹³¹, princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, discricionariedade técnica *versus* discricionariedade administrativa são objeto de estudo, bem como diversas teorias de interpretação e de decisão judicial sobre atos administrativos¹³².

De maneira simplificadora, essa visão doutrinária clássica se divide entre aqueles que veem na atividade do Poder Judiciário controle adstrito a questões de formalidades do ato administrativo, resguardando, assim, o juízo de “conveniência e oportunidade” do administrador de qualquer juízo jurisdicional, e aqueles que defendem o controle formal e material do ato administrativo, pois a legalidade de um ato não resultaria apenas de elementos reconhecíveis em seus aspectos externos¹³³.

¹²⁹ Czelusniak (2009, p. 13-4) aponta que “[a] razão fundamental para a aplicação dessas teorias [de controle do ato administrativo] mais antigas aos atos regulatórios é a quase automática qualificação deles como atos administrativos. Embora esta qualificação possa até ser questionada em relação a alguns tipos de atos regulatórios [por exemplo atos normativos], o que interessa é que as tradicionais teorias sobre o controle judicial do ato administrativo estão sendo aplicadas a eles, e de fato são úteis para analisar sua legalidade a variados aspectos.”

¹³⁰ Da discricionariedade administrativa decorrem, por sua vez, as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. Estão entre aqueles que defendem o uso da teoria Bandeira de Mello (2010) e Medauar (2005, p. 130). Crítico ao uso da “discricionariedade” e “mérito” para a definição dos limites da matéria cognoscível pelo Judiciário está Veríssimo (2011, pp. 292-4), para quem a utilização de conceito jurídicos indeterminados, ao contrário do que se pode imaginar, vincula o administrador.

¹³¹ Nesse sentido, ver Bruna (2003). Para uma crítica sobre a fundamentação judicial a partir de princípios, ver Sundfeld (2011).

¹³² Um estudo possível, ainda no campo do direito administrativo, seria da *hard look doctrine* do Judiciário estadunidense. Segundo Binbenojm, (2005, p. 5), esta seria a construção jurisprudencial favorável a um controle mais detido do processo de tomada de decisão e do conteúdo do dispositivo da regulação por meio do qual o Judiciário se comporta como verdadeiro “curador da racionalidade dos processos decisórios”. Aponta Wang, Palma e Colombo (2010, p. 273) que “[a]lém da checagem de legalidade a *hard look doctrine* serve como método de teste de efetividade das medidas regulatórias, pois ela defere ao juiz legitimidade para requerer das agências reguladoras a exposição dos benefícios da regulação ou a justificativa de alguns possíveis ônus, como o custo da regulação ou de um pontual problema que pode advir da atividade ordenadora do Estado.” (SUNSTEIN, 1984, *apud* WANG, COLOMBO e PALMA, 2010, p. 53)

¹³³ A tentativa de dividir os autores que tratam do tema em duas correntes mostrou-se possível apenas do ponto de vista da organização do argumento, pois ao analisar atentamente os posicionamentos, dificilmente se poderia posicionar com clareza os autores em uma ou outra categoria, restando sempre dúvidas em razão

Filia-se à primeira corrente o autor de obra seminal sobre o tema, Miguel Seabra Fagundes, para quem

[a]o Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação e independência dos poderes”. (2010, p. 181).

O tema não é fácil, pois o próprio Fagundes, também relator de caso paradigmático da jurisprudência nacional na Apelação nº 1.422¹³⁴, como desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, com ônus argumentativo que lhe cabia, decidiu pela anulação de ato da administração pública que, sob o argumento de não se tratar de vício formal, mas de ato discricionário do Poder Judiciário, não estaria autorizado a examiná-lo não fosse a arbitrariedade do agente público ao privilegiar uma empresa¹³⁵.

das construções de ideias e exceções previstas que apenas evidenciam a dificuldade e fluidez com que esses conceitos são manipulados pela doutrina. Exemplo disso é Bandeira de Mello (2010) que, apesar de utilizar o vocábulo “mérito” como limite de atuação do poder revisional do Judiciário, seu conceito é tão extenso que acaba abrangendo mais que meras formalidades; o jogo de palavras propostos pelo autor faz que seja identificado dentre os autores que advogam pela revisão judicial de todo ato, desde que em descumprimento da lei. Para o autor, o “mérito” do ato administrativo “não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei.” Dessa forma, para Bandeira de Mello “extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. É o que se passa naqueles: (a) contaminados por intuítos pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; (b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercitada – pois à lei não são indiferentes os meios utilizados; (c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não confere liberdade para providências absurdas; (d) que exprimem medidas incoerentes: 1. Com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2. Com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. Com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; (e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim. Em todos estes casos, a autoridade haverá desbordado o ‘mérito’ do ato, evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia, ou seja, terá ultrapassado a sua esfera de discricionária para invadir setor proibido. O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicação, pena de considerar-se o direito como a mais inconsequente das normas e a mais rúptil e quebradiça das garantias.” (2010, pp. 83-4).

¹³⁴ Ap. 1.422. Autora: Empresa de Transporte Potiguar Ltda. Ré: Inspetoria Estadual de Transito. Ementa: “PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. **O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre.** O ‘fim legal’ dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. (...)”.

¹³⁵ Nas palavras de Vitor Nunes Leal “sem nenhuma razão de utilidade pública, a autoridade policial pretendia beneficiar uma empresa de transportes em detrimento de sua concorrente, com sacrifício para os passageiros. Não se tratava, pois, de uso do poder discricionário – como ocorreria, por exemplo, se apenas discutisse a conveniência de ser estabelecida nova linha de ônibus ou certo horário de viagens, sem que isso

Filiados à segunda está, por exemplo, Gustavo Binimbojm, atualizador do livro de Miguel Seabra Fagundes, para quem o mérito abarcaria os elementos dos atos administrativos como o motivo em atos vinculados:

[A]figura-se-nos possível afirmar que o exame dos motivos do ato administrativo é matéria de legalidade. Se um dos elementos essencialmente integrantes do ato (vinculado) é o motivo, se sem ele esse não existe, o constatar a falta de razão prevista em lei, como imprescindível à prática do ato, significa reconhecer a sua desconformidade com a norma legal, ou seja, a carência nele de um dos elementos que a lei supõe devam integrá-lo. No exemplo figurado de demissão de funcionário público, não dirá a sentença que o ato foi bom ou foi mau, que os motivos foram justos ou injustos (o que seria apreciar ao ângulo do merecimento), mas que houve ou não houve motivo.”¹³⁶ (FAGUNDES, 2010, p. 186)

Como se pode observar da coleção de opiniões acima, as posições doutrinárias a respeito dos contornos do controle possível dos atos administrativos (e sobretudo regulatórios) pelo Judiciário variam, e não cabe no escopo desse trabalho tentar resolvê-las. Entretanto, vale dizer que, com a ampliação do conceito de legalidade para abarcar outros aspectos além do controle das formas da atuação da administração incluindo o mérito da atividade, dificulta a identificação de onde termina a análise da legalidade e onde começa a de mérito pretendida outrora por Fagundes (2010, pp. 180-1)¹³⁷. Wang, Palma e Colombo (2010, pp. 279-80) apontam que

implicasse discriminação prejudicial a um concorrente em favor de outro; tratava-se de ação arbitrária, violadora do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei e que equivalia a transformar a administração pública em instrumento de concorrência desleal.”(LEAL, 1948, pp. 81-2) Em análise mais contemporânea do assunto, DI PIETRO (2010, p. 217) afirma: “quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei. Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto.”

¹³⁶ No mesmo sentido, ver Sundfeld e Câmara (2007, pp. 94-5). Para os autores, o exame de ato da Administração emanado no exercício da discricionariedade técnica pelo Judiciário extrapola o conteúdo jurídico assegurado pelo princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, no seguinte sentido: “[a]contece que tal controle [jurisdicional dos atos administrativos], no que toca aos atos de natureza discricionária, não envolve todos os aspectos inerentes ao ato administrativo. O controle é restrito à legalidade, ou seja, ao universo estritamente jurídico, que é o âmbito próprio de atuação jurisdicional. Não é imputável ao Judiciário a responsabilidade por tomar decisões de ordem exclusivamente administrativa, relacionados ao mérito do ato administrativo”. Ver ainda Grau (2000, pp. 159-60).

¹³⁷ Ver Barroso (2002, p. 127).

a resultante implosão da dicotomia vinculação-discrecionalidade dá lugar aos graus de vinculação à juridicidade, com imediata repercussão sobre o controle judicial da Administração, que afastaria respostas binárias do tipo controla – não controla para acolher diferentes escalas de controle à disposição do Judiciário”.

Lembram os autores que tal controle seria realizado pela *estipulação de critérios* que, quando presentes, determinariam uma postura mais ou menos incisiva do Judiciário no controle da atividade regulatória. Esses critérios seriam, por exemplo, atributos como formas de participação no processo administrativo, tecnicidade envolvida, consenso entre regulador e regulado na tomada de decisão e impacto regulatório¹³⁸.

No mesmo sentido, é a proposta de Binenbojm (2008, pp. 239-40) para quem o controle deve ser mais intenso quanto maior for a restrição aos direitos fundamentais ou maior for a objetividade do comando legal. Em sentido contrário, a análise judicial deve ser mais leve se a matéria *sub judice* tiver caráter técnico, quanto mais política for a solução administrativa ou, ainda, quanto maior for a abertura para participação de interessados do processo de tomada de decisão¹³⁹.

Na mesma direção deve ser lida a deferência do Poder Judiciário ao ato administrativo. Veríssimo (2011, pp. 308-9), por exemplo, chama atenção que o Judiciário pode reconhecer sua própria “incapacidade institucional”, nas palavras do autor, para versar sobre determinadas matérias técnicas quando comparado às agências reguladoras, adotando assim uma postura de respeito às suas decisões¹⁴⁰.

¹³⁸ “As teorias clássicas do controle judicial da Administração Pública, por sua vez, parecem não responder à questão de como o Judiciário deve controlar os atos regulatórios, não tanto pelas particularidades regulatórias, mas por um verdadeiro problema de fundo, eis que suas premissas entraram em colapso. O alargamento da legalidade e o estreitamento do mérito administrativo decorrentes da previsão de normas semanticamente abertas e da construção de teorias de controle cada vez mais ativistas colocam em xeque o conceito consolidado de mérito, bem como as dicotomias exame de legalidade x exame de mérito e vinculação x discricionariedade. Novos critérios de controle judicial são cogitados, com defesa de teses de deferência e estipulação de critérios para uma análise jurisdicional mais incisiva ou mais constricta da atividade regulatória.” (WANG, PALMA e COLOMBO, 2010, p. 283)

¹³⁹ Vale lembrar que grande parte desses critérios da revisão judicial mais contemporânea foram levados em consideração no Capítulo III sobre procedimentalização objeto.

¹⁴⁰ Amostra disso pode ser retirada de inúmeras decisões nesse sentido. Como exemplo, tem-se acórdão da 2ª Turma do STJ de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha em matéria de telecomunicações: “ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI Nº 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (...) 2. A delimitação da chamada ‘área local’ para fins de configuração do serviço local para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. (...)”

Em que pese esses apontamentos mais recentes de cunho teórico confirmarem as premissas apontadas no capítulo precedente sobre a procedimentalização da atividade regulatória decisória¹⁴¹, para o objetivo engendrado neste capítulo mostra-se mais proveitoso outro conjunto de estudos, que apesar de ainda limitado, é mais adequado para a compreensão do comportamento do Judiciário e sobretudo da confirmação das decisões regulatórias com o enfoque na redução da insegurança jurídica. Esses estudos concentram esforços em identificar *empiricamente* como os juízes e tribunais têm se manifestado a respeito desses embates levados ao Judiciário pelo regulado. No caso da judicialização de questões regulatórias, o objetivo é identificar como o Judiciário se comporta como árbitro das relações entre regulador e regulado, campo em que a matéria é complexa, pois por vezes excessivamente técnica, e o fator tempo é ainda mais sensível, pois mudanças tecnológicas ou dinamicidade do mercado não acompanham o tempo da atividade jurisdicional.

Com produção acanhada em relação ao volume de obras no campo estritamente teórico¹⁴², duas pesquisas merecem destaque¹⁴³. A primeira delas é a pesquisa intitulada *Inter-relações entre o processo da concorrência e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública* desenvolvida durante o ano de 2010 por equipe de professores e pesquisadores ligados a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a Faculdade de Economia da Fundação Getúlio Vargas, e financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴⁴ sob coordenação de Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Junior, com o objetivo de avaliar a eficiência e segurança jurídica

¹⁴¹ Essa convergência de ideias apenas confirma as variáveis escolhidas na medida em que uma se mostra dependente da outra.

¹⁴² Essa não é a realidade em outros países. Por exemplo, conforme aponta Wang, Palma e Colombo (2010, p. 271) os motivos para que os estudos de jurisprudência sobre o controle judicial dos atos regulatórios sejam bastante forte nos Estados Unidos são: “o modelo de Administração Pública com formulação de políticas por meio de agências reguladoras com alto grau de autonomia tem predominado por muitas décadas (HUMPHIRES & SONGER, 1999, p. 207); e a tradição de se reconhecer no Judiciário uma instituição importante para o controle dos atos dessas agências como forma de garantia da separação de Poderes e de controle da Administração (SUNSTEIN, 1984, p. 53).”

¹⁴³ Merece destaque ainda pesquisa que teve como objeto o controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) realizada por equipe de pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público (<www.sbdp.org.br>) com o apoio financeiro da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, cujo resultado está publicado em Almeida (2011). Outra pesquisa digna de menção, porém com escopo menor, ao abordar apenas decisões em telecomunicações, é aquela realizada por Alexandre D. Faraco, Caio Mario Pereira da Silva Neto e Diogo R. Coutinho (2014, pp. 25-44), cujo resultado está publicado no artigo “A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil”, de Sergio Guerra (2010) a partir de análise de julgados, sem a sistematização das pesquisas, comenta decisões judiciais sobre o tema.

¹⁴⁴ Trata-se de contratação resultante do Edital CNJ nº 01/2009, para seleção dos melhores projetos para execução de cinco pesquisas propostas de temas diversos.

proporcionadas pela revisão judicial de decisões não só do Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE), mas também de 13 agentes reguladores¹⁴⁵. A seção seguinte se baseará nas observações e reflexões dessa pesquisa.

A segunda pesquisa é a *Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira* realizada por Daniel Wei Lang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama e Colombo. Cientes da discussão no campo teórico, durante o mês de fevereiro de 2009, os autores fizeram levantamento de todas as decisões judiciais (excluídos os casos que versavam sobre questões processuais, ações penais e legalidade da prática de um agente regulado face a uma norma regulatória sem que esta tivesse sido diretamente questionada) que tratavam de atos regulatórios (considerados os atos de regulamentação, fiscalização/sanção e autorização para prestação de serviços) envolvendo a ANP, ANATEL, ANEEL, ANAC, ANTT e ANTAQ.

A pesquisa teve como objetivo identificar quais as justificativas usadas pelo Judiciário quando este decide analisar o ato regulatório que lhe é submetido e quais as justificativas usadas para não analisá-lo ou, ainda, para analisá-lo (seja para reformar ou para mantê-lo)¹⁴⁶. Os principais resultados das análises, e que são mais caros para o escopo desta tese, estão sintetizados nos itens a seguir:

- (i) os atos normativos são os atos regulatórios mais questionados no Judiciário: das 321 decisões analisadas, 209 decorreram de processos em que se questionavam atos normativos das agências, sendo que quase a maioria se destina a apenas duas portarias da ANP¹⁴⁷;

¹⁴⁵ Os agentes objeto da pesquisa, em ordem alfabética, são: Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e Superintendência Nacional de Previdência Suplementar (PREVIC).

¹⁴⁶ Apenas lembrando que, diante do questionamento de um ato da agência reguladora, o Judiciário pode adotar três condutas: (i) não analisar o conteúdo do ato e, desta forma, respeitar a decisão administrativa; (ii) analisar o ato e decidir mantê-lo; e (iii) analisar o ato e decidir por revisá-lo.

¹⁴⁷ Faz-se referência às Portarias ANP n^{os} 202, de 30 de dezembro de 1999, e 29, de 22 de fevereiro de 2001 de 1999, respectivamente sobre a atividade de distribuição de combustíveis e distribuição de royalties de petróleo. Quanto aos demais casos em que há o questionamento da atividade normativa das agências, verificou-se grande dispersão, sugerindo a “existência de uma predisposição mais ampla na sociedade ou no empresariado brasileiro ao questionamento do poder de regulamentação das agências” (WANG, PALMA e COLOMBO, 2010, p. 291).

(ii) as decisões judiciais revelam uma tendência à manutenção: das 321 decisões analisadas, 260 mantiveram os atos regulatórios questionados e 61 reviram-nos;

(iii) a tendência de confirmação, no entanto, só é verificada na segunda instância, já que na primeira há maior propensão à revisão dos atos das agências: 54% das decisões judiciais de primeira instância foram no sentido de rever o ato da agência;

(iv) apesar dessa função importante de frear o ativismo da primeira instância, os Tribunais não se preocupam em apresentar justificativas para analisar o ato administrativo, apenas em 20 casos houve essa preocupação¹⁴⁸;

(v) os critérios que mais apareceram tanto para a manutenção, quanto para a revisão do ato são os mesmos, mudando apenas a proporção: a legalidade foi usada 69,26% na manutenção e 63,93% na revisão, a competência foi usada 68,85% na manutenção e 32,79% na revisão, e princípios 48,77% na manutenção e 42,62% na revisão¹⁴⁹.

Por fim, Wang, Palma e Colombo (2010) concluem que, não obstante a tentativa de identificar as justificativas utilizadas pelo Judiciário para analisar os atos regulatórios, não foi possível apontar um dos diversos critérios levantados pelas teorias doutrinárias prevaletentes¹⁵⁰. E, pior, a tênue linha que separa a legalidade e o mérito do ato nem sempre se mostrou coerente; não raro, foram identificados casos em que o Judiciário tomou decisões tanto pela manutenção quanto pela revisão, utilizando-se dos mesmos critérios (legalidade e competência normativa), demonstrando que os critérios não auxiliam na tarefa de se conferir previsibilidade à atividade jurisdicional¹⁵¹.

¹⁴⁸ Os autores ainda alertam para o fato de que em diversos casos, ainda que o julgador não se considere capaz ou legítimo para analisar o ato da agência reguladora, ele efetivamente o faz (WANG, PALMA e COLOMBO, 2010, p. 317).

¹⁴⁹ Outros critérios também foram identificados como proporcionalidade e razoabilidade, supremacia do interesse público sobre o privado, questões de fato, consequências econômicas dos atos, aspectos técnicos, desvio de finalidade, processo administrativo, conceitos jurídicos indeterminados e auto-vinculação.

¹⁵⁰ “Os dados sugerem, portanto, um cenário muito mais complexo acerca do controle da regulação pelo Judiciário, que predica a presença de critérios outros que vão além daqueles trabalhados em sede doutrinária. Assim tais teorias mostram-se na prática insuficientes para que o juiz delibere sobre a manutenção ou invalidação da atividade regulatória.” (WANG, PALMA e COLOMBO, 2010, pp. 311-2)

¹⁵¹ Tampouco foi possível identificar um *leading case* sobre o tema.

IV.3. A pesquisa contratada pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁵²

Ao contrário da pesquisa engendrada por Wang, Palma e Colombo (2010) que se propôs a identificar os critérios utilizados pelo Judiciário ao ser chamado a decidir sobre um ato regulatório, esta pesquisa teve como objetivo mapear os *custos* dessa revisão judicial não só das agências, mas também do CADE¹⁵³, a partir da análise sistemática de dados coletados em extensa pesquisa empírica com mais de 1.323 processos consultados e catalogados ao longo do ano de 2010¹⁵⁴.

A pesquisa partiu de duas bases de dados, uma qualitativa e outra quantitativa. A base de dados qualitativa reuniu casos que foram citados sistematicamente pelos entrevistados (magistrados, reguladores, regulados e membros da sociedade civil organizada). A base de dados quantitativa, por sua vez, contempla dois conjuntos de dados, um voltado a mensurar as variáveis de *tempo* e *incerteza jurídica* da revisão judicial de decisões regulatórias, e outro voltado à estimação da probabilidade de judicialização das decisões administrativas. Para o primeiro conjunto, *todo o universo de processos judiciais* que desafiava decisões regulatórias foi objeto de análise. A motivação principal foi “permitir generalizações válidas para todo esse universo, evitando qualquer viés que possa ser sugerido pela análise casuística.” (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 107). O segundo conjunto apresenta, no entanto, esforço ainda maior, com o levantamento de *todas as decisões administrativas passíveis de judicialização* (i.e. análise mesmo daquelas que não resultaram em processos judiciais). Em razão do limite temporal da contratação da pesquisa, o segundo conjunto de dados ficou restrito ao âmbito do CADE, motivo pelo qual não será apresentado aqui.

Em que pese sua importância para discussão do tema, o indicador de custo (tempo¹⁵⁵) também não será trabalhado por não guardar relação direta com a variável

¹⁵² O conteúdo desta seção foi inspirado no relatório final da pesquisa adaptado para MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, AZEVEDO, Paulo Furquim de, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.) (2014). *Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário*, São Paulo: Singular.

¹⁵³ Partiu-se dos pressupostos que (i) as percepções dos operadores do Direito a respeito dos custos de revisão judicial nem sempre são convergentes, e, (ii) como agravante, muito raramente as opiniões são fundamentadas em dados representativos do sistema judiciário, sendo mais frequentemente realçadas as luzes – e idiosincrasias – de casos emblemáticos, porém pouco representativos. (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 107)

¹⁵⁴ Foram analisadas decisões envolvendo as entidades apontadas anteriormente em 1.323 processos, sendo 626 dos casos com decisão em primeira instância e os outros 213 de segunda instância.

¹⁵⁵ Para efeitos da pesquisa, o custo da revisão judicial é entendido como o tempo de tramitação de cada processo judicial e de grupos de processos, ainda que este não seja o único custo efetivo havido, porém o único cuja mensuração é objetiva e está fortemente relacionado com todos os outros custos (por exemplo, quanto mais longa a duração de um processo, maior será a movimentação da máquina do judiciário, alocação

judicialização aqui desenvolvida para a mensuração da qualidade regulatória¹⁵⁶. Ainda que uma *boa* decisão no âmbito das agências possa facilitar sua análise pelo Judiciário, ela não é suficiente para isoladamente reduzir o tempo de sua análise judicial. O fator tempo foi idealizado pela equipe de pesquisadores mais como um indicador da eficiência do Judiciário e menos das agências reguladoras.

O indicador custo¹⁵⁷ só é relevante para a presente tese na medida em que a pendência de decisão judicial das decisões regulatórias é frequentemente acompanhada de mudança de entendimento do Judiciário a respeito da matéria, seja entre a primeira e a segunda instância, seja em uma mesma instância, o que leva à apresentação dos resultados da pesquisa quantitativa voltada para a quantificação da variável *incerteza jurídica*. Em outras palavras, ao conceder uma liminar suspendendo efeitos de uma decisão regulatória, o Judiciário emite um sinal à sociedade, expressando um entendimento, ainda que preliminar, sobre o caso em questão. Tal ato, ao suspender a decisão regulatória, modifica liminarmente seus efeitos. Se, ao final de sua análise, o Judiciário (na figura do mesmo juiz ou de um juiz substituto) entender que as preocupações que ensejaram a concessão da liminar não subsistem após o exame minucioso da matéria (inclusive com produção de provas pelas partes) e concluir pela confirmação da decisão outrora reformada, um novo sinal – conflitante com o primeiro – é emitido pelo Judiciário. Dessa forma, embora a decisão judicial final confirme o ato regulatório, durante o período de revisão judicial, foram emitidos sinais conflitantes aos regulados e reguladores.

de custos indiretos pelo Judiciário ou mais alto serão os custos com advogados e a dedicação de recursos internos da empresa na representação judicial e de perda social por pendência de decisão.

¹⁵⁶ Para a exposição detalhada do indicador tempo, ver Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior, 2014, pp. 110-32.

¹⁵⁷ O indicador custo também se mostra interessante diante da seleção adversa de agentes que decidem judicializar uma decisão regulatória com a qual não concorde. Monteiro, Ravena e Conde (2013, p. 413) realizaram interessante análise a respeito ao confrontar o comportamento de duas concessionárias de distribuição de energia elétrica submetidas cada uma a uma agência reguladora específica. Os autores identificaram que as agências apresentaram comportamentos diferentes quanto à judicialização de multas aplicadas que, inclusive, teriam impactado os indicadores de qualidade dos serviços públicos: “A Celpa recorreu administrativamente de todas as multas e, como não tinha sucesso nesse âmbito, recorreu judicialmente a todas as multas aplicadas. Tal padrão de atuação ante a ação do órgão regulador fez com que migrassem para a esfera judiciária os processos que deveriam encerrar-se nas arenas da regulação. Em função dessa estratégia, do valor total das multas, somente foi pago R\$ 0,24 milhão, correspondente a 0,44% do valor total. Isso, efetivamente, minou a capacidade desse instrumento de regulação pública de alterar padrões de conduta da concessionária, o que é claramente refletido nos indicadores. A Ceron também recorreu administrativamente das multas que lhe foram impostas pela ANEEL. Todavia, vencida essa etapa, não recorria ao Judiciário, estabelecia Termos de Ajustes de Conduta (Tac) com a agência reguladora. Manteve, assim, os processos nas arenas da regulação, atuando nos limites do modelo regulatório, com postura cooperativa. A empresa apresenta em balanços anuais previsão, na sua dotação orçamentária, de recursos para o cumprimento das penalidades regulatórias.”

Por isso, considerar apenas as decisões finais, mesmo que separadas em primeira e segunda instância, não revela umas das maiores dificuldades da revisão judicial dos atos regulatórios. Pois, ao longo do curso do processo até mesmo na mesma instância, decisões liminares suspendem ou alteram o efeito da decisão regulatória¹⁵⁸. Esse aspecto é assim sumarizado no relatório final de pesquisa:

Em síntese, à medida que as manifestações do Judiciário modificam o seu próprio entendimento, até então prevalecente, sobre a decisão administrativa, diminui-se a previsibilidade sobre o modo de aplicação da norma regulatória ou concorrencial o que implica, em última análise, um aumento da incerteza jurídica. (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 111)

Interessa ao presente estudo esse termômetro da insegurança jurídica, pelo fato de afastar a previsibilidade das decisões¹⁵⁹. Assim, o indicador de insegurança jurídica, aqui entendido como a variável da judicialização, capta a mudança de *status* da decisão das agências reguladoras¹⁶⁰, efeito este separável do tempo de tramitação de um dado processo¹⁶¹. E, para evitar a superestimação da incerteza jurídica das autarquias que têm processos mais antigos e longos, foi criado o indicador por unidade de tempo; o relatório de pesquisa explica que essa unidade de tempo é obtida a partir do número de mudanças de *status* da decisão regulatória dividido pelo tempo de trâmite do processo, em mil dias. A tabela a seguir traz os indicadores para as três agências analisadas, em destaque em relação às demais agências.

¹⁵⁸ No mesmo sentido, foram também as conclusões de Wang, Palma e Colombo apresentadas na seção anterior.

¹⁵⁹ Como verificado na pesquisa de Wang, Palma e Colombo (2010), não é possível apreender uma previsibilidade das decisões judiciais frente aos questionamentos de atos regulatórios pela identificação de critérios de decisão. Ainda que os escritos mais contemporâneos apontem para a criação de *standards* pelo Judiciário, a pesquisa mostra que ainda não foi alcançado um patamar em que é possível (i) identificá-los nas decisões judiciais sobre a matéria, e (ii) tampouco há consenso na doutrina e ou parâmetros constitucionais ou leis para o apontamento dos contornos desses *standards*.

¹⁶⁰ Conclusão semelhante foi alcançada por Wang, Palma e Colombo (2010), conforme exposto anteriormente.

¹⁶¹ “Para fins da avaliação dos custos da revisão judicial, é necessário distinguir os processos que, embora tenham exatamente a mesma duração e desfecho – sendo, portanto, idênticos quando considerados os critérios de tempo e de trâmite –, diferem na qualidade de decisões liminares conflitantes entre si e com a decisão final. Por isso, o indicador base utilizado foi o número de decisões do Judiciário que implicavam a mudança de *status* da decisão administrativa, ou seja, que modificavam ou suspendiam a decisão administrativa contestada em juízo.” (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 133).

Tabela 7 - Indicadores de Incerteza Jurídica

Autarquia	Número de observações	Número médio de mudanças de <i>status</i> da decisão administrativa	Indicador de incerteza jurídica
ANA	16	0,81	1,49
ANAC	61	0,56	2,69
ANATEL	111	0,25	0,38
ANCINE	18	0,61	0,57
ANEEL	108	1,19	0,98
ANP	128	0,20	0,23
ANS	155	0,43	0,55
ANTAQ	37	0,89	1,116
ANTT	108	0,67	0,59
ANVISA	107	0,88	2,53
CADE	183	1,45	0,80
CVM	176	0,25	0,14
PREVIC	3	0,33	0,08
Total	1211	0,67	0,83
Fonte: Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, p. 134)			

A ANAC apresenta o maior índice de incerteza jurídica seguida da ANVISA e ANA. A ANEEL aparece com o quinto maior indicador e a ANATEL, em posição mais confortável, com o décimo. Esta perde apenas para ANP, CVM e PREVIC. Nos próximos capítulos serão trabalhadas as possíveis justificativas e efeitos dos indicadores dos setores objeto de estudo.

Voltando às reflexões da pesquisa, esse resultado de alta alternância do *status* da decisão judicial sobre o ato regulatório é especialmente gravoso tendo em conta que a grande maioria das decisões regulatórias é confirmada ao final. Informação relevante extraída do banco de dados levantados pela equipe de pesquisa refere-se à mudança de sinalização entre as decisões de primeira instância e dos casos transitados em julgado; assim como demonstrado por Wang, Palma e Colombo (2010), na primeira instância, a taxa de anulação da decisão regulatória é sensivelmente maior se comparada à segunda instância, como pode ser observado no Quadro 1.

Quadro 1 - Taxa de Anulação da Decisão Regulatória em 1ª Instância e em Transitados em Julgado

Fonte: Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, p. 128)

Quando há o julgamento de mérito, é ainda mais nítida a diferença entre as decisões de primeira instância e processos transitados em julgado. Conforme mostra o Quadro 2, nos casos em que o Judiciário se manifestou no mérito, a taxa de confirmação é bastante superior à das decisões em primeira instância. O fato de a taxa de confirmação final ser elevada e haver maior nível de decisões contrárias às autarquias em primeira instância revela que, no curso da revisão judicial, há mudança de entendimento do Judiciário entre as duas instâncias¹⁶².

¹⁶² A equipe de pesquisa não deixa de observar que “[u]ma atuação perfeitamente consistente do Judiciário levaria a um nível médio de mudanças de *status* da decisão administrativa idêntico à proporção de decisões finais que anulam ou reformam a decisão administrativa” (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 133).

Quadro 2 - Taxa de Confirmação da Decisão Administrativa em 1ª Instância e em Transitados em Julgado: apenas decisões de mérito

Fonte: Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, p. 129)

A consequência desse resultado é deletéria, segundo a pesquisa contratada pelo CNJ:

uma vez que transmite, ao longo do curso do processo, sinais conflitantes à sociedade. Como agravante, a forte tendência de confirmação da decisão administrativa ao final indica que não há benefícios relevantes do estado de incerteza a que empresas, concorrentes e a própria autoridade regulatória estão submetidos. (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 129).

A pesquisa mostra também que das entrevistas realizadas com desembargadores, ao contrário do que se pode pensar à primeira vista ao analisar o tema do ponto de vista teórico, os tribunais pouco querem influenciar no rumo de certas políticas regulatórias diante da especificidade técnica (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 15). A deferência é utilizada como uma forma de não adentrar em temas de grande complexidade técnica, para os quais os servidores das agências estão, aos olhos dos desembargadores, mais treinados para decidir.

Se esse resultado for analisado por agência, é possível verificar, para fins de análise setorial, qual agência colabora mais (e menos) para essa insegurança jurídica identificada no acumulado de todos os processos, isso porque se constata a disparidade sensível entre as

entidades¹⁶³. Essa insegurança jurídica por agência está sintetizada no Quadro 3 e no Quadro 4 a seguir. Enquanto o Quadro 3 traz a taxa de confirmação das decisões administrativas relativa a todos os processos analisados, independentemente do desfecho, o Quadro 4, retrata a taxa de modificação dos casos em que houve apreciação do mérito¹⁶⁴, tendo o Judiciário ao final decidido pela anulação ou reforma parcial.

Quadro 3 - Taxa de Confirmação de Processos Transitados em Julgado por Agência

Quadro 4 - Taxa de Modificação (anulação e reforma parcial) de Processos Transitados em Julgado por Agência

Fonte: Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014:, pp. 118-9)

IV.4. Conclusão Parcial

Ao contrário de outras jurisdições (*e.g.* nos Estados Unidos há limites e parâmetros expressos para a operacionalização do controle judicial dos atos administrativos), no Brasil opera o princípio constitucional que impede o afastamento dos atos administrativos, incluídos nessa categoria os atos regulatórios, da apreciação do Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Assim, a lógica que rege o ordenamento jurídico e a operacionalização do direito é buscar o Judiciário sempre que insatisfeito com uma decisão

¹⁶³ Os autores alertam para o fato de que há resultados que estão distorcidos pelo tamanho insignificante da amostra, como é o caso da ANA, em que a taxa de confirmação é 100% de suas decisões. Esse resultado, explicam, não permite qualquer conclusão acerca da qualidade de suas decisões, nem do ganho com a revisão pelo Judiciário, pois há apenas um único caso acessível e pertinente à pesquisa. (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 117)

¹⁶⁴ Vale lembrar que os processos podem ter como desfecho, além de anulação, confirmação e reforma parcial do ato regulatório, também a perda do objeto, abandono da causa e desistência da ação. Ainda que as hipóteses em que houve, por exemplo, desistência da ação, pode ter sido dado em virtude de importante relação entre o regulado e o regulador (*e.g.* pagamento de multa ou celebração de acordo), esses dados não foram objeto da pesquisa contratada pelo CNJ.

regulatória¹⁶⁵. Como dito anteriormente, a judicialização quando analisada isoladamente não é prejudicial. Ao contrário. Pode favorecer a consolidação e amadurecimento de uma série de poderes e atos dos agentes reguladores.

Contudo, a forma como ela é realizada parece não proporcionar o que ela tem de melhor para oferecer, eis que até a decisão final pouco o Judiciário agrega para as políticas regulatórias colocadas em práticas pelas agências. Isso se justifica pela ausência de especialidade dos magistrados e organização do Judiciário como um todo (*i.e.* não se tem conhecimento de qualquer especialização de varas e turmas sobre as materiais técnicas compreendidas nos atos regulatórios), bem como aspecto do sistema judicial que combina alto grau de descentralização de poderes e de independência dos juízes de primeira instância com baixo grau de respeito aos precedentes decisórios. A pesquisa de Wang, Palma e Colombo demonstra que não é possível sequer apontar um *leading case*, tampouco critérios claros de decisão sobre a revisão judicial dos atos regulatórios que possam ser utilizados tanto pelos agentes regulados (como parâmetro para eventuais análises de risco) quanto para o próprio regulador (para que este saiba os limites impostos pelo Judiciário ao exercício de suas competências).

Alternativa a isso seria a busca por uma previsibilidade das decisões do Judiciário com auxílio da estatística¹⁶⁶. Contudo, diante da ausência de pesquisa anterior que apresente banco de dados de todas as decisões regulatórias a fim de examinar aquelas não judicializadas além das decisões desafiadas no Judiciário, volta-se à pesquisa contratada

¹⁶⁵ Em linhas gerais a judicialização ocorre pois sem ter efetivamente participado da decisão regulatória, após sua expedição, o *stakeholder* insatisfeito com o resultado, busca o Estado, por meio do Poder Judiciário, para socorrê-lo contra o eventual arbítrio na formação da norma, uma vez que ainda existem poucas previsões de participação no processo de tomada de decisão e também é baixa a preocupação com a efetividade dessa participação, como será demonstrado nos capítulos seguintes com as análises setoriais (FERREIRA, 2003, p. 603).

¹⁶⁶ Da pesquisa contratada pelo CNJ, no entanto, não é possível extrair elementos de mensuração da probabilidade ou até mesmo dos motivos que uma decisão regulatória é levada ao Judiciário. Somente foi realizada essa análise nas decisões do CADE, conforme se extrai da seguinte passagem: “No que se refere à probabilidade de judicialização das decisões administrativas, a riqueza de informações da base de dados sobre o CADE possibilitou a realização de estudo específico e mais aprofundado. Entre os resultados, pode-se destacar dois fundamentais. Primeiro, a complexidade dos casos, mensurada pelo seu grau de controvérsia (decisão unânime *vs* por maioria) ou pelo tempo de instrução não se mostrou relevante para explicar a ocorrência de judicialização. Isso significa que a busca do Judiciário para a revisão de erros de decisão, esperados quanto maior a complexidade do caso, não é motivo relevante para a judicialização. Esta é mais uma evidência de que o benefício direto da revisão judicial – o aprimoramento da decisão – não parece ser relevante para explicar o nível de judicialização. Segundo, a concessão de inúmeras oportunidades de recursos em esfera administrativa não raro leva processos no CADE a prolongarem seu trâmite na autarquia em mais de 1 ano. Tais oportunidades são concedidas pela autoridade na tentativa de evitar a judicialização. Ocorre que, mesmo fazendo o controle por tipo de decisão, restrição imposta e grau de controvérsia, a concessão de tantas oportunidades de recurso administrativo não se traduz em redução da judicialização. O que importa para a definição de uma política é que os inúmeros recursos em esfera administrativa custam à sociedade e não se traduzem no benefício de evitar a judicialização.” (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 149)

pelo CNJ, em que (apenas) as decisões regulatórias judicializadas foram observadas pela equipe de pesquisadores. Entretanto, é possível depreender indicador de incerteza jurídica diante dos dados levantados a partir da análise de decisões regulatórias judicializadas, especialmente as várias decisões conflitantes entre a primeira e segunda instância, ou ainda, entre os diferentes juízos alcançados em uma mesma instância diante de troca de juízes ou mudança de entendimento de um mesmo juiz. A mudança de *status* das decisões judiciais acerca das decisões regulatórias que, por sua vez, aplicam as normas setoriais, é capturada pelo indicador de insegurança jurídica na medida em que a referida oscilação do *status* da decisão judicial cumpre o papel central de orientar comportamentos do mercado e do próprio agente regulador. Em outras palavras, “[r]ecorrentes revisões judiciais da regulação (...) podem obstaculizar a realização de investimentos privados de longo prazo nos setores, por diminuir a previsibilidade e a segurança jurídica do mercado regulado.” (WANG, PALMA e COLOMBO, 2010, p. 275)

A fragilidade dos bancos de dados existentes refletem a simplicidade e acanhamento das conclusões que se pode chegar tomando por base pesquisas empíricas realizadas anteriormente, o que não menos sugere proposituras para uma agenda de pesquisa futura¹⁶⁷. Assim, seria desejável a realização de estudos similares ao contratado pelo CNJ no que se refere aos dados levantados relativos às decisões administrativas no âmbito do CADE, com a finalidade de conferir maior generalidade aos resultados obtidos, estende-os também para as agências reguladoras¹⁶⁸.

O resultado da pesquisa sobre a alta taxa de confirmação pode ser reflexo dos impactos negativos da disfunção de um sistema judicial que combina alto grau de descentralização de poderes e de independência dos juízes de primeira instância com baixo grau de respeito aos precedentes decisórios. Apesar de refletir a realidade do Judiciário, esses aspectos não são relevantes para as conclusões que se pretende alcançar com o presente estudo. Prefere-se, por outro lado, compreender, por exemplo, os motivos que levam à baixa judicialização ou até mesmo a alta taxa de confirmação.

¹⁶⁷ “Do ponto de vista metodológico, a pesquisa revela duas importantes contribuições. Primeiro, a observação apenas de casos transitados em julgado pode acarretar grande viés nas conclusões em casos em que estes são ainda pouco representativos em relação ao total de processos.(...) Segundo, a observação das decisões administrativas não judicializadas é fundamental para a compreensão do que leva à judicialização e, portanto, para a definição de políticas públicas direcionadas à redução de seus custos.” (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 149)

¹⁶⁸ Essa pesquisa, contudo, deve ser realizada tendo operadores do Direito como pesquisadores centrais para que a deferência verificada às decisões regulatórias não seja lida apenas como o reconhecimento pelo Judiciário do papel das agências como centro de discussões regulatórias que teria canalizado para si os atores e os grupos de interesse, e as regras, derivadas da especialização e do seu mandato legal em relação ao setor regulado, como incorreu Pó (2009).

Quanto à primeira, se o administrado só busca o Judiciário quando uma solução negociada no âmbito administrativo não prospera, por outro lado, uma explicação para a baixa judicialização pode ser a baixa institucionalização substantiva da agência e, por consequente, maiores chances de captura da agência pelo agente regulado e pelo Executivo ¹⁶⁹. E, por que não falar também de insuficiente procedimentalização substantiva? E com isso a necessidade de se combinar a variável da judicialização com as duas outras variáveis analisadas nos capítulos anteriores ¹⁷⁰. Contudo, as pesquisas analisadas não colaboram para se alcançar respostas às perguntas, não passando de conjecturas e sugestões de novas agendas de pesquisa.

Sobre a alta taxa de confirmação, justifica-se tendo em conta a deferência com que o Judiciário analisa (ou melhor, prefere não analisar) as decisões administrativas. Algumas justificativas aparecem nas pesquisas analisadas como a tecnicidade e complexidade dos temas regulatórios, bem como a especialização das agências, inclusive com competência legal, para atuar nesses setores. Deixa-se, de lado, as teorias de ato administrativo que a doutrina tanto desenvolveu para se voltar à criação de *standards* desse controle.

¹⁶⁹ Nesse sentido, ver Wang, Palma e Colombo (2010, p. 274): “[n]o contexto regulatório, o controle judicial destaca-se como relevante elemento de análise exatamente por se revestir de contornos próprios e ensejar discussões que envolvem questões sensíveis ao direito regulatório, como a capacidade institucional das agências e a efetividade da regulação”

¹⁷⁰ Conforme será tratado no Capítulo VII, tendo havido recurso administrativo em face de decisão administrativa realizada em leilão para a concessão do aeroporto de Viracopos, em Campinas, o que teria levado o consórcio segundo colocado não judicializar a questão a fim de fazer prevalecer seu entendimento do edital e das regras aplicáveis no caso? Para responder essa pergunta é indispensável conhecer o setor e compreender como as relações entre os regulados e o regulador são estabelecidas, bem como entre o regulador e o Poder Executivo e, por sua vez, entre o Poder Executivo e os regulados.

PARTE III: REFLEXÃO A PARTIR DA REGULAÇÃO DOS SETORES ESCOLHIDOS

Capítulo V: ANEEL E A REGULAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

V.1. Panorama da regulação do setor

O setor de energia elétrica acolhe os vários segmentos relacionados ao fornecimento de energia; há a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica. A avaliação da atuação da ANEEL implicará a análise de suas atividades com relação ao setor como um todo. Apenas por razões de paralelismo com os demais setores testados, será considerado somente o segmento da distribuição, quando alguma análise mais específica se imponha.

V.1.1. Breve evolução sobre o setor¹⁷¹

Como sistematiza Prado (2010, p. 3), o setor elétrico já passou por reforma, “reforma da reforma” e, ainda, uma “contra-reforma”, o que mostra que o mercado de eletricidade se baseia em complexa regulação que governa as relações entre consumidores, empresas e governo. Esses momentos de importantes mudanças, aos quais se somam à recente edição da nova política do setor¹⁷², também revelam que as várias reformas implementadas no Brasil não geraram os resultados esperados.

A primeira das reformas é contemporânea à criação da ANEEL. Diante do endividamento das empresas estatais e da incapacidade estatal de investir no setor elétrico, entre 1995 e 1999, foi implementada uma série de reformas com o objetivo de abrir o mercado e introduzir competição no setor. Elas tiveram o respaldo de estudo contratado pelo MME e a Eletrobras à consultoria inglesa *Coopers & Lybrand* e *Latham & Walkins*¹⁷³ para reestruturação do setor elétrico com a proposta de desverticalização das atividades (geração, transmissão, distribuição e comercialização), criação do Mercado Atacadista de

¹⁷¹ Diante da especificidade do setor, optou-se por criar essa breve seção sobre sua evolução, mas não encontrará correspondente semelhante nos capítulos sobre telecomunicações ou infraestrutura aeroportuária.

¹⁷² Trata-se da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, convertida na Lei nº 12.783 de 11 de janeiro de 2013 e que será explorada a seguir.

¹⁷³ Além de outros subcontratados ingleses, a consultoria contou ainda com o apoio de técnicos nacionais: Main Engenharia S.A., Engevix Engenharia S/C Ltda. e o escritório de advocacia Ulhôa Canto, Rezende e Guerra.

Energia, e substituição do Grupo Coordenador para Operação Interligada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico. Daí resultou a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que instituiu o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Re-Seb¹⁷⁴.

A agência surgiu, então, com o desafio de regular um novo modelo de mercado que se abria à participação privada; novas privatizações movimentavam o mercado com a venda de distribuidoras de energia elétrica em São Paulo, Bahia, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Norte¹⁷⁵. No mesmo ano de criação da ANEEL foi criada a Eletronuclear, empresa responsável pelos projetos das usinas termonucleares.

Além das dificuldades em estabelecer um livre mercado sob condições nas quais a livre competição não ocorre espontaneamente, atrasos na expansão da capacidade de geração não acompanhou o crescimento da demanda e fez que, entre junho de 2001 e fevereiro de 2002¹⁷⁶, o Brasil passasse pela, até então, pior crise no setor elétrico a qual culminou em redução compulsória de energia em 32,3 milhões de unidades consumidoras, resultando na “reforma da reforma”. O Governo estabeleceu uma economia obrigatória de 20% no consumo de energia elétrica nas regiões Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste e de 10% no Norte. As penalidades para quem descumprisse a meta eram severas, com multas e, no caso de reincidência, corte de abastecimento. Em contrapartida, criou-se um bônus a quem superasse a redução de consumo determinada. Nesse momento, o Brasil ainda se recuperava dos efeitos da crise asiática que teve reflexos no cenário econômico mundial. O crescimento do consumo de energia elétrica em 2001 estava dentro do previsto, mas o nível de chuvas observado no período molhado (dezembro de 1999 a abril de 2000) não foi suficiente para a recuperação dos reservatórios das principais usinas no país¹⁷⁷.

Diante da perspectiva de caos, o então presidente Fernando Henrique Cardoso criou a Câmara de Gestão da Crise do Setor Elétrico (CGE), presidida pelo ministro-chefe da Casa Civil, Pedro Parente, bem como o Programa Emergencial de Redução do Consumo

¹⁷⁴ O Re-Seb foi desenvolvido no período de agosto de 1996 a novembro de 1998.

¹⁷⁵ Antes mesmo da criação da ANEEL em 1997, já havia ocorrido as primeiras licitações voltadas à privatização de empresas de energia em 1995.

¹⁷⁶ Outras duas crises precederam essa de 2001. No início da década de 1950, o país viveu a maior seca da história; de 1951 a 1956, sucederam-se anos de baixo volume de chuvas. Paralelamente, houve acelerado aumento no consumo acompanhado de insuficientes investimentos por temor das empresas privadas.

Nos anos 1980, o segundo racionamento atingiu o país meses depois de o Governo ter criado um programa para incentivar a racionalização do uso de energia e combater o desperdício. O Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (Procel), lançado em 1985, não foi implantado com a intensidade necessária para evitar a limitação do consumo de energia que atinge o Norte e Nordeste de 1º de março de 1987 a 18 de janeiro de 1988.” (ANEEL, 2008, p. 72).

¹⁷⁷ Conforme reconheceu a própria Agência Reguladora (ANEEL, 2008, p. 72).

de Energia Elétrica (MP nº 2.148-1 de 22.05.2001)¹⁷⁸. Dentre as ações da CGE destaca-se o Programa de Energia Emergencial, conduzido pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE) com objetivo de aumentar a oferta de energia no curto prazo, a partir da contratação de térmicas móveis de pequena capacidade instalada, sobretudo no Nordeste (MP nº 2.209 e Decreto nº 3.900, ambos de 29.08.2001). A CBEE fez um contrato de aluguel da capacidade das térmicas. Onerou-se a sociedade com o Encargo de Capacidade de Emergencial, conhecido como seguro-apagão até janeiro de 2006 (MP nº 14 de 21.12.2001 depois convertida na Lei nº 10.438 26 de abril de 2002).

A partir de outubro de 2001, as chuvas recomeçam em volume suficiente para recuperar os níveis dos reservatórios das usinas e o fim do racionamento foi ocorrendo de forma gradativa pelas regiões do Brasil. Um dos saldos negativos do período foi o endividamento de distribuidoras e geradoras com a impossibilidade de honrar a energia contratada¹⁷⁹. Apesar dos enormes reflexos negativos da limitação do consumo, em especial durante a maior delas, de junho de 2001 a fevereiro de 2002, foi possível tirar lições e apontar caminhos, senão para evitar pelo menos para enfrentar melhor novas possíveis ameaças de desabastecimento.

A chamada contra-reforma foi o novo modelo do setor elétrico introduzido em 2004, com as Leis nº 10.847 e nº 10.848, em 15 de março, ambas precedidas das MPs nº 144 e 145, de 11 de dezembro de 2003¹⁸⁰. Os instrumentos legais criam a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)¹⁸¹, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) e o Comitê de Gestão Integrada de Empreendimentos de Geração do Setor Elétrico (CGISE). Foram feitas mudanças nos

¹⁷⁸ Paralelamente, o presidente FHC determina que se apurem as causas da crise, com a instituição da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica, com a presidência do diretor-presidente da ANA, Gerson Kelmer (quem posteriormente se tornaria também diretor da ANEEL), com a missão de “avaliar a política de produção energética, bem como identificar as causas estruturais do desequilíbrio entre a demanda e a oferta de energia”. O Relatório Kelmer apontou que o déficit energético poderia ter sido estimado em novembro de 1999 e que não houve coordenação dentro do Governo para fazer frente à crise que se avizinhava e que as ações para se contrapor à crise estavam centradas na viabilização do Programa Prioritário de Termelétrica (PPT), vinculado a uma série de disputas entre diferentes instituições, ou de Governo ou ligadas a ele.

¹⁷⁹ A drástica redução de receitas das distribuidoras e o aumento das despesas das produtoras demandam mais uma vez a intervenção da CGE. Foi assinado o Acordo Geral do Setor Elétrico, pelo qual o BNDES financiou o setor, segundo a Resolução CGE nº 91 de 21.12.2001. Os recursos seriam provenientes da Recomposição Tarifária Extraordinária (RTE), instituída pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. A “tarifa especial” onerou as contas de luz dos consumidores cativos em 2,9% para as unidades residenciais em 7,9% para indústrias por um prazo máximo de 72 meses, de acordo com decisão da ANEEL. (ANEEL, 2008, p. 73).

¹⁸⁰ A constitucionalidade da MP nº 144/2003, e consequentemente da Lei nº 10.848/2004, tiveram sua constitucionalidade questionada, tema que será abordado na seção V.3.

¹⁸¹ A EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético. Suas competências serão brevemente expostas a adiante na seção V.1.2.1.

critérios de leilão de novos empreendimentos (o vencedor passou a ser o investidor que oferecer o preço mais baixo para a energia, em detrimento da regra anterior, na qual vencia quem propusesse o maior valor pela outorga do uso do bem público) e criou-se ainda dois ambientes para celebração de contratos de compra e venda de energia, o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), do qual participam geradoras e distribuidoras, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL) para negociação entre geradoras, comercializadoras, importadores, exportadores e consumidores livres. A Eletrobras e suas controladas foram excluídas do PND e a Eletrosul foi autorizada a retomar investimentos no setor de energia.

Recentemente, contudo, *nova* política foi implementada pela MP nº 579, de 11 de setembro de 2012 (convertida na Lei nº 12.783 de 11 de janeiro de 2013) estimulando a antecipação da renovação dos contratos que venceriam em 2016¹⁸².

Por meio dessa nova legislação, editada com o intuito de “viabilizar a redução do custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro”¹⁸³, dentre outras questões, facultou-se à União o direito de prorrogar as concessões vincendas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, pelo prazo máximo de trinta anos e as concessões de geração de energia termelétrica pelo prazo máximo de vinte anos, todas por uma única vez, desde que as atuais concessionárias aceitassem as novas condições específicas relativas à observância do princípio da modicidade tarifária e à garantia da continuidade do suprimento de energia elétrica ao país.

Afora as críticas por ter havido a implementação da mudanças profundas no setor elétrico por meio de MP e normas infralegais, a prorrogação dos contratos nos termos da nova legislação trouxe novas incertezas ao setor, uma vez que os agentes privados desejavam que as concessões fossem novamente licitadas e, o retorno do chamado regime pelo custo com a instituição de alteração de metodologia “há tempos sabida como ineficiente” foi questionada por servidores da própria Agência (ASEA, 2014, p. 14).

Conforme indicado em parecer contendo recomendações para o setor elétrico da associação de servidores da ANEEL, a disciplina inaugurada com a MP nº 579/2013 teria feito reviver o chamado regime pelo custo, pois:

¹⁸² Para um aprofundamento no tema, ver Marques Neto (2013b).

¹⁸³ Conforme Exposição de Motivos com proposta de edição da Medida Provisória: “Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência proposta de edição de Medida Provisória que altera dispositivos da legislação vigente com o objetivo de viabilizar a redução do custo de energia elétrica para o consumidor brasileiro, buscando, assim, não apenas promover a modicidade tarifária e a garantia de suprimento de energia elétrica, como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo, contribuindo para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil”. Exposição de Motivos Interministerial nº 37/ MME/MF/AGU de 11.07.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/Exm/EMI-37-MME-MF-AGU-MPv-579.doc>. Acesso em: fev. 2015.

(...) alocou-se aos consumidores cativos o risco hidrológico que outrora acometia os geradores, sem lhes assegurar a possibilidade (contrapartida) de gerenciá-los adequadamente (tal como se dava com os geradores e que lhes assegurava um bom resultado financeiro), bem como incumbiu a gestão dos ativos de geração ao regulador. (ASEA, 2014, p. 14).

V.1.2. Justificativas para a regulação estatal

O setor de energia elétrica submete-se a regulação do estado (e não exclusivamente a outras formas de regulação, como a autorregulação) por diversos motivos, alguns técnicos outros políticos, e o principal aqui, o jurídico: os “serviços e instalações de energia elétrica” foram elevados à categoria de serviço público pela Constituição Federal (art. 21, XII, “b”) ¹⁸⁴⁻¹⁸⁵. Com isso, cabe ao Estado zelar pela qualidade do serviço oferecido à sociedade, garantir a modicidade da tarifa, manter a continuidade do fornecimento (incluído planejamento do atendimento das demandas futuras e a pesquisa de fontes e tecnologias alternativas para o desenvolvimento e inovação no setor), universalizar o acesso à energia elétrica e salvaguardar a segurança do fornecimento. Estes últimos são os motes técnicos que decorrem do fato de que os serviços do setor de energia elétrica, e em especial o segmento de distribuição, são uma espécie de serviço público.

Quando o próprio Estado gerava, transmitia, distribuía e comercializava energia elétrica, a necessidade de descentralizar a regulação não se fazia presente, contudo, com decisão do então governo de privatizar algumas das sociedades do sistema Eletrobras, bem como delegar para outras tantas empresas privadas a prestação desses serviços essenciais, a criação de uma entidade à parte da administração central tornou-se presente no cenário nacional e a regulação, tal como se conhece hoje, justificou-se para conferir à iniciativa

¹⁸⁴ Tradicionalmente, a leitura da Constituição Federal realizada pela doutrina aponta dois tipos de atividades que poderiam ser exploradas em nossa ordem econômica: de um lado, o serviço público, regulado constitucionalmente pelo art. 175 e, de outro, as atividades econômicas em sentido estrito, sendo que, ambas seriam espécies do gênero atividade econômica. Os serviços públicos seriam atividades de titularidade estatal, exploradas sem concorrência (com exceções cada vez mais comuns) e submetidas a um regime jurídico de direito público. Por sua vez, as atividades econômicas em sentido estrito seriam aquelas atribuídas à iniciativa privada, sendo exploradas em regime de concorrência, com intuito lucrativo e sob um regime jurídico de direito privado, nas quais a intervenção estatal só seria autorizada nas hipóteses do art. 173, *caput*, da Constituição Federal. Tal dicotomia encontra-se profundamente arraigada em nossa doutrina e jurisprudência, sobretudo para fins de delimitação do regime das empresas estatais. Nesse sentido, ver GRAU (2002, p. 139) e DI PIETRO (2010, p. 102).

¹⁸⁵ O regime jurídico dos serviços públicos, no Brasil, é definido em total oposição ao das atividades privadas, configurando-se como um regime de direito público. Concretamente, isto significa que tais serviços conferem uma série de prerrogativas especiais a seu prestador, que via de regra é o Estado, com o intuito de garantir a sua contínua prestação à sociedade. Para uma reconstrução histórica desta noção em nosso direito ver SCHIRATO (2012, pp. 53-73).

privada maior transparência, segurança jurídica e credibilidade para, assim, promover maiores investimentos no setor.

V.1.3. Os agentes estatais

V.1.3.1. O formulador de políticas públicas setoriais

O principal formulador de políticas públicas no setor de energia é o Ministério de Minas e Energia (MME) (re)recriado¹⁸⁶ pela Lei nº 8.422, de 13 de maio de 1992. Conforme o inciso XVI do art. 27 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, constituem áreas de competência do MME, afetos ao setor de energia, os recursos energéticos, aproveitamento da energia hidráulica e energia elétrica (inclusive a nuclear).

O ministro de Minas e Energia tem como atribuições presidir Comitês e Conselho importantes para o setor: (i) o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), criado pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 (cf. art. 1º do Decreto nº 5.175, de 9 de agosto de 2004), para acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional; (ii) o Comitê Gestor de Indicadores de Eficiência Energética (CGIEE), criado pelo Decreto nº 4.059, de 19 de dezembro de 2001, implementar a aplicação da Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia (Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001); e, (iii) o principal, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), criado pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (cf. Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000), para formular políticas e diretrizes de energia. Dos três, o de maior expressão é o CNPE¹⁸⁷; o conselho é responsável por propor políticas públicas para o setor de energia, englobando nesse conceito todos os recursos e insumos energéticos para a constituição das matrizes energéticas aplicadas a diversas regiões do País¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Inicialmente, o Ministério de Minas e Energia fora criado pela Lei nº 3.782, de 22 de julho de 1960 e extinto pela Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, quando houve a transferência de suas atribuições para o Ministério da Infraestrutura, bem como o setor de transportes e comunicações.

¹⁸⁷ O CNPE apresenta como correspondente no setor de infraestrutura aeroportuária a Comissão Nacional de Autoridades Aeroportuárias (CONAERO), conforme será apresentado no Capítulo VII.

¹⁸⁸ Nas entrevistas realizadas com agentes econômicos do setor de energia, foi mencionada a Resolução CNPE nº 3, de 6 de março de 2013, que passou a envolver todos os agentes econômicos (inclusive comercializadores e geradores) no rateio de custos do despacho adicional de usinas termoeletricas, nos termos dos arts. 2º e 3º da referida resolução. A polêmica da disposição foi tanta que os referidos artigos estão sendo questionados no judiciário.

Com a reforma no setor¹⁸⁹, mais especificamente a Lei nº 10.847, de 15 de março de 2014, criou-se mais uma entidade responsável pelo planejamento do setor elétrico – a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)¹⁹⁰. Compete à EPE, entre outras atribuições, o desenvolvimento de diversos estudos¹⁹¹ dos quais vale destacar dois. O primeiro, o Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE): um instrumento de planejamento do setor de energia publicado anualmente pelo MME, a partir dos estudos elaborados pela EPE, conforme determina o art. 4º, inciso VII da Lei nº 10.847/2004. A elaboração do PDE incorpora uma consulta pública por meio da qual o MME recebe contribuições da sociedade civil, órgãos governamentais, empresas e agentes do setor energético, as quais possibilitam o aprimoramento do processo do planejamento. A partir do PDE, a EPE desenvolve o Programa de Expansão de Transmissão (PET), com horizonte de cinco anos, e o Plano de Ampliações e Reforços (PAR), com horizonte de três anos. O segundo estudo é o Plano Nacional de Energia (PNE) que, por sua vez, é um estudo de planejamento integrado dos recursos energéticos realizado no âmbito do governo, sendo conduzido pela EPE em estreita vinculação com o MME. O PNE abrange um horizonte da ordem de 25 a 30 anos.

¹⁸⁹ Entre 2003 e 2004 o governo federal lançou as bases de um novo modelo para o setor elétrico brasileiro, desde a criação da ANEEL, sustentado pelas Leis nº 10.847 e 10.848, ambas de 15 de março de 2004, e pelo Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Para o setor de distribuição, o modelo prevê a compra de energia elétrica pelas distribuidoras no ambiente regulado por meio de leilões – observado o critério de menor tarifa, objetivando a redução do custo de aquisição da energia elétrica a ser repassada para a tarifa dos consumidores cativos em prol da modicidade tarifária. Além da modicidade tarifária (esse objetivo também fundamentou a edição da MP nº 579, de 2012 convertida na Lei nº 12.783, de 2013), o novo modelo busca a inserção social com a promoção da universalização do acesso e do uso do serviço de energia elétrica, criando condições para que os benefícios da eletricidade sejam disponibilizados aos cidadãos que ainda não contam com esse serviço, e garantir subsídio para os consumidores de baixa renda, de tal forma que estes possam arcar com os custos de seu consumo de energia elétrica. Para mais detalhes, ver Operador Nacional do Sistema Elétrico. Ministério de Minas e Energia. O Setor Elétrico. Disponível em: <http://www.ons.org.br/institucional/modelo_setorial.aspx>. Acesso em: fev. 2015.

¹⁹⁰ Além da EPE e do CMSE, foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), relativa à comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado, ou seja, uma instituição para dar continuidade às atividades do extinto Mercado Atacadista de Energia (MAE).

¹⁹¹ Dentre os estudos de competência da EPE estão os estudos (i) relativos à matriz energética brasileira; (ii) para a determinação dos aproveitamentos ótimos dos potenciais hidráulicos; (iii) para o desenvolvimento dos planos de expansão da geração e transmissão de energia elétrica de curto, médio e longo prazos; (iv) para dar suporte ao gerenciamento da relação reserva e produção de hidrocarbonetos no Brasil, visando à autossuficiência sustentável; (v) de impacto social, viabilidade técnico-econômica e socioambiental para os empreendimentos de energia elétrica e de fontes renováveis; (vi) para avaliar e incrementar a utilização de energia proveniente de fontes renováveis; (vii) para a modernização e capacitação da indústria nacional; e (viii) para subsidiar planos e programas de desenvolvimento energético ambientalmente sustentável, inclusive, de eficiência energética; (ix) bem como promover planos de metas voltadas para a utilização racional e conservação de energia, podendo estabelecer parcerias de cooperação para este fim.

V.1.3.2. O agente regulador

A criação da ANEEL ocorreu no cenário de esgotamento do modelo do setor elétrico vigente em meados da década de 1990, com inadimplência e ineficiência operacional das concessionárias públicas, utilização das tarifas como mecanismo de controle inflacionário, incapacidade do Estado-investidor na expansão da produção frente ao crescimento da demanda (ANEEL, 2008, p. 24). Sendo a primeira agência criada como resultado da reforma do Estado, a ANEEL substituiu o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) por força da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996¹⁹². Ela tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, por meio de decisões da sua diretoria, assessorada por unidades técnicas e de apoio, além da chefia de gabinete, da secretaria-geral, assessoria de comunicação e imprensa, auditoria interna e procuradoria-geral¹⁹³.

Sua atuação atinge não só os agentes econômicos, estatal (empresas do grupo Eletrobras) e privado (geradores de todos os tamanhos, transmissores, distribuidores e comercializadores, bem como consumidores de todos os tipos), mas também o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN).

Compete à agência (i) implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos; (ii) promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (iii) gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços

¹⁹² Apesar de ter sido criada para viabilizar a regulação de um setor em que agentes econômicos privados iriam atuar, a ANEEL foi criada após as primeiras privatizações em 1995. A Lei de criação da agência também previu uma série de regras para a realização desses leilões e concorrências, que também contaram com legislações anteriores (Lei nº 8.987, de 1995, e Lei nº 8.666, de 1993).

¹⁹³ Não há previsão de existência de conselho consultivo, a exemplo do que ocorre com a ANATEL e ANAC.

de energia elétrica¹⁹⁴; (iv) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; (v) fixar as multas administrativas impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica; (vi) estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias; (vii) estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica; e (viii) regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.

V.1.3.3. A empresa estatal

Sociedade Anônima de capital aberto¹⁹⁵, a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras (Eletrobras) tem por objeto social a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, podendo operar nesses segmentos diretamente ou por intermédio de subsidiárias ou empresas a que se associar. A estatal é a *holding* de outras diversas empresas: Furnas Centrais Elétricas S.A., Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf), Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (Eletrosul) e Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear). Essas empresas apresentam expressiva participação no mercado e leilões de energia promovidos pela ANEEL.

Antes de despontar no mercado como *player* econômico em franca competição com o setor privado, o sistema Eletrobras foi providencial para que o país controlasse as matrizes energéticas alinhando o setor à sua estratégia nacional-desenvolvimentista das

¹⁹⁴ Tanto a competência de realizar licitações como a de gerir contratos de concessão foram estabelecidas pela reforma mais recente do setor por meio da Lei nº 10.848, de 2004.

¹⁹⁵ “Apesar de a subscrição da totalidade do capital inicial da Eletrobras ter sido feita pela União, a lei autorizativa de sua criação já permitia a presença minoritária de acionistas privados. Essa peculiaridade na formação do capital social é um reflexo do momento econômico em que a Eletrobras foi criada, no qual não havia condições estruturais de o setor privado arcar com os investimentos em grande escala, tendo o Estado assumido o protagonismo em investimentos estratégicos ao desenvolvimento nacional. Isso também explica a preferência então dada às pessoas jurídicas de Direito Público para a aquisição de ações de emissão da Eletrobras em aumentos de capital e lançamento de obrigações. Criada efetivamente em 1962, a Eletrobras possui capital aberto desde 1971. Atualmente suas ações ordinárias e preferenciais são negociadas na BM&F Bovespa, na New York Stocks Exchange e na Bolsa de Madrid.” (PINTO e PINTO JUNIOR, 2013, pp. 163-4)

décadas de 1960-1980. Com constituição autorizada pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, a Eletrobras tem por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Como apresentado na seção introdutória deste capítulo, no início dos anos 1980, contudo, os resultados dessa política puderam ser notados e o quadro era desanimador; houve um abrupto endividamento das empresas demonstrando o fracasso dessa política do governo (SAMPAIO, 2010, p. 51). Para superar essas dificuldades, assistiu-se a uma mudança sobre o papel do Estado. Igual ao que ocorreu em outras áreas da infraestrutura, o setor elétrico deixou de ter a atuação predominante do Estado como agente econômico para assumir também a função de regulador¹⁹⁶. Nos anos 1990, algumas das subsidiárias do grupo Eletrobras passaram por reestruturação decorrente das privatizações. A Lei nº 9.648/1998, previu que o Poder Executivo promoveria a reestruturação da própria Eletrobras e suas subsidiárias Eletrosul, Eletronorte, Chesf e Furnas Centrais Elétricas S/A, com vistas à privatização¹⁹⁷.

V.2. Aplicando o método sugerido para mensuração da qualidade regulatória

V.2.1. A variável institucionalização

Seguindo o método apresentado na primeira parte, a institucionalização da ANEEL será medida primeiro sob a ótica formal, ou seja, a partir das respostas ao questionário proposto será possível analisar o grau de previsibilidade e estabilidade das regras aplicáveis à agência. Na seção seguinte, passa-se à análise de como essas regras são efetivamente aplicadas. O método será replicado para as outras duas agências examinadas.

¹⁹⁶ “Essa transferência de tarefa do Estado para o mercado [com as privatizações de subsidiárias do Sistema Eletrobras] se baseou na crença de que os investimentos iriam aumentar, o setor seria modernizado, haveria concorrência tanto na geração quanto na distribuição e que, com isso, desde o pequeno até os grandes consumidores iriam se beneficiar com a queda de tarifas, universalização, enfim, um sistema mais eficiente.” (SAMPAIO, 2010, p. 52)

¹⁹⁷ Entre 1995 e 2000, foram privatizadas as seguintes concessionárias de energia: Escelsa Espírito Santo Centrais Elétricas S. A., ES; Light S.A., RJ; Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro (Cerj) (Ampla), RJ; Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (Coelba), BA; AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A, RS; Rio Grande Energia S.A.(RGE), RS; Companhia Paulista de Força e Luz S.A.(CPFL), SP; Empresa de Energia Elétrica de Mato Grosso do Sul S.A. (Enersul), MS; Centrais Elétricas Mato-Grossenses S.A. (Cemat), MT; Energipe, SE; Companhia de Energética do Rio Grande do Norte (Cosern), RN; Companhia Energética do Ceará S.A. (Coelce), CE; Eletricidade de São Paulo S.A. (Eletropaulo), SP; Centrais Elétricas do Pará S.A. (Celpa), PA; Elektro Eletricidade e Serviços S.A., SP; Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S.A., GO; Gerasul Centrais Geradoras do Sul do Brasil S.A., RS; Bandeirante Energia S.A., SP; Companhia Energética de São Paulo S.A. (CESP Tietê), SP; Borborema Energética S.A., PB; Companhia Energética de Pernambuco S.A.(Celpe), PE; Companhia Energética do Maranhão Ltda (Cemar), MA; Companhia Energética de Pernambuco S.A. (Saelpa), PB (Fonte: Abradee).

V.2.1.1. A institucionalização formal

A ANEEL apresenta nota 68,2% para a institucionalização formal, resultante de uma Nota Ponderada de 75 sobre uma Nota Máxima Ponderada de 110. As respostas estão sintetizadas na tabela abaixo e explicadas com mais vagar nas próximas linhas.

Tabela 8 - Institucionalização Formal – ANEEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Mandato (existência)	O mandato é fixo?	10,0	0,50	5,0
	Mandato (duração)	O mandato dos dirigentes é superior a quatro anos?	0,0	0,50	0,0
	Demissão	A demissão só é possível após o devido processo legal?	10,0	1,00	10,0
	Recondução	A recondução dos dirigentes é vedada por lei (<i>stricto sensu</i>)?	0,0	1,00	0,0
	Nomeação	A nomeação dos dirigentes é compartilhada com outros poderes institucionais (ainda que com uma das Casas do Poder Legislativo)?	10,0	1,00	10,0
	Experiência	É requisito de aceitação da indicação do dirigente que este possua conhecimento na área de regulação?	10,0	1,00	10,0
2	Competência	O marco regulatório do setor (a lei de criação ou legislação acessória) estipula com clareza a separação de funções entre o Poder Executivo central e a agência reguladora?	10,0	1,00	10,0
	Autonomia decisória	A agência toma decisões sem necessidade de autorização/confirmação do Poder Executivo?	0,0	1,00	0,0
	Revisão	As decisões são passíveis de revisão apenas pelo Poder Judiciário?	10,0	1,00	10,0
	Procedimentos internos	Os procedimentos internos da agência só podem ser alterados pela própria agência ou por Lei ou MP?	0,0	1,00	0,0
3	Recursos	O orçamento (prévio) é estipulado pela própria agência?	10,0	1,00	10,0
4	Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	10,0	1,00	10,0
Total Institucionalização Formal			80,0	11,00	75,0
Nota para Institucionalização Formal					68,2%
Fonte: elaboração própria					

A subvariável *mandato* tem avaliação positiva para o primeiro teste. O art. 5º da Lei nº 9.427/1996, dispõe que o diretor-geral e os demais diretores da agência terão mandatos *fixos* de 4 (quatro) anos cada. Quanto ao teste específico sobre a duração do mandato, pelo fato de a duração do mandato ser igual à duração do mandato presidencial, a ANEEL fracassa no segundo teste dessa subvariável. Ainda que para os primeiros diretores a Lei nº 9.427/1996 tenha previsto regra que privilegia a alternância de mandatos – os primeiros mandatos são inferiores a quatro anos (sendo de três anos apenas, cf. art. 29), apesar de ser pouco eficaz por motivos já discutidos aqui. Ademais, essa regra tem pouca efetividade se combinada com a possibilidade de recondução do dirigente. Conforme será analisada nas próximas linhas, sua possibilidade não é vedada pela lei e foi utilizada pela agência com exagero em algumas ocasiões, enfraquecendo essas duas subvariáveis.

Com relação à subvariável *demissão*, sua apreciação é positiva uma vez que os dirigentes somente perderão o mandato em caso de renúncia e de condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar conforme dispõe o art. 9º da Lei nº 9.986/2000, que disciplina a gestão de recursos humanos das agências reguladoras federais. Porém, nem sempre foi assim. Originalmente, a Lei nº 9.427, de 1996, previa em seu art. 8º que a exoneração de dirigente da ANEEL poderia ocorrer de forma imotivada nos primeiros quatro meses do mandato, período em que o dirigente estaria em uma espécie de “estágio probatório” que antecederia a estabilidade própria de um mandato fixo. O parágrafo único do artigo trazia ainda a possibilidade de exoneração a qualquer tempo por prática de ato de improbidade administrativa (sem qualquer referência ao trânsito em julgado da decisão judicial), por condenação penal transitada em julgado, e o descumprimento injustificado do contrato de gestão, hipótese também afrontosa à ideia de mandatos fixos. Com a alteração realizada, o devido processo legal está presente em todos os casos em que a extinção do mandato não resulta de uma decisão do próprio dirigente. Fosse ainda vigente o art. 8º da Lei nº 9.427, de 1996, a avaliação seria negativa para essa subvariável¹⁹⁸.

A primeira avaliação negativa da ANEEL ocorre para a subvariável *recondução*. Da leitura da Lei nº 9.427/1996, bem como de todo o arcabouço legal do setor, não há qualquer norma vedando a recondução dos dirigentes, prática esta adotada pela agência conforme se verá na próxima seção.

¹⁹⁸ O art. 9º da Lei nº 9.986/2000 dispõe que a lei de criação da agência poderá prever outras hipóteses para a perda do mandato, razão pela qual o art. 8º da Lei nº 9.427/1996 representava uma afronta à figura do mandato na ANEEL antes de ter sido revogado.

A subvariável *nomeação*, por sua vez, teve apreciação positiva. A indicação do dirigente é feita pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, o candidato sabatinado pelo Senado Federal e, posteriormente, nomeado pelo Presidente da República (art. 5º da Lei nº 9.427, de 1996). Sendo assim há participação de pelo menos dois poderes institucionais (o Executivo e o Legislativo) na nomeação dos dirigentes.

A subvariável *experiência* tem avaliação positiva, porém com peculiaridades com relação aos demais setores. A experiência prévia no setor no processo de escolha do dirigente não decorre da legislação específica do setor, mas de lei geral sobre os recursos humanos das agências, Lei nº 9.986/2000 (art. 5º), a qual impõe aos dirigentes de uma agência, seja ele diretor-geral ou não, ter “elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados”. A lei de criação da ANEEL, por outro lado, previu fórmula de seleção que a pretexto de evitar a indesejável captação da agência por agentes econômicos, dificultou a escolha de profissionais com efetiva experiência em energia. Fala-se, por exemplo, da proibição de indicação de dirigente com vínculo com as sociedades empresárias e suas derivações atuantes no setor (cf. art. 6º c/c art. 29)¹⁹⁹. Não foi por outra razão que, para os primeiros dirigentes, essa regra foi excepcionada.

A subvariável *competência* teve avaliação positiva em razão do então chamado novo marco regulatório do setor²⁰⁰, promulgado com a Lei nº 10.848, de 2004 que por meio da inclusão do art. 3-A na Lei nº 9.427/1996, permitiu estabelecer, por exemplo, que cabe ao Poder Concedente, na figura do MME, a elaboração do plano de outorgas, bem como definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios, devendo ouvir previamente a ANEEL.

Quanto à subvariável *autonomia decisória*, a análise é negativa, pois a lei de criação da agência optou por atribuir ao contrato de gestão a administração da agência, comprometendo assim a capacidade da ANEEL de formar autonomamente sua decisão²⁰¹. Este contrato, conforme seu art. 7º, é negociado e celebrado entre a diretoria e o Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias da nomeação do diretor-geral da agência. Uma cópia ainda servirá de base para o controle realizado pelo Tribunal de Contas da União.

¹⁹⁹ Tanto na ANATEL como na ANAC há disposições semelhantes. ANATEL: art. 29 do Decreto nº 2.338, de 1997, que aprova o regulamento interno da ANATEL não foi revogado expressamente. Anac: art. 18 de Decreto nº 5731/06.

²⁰⁰ Conforme apontado previamente, a Lei nº 10.848, de 2004, alterou uma série de regras aplicadas ao setor, e criou novos atores como a CCEE e extinguiu o MAE. É possível afirmar que até então as Leis nº 9.427, de 1996 e 9.074, de 1995, regiam o setor.

²⁰¹ Apesar de Prado (2008, p. 137) concluir pela ausência de dados que permita sustentar posições contrárias ou favoráveis a contratos de gestão e um maior controle sobre as agências por meio desse instrumento, somente a possibilidade de o controle existir já coloca em xeque a neutralidade que a agência deveria gozar.

Segundo Debus (2012, p. 173), contudo, até o momento não se verificou qualquer associação entre o compromisso de alcançar metas e objetivos determinados pela própria agência nos contratos de gestão e a obrigação de aportar recursos orçamentários e financeiros pelo MME²⁰²⁻²⁰³; no entanto, o controle por essa via ainda se torna uma possibilidade, mesmo que não exercida.

Se por um lado o contrato de gestão impõe essa dependência da ANEEL com relação ao Poder Executivo central, por outro, ele poderia figurar como um importante instrumento de autoavaliação da agência. Por exemplo, configura competência das superintendências de processos e demais unidades organizacionais subsidiar a elaboração e a avaliação do contrato de concessão (IV do art. 22 do Regimento Interno) e acompanhar e informar a evolução dos indicadores de realização e de desempenho constantes do contrato de gestão relativos à respectiva área de competência (V do art. 22 do Regimento Interno). No entanto, Debus (2012, p. 171) aponta deficiências que merecem ser contornadas, como dificuldades básicas em utilizar conceitos de indicadores, metas e índices. Além disso, há ainda observação que se confunde com a justificativa para a realização desse estudo – a ANEEL encontra obstáculo em como se deve e pode ser avaliado o desempenho da agência e, consequentemente, de como conceber indicadores que se correlacionem produtivamente com a forma escolhida de avaliar a gestão. Há ainda a ausência de preocupação em se definir metas associadas à execução de políticas públicas setoriais²⁰⁴.

A subvariável *revisão* recebeu avaliação positiva, uma vez que não se teve conhecimento de decisões da agência que tivessem sido alteradas pelo MME ou até mesmo

²⁰² Segundo a ANEEL, o primeiro contrato de gestão não chegou a ser assinado (ANEEL, 2008, p. 26), contudo, o último, cuja vigência é de 19.02.2013 até 31.12.2016, está assinado (ver <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Contrato_de_Gestao_2013_2016.pdf>. Acesso em: fev. 2015.). Segundo Debus (2012, p. 173), no entanto, os contratos são propostos pelas agências e sequer chegam a ser aprovados pelo MME perdendo o caráter contratual e prevalecendo o posicionamento da agência.

²⁰³ Lei nº 9.427, de 1996:

Art. 7º A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

§ 1º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL, a que se refere o art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei.

§ 2º Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, inclusive para efeito do disposto no inciso V do art. 3º, o contrato de gestão deve estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho.

§ 3º O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

²⁰⁴ Segundo Debus (2012, p. 173): “[o]s contratos celebrados não serviram a essa finalidade.”

pelo Presidente da República por meio de recurso hierárquico, de forma que é possível afirmar que suas decisões são passíveis de alteração somente pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, a análise relativa à subvariável *procedimentos internos* da ANEEL exige avaliação negativa, uma vez que seu regimento interno decorre de portaria ministerial²⁰⁵, sem que a própria agência possa decidir sobre sua organização interna, destoando das demais agências e das boas práticas regulatórias no que se refere à autonomia administrativa²⁰⁶.

A análise da subvariável *recursos* resultou na avaliação positiva; o orçamento não só é estipulado pela própria agência como ela também tem previsão de receitas próprias (e.g. taxas de fiscalização, venda de publicações etc.)²⁰⁷. O parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.427/1996, previa até intenção de não dependência dos recursos ordinários do Tesouro Nacional no prazo máximo de três anos, contudo²⁰⁸.

Para a subvariável *pessoal* a ANEEL teve exame positivo, pois se quando da criação da agência foram criados 196 cargos em comissão e funções de confiança (cf. Decreto nº 2.335, de 1997), a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das agências, criou outros 765 cargos, dos quais 365 são de especialista, 200 de analista administrativo e 200 de técnico administrativo, além de outros 35 de procuradores federais a serem alocados à agência. Ao lado dos cargos efetivos, a lei criou também a carreira de “Regulação e Fiscalização de Recursos Energéticos”, composta de cargos de nível superior de “Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia”, com atribuições voltadas às atividades especializadas de regulação, inspeção, fiscalização e controle da prestação de serviços públicos e de exploração da energia elétrica, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas respectivos a essas atividades (art. 1º, III), além de outras

²⁰⁵ O Regimento Interno da ANEEL foi aprovado pela Portaria nº 349, de 1997, do MME.

²⁰⁶ Vale indicar que em entrevistas foi apontado que, na prática, esse poder não teria servido até o momento para exercer qualquer ingerência política na agência. Contudo, diante dessa competência do MME, existe a possibilidade de institucionalmente exercê-la.

²⁰⁷ Preocupado com uso dos valores pagos das multas aplicadas a outras finalidades, o TCU determinou ao Poder Executivo que passasse a prever o recolhimento dos valores das multas da ANEEL (assim como pelo uso de bem público) diretamente ao Tesouro Nacional que passará à Conta de Desenvolvimento Energético por meio de execução de despesa do Orçamento Geral da União (art. 29 Decreto nº 5.541, de 23 de dezembro de 2002, alterado pelo Decreto nº 8.299, de 15 de agosto de 2014). A previsão anterior excluía as multas do Orçamento Geral da União, o que impedia sua fiscalização pelo Poder Legislativo, sobretudo a fim de evitar que esses recursos sejam utilizados para outra finalidade (Processo: TC 006.569/2011-0; Acórdão nº 3.389-50/12-P; Data da sessão: 05.12.2012).

²⁰⁸ Lei nº 9.427/1996: “Art. 11. (...) Parágrafo único. O orçamento anual da ANEEL, que integra a Lei Orçamentária da União, nos termos do inciso I do § 5º do art. 165 da Constituição Federal, deve considerar as receitas previstas neste artigo de forma a dispensar, no prazo máximo de três anos, os recursos ordinários do Tesouro Nacional”.

carreiras mais genéricas de acolhem as competências da agência. Assim, não resta dúvida que, pelo menos do ponto de vista formal, a agência faz a gestão do seu quadro de pessoal.

V.2.1.2. A institucionalização substantiva

A ANEEL obteve nota 25,0% na análise da institucionalização substantiva. A tabela abaixo sintetiza essa avaliação e nas próximas linhas são apresentados os caminhos realizados para se chegar às respostas a cada uma das subvariáveis.

Tabela 9 - Institucionalização Substantiva – ANEEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Estabilidade dos dirigentes	Dirigentes permaneceram em seus cargos até o final do mandato (<i>turn over</i>)?	0,0	1,00	0,0
	Recondução	Os dirigentes foram nomeados somente para um mandato?	0,0	1,00	0,0
	Vacância	Todas as vagas de dirigentes permaneceram preenchidas por dirigentes nomeados?	0,0	1,00	0,0
	Experiência	As indicações obedeceram à regra de experiência no setor regulado?	10,0	1,00	10,0
2	Estabilidade das regras setoriais	O conjunto de competências da agência ficou imune a iniciativas do Poder Executivo, via MP ou projeto de lei, em reduzi-lo?	0,0	1,00	0,0
	Estabilidade dos processos decisórios	As competências e atividades da agência foram desenvolvidas por ela sem avocação por parte do Poder Executivo?	10,0	1,00	10,0
3	Recursos (contingenciamento)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo foi igual à dotação orçamentária?	0,0	0,50	0,0
	Recursos (orçamento autorizado)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo ficou acima da mediana histórica da agência?	0,0	0,50	0,0
4	Pessoal	Foram realizados concursos públicos suficientes para preencher todos os cargos criados por lei para servidores da agência?	0,0	1,00	0,0
Total Institucionalização Substantiva			20,0	8,00	20,0
Nota para Institucionalização Substantiva					25,0%
Fonte: elaboração própria					

Com relação à subvariável *estabilidade dos dirigentes*, não foi encontrado qualquer episódio em que o dirigente tenha deixado o cargo antes do término do mandato, tendo

sido a única agência das três pesquisadas a apresentar esse resultado. Como será abordado nos próximos capítulos, tanto a ANATEL quanto a ANAC tiveram casos de renúncia de dirigentes antes do término dos respectivos mandatos. Todavia, a nomeação de Jerson Kelman para ser o diretor-geral da ANEEL, quem em período anterior havia desempenhado as funções de diretor-presidente da ANA na gestão FHC, foi típico exemplo de mudança de orientação política (*political drift*)²⁰⁹. Nesse sentido, há indícios de ter ocorrido o mesmo com o então diretor-geral da agência, José Mario Abdo; ao final do seu mandato na ANEEL, este foi cogitado a assumir o cargo de diretor-presidente da ANP, o que no entanto não se concretizou (PRADO, 2005, p. 136). Não fosse essa mudança de orientação política, a avaliação da ANEEL seria positiva para a subvariável *estabilidade dos dirigentes*.

Já quanto à *recondução*, a exemplo das demais agências, houve seis casos (de um total de 18 dirigentes) em que foram reconduzidos deixando dúvidas sobre sua imparcialidade com relação aos interesses dos respectivos chefes do Poder Executivo, responsáveis pela recondução. Foram eles: José Mário Miranda Abdo²¹⁰, Decreto s/nº de 28.11.2000, Eduardo Henrique Ellery Filho²¹¹, Decreto s/nº de 25.05.2001, Edvaldo Alves de Santana²¹², Decreto s/nº de 14.01.2009, André Pepitone da Nóbrega²¹³, Decreto s/nº de 14.08.2014, Jaconias de Aguiar²¹⁴, Decreto s/nº de 29.12.2001 e Romeu Donizete Rufino²¹⁵, este reconduzido duas vezes pelos Decretos s/nº de 14.08.2010 e 14.08.2014.

Resultado mais crítico foi resultante da análise da subvariável *vacância*. Diversos dirigentes deixaram de ser indicados em sucessivos períodos dificultando sobremaneira o processo de tomada de decisão da agência, seja pelo acúmulo de trabalho para os dirigentes ali atuantes ou pela necessidade de que as decisões em determinado período só puderam ser tomadas por unanimidade diante do quórum diminuto. É sabido que na ANEEL todas as decisões da diretoria são tomadas por maioria absoluta – três de cinco dirigentes (art. 20 da Lei nº 9.472, de 1997 e art. 9º do Regimento Interno, Portaria MME nº 349, de 1997²¹⁶).

²⁰⁹ Para uma definição de mudança de orientação política (*political drift*), ver Capítulo II.

²¹⁰ 1º mandato: de 02.12.1997 até 01.12.2000; 2º mandato: de 02.12.2000 até 01.12.2004.

²¹¹ 1º mandato: 02.12.1997 até 02.11.2000; 2º mandato: 25.05.2001 até 24.05.2005. O Diretor ainda ocupou interinamente a Diretoria-geral de 02.12.2004 até 13.01.2005.

²¹² 1º mandato: de 23.12.2005 até 22.12.2009; 2º mandato: de 23.12.2009 até 22.12.2013.

²¹³ 1º mandato: de 16.08.2010 até 13.08.2014; 2º mandato: de 14.08.2014 até 13.08.2018.

²¹⁴ 1º mandato: de 19.12.1997 até 18.12.2000; 2º mandato: de 29.12.2001 até 27.12.2005.

²¹⁵ 1º mandato: de 13.08.2006 até 13.08.2010; 2º mandato: de 14.08.2010 até 13.08.2014; 3º mandato: 14.08.2014 até 13.08.2018.

²¹⁶ “Art. 9º A Diretoria deliberará sobre as matérias de sua competência com, no mínimo, três votos convergentes.”

Segundo o Relatório de dez anos da Agência, até 2006, houve três períodos nos quais a diretoria esteve incompleta. O primeiro foi após a agência ter completado três anos, quando da primeira troca de mandatos, em que somente após quatro meses encaminhou-se à Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI) do Senado Federal proposta de recondução do ex-diretor Eduardo Ellery e a indicação de Paulo Pedroso para substituir o ex-diretor Afonso Henriques (ANEEL, 2008, p. 31) e mais um mês para a publicação da nomeação dos dois diretores, quando a agência voltou a contar com cinco diretores. Os outros dois períodos foram de final de 2001 até início de 2002, e de final de 2004 até meados de 2006 (ANEEL, 2008, p. 32).

No que se refere à subvariável *experiência*, a avaliação foi positiva. À exceção das demais agências, todos os dirigentes da ANEEL apresentaram currículo à Comissão de Infraestrutura do Senado Federal que demonstra experiência no setor de energia, muito embora, em entrevistas, os agentes tivessem demonstrado certo desconforto com algumas indicações por faltar dentre os requisitos, por exemplo, tempo mínimo de experiência.

A avaliação da subvariável *estabilidade das regras setoriais* foi negativa. O Poder Executivo, por meio da MP nº 144, de 11 de dezembro de 2003 (convertida na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, conhecido por novo marco regulatório do setor) retirou algumas das competências da agência. As alterações mais emblemáticas foram o retorno ao MME das competências de celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos, bem como de promover licitações (incisos I e II do art. 3-A da Lei nº 9.427, de 1996, com redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004). A operacionalização desta última competência pode ser delegada à ANEEL, nos termos do §2º do referido art. 3-A²¹⁷. A alteração por meio de MP, posteriormente convertida em lei própria por processo legislativo sumário próprio desse tipo normativo, revela o enfraquecimento das discussões dessas alterações, bem como de outras tão relevantes quanto (*e.g.* criação da EPE e da CCEE), que podem desmotivar o investimento no setor em razão da instabilidade de

²¹⁷ A Exposição de Motivos (EM) nº 95/MME justifica a alteração das competências como sendo uma “restituição” tomando como pressuposto que a divisão de competências anteriores era mais correta. No entanto, essa divisão à qual a EM faz referência precedia a criação da ANEEL. O parecer do Deputado Federal Fernando Ferro (PT/PE) de 28.01.04 atribuiu as alterações de competência à “falta de regras e de definição no papel da ANEEL e ONS” que acabaram por criar “um ambiente de insegurança e de falta de compromissos claros desses agentes. Ou seja, faltou governança para o setor. O mercado não cumpriu com o papel e a ausência do Estado foi sentida no desfecho da crise” de 2001, com o mais grave racionamento de energia presenciado no país. Cf. Parecer MPV 144/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=152139>>. Acesso em: fev. 2015.

regras. Nesse sentido, a crítica é quanto à ausência de discussão ampla de legislação destinada ao que veio a ser o novo marco regulatório; seria necessário ter sido proposto projeto de lei pelo Poder Executivo, e não com a urgência que o projeto de conversão de MP em Lei requer, e seguir a tramitação normal pelo Congresso Nacional com tempo para as análises e debates²¹⁸.

Quanto à subvariável *estabilidade dos processos decisórios*, a avaliação foi positiva, não tendo sido encontrado exemplo de avocação de competência ou desenvolvimento de atividades por parte do Poder Executivo quando a legislação indicava ser de competência da agência. Isso não quer dizer, entretanto, que essa estabilidade seja pacífica e sem sucessivas tentativas de confronto com outros poderes; o então diretor da ANEEL, Romeu Donizete Rufino, declarou que “[q]uanto à autonomia decisória, temos avançado muito, mesmo que constantemente tenhamos que administrar incompreensões sobre o papel das agências, obstáculo que certamente integra a fase de profundas mudanças na forma de organizar o Estado brasileiro” (ANEEL, 2008, p. 8).

A variável *orçamento* apresentou avaliação negativa para os dois testes. Para o primeiro, pelo fato de o Poder Executivo ter contingenciado o orçamento da agência sucessivamente. Até 2013, o contingenciamento é da ordem de R\$ 2.499.423.119,10 do total de R\$ 5.106.428.683,00 solicitado pela agência, ou seja, foi contingenciado cerca de 48,94% do orçamento proposto pela agência. O detalhamento ano a ano está disponível na Tabela 1 do APÊNDICE 1: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. O Quadro 5 abaixo evidencia o contingenciamento do orçamento da agência que aumentou a partir de 2003, teve seu pico em 2007 e depois disso tem apresentado uma leve melhora, ainda que bastante inferior ao verificado no período entre 1999 e 2001. O Quadro 6, por sua vez, mostra que em termos absolutos, também é possível observar que o orçamento da ANEEL diminuiu após 2002, mantendo-se em relativa estabilidade, apesar

²¹⁸ Nesse sentido, CORREIA et al. (2006, p. 618) apontam para a ruptura do novo modelo em relação à estrutura institucional anterior: “A partir da constatação do esgotamento da capacidade de investimento do modelo estatal, tentou-se uma rápida transição para um modelo privado. No entanto, como isto não se confirmou, tornou-se necessário a formatação de um modelo setorial alternativo, capaz de equilibrar a convivência dos capitais público e privado em um ambiente competitivo. Trata-se, portanto, de uma *contra-reforma* regulatória que, destituída de qualquer juízo de valor, representa um recuo em alguns aspectos da reforma iniciada na década de 1990 e a construção de regras institucionais para o retorno do planejamento central e estatal e para os investimentos públicos que haviam sido abandonados. (...) Em tal contexto, o governo brasileiro, após a eleição presidencial de 2002, iniciou um novo ciclo de reestruturação da indústria elétrica nacional. Primeiro, com a divulgação em 2003 de propostas para um novo paradigma institucional e, posteriormente, a consolidação regulatória com as Leis 10.847 e 10.848, em março de 2004 e seus respectivos decretos. O ponto principal do atual modelo é a maximização da segurança do suprimento de energia elétrica e a universalização do acesso, em harmonia com a eficiência econômica, expressa pelo princípio de modicidade tarifária.” No mesmo sentido, Prado (2010, p. 21). O tema será mais detalhado na seção V.3.

dos custos terem crescido diante do aumento de pessoal em 2004, 2006 e em 2010, conforme indicado na subvariável *pessoal* a seguir. No entanto, esse aumento não é suficiente para que o segundo teste dessa subvariável seja positivo.

Quadro 5 - Atendimento do Orçamento da ANEEL em %

Fonte: elaboração própria.

Quadro 6 - Limite Autorizado do Orçamento da ANEEL a preços de 2014

Fonte: elaboração própria.

Por fim, a subvariável *pessoal* teve avaliação negativa, pois, embora tenham sido realizados concursos para o preenchimento dos cargos criados (foram realizados três

concursos públicos²¹⁹), ainda existem cargos a serem preenchidos. O total de cargos autorizados foi de 765, sendo que 612 (80%) foram autorizados pela Lei nº 10.871/2004²²⁰. O preenchimento desses cargos faz-se necessário diante das reclamações por parte da agência quanto ao seu quadro de pessoal²²¹. A Tabela 10 discrimina cada um dos tipos de funcionários da agência, a qual demonstra que a maioria é estatutária, e ainda que comissionados, apresentam vínculo com a União.

Tabela 10 - Funcionários da ANEEL

Nº de funcionários	%	Regime de contratação
490	67,6	Estatutários por força da Lei nº 10.871, de 2004.
227	31,3	Comissionados ²²²
8	1,1	servidores de carreira em exercício descentralizado, que são servidores das carreiras típicas de Estado vinculadas aos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda.
Fonte: Giacomoni (2013, p. 24).		

V.2.1.3. A avaliação da atividade regulatória da ANEEL quanto à institucionalização

O exame da variável institucionalização releva conclusões interessantes sobre a ANEEL. A agência apresentou a avaliação institucional formal pouco acima da metade (68,2%). Só não foi melhor em razão de inadequações do seu modelo institucional com relação às boas práticas aqui idealizadas. Por exemplo, quanto à *autonomia decisória*, a avaliação foi negativa tendo em vista a possibilidade de a agência sofrer ingerência indesejada por parte do Poder Executivo central por meio de contrato de gestão. No mesmo sentido foi a avaliação da subvariável *procedimentos internos*, cuja avaliação negativa se justificou em razão do fato de o regimento interno da agência ser aprovado por portaria do Ministério de Minas e Energia, divorciando-se da autonomia desejada para as agências que

²¹⁹ O primeiro concurso ocorreu em 2004 (Edital ESAF nº 59/2004 para provimento de 290 vagas); o segundo em 2006 (Edital ESAF nº 51/2006 para provimento de 145 vagas); e o terceiro em 2010 (Edital nº 1/2010 para provimento de 186 vagas).

²²⁰ Alega-se que o contexto da autorização dos cargos foi drasticamente alterado; a economia e o setor elétrico eram menores do que em 2012, além da recomendação da criação de unidades descentralizadas e, com isso, o aumento do quadro de pessoal. (GIACOMONI, 2013, p. 32)

²²¹ Em pesquisa realizada no âmbito do Pro-Reg, os servidores da agência avaliaram como insuficiente o número de servidores considerando a carga de trabalho atual e em médio prazo e suficiente, mas com limitações pontuais no curto prazo. Na fase atual, “[a]s limitações se encontram na sede em todas as superintendências, que requisitaram, com justificativas, mais servidores por ocasião do pedido da ANEEL ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) de liberação de nomeação de 50% a mais das vagas oriundas do último concurso realizado (GIACOMONI, 2013, pp. 29-30) O desafio de estruturação do quadro de pessoal é presente também na diretoria da agência (ver ANEEL, 2008, p. 8)

²²² Do grupo de 227 servidores comissionados, 143 (63%) são integrantes das carreiras próprias da agência, 23 (10,1%) são servidores de carreira em exercício descentralizado, 15 (6,6%) são servidores requisitados de outros órgãos e esferas, e 46 (20,3%) não possuem vínculo com a União.

também se expressa pela competência que essa entidade deveria ter de estipular suas próprias regras.

A avaliação da institucionalização formal seria mais baixa não fossem algumas alterações ou regras introduzidas pela Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. Esse é o caso da *duração dos mandatos* e da *experiência* prévia dos dirigentes. Com relação a essa última, mesmo quando não era exigível a regra, os dirigentes nomeados antes da referida lei já apresentavam formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para o quais foram nomeados.

O bom desempenho da institucionalização formal não foi correspondido na institucionalização substantiva; a nota da ANEEL foi 25,0%. Particularidade está no fato de que o mesmo motivo que levou à avaliação positiva da agência quanto à clareza das competências setoriais do poder concedente e da agência é responsável pela avaliação negativa da subvariável *estabilidade das regras setoriais*. Se o setor dispõe hoje, com objetividade e clareza, das competências do poder concedente (Poder Executivo) não sobrepostas àquelas da agência, isso se deu à custa da estabilidade das regras setoriais, pois a alteração legislativa foi iniciada por meio de medida provisória sem o debate que se fazia necessário para a mudança nas regras do jogo.

Tabela 11 – Institucionalização – ANEEL

ANEEL	Nota Variável-Aspecto	Peso Aspecto	Nota Ponderada Aspecto
Institucionalização Formal	68,2%	50,0%	34,1%
Institucionalização Substantiva	25,0%	50,0%	12,5%
Total Institucionalização ANEEL			46,6%
Fonte: elaboração própria			

Por fim, ao se confrontar a análise do ponto de vista formal e substantivo, percebe-se que o bom desempenho no nível formal não foi determinante para o desempenho no nível prático, o qual foi insatisfatório. Assim, pergunta-se: qual é a valia da regra de a própria agência estipular o seu orçamento se este é sucessivamente contingenciado pelo Poder Executivo e pouco cresce, ou ter poderes de gestão de seu quadro de pessoal se nem todos os cargos criados por lei foram preenchidos, inclusive por falta de recursos?

V.2.2. A variável procedimentalização

V.2.2.1. A procedimentalização formal

A ANEEL teve avaliação positiva, tendo recebido nota 70,4% para a variável procedimentalização formal.

Tabela 12 - Procedimentalização Formal – ANEEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Processo decisório (duração)	Há previsão de duração dos processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Regulamentação	Há norma que disponha sobre os processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Diretoria (deliberação)	As atas são detalhadas com descrição dos votos divergentes e debates havidos no colegiado?	0,0	1,00	0,0
	Racionalização	Há algum mecanismo de racionalização do processo de tomada de decisão da agência (p. ex.: AIR)?	10,0	1,00	10,0
	AIR	Caso a AIR seja adotada, sua utilização é obrigatória para todas as decisões que causarão impacto no setor?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória	A agência adota agenda regulatória?	10,0	1,00	10,0
2	Processo decisório (transparência)	É conferido o livre e amplo acesso aos autos dos processos decisórios por qualquer interessado?	10,0	1,00	10,0
	Consulta Pública	Consulta pública é adotada para a tomada de decisão que impacte o setor?	0,0	0,33	0,0
	Consulta Pública (publicação)	A agência é obrigada a publicar todas as contribuições encaminhadas?	0,0	0,33	0,0
	Consulta Pública (respostas)	A agência é obrigada a responder todas as contribuições encaminhadas?	0,0	0,33	0,0
	Diretoria (publicidade I)	A reunião da diretoria colegiada é aberta ao público?	0,0	0,33	0,0
	Diretoria (publicidade II)	A reunião da diretoria colegiada é transmitida em tempo real pela Internet ou televisão?	0,0	0,33	0,0
	Diretoria (<i>quórum</i>)	Há quórum mínimo na reunião da diretoria?	10,0	0,33	3,3
Total Procedimentalização Formal			70,0	9,00	63,3
Nota para Procedimentalização Formal					70,4%
Fonte: elaboração própria					

A avaliação da variável *duração* do processo decisório tem resposta positiva, uma vez que há prazos para a agência tomar decisões. Por exemplo: 15 dias prorrogáveis por mais dez para elaboração e apresentação de pareceres, perícias ou informes de caráter técnico; 30 dias prorrogáveis por igual período para decisão final, após conclusão interna do processo (incisos III e IV, do art. 36, da Resolução Normativa nº 273, de 10 de julho de 2007); e 30 dias para a ANEEL se manifestar acerca de pedidos de revisão ou de reajuste dos contratos de concessão (§1º, art. 15 da Lei nº 9.427/1996).

Quanto à análise da subvariável *regulamentação*, ela é positiva tendo em vista que a “Diretoria da ANEEL expedirá normas de organização, que terão por objetivo (...) estabelecer os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Diretoria colegiada, por ela definidos.” (art. 24 do Regimento Interno). Com base nesse poder, a Diretoria elaborou a Resolução Normativa nº 2273, de 10 de julho de 2007, que dispõe entre outros temas sobre os processos decisórios da agência. Além disso, há previsão na Resolução Normativa nº 540, de 12 de março de 2013, que aprovou a Norma de Organização nº 40, para a realização de AIR no âmbito da agência.

No que se refere à subvariável *deliberação* relativa à Diretoria da ANEEL, sua avaliação é negativa tendo em vista a ausência de previsão normativa para a publicação das atas das reuniões da Diretoria. Vale apontar, contudo, que muito embora a publicação das atas das reuniões da Diretoria não seja obrigação que decorra de norma da agência ou a ela aplicável, é possível ter acesso a todas as atas no próprio sítio eletrônico da agência²²³. Sem divergir das demais agências, contudo, as atas não trazem elementos sobre o caráter deliberativo das reuniões; limitam-se a apresentar sucintamente informações sobre as partes interessadas, o relator, o quórum da decisão e uma breve descrição sobre o conteúdo do provimento, sem a preocupação de expor qualquer debate que possa ter havido ou razões de decidir do colegiado para que futuramente possa ser utilizado pelos interessados. Considerando que a publicação das atas decorre de conduta adotada por todas as diretorias desde a criação da agência, porém, sem que a sua previsão seja um direito garantido do regulado, a avaliação da subvariável *deliberação* não poderia ser diferente.

As subvariáveis *racionalização* e *AIR* têm apuração positiva na medida em que a ANEEL passou a exigir a adoção da AIR previamente à expedição de qualquer ato normativo pela agência (cf. art. 1º da Norma de Organização nº 40, de 2013). Apesar de ser uma norma simples e curta, ela aponta as principais fases e aspectos de uma AIR.

²²³ Ver <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=169>>. Acesso em: fev. 2015.

Para a subvariável *agenda regulatória* a resposta é positiva. A ANEEL adota esse instrumento sob a nomenclatura de Agenda Regulatória Indicativa²²⁴ com atividades previstas para um biênio. Aquela relativa ao período de 2015-2016 está disponível no sítio eletrônico da agência para acompanhamento da sua execução²²⁵. A elaboração e cumprimento da agenda regulatória pressupõe para esta agência a realização de inúmeras audiências e consultas públicas.

A subvariável *transparência* do processo decisório teve avaliação positiva diante da possibilidade de todos os interessados terem acesso aos autos dos processos administrativos quer para obter vistas, quer para requisitar cópias (inclusive em arquivo magnético de dados), salvo se direito de honra ou imagem estiverem envolvidos, conforme art. 41 da Resolução Normativa nº 273, de 2007.

Sobre os três testes relativos à subvariável *consulta pública*, o primeiro recebeu avaliação negativa uma vez que, apesar de a agência adotá-la sistematicamente, não há norma interna obrigando sua adoção, ao contrário do que ocorre com as audiências públicas (art. 28 do Regimento Interno, Portaria MME nº 349, de 1997)²²⁶. Há, é verdade, indicação quanto à competência da Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública para a realização da consulta pública (I e II do art. 1º da Portaria nº 109, de 11 de julho de 2005, e III do art. 23 do Regimento Interno). Verificou-se, entretanto, que a ANEEL realiza rotineiramente consultas públicas conforme se vê no sítio eletrônico da agência²²⁷.

Os outros dois testes dessa subvariável (*publicação e resposta* às consultas públicas) também receberam avaliação negativa, pois apesar de a ANEEL publicar para cada consulta pública um “procedimento de participação”, no qual a agência se vincula a publicar as contribuições encaminhadas e também se obriga a responder a estas contribuições, esse comportamento não decorre de uma disposição normativa aplicável à agência. Trata-se de costume adotado caso a caso que uma vez alterado não incorrerá em direito a ser postulado pelos regulados e grupos de interesses que se beneficiam dessas práticas.

²²⁴ Regimento Interno (Portaria MME nº 349, de 1997, com redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 503, de, 07 de agosto de 2012), art. 22, inciso III: “[s]ão atribuições básicas das Superintendências de Processos e das demais Unidades Organizacionais (...) estabelecer metas e elaborar os respectivos planos de ação, bem como efetuar o seu acompanhamento, avaliar resultados e identificar necessidades de ajuste e aprimoramento de regras, critérios e procedimentos”.

²²⁵ Ver <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=703&idPerfil=3>>. Acesso em: fev. 2015.

²²⁶ É possível que se afirme que a força normativa para a realização de audiências públicas se estenda às consultas públicas em razão da natureza de ambos os processos.

²²⁷ Ver <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=14>>. Acesso em: fev. 2015.

Quanto à subvariável *Diretoria*, os dois primeiros testes (*publicidade I e I*) tiveram respostas negativas. Embora a ANEEL transmita ao vivo as reuniões da Diretoria²²⁸, o Regimento Interno²²⁹ da agência não determina a sua obrigatoriedade; dispõe que as reuniões são públicas “a critério da Diretoria”. Assim, não é possível reconhecer a existência de direito subjetivo ao regulado e interessados nos processos decisórios se a Diretoria, por conveniência e oportunidade, pode calibrar o grau de transparência desejada às suas deliberações.

Ainda com relação ao tema publicidade, vale apontar que a participação do público é prática corrente, tanto é que no próprio sítio eletrônico da agência é possível fazer pedido de sustentação oral e preferência no julgamento²³⁰, o que revela que essas ferramentas são utilizadas pelas partes ao ponto de a ANEEL se mobilizar para tornar o procedimento de requisição mais fácil e célere para o regulado e a agência²³¹.

Quanto ao teste *quórum* da diretoria, a apuração foi positiva tendo em vista que as reuniões da diretoria da agência somente podem ser realizadas com no mínimo três diretores, dentre eles o diretor-geral ou seu substituto legal (§1º, art. 8º do Regimento Interno, Portaria MME nº 349, de 1997).

V.2.2.2. A procedimentalização substantiva

A procedimentalização substantiva também teve avaliação insatisfatória, tendo recebido nota 31,3%. A seguir a síntese da avaliação de cada uma.

²²⁸ Ver <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=708&idPerfil=3>>. Acesso em: fev. 2015.

²²⁹ Art. 8º A Diretoria deverá reunir-se, ordinariamente, segundo calendário anual por ela estabelecido, ou extraordinariamente, quando houver matéria urgente, mediante convocação do Diretor-Geral ou de três dos Diretores.

(...)

§ 3º As reuniões que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

²³⁰ <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=416>>. Acesso em: fev. 2015.

²³¹ O mesmo não ocorre, por exemplo, com a ANAC.

Tabela 13 - Procedimentalização Substantiva – ANEEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	AIR (aplicação)	As AIRs estão sendo realizadas conforme previsão normativa?	0,0	0,25	0,0
	AIR (consulta aos interessados)	Nas AIR realizadas, houve consulta aos interessados em momento anterior à minuta de regulamento e do relatório?	10,0	0,25	2,5
	AIR (análise)	Nas AIR realizadas, o relatório contemplou a alternativa de manutenção do <i>status quo</i> (de não alterar o cenário regulatório)?	0,0	0,25	0,0
	AIR (potencial de alteração)	Nas AIR realizadas, houve mudança de direção inicialmente indicada em razão das análises realizadas?	0,0	0,25	0,0
	Consulta Pública	As consultas contribuíram para a alteração da minuta de norma submetida à colaboração de interessados?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória (eficácia)	A agenda regulatória foi obedecida pela agência desde a sua adoção?	0,0	1,00	0,0
	Diretoria (interino)	O quórum mínimo foi respeitado sem a necessidade de dirigentes interinos?	0,0	0,50	0,0
	Diretoria (atas)	Das reuniões ocorridas é possível identificar, pelas atas, a deliberação sobre o conteúdo das decisões tomadas?	0,0	0,50	0,0
Total Procedimentalização Substantiva			20,0	4,00	12,5
Nota para Procedimentalização Substantiva					31,3%
Fonte: elaboração própria					

Com relação às AIR processadas pela ANEEL, da pesquisa realizada desde a adoção desse instrumento, é possível identificar 36 AIR no âmbito da agência²³², conforme sintetizado na Tabela 3 do APÊNDICE 1: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Apesar de número alto de AIR realizadas, a subvariável AIR não teve boa avaliação. Seu primeiro teste aponta que nem todas as 111 resoluções foram precedidas dessa análise, mas apenas 17 resoluções foram precedidas de uma AIR²³³, razão pela qual fracassou a subvariável.

²³² Importante destacar que no âmbito da ANEEL as AIRs são realizadas como parte das Audiências Públicas, podendo ser ou não uma AIR divulgada como anexa às Notas Técnicas. Vale ressaltar que é possível que o número maior de AIR tenha sido realizado, mas só foi possível identificar 45 no sítio eletrônico da agência.

²³³ Vale esclarecer que ao total foram encontradas 36 AIR, sendo que 17 resultaram em resoluções e 19 não, conforme a Tabela 3 do Apêndice 1.

No que se refere à qualidade dessas AIR, que é baixa, vale ponderar que se explica em razão da ausência de capacitação dos profissionais responsáveis. A ausência de capacitação é agravada pelo fato de que o titular da unidade organizacional é o responsável pela instauração e a condução da AIR relacionada com os atos propostos pela sua área (art. 3º da Norma de Organização nº 40, de 2013) dificultando, assim, que uma área específica incumba-se de adquirir o conhecimento necessário de maneira centralizada em poucos responsáveis e, posteriormente, dissemine-o para toda a agência.

Quanto ao teste que apura a *consulta de interessados*, o parágrafo único do art. 5º da Norma de Organização ANEEL nº 40/2013 confere a possibilidade de a unidade organizacional responsável pela instrução do processo realizar consulta pública a fim de subsidiar a AIR ou justificar a não aplicabilidade do instrumento. Nesse sentido, é possível verificar pelo menos quatro iniciativas da agência em 2013 e 2014²³⁴ de consulta aos interessados para subsidiar a AIR sumarizadas na tabela a seguir, razão pela qual a ANEEL obteve sucesso para este teste²³⁵.

Tabela 14 - CP prévia à AIR na ANEEL

Consulta Pública	Tema	Audiência Pública/Air
5/2013	Alterações nos Módulos 1, 2 e 6 do PRODIST e na Resolução Normativa nº 395, 15 de dezembro de 2009, relativas à apresentação e divulgação do Plano de Desenvolvimento da Distribuição – PDD e assuntos correlatos.	46/2013
2/2010	Contratação do uso do sistema de transmissão em caráter permanente, flexível, temporário e de reserva de capacidade, bem como as formas de estabelecimento dos encargos correspondentes.	39/2014
3/2014	Aprimoramento da proposta de regulamentação das diretrizes do processo de mediação administrativa na ANEEL.	36/2014
16/2010	Proposta de aprimoramento da regulamentação sobre a metodologia de definição de limites para os Indicadores de Continuidade Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – DEC e Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – FEC das distribuidoras de energia elétrica.	29/2014
Fonte: elaboração própria.		

²³⁴ A pesquisa no sítio eletrônico da agência foi realizada em novembro de 2014.

²³⁵ A consulta a interessados no processo da AIR não se faz obrigatória para todos os casos, ainda que sempre desejável, por isso, a avaliação da subvariável foi positiva, mesmo a consulta pública tendo sido realizada apenas em três casos.

Quanto ao teste que mede o método de *análise* propriamente dito das AIR, apesar de a grande maioria ter considerado a opção de manutenção do *status quo* tendo em vista sobretudo o modelo de questionário (anexo da Norma de Organização nº 40/2013), em que a unidade responsável deve preencher como resultado de uma AIR²³⁶, verificou-se que das 36 (trinta e seis) AIR realizadas, pelo menos em 4 (quatro) isso não ocorreu²³⁷. Apesar de baixo o número em que a opção de não regular não foi considerada, a ANEEL não passou nesse teste²³⁸.

A agência também fracassou no teste quanto ao *potencial de alteração* da AIR. Apesar do avanço da agência em relação às demais aqui analisadas no emprego desse instrumento regulatório, a ANEEL ainda considera a AIR como um instrumento auxiliar da audiência pública, já que não disponibiliza ao público o passo a passo desse processo, parecendo mais uma forma de a agência justificar ou ordenar as justificativas por uma ou outra medida, em uma visão estática desse instrumento do que um processo de tomada de decisão dinâmico. Por exemplo, a unidade responsável pela AIR é quem define o problema e faz toda a análise econômica da AIR sem participação dos interessados que usualmente só são chamados a falar quando a minuta da decisão está escrita.

A segunda e última subvariável com avaliação positiva foi *consulta pública*. A ANEEL ao disponibilizar o resultado das consultas públicas, publica relatório em formato bastante claro, classificando as contribuições em “aceitas”, “não aceitas” e “parcialmente aceitas”²³⁹.

Além disso, ainda sobre a *boa* utilização desse instrumento regulatório pela agência²⁴⁰, vale citar exemplo de que a consulta pública quando bem empregada nem sempre precisa visar a um escrutínio de um ato regulatório, mas sim para mera coleta de informações dos interessados. O caso ocorreu em 2014 no âmbito da Consulta Pública nº

²³⁶ No campo “opções consideradas” há o campo “justificar a opção escolhida, inclusive a de não regular”. Por força deste espaço, os responsáveis têm estabelecido a prática de enfrentar o ônus de justificar, no mínimo, o motivo pelo qual a inação da agência não foi a opção escolhida.

²³⁷ Foram as AIRs realizadas no âmbito das AP nº 2/2014, 8/2014, 25/2014 e 24/2014.

²³⁸ Fala-se em avaliação inicial, tendo em vista que futuramente, após um maior número de AIR ter sido processado pela agência considerando a opção de não regular, sua avaliação poderá mudar.

²³⁹ Por exemplo, em todas as audiências/consultas públicas realizadas houve contribuições “aceitas” e “parcialmente aceitas”, conforme é possível verificar no sítio eletrônico da agência: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2014&attAnoFasAud=2014&id_area=13>. Acesso em: fev. 2015.

²⁴⁰ Vale citar trecho da apresentação do então diretor-geral da ANEEL sobre o tema “Entre as agências, a ANEEL é pioneira na transmissão ao vivo das deliberações da diretoria, num processo absolutamente transparente. Todas as decisões são documentadas com notas técnicas e pareceres jurídicos que, frequentemente, incorporam ensinamentos adquiridos nas numerosas audiências públicas organizadas pela ANEEL. Dessa maneira, quem regula o regulador são os consumidores, as concessionárias e o Governo, todos com franco acesso ao racional de cada decisão.” (ANEEL, 2008, p. 4)

6/2014, cujo objetivo era obter subsídios para a definição da taxa de desconto utilizada nos modelos de planejamento da operação e formação de preço da energia elétrica gerada e comercializada no âmbito da CCEE. A Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração (SRSG) solicitou sugestões acerca de três alternativas de cálculo da taxa de desconto, após ouvidas a Superintendência de Regulação Econômica da agência (SRE) e a EPE²⁴¹. As contribuições realizadas por agentes econômicos, associações do setor (de investidores, comercializadores e consumidores industriais) e pela CCEE variaram tendo tanto contribuições pela não alteração da atual taxa de desconto quanto pelo aprimoramento de uma ou outra alternativa. Ao final, a Nota Técnica nº 069/2014-SRG/ANEEL, de 24 de outubro de 2014 recomendou o encerramento da consulta pública e a manutenção da então taxa de desconto para o ano de 2015 e finalizou determinando que

[n]o decorrer do próximo ano, deve-se aprimorar os estudos e análises sobre o assunto, com futura abertura de Audiência Pública, para a definição da nova taxa a ser utilizada nos modelos de planejamento da operação e formação de preço a ser aplicada a partir de janeiro de 2016.

Desse exemplo, extrai-se que como resultado de uma consulta pública nem sempre é necessário ter uma minuta de ato normativo, tampouco o objetivo ser decidir necessariamente por alguma mudança; a agência decidiu postergar a decisão em virtude das divergências de opinião ainda presentes no setor.

A subvariável *eficácia* da *agenda regulatória* recebeu avaliação negativa tendo em vista que a simples adoção desse instrumento de planejamento regulatório não é suficiente para que seja eficaz. Nos últimos quatro anos, desde a primeira agenda regulatória, a agência implementou menos da metade das atividades propostas. Em 2010, 47% da agenda foi cumprida (8 das 17 medidas implementadas)²⁴²; em 2012-2013, o cumprimento foi de 26,56% (17 das 64 medidas implementadas)²⁴³; em 2013-2014, apenas 12,85% da agenda foi cumprida (9 das 70 medidas implementadas)²⁴⁴. Verificou-se, portanto, uma queda no

²⁴¹ A proposta inicial foi oferecida pela SRE, a pedido da SRSG, e posteriormente submetida à crítica da EPE, conforme explicitado no item II da Nota Técnica nº 069/2014-SRG/ANEEL, de 24 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota_Tecnica_069_2014_SRG_ANEEL.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

²⁴² Ver <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_Agenda_Regulatoria_Indicativa_SRD_2010.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

²⁴³ Ver <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_da_Agenda_2012_2013.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

²⁴⁴ Ver <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo_I_Acompanhamento_AR_2013_2014.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

percentual de cumprimento da agenda, apesar de ter havido um acréscimo significativo em relação ao número de medidas implementadas ao longo dos anos.

Quanto à subvariável relativa ao processo decisório da *Diretoria*, a agência fracassou em ambos os testes (atas e participação de dirigentes interinos). As atas não expressam se as reuniões desse colegiado são meramente homologatórias de decisão tomada em momento anterior ou se são deliberativas, pois nas atas disponíveis apenas é possível encontrar as partes, o resultado e uma breve descrição do caso, sem qualquer referência a eventuais opiniões divergentes ou razão de decidir da agência²⁴⁵. No entanto, cada uma das sessões está disponível para consulta aos interessados no próprio sítio eletrônico da agência, de onde é possível verificar o conteúdo das reuniões deliberativas²⁴⁶.

No que se refere ao segundo teste, verificou-se que, em pelo menos duas oportunidades, diretores interinos assumiram suas funções em reuniões da diretoria. Foram eles: Edvaldo Alves de Santana em 2009, e Romeu Donizete Rufino em 2013²⁴⁷.

V.2.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANEEL à variável procedimentalização

Assim como ocorreu com a variável institucionalização, a variável procedimentalização formal teve avaliação positiva, com nota 70,4%, enquanto a substantiva negativa teve nota 31,3%.

Tabela 15 – Procedimentalização ANEEL

ANEEL	Nota Variável-Aspecto	Peso Aspecto	Nota Ponderada Aspecto
Procedimentalização Formal	70,4%	50,0%	35,2%
Procedimentalização Substantiva	31,3%	50,0%	15,6%
Total Procedimentalização ANEEL			50,8%
Fonte: elaboração própria			

A avaliação mais negativa da procedimentalização substantiva mostra que alguns instrumentos decisórios não estão sendo bem-aplicados. Ter problemas ou atrasos na adoção de ferramentas novas é até compreensível, como a agenda regulatória e a AIR. No

²⁴⁵ Cf. <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=169>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁴⁶ Cf. <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=708&idPerfil=3>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁴⁷ Romeu Donizete Rufino foi posteriormente nomeado diretor. Até o presente momento já cumpriu três mandatos: o 1º de 13.08.2006 a 13.08.2010; 2º de 14.08.2010 a 13.08.2014; e o 3º mandato de 14.08.2014 a 13.08.2018.

entanto, não é possível ter tolerância com ferramentas mais antigas, como a consulta pública. O mesmo raciocínio pode se aplicar para a previsão da existência da diretoria composta de dirigentes independentes com relação ao Executivo, se este faz uso de dirigentes interinos para que o quórum mínimo seja respeitado e com isso atinja a capacidade decisória da agência. Ou mesmo se as reuniões dessa diretoria não são deliberativas.

Apesar desse descolamento entre a análise formal e substantiva da variável procedimentalização, o que se extrai é que embora as regras aplicáveis à agência não exijam sempre a adoção de boas práticas, a ANEEL tem optado por adotar o que aqui se estipulou por boas práticas do processo decisório. O problema é que essa prática mostra-se frágil pelo fato dessas garantias não estarem previstas em normas da própria agência. No passado, o processo decisório não foi utilizado de maneira perversa. Mas isso não é garantia de que não haverá abusos no futuro. A consequência disso é desastrosa: o processo decisório tal como é conduzido atualmente pode ser alterado com relativa facilidade, pois normas que impactam o setor não chegaram a ser alteradas – por parecer partir de uma liberalidade da diretoria e não um direito dos regulados e usuários submetidos à atividade regulatória da ANEEL. Para o agente econômico que analisa o setor e avalia se pretende ou não investir nele, não basta o exame das regras postas e aplicáveis; é preciso essencialmente analisar como ocorre na prática, ainda que para identificar questões, aqui chamadas de estática (em contraposição às dinâmicas), e quais os direitos e garantias que os *stakeholders* têm diante do poder regulatório da agência. Exemplo indiscutível é a obrigatoriedade de se realizar consultas públicas e a publicidade em torno das reuniões da diretoria. Em que pese a excelência da agência na realização desses procedimentos, isso não pode implicitamente parecer um comportamento benevolente da agência para com o setor, mas sim um dever, cuja contraparte é um direito a ser exigido pelo setor regulado e impactado.

Mais que uma falta de informação por parte do agente regulador, que parece saber o que é mais adequado para o exercício de sua atividade, isso tudo demonstra certa benevolência; ele concede esses direitos aos agentes econômicos e usuários dos serviços regulados *quando e se* lhe convier. Críticas à parte, foram poucos os casos em que esses direitos não foram respeitados na prática.

V.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANEEL à variável judicialização

A pesquisa contratada pelo CNJ aponta que nos 108 processos analisados, reunidos aqueles com decisões transitadas em julgado e em trâmite quando da finalização da pesquisa, houve mudança a cada 1,19 casos, ou seja, a alternância das decisões foi maior que o número de casos. Esse resultado é especialmente gravoso se se considerar que a taxa de confirmação das decisões da ANEEL em processos com decisões transitadas em julgado é de 62% (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 117).

Considerando a indicador de insegurança jurídica proposto²⁴⁸ por Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, pp. 133-5), o valor atribuído à ANEEL foi 0,98. O número apresentou sensível queda em razão da existência de processos antigos sendo analisados pelo Judiciário, ou já analisados, problema equacionado nesse indicador. De toda forma, o número é relativamente expressivo, uma vez que aponta intensa alternância de posicionamento do Judiciário frente às questões regulatórias levadas a ele.

Na próxima seção será analisado com mais vagar o relacionamento do setor com o Poder Judiciário em decisão importante sobre o novo marco legal (Lei nº 10.848/2004).

V.3. Análise qualitativa do setor: o STF e o novo marco legal do setor elétrico

Conforme abordado nas linhas anteriores, a Medida Provisória nº 344 de 11 de setembro de 2003, convertida na Lei nº 10.848/2004 (conhecida também como o novo marco do setor elétrico), representou uma mudança de curso do setor sinalizada na gestão Fernando Henrique Cardoso²⁴⁹, que não foi esquecida pelos partidos da oposição durante a gestão de Luís Inácio Lula da Silva. O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Partido da Frente Liberal (PFL) ajuizaram, respectivamente, medidas cautelares nas ADI nº 3.090 e ADI nº 3.100 em face da referida MP.

Em termos gerais, ambas as ADIs questionaram a integralidade da MP nº 144/2003, com fundamentos semelhantes e complementares. A primeira apresentou dois argumentos principais: (i) por relacionar o então modelo do setor elétrico à EC nº 6/1995 defendia que qualquer alteração normativa da matéria configuraria regulamentação do art. 176 §1º, por força do julgamento da ADI 2.005; e (ii) em razão do primeiro argumento,

²⁴⁸ Vale lembrar que o indicador é o número de mudança de *status* da decisão dividido por mil dias, para que se possa colocar em bases iguais processos com durações distintas.

²⁴⁹ Para maior aprofundamento no tema, ver Correia et al (2006) e Prado (2010).

sustentava incidir o art. 246 da CF²⁵⁰ a restringir a regulamentação da matéria por meio de MP. A ADI nº 3.100 alegou ainda a inconstitucionalidade do ato na parte em que promove alterações no ONS e a extinção do MAE e rechaçou o uso da arbitragem para a solução de conflitos. Outros argumentos também foram levantados em conjunto como a ausência de relevância e urgência da matéria e violação ao princípio da reserva legal, entre outros.

O plenário do STF entendeu, por maioria²⁵¹, que, em princípio, a MP impugnada não viola o art. 246 da CF, tendo em vista que a EC nº 6/1995²⁵² não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da CF, a substituir a expressão “empresa brasileira de capital nacional” pela expressão “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”, incluída no §1º do art. 176 da CF. Prevaleceu o entendimento segundo o qual a MP em questão não estava destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC nº 6/1995, eis que versa sobre matéria prevista no art. 175 da CF, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico²⁵³.

Apesar de ter sido voto vencido no julgamento das medidas cautelares, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, ao se posicionar pela suspensão da vigência dos arts. 1º, 2º, e do art. 7º da MP nº 144/2003, na parte em que este último dá nova redação ao art. 10 da Lei nº 8.631/1993, teceu longos comentários sobre a (má) técnica legislativa

²⁵⁰ CF, art. 146: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.”

²⁵¹ Foram vencidos o Ministro Gilmar Mendes (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello. O relator votou por conferir, à íntegra dos dispositivos da Medida Provisória nº 144, interpretação conforme a Constituição para afastar sua incidência com relação a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo art. 246 da Constituição, acolhendo, portanto, o argumento sustentado pelos autores sobre o tema. E, ainda, opinou pela suspensão da vigência dos arts. 1º, 2º, e do art. 7º da Medida Provisória 144, na parte em que este último dá nova redação ao art. 10 da Lei nº 8.631, de 04 de março de 1993, tema que será abordado no texto acima. E, com a ressalva da interpretação conforme, votou pelo indeferimento da cautelar quanto aos demais dispositivos.

²⁵² Pontuou o Ministro Nelson Jobim que “[a] Emenda Constitucional nº 6 havia suprimido e revogado o art. 171 que tratava da famosa empresa brasileira de capital nacional. O que fez a emenda constitucional para compatibilizar o texto da Constituição? Substituiu, no §1º do art. 176, a referência a empresa brasileira de capital nacional e colocou a expressão ‘empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país. Essa foi a alteração produzida no texto. Nada no que diz respeito à questão da energia elétrica.” (p. 93) Vale lembrar também que o Ministro Nelson Jobim, à época da EC nº 6/95, era Ministro de Estado da Justiça, tendo assinado em conjunto com outros Ministros, a exposição de motivos da PEC.

²⁵³ No julgamento das medidas cautelares nos autos das ADIs ainda foi suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa uma questão de ordem, uma vez que no curso do julgamento a MP fora convertida na Lei nº 10.848, em 15 de março de 2004. A questão de ordem foi rejeitada por entender que a lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do STF no âmbito do controle concentrado. Ao final, foi suscitada nova questão de ordem pelo Ministro Gilmar Mendes para que se procedesse ao julgamento do mérito no lugar do julgamento da medida cautelar. Esta foi igualmente rejeitada.

utilizada na MP para postergar definições fundamentais sobre o novo desenho institucional gerando, assim, insegurança jurídica para o setor. Esse é o ponto do posicionamento do STF com relação à MP nº 144/2003 que importa a esta tese.

Partindo do entendimento de que “há delegação indevida, quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição”²⁵⁴, Gilmar Mendes passa a analisar a constitucionalidade das disposições da MP que transferem sua regulamentação ao Poder Executivo²⁵⁵ e afirma:

Da leitura do *caput* do art. 1º, caberia de imediato a seguinte indagação: O que o legislador entende por contratação regulada ou livre? Ou ainda, quais os parâmetros diretrizes legislativas que permitem identificar tais modalidades de contratação, ou ainda, que permitem diferenciar uma modalidade da outra? O fato é que, apesar do uso da expressão “nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento”, da leitura da integralidade da MP não se vê qualquer balizamento que ofereça resposta a tais perguntas. Ou seja, em verdade, contratação regulada e contratação livre são instituições meramente nos termos do regulamento executivo! (Acórdão ADI nº 3.090-MC, p. 81.)

Esse é o texto, Senhores Ministros, que estamos obrigados a fazer na análise de delegações legislativas como estas. Quando não for possível vislumbrar qualquer parâmetro legal para controle da atividade regulamentar, permitindo uma liberdade absoluta nas opções do Executivo, restará evidente um quadro de delegação em braço! (Acórdão ADI nº 3.090-MC, p. 84.)

O mesmo questionamento foi feito para ao inciso III do art. 1º, que dispõe que “processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo”, e ao inciso V do art. 2º, que trata das “condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais”, ambos ainda seriam disciplinados por regulamento.

O referido voto foi proferido em 04 de fevereiro de 2004 e em 15 de março do mesmo ano foi publicada a Lei nº 10.848, resultante do processo de conversão, que contemplou alterações importantes no sentido de o legislador ter tomado as decisões políticas fundamentais para a fixação de *standards* que pautaram e pautarão a atividade regulamentar. Comparando a MP nº 144/2003 e a Lei nº 10.848/2004, é possível notar que

²⁵⁴ Acórdão ADI nº 3.090-MC, p. 71. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491802>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁵⁵ Entende-se que esse tema ainda será debatido quando do julgamento do mérito. Por ora, ficou restrito ao voto do Ministro Gilmar Mendes, sem ter sido apreciado pelos demais Ministros.

as críticas realizadas pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da ADI nº 3090 foram atendidas. Por exemplo, a contratação regulada e a contratação livre tiveram suas diretrizes disciplinadas nos §§2º e 3º do art. 1º da Lei. O processo de definição de preços e de contabilização e liquidação de operações realizadas no mercado de curto prazo, bem como a Convenção de Comercialização instituída pela ANEEL estão mais bem definidos nos §§5º, 6º, 7º, 8º e 9º do art. 1º da Lei. Quanto ao “repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais”, suas condições e limites estão previstas no §4º do art. 2º da Lei.

Crítica do STF, na figura do voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, com relação à ausência de discussão parlamentar a respeito da proposta de MP para alterar o marco legal do setor elétrico, permitiu que o legislador pudesse oferecer condições melhores de atuação do agente regulador setorial. O STF fez isso sem, contudo, utilizar o seu instrumento mais forte, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.

Ao contrário do que o indicador de insegurança jurídica apontou na seção anterior, o Judiciário nesse episódio trouxe segurança jurídica para o setor na medida em que indicou antecipadamente ao Poder Legislativo pontos de aprimoramento na legislação setorial. Legislação esta que teve como origem uma MP, ato normativo com limites claros de discussão pública. E, mais, estipulou com clareza as competências de cabia a cada ator estatal, no caso o MME e a ANEEL, para que não pairasse qualquer incerteza.

V.4. Conclusão Parcial

Desde a criação da ANEEL em 1996, o setor passou por três reformas institucionais (no sentido de regras): a primeira contemporânea à criação da agência (Lei nº 9.648/1998), a segunda, a “reforma da reforma”, em razão da crise de energia dos anos 2000 (MP nº 2.148-1/2001) e a “contra-reforma” com a Leis nºs 10.847/2004 e 10.848/2004. Não obstante as diversas reformas realizadas, o setor de energia pôde fortalecer a agência ao longo de sua existência.

Característica importante do setor de energia que certamente impacta a forma como a ANEEL atua é o fato de que os agentes privados do setor são altamente organizados em várias associações²⁵⁶. Além disso, há grande margem de agentes econômicos até se chegar

²⁵⁶ São exemplos: a Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica (ABCE), a Associação Brasileira dos Autoprodutores de Energia (Abiape); a Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres (ABRACE); a Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica (ABRACEEL); a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia

ao usuário final individual cuja organização é mais difícil em razão da sua diversidade. Esse numeroso e organizado setor econômico acaba por pressionar a agência para, por exemplo, definir a forma como a agência conduz suas atividades, para que seja a mais próxima possível do que se entende por boas práticas regulatória. Pois, apesar de a agência apresentar avaliação das variáveis institucionalização e procedimentalização satisfatória, a boa avaliação não decorre de regras previstas em normas, mas de postura benevolente da sua diretoria, deixando transparecer nuances patrimonialistas que caracterizavam a regulação estatal antes da criação da agência.

A condução dos contratos de gestão ilustra bem por parte do poder concedente. Debus (2012, p. 173) em estudo sobre o tema aponta que o processo de elaboração dos contratos de gestão tem sido conduzido quase que exclusivamente pelas agências. Isso inclui a formulação dos objetivos, das metas e dos indicadores de avaliação dos resultados, com a participação dos Ministérios supervisores assumindo a papel secundário, via de regra, no sentido de acatar o que as agências propõem. O que se verifica nessa suposta relação contratual, até o momento, é uma espécie de termo unilateral de compromisso (da agência) perante o MME acerca de metas e objetivos.

Contudo, a prática não parece ser suficiente para exigir que outros poderes institucionais respeitem essas regras de conduta. As interferências ocorreram, umas em menor grau e justificáveis em razão das circunstâncias, e outras sem propósito com danos à credibilidade da agência. Para o primeiro caso, pode-se citar a “reforma da reforma”: sob o argumento de contribuir para redefinir o papel da ANEEL e do ONS e esclarecer as competências do Poder Concedente (MME), conforme dispõe o Relatório do Deputado Fernando Ferro (PT/PE) de 28.01.2004, excluiu-se da ANEEL algumas competências como as de celebrar contratos de concessão, gerando instabilidade de regras, apesar de ter esclarecido pontos importantes sobre a divisão de competências dos atores estatais. Exemplos do segundo caso é o fato de a agência ter diretor reconduzido duas vezes (totalizando três mandatos) ou, após décadas de criação da ANEEL, a agência ainda sofrer com a ausência de pessoal suficiente para o desempenho das suas funções e com sucessivos contingenciamento do orçamento. Em diversos exercícios, a agência aponta o quantitativo de pessoal, associado ao contingenciamento orçamentário, como principais

Elétrica (ABRADEE); a Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Elétrica (ABRAGE); a Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Termelétrica (ABRAGET); e Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica (ABRATE).

causas do não cumprimento ou não atingimento das metas anuais estipuladas pela agência nos contratos de gestão (DEBUS, 2012, p. 166)²⁵⁷.

O melhor desempenho da ANEEL na abordagem estática das variáveis institucionalização e procedimentalização poderiam sugerir que a agência não precisaria realizar mudanças nas regras aplicáveis à agência ou ao seu processo decisório, o que não se verifica. O desempenho da ANEEL quanto à institucionalização formal foi mediano exigindo mudanças em suas normas a fim de se adequar às boas práticas regulatórias. Isto é dizer que (i) a duração do mandato poderia aumentar mais um ano e se descolar de vez do mandato presidencial; (ii) a figura do contrato de gestão que não é de fato aplicado poderia ser afastada; e (iii) seu regimento interno poderia decorrer de norma aprovada pela diretoria da agência e não mais de Portaria do MME. Tais práticas não são encontradas, por exemplo, nos demais setores analisados aqui. O mesmo ocorre com a procedimentalização formal, eis que as práticas referentes às consultas públicas e às reuniões da diretoria poderiam ser adotadas formalmente, afastando assim qualquer instabilidade do processo decisório. Essas mudanças elevariam ainda as notas da ANEEL.

Quanto à institucionalização e procedimentalização substantivas é preciso enfatizar que há muito o que aprimorar na ANEEL, não só com relação a ferramentas novas (*e.g.* AIR, agenda regulatória), mas principalmente antigas (*e.g.* consulta pública e reuniões da diretoria). Não se mostra mais admissível após quase duas décadas que ainda haja falta de pessoal e contingenciamento e estagnação do orçamento. Problemas como vacância de cargos, recondução de dirigentes e a indicação de dirigentes interinos devem ser atacados de outra forma²⁵⁸ e diante das dificuldades do Poder Executivo deve-se impor contenções como por exemplo impossibilidade de abuso da regra da recondução, ou imposição de prazo mínimo para a atuação dos dirigentes interinos ou, ainda, vedação à nomeação de dirigente interino pelo Poder Executivo para o posto de dirigente efetivo.

²⁵⁷ “A ANEEL foi a primeira agência reguladora brasileira e ao longo dos seus dez anos de existência prestou relevantes serviços à nossa sociedade. Logo nos seus primórdios, no período do racionamento de energia entre 2001 e 2002, enfrentou fortes questionamentos sobre o seu papel mas, não obstante as dificuldades, atravessou incólume aqueles tempos difíceis e saiu da crise mais respeitada do que no início. Depois vieram outros desafios de monta, como o primeiro ciclo de revisões tarifárias, algo que jamais havia sido feito, naquelas dimensões, em qualquer parte no mundo. Ao longo desta jornada ocorreram, ainda, inúmeras modificações no quadro legal do setor elétrico, o que tornou o trabalho da agência ainda mais difícil. Foram muitas as batalhas, mas não é possível nem preciso citar cada uma delas para que aqueles que militaram na construção e consolidação da ANEEL possam olhar para trás e ter a sensação de ter lutado o bom combate e ter cumprido com o seu dever.

“Hoje, passados dez anos, pode-se constatar que, apesar dos percalços de ordem institucional e orçamentária, das incertezas políticas vivenciadas, a ANEEL logrou atingir um grau de respeitabilidade entre agentes e consumidores que poucos órgãos públicos podem ostentar.” Issac Averbuch, ex-diretor da ANEEL, em relatório sobre os dez anos da agência (ANEEL, 2008, p. 15).

²⁵⁸ Esse ponto será explorado no capítulo final.

CAPÍTULO VI: ANATEL E TELECOMUNICAÇÕES

VI.1. Panorama da regulação do setor

VI.1.1. Justificativas para a regulação estatal

No Brasil, os chamados serviços de telecomunicações²⁵⁹ são regulados pelo Estado com pelo menos duas principais justificativas. A primeira pelo fato de uma parcela relevante desses serviços ter sido elevada à categoria de serviço público conforme determina o art. 21, XI, da Constituição Federal. Em razão do regime público de prestação (pela iniciativa privada), um plexo de princípios e obrigações peculiares acaba por incidir, por exemplo a universalização e a continuidade²⁶⁰. Some-se a isso a própria assimetria regulatória para os serviços de telecomunicações prestados em diferentes regimes. Por exemplo, o Serviço de Telefonia Fixa Comutado (STFC), prestado em regime público pela concessionária²⁶¹, coexiste com o mesmo serviço prestado em regime privado, pela empresa espelho autorizatória²⁶².

O segundo motivo para o Estado intervir no domínio econômico desse setor é a importância que a interconexão tem para as telecomunicações. O legislador destacou o papel da obrigação de interconexão entre as redes, sua operação integrada e o condicionamento de sua propriedade ao dever de cumprimento de sua função social, conforme previsto no art. 176 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações)²⁶³.

²⁵⁹ Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações, que por sua vez é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, *caput* e § 1º da Lei nº 9.472, de 1997).

²⁶⁰ Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. O Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalidade e de continuidade (art. 63, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997).

²⁶¹ As concessionárias são as empresas escolhidas por meio de licitação para a prestação de serviço de telefonia fixa com base no contrato de concessão, devendo ofertar plano básico a partir de valores definidos em contrato, cumprir metas de qualidade e de universalização definidas no contrato e atualizadas pela ANATEL, bem como pagar outorga no valor de 2% da receita da sua receita líquida de STFC do ano anterior ao do pagamento. Oi(Telemar) e Telefônica são as maiores do mercado brasileiro.

²⁶² A GVT e a Embratel são as principais empresas autorizadas de serviço local.

²⁶³ “Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.”

VI.1.2. Os agentes estatais

VI.1.2.1. O formulador de políticas públicas setoriais

Criado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o principal formulador de políticas públicas no setor de telecomunicações é o Ministério das Comunicações. Entre suas áreas de competência estão os serviços de radiodifusão, postais e de telecomunicações, bem como a formulação e proposição de políticas nacionais para estas áreas e para a inclusão digital. O Ministério também é responsável, entre outras funções, por outorgar e fiscalizar serviços de radiodifusão e supervisionar suas entidades vinculadas: a ANATEL, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras).

A origem do Ministério remonta a um passado no qual o Estado buscou centralizar o serviço de telecomunicações e mantê-lo cada vez mais distante dos investimentos privados²⁶⁴. Na década de 1960, a Constituição ora em vigor – a Constituição de 1946 – determinava que caberia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração, de acordo com o seu âmbito, dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante a correspondente outorga²⁶⁵. A realidade fática então apresentada era a existência de cerca de 1.200 empresas telefônicas no País, a maioria delas de médio e pequeno porte, que atuavam sem nenhuma coordenação entre si e sem qualquer compromisso com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas, o que representava grande obstáculo ao bom desempenho do setor. Diante da tamanha precariedade, o Governo e o Congresso editaram o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), o primeiro grande marco normativo na história das telecomunicações no Brasil²⁶⁶.

²⁶⁴ BRASIL. Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10/12/96. Diário da Câmara dos Deputados, edição LII, nº 001, publicada em 08 de janeiro de 1997, p. 130.

²⁶⁵ Constituição de 1946: “Art 5º - Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado; (...)”

²⁶⁶ Entre os principais instrumentos criados pela referida lei estavam: o Sistema Nacional de Telecomunicações, visando assegurar a prestação, de forma integrada, de todos os serviços de telecomunicações; a colocação sob jurisdição da União dos serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefonia interestadual; a instituição do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL); a atribuição ao CONTEL de poder para aprovar as especificações das redes telefônicas, bem como o de estabelecer critérios para a fixação de tarifas em todo o território nacional; a atribuição à União da competência para explorar diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações; a autorização para o Poder Executivo constituir empresa pública para explorar industrialmente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações (empresa que se transformaria na Embratel) (BRASIL. Exposição de Motivos

A questão da fragmentação do poder de outorgar concessões previstas na Constituição de 1946, entretanto, somente seria superada em 13 de fevereiro de 1967, com o Decreto-Lei nº 162²⁶⁷, que concentrou esse poder na União²⁶⁸. A Constituição de 1967 ainda foi além, determinando que os serviços públicos de telecomunicações somente poderiam ser explorados pela União, diretamente ou através de concessões a empresas sob controle acionário estatal²⁶⁹.

Neste contexto, em 25 de fevereiro de 1967, com o Decreto-Lei nº 200, foi criado o Ministério das Comunicações, ao qual, desde logo, foram vinculados a Embratel e o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), sendo que as atribuições deste último foram assumidas pelo Ministério. Pouco mais de trinta anos depois, o Ministério das Comunicações foi fundido com outras pastas e passou a integrar o Ministério da Infraestrutura. O novo órgão, no entanto, só durou dois anos. Em abril de 1992, o superministério foi dividido e, assim, ficou criado o Ministério dos Transportes e Comunicações. Só em outubro daquele ano, o Ministério das Comunicações voltou a ter estrutura administrativa independente, a qual se mantém até hoje.

Ao Ministério das Comunicações cabe importantes tarefas no setor de telecomunicações, porém, todas restritas a definições de políticas públicas, sobretudo no que se refere ao serviço de telecomunicações prestado em regime público. São algumas delas: instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitante ou não com sua prestação no regime privado; aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; e aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (art. 18 da Lei nº 9.472, de 1997).

O ex-ministro Pimenta da Veiga, no segundo mandato de FHC, tentou retomar o poder político perdido pelo Ministério das Comunicações com a criação da ANATEL, através da edição do Decreto nº 3.354, de 28 de janeiro de 2000, o qual reestruturou a

nº 231/MC, de 10/12/96. Diário da Câmara dos Deputados, edição LII, nº 001, publicada em 08 de janeiro de 1997, p. 130.).

²⁶⁷ “Art. 1º Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações.

§1º A União substituirá automaticamente os poderes concedentes estaduais e municipais em todos os serviços telefônicos, até então sob a jurisdição estadual ou municipal.

§2º Os direitos e obrigações das empresas de telecomunicações, coletivas ou individuais, que tenham obtido concessão, autorização ou permissão de autoridades estaduais e municipais para execução do serviço continuarão a ser regidos pelos atos e contratos, expedidos pelas autoridades competentes ou com estas celebrados, ressalvada a possibilidade de modificá-los, observadas as formalidades legais.”

²⁶⁸ BRASIL. Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10/12/96. Idem.

²⁶⁹ Constituição de 1967: “Art 8º - Compete à União: (...) XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; (...)”

Secretaria de Radiodifusão. O decreto reconhecia a competência da ANATEL no tocante à regulamentação e fiscalização de questões técnicas, como o espectro de frequências e potência, mas também revigorava o poder político do Ministério na regulamentação e fiscalização do conteúdo e nas concessões.

VI.1.2.2. O agente regulador

A história da ANATEL remonta à premente necessidade de organização institucional do setor de telecomunicações, iniciada pela flexibilização do monopólio estatal nas telecomunicações, por meio da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal, dando-lhes a seguinte redação²⁷⁰:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Visando atender ao disposto na referida Emenda Constitucional e em substituição ao Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 (Lei nº 4.117/1962), foi apresentado o Projeto de Lei nº 2.648, de 11 de dezembro de 1996 (que viria a ser a Lei Geral das Telecomunicações), encaminhado pelo Ministro de Estado das Comunicações da época, Sérgio Motta²⁷¹. Desde a sua nomeação, o Ministro defendia a privatização do sistema

²⁷⁰ Nesse sentido, ver Almeida (2001, p. 56): “De todos los sectores hasta ahora incluidos en la política de privatización, el de telecomunicaciones ha sido, probablemente, el que propició la más amplia discusión y negociación en el ámbito del Congreso. Eso ocurrió menos por decisión espontánea del Ejecutivo que por las características del contexto institucional específico en el cual la producción de las reglas de privatización debió ocurrir. Como se ha señalado anteriormente, la venta de las empresas públicas de telecomunicaciones tuvo que ir por el largo camino de la reforma constitucional y de la reglamentación consecuente por medio de proyecto de ley.”

²⁷¹ O Projeto de Lei foi resultado de intenso esforço desenvolvido pelo próprio Ministério das Comunicações, bem como de consultores nacionais e estrangeiros a partir de julho de 1996, por meio de acordo de cooperação firmado entre o Governo Brasileiro, representado pela Agência Brasileira de Cooperação (ABC), do Ministério das Relações Exteriores, e a União Internacional de Telecomunicações (UIT), organismo especializado da Organização das Nações Unidas. Foram contratadas três consultorias, duas internacionais e uma nacional, para auxiliar os técnicos do ministério. As consultorias contratadas foram a McKinsey & Company, responsável pela definição do modelo econômico; a Lehman Brothers; Dresdner Kleinworth Benson; Motta, Fernandes Rocha & Associados Advogados para a reestruturação e privatização do Sistema Telebras; e a Sundfeld Advogados, responsável pela organização dos serviços e criação do órgão regulador.

Telebras como forma de modernizar os serviços de telefonia do país, popularizando assim a aquisição de linhas fixas e estimulando a difusão de celulares. Ele enxergava um esgotamento do modelo estatal e atentava à necessidade de se fazer a privatização a partir de uma lei geral e uma agência reguladora profissional e independente²⁷²⁻²⁷³.

Insculpido na Lei Geral das Telecomunicações, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, o novo modelo regulatório determinou, entre outras medidas, a criação da ANATEL. O conselho diretor da agência empossado em 05 de novembro de 1997 herdou do Ministério da Comunicação os poderes de outorga, regulamentação e fiscalização das telecomunicações. Acreditava-se que, em 1998, a agência absorveria as atividades de radiodifusão e se chamaria Anacom (Agência Nacional de Comunicações)²⁷⁴. Esse projeto de reestruturação total e profunda do marco regulatório das Comunicações, após a morte do Ministro Sérgio Motta, não foi adiante; seus sucessores não foram capazes de vencer as resistências às mudanças essenciais que a unificação deveria trazer²⁷⁵.

À ANATEL coube, no entanto, desenvolver a regulação que preparou o país para receber os investimentos e a tecnologia que elevaram as telecomunicações brasileiras, nos anos que seguiram à sua criação, a patamares comparáveis aos experimentados por países mais desenvolvidos²⁷⁶. Isso só foi possível em razão da atribuição das competências da agência na LGT (art. 19), das quais cumpre destacar a implementação, em sua esfera de atribuições, da política nacional de telecomunicações; a expedição de normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e do regime privado; a edição de atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço em regime público e em regime privado, de radiofrequência e de órbita; a celebração e gerenciamento de contratos de concessão e fiscalização da prestação de serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; o controle, acompanhar e proceder à

²⁷² ESTADÃO, “O legado de Sérgio Motta, dez anos depois”, 13.04.2008, p. B20. Disponível em: <<http://www.psd.org.br/ethevaldo-siqueira-o-legado-de-sergio-motta-dez-anos-depois>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁷³ Questionamento judicial frente à autonomia da agência será abordado na seção VI.2.3. sobre a variável judicialização.

²⁷⁴ O ministro Sérgio Motta, após empossar os cinco integrantes do conselho diretor da ANATEL, disse que o ministério ainda controlava os serviços postais e de radiodifusão, por meio de duas secretarias técnicas, mas que, caso o Congresso aprovasse os projetos de lei que seriam enviados para regulamentar a privatização e a fiscalização desses setores, a pasta do Ministério deixaria de ter controle sobre eles (ver FOLHA, “ANATEL esvazia Ministério de Motta”, 06.11.1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi061113.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁷⁵ ESTADÃO, “Marco Regulatório ou projeto de poder?”, 24.07.2010. Disponível em: <<http://blogs.estadão.com.br/ethevaldo-siqueira/2010/07/24/marco-regulatorio-ou-projeto-de-poder>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁷⁶ ANATEL, Relatório Anual, 2008. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/hotsites/relatorio_anual_2008/cap_01.htm>. Acesso em: fev. 2015.

revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público; a expedição de normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes; a deliberação na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; a composição administrativa de conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações, entre outras.

Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal chegou a sinalizar a possibilidade de limitar a autonomia da agência²⁷⁷ ao julgar liminar em ADI nº 1.668-5/DF²⁷⁸ ajuizada pelos partidos de oposição ao governo de Fernando Henrique Cardoso, PC do B, PT, PDT e PSB. Na discussão sobre a amplitude da autonomia da ANATEL, os três ministros que se manifestaram sobre esse ponto – Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello – questionaram a validade da expressão da lei que trata da “ausência de subordinação hierárquica” da agência. Para eles, as autarquias públicas estariam subordinadas ao ministro de Estado (da área específica) e ao presidente da República, consoante o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/1967, que define que entidades compreendidas na administração indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Foi questionado ainda o poder regulamentar da ANATEL sobre licitações, contestou-se se a agência poderia editar resoluções que viessem a derogar, por exemplo, a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993). O STF rejeitou tal possibilidade assentando o entendimento de que a competência da agência, na matéria, era infralegal e que, portanto, se sujeitava às normas gerais de licitações²⁷⁹.

A agência, além de possuir conselho diretor e ouvidoria, possui um conselho consultivo. O órgão de participação institucionalizada da sociedade nas atividades e nas decisões da agência é formado por 12 membros, indicados pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, entidades representativas dos usuários e entidades representativas da sociedade. Entre suas atribuições estão opinar, antes do encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o Plano Geral de Outorgas, o Plano Geral de Metas de Universalização de serviços prestados em regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;

²⁷⁷ FOLHA, “Supremo quer poder da ANATEL limitado”, 09.10.1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/10/09/dinheiro/21.html>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁷⁸ ADIN nº 1.668-5/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgada em 20.08.1998. DJ 16.04.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁷⁹ Além disso, os ministros acordaram em não conhecer da ADI quanto aos artigos 80 e 90 da Lei nº 9.472/1997.

aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; e requerer informações e fazer proposições a respeito das ações de competência do Conselho Diretor.

VI.1.2.3. A empresa estatal

Com a criação do Ministério das Comunicações, em 1967, melhoras significativas nos serviços interurbanos e internacionais foram sentidas, porém o mesmo não ocorreu nos serviços locais. Diante disso, o Governo cogitou a criação de uma entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, a obter os recursos financeiros necessários à implantação de sistemas e serviços de telecomunicações, e a controlar a aplicação de tais recursos mediante participação acionária nas empresas encarregadas da operação desses sistemas e serviços. Assim nasceu, então, a ideia da criação da Telebras, que se efetivaria por meio da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972²⁸⁰.

A Telecomunicações Brasileiras S. A. – Telebras é uma sociedade anônima aberta²⁸¹, de economia mista, autorizada a usar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações da administração pública federal, em conformidade às orientações do Ministério das Comunicações e, atualmente, do Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital²⁸².

Antes das privatizações ocorridas nos anos 1990, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil eram explorados pelo então chamado sistema Telebras, composto de uma empresa *holding*, a Telebras; por uma empresa de longa distância de âmbito nacional e internacional, que explorava também serviços de comunicações de dados e de telex (a Embratel); e por 27 empresas de âmbito estadual ou local – e por quatro empresas independentes²⁸³. O sistema Telebras detinha cerca de 90% da planta de

²⁸⁰ BRASIL. Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10/12/96. Idem.

²⁸¹ A União Federal detinha o controle acionário da Telebras, com pouco mais de 50% de suas ações ordinárias; da totalidade do capital, entretanto, a União detinha menos de 22%. A maior parte das ações era de propriedade particular, com cerca de 25% em mãos de estrangeiros e o restante pulverizado entre 5,8 milhões de acionistas.

²⁸² Criado pelo Decreto nº 6.948, de 25 de agosto de 2009, ao Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital compete estabelecer as diretrizes gerais de gestão e aplicação dos recursos destinados ao Programa de Inclusão Digital (Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005), dentre outras atribuições. Ele é composto de representantes da Casa Civil, Gabinete Pessoal, Secretaria de Comunicação Social, e Secretaria de Assuntos Estratégicos todos da Presidência da República, e ainda do Ministério das Comunicações, Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério da Educação, Ministério da Cultura, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério da Saúde e Ministério da Fazenda.

²⁸³ Essas empresas independentes estão divididas em três estatais (a CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul; a SERCOMTEL, pela Prefeitura de Londrina; e a CETERP, pela Prefeitura de

telecomunicações existente no país e atuava em uma área em que viviam mais de 90% da população brasileira.

Ao longo de sua existência, a Telebras desenvolveu um trabalho notável. Nos últimos 20 anos, enquanto a população brasileira aumentou 50% e o PIB cresceu 90%, a planta instalada de terminais telefônicos do Sistema Telebras cresceu mais de 500%, o que colocou o país entre os detentores das maiores redes telefônicas de todo o mundo. Essa rede, que já integrava o país, atendia, à época das privatizações, mais de 20 mil localidades em todo o território nacional. Nesse mesmo período, todavia, o tráfego telefônico aumentou em proporção maior (mais de 1.200% no serviço local e mais de 1.800% no serviço interurbano), o que mostra que a demanda por serviços cresceu bem mais que a capacidade de seu atendimento. O tráfego telefônico mede, todavia, apenas a demanda por serviços gerada pela parcela da população com acesso ao sistema. Ele não mede a demanda por novas linhas, que também era crescente e não atendida. Outro fator que exigia a abertura do mercado para empresas privada era a burocratização com que a empresa estatal se viu obrigada a cumprir com o regime instituído pela Constituição Federal de 1988 e a incapacidade do governo em fazer novos investimentos para acompanhar os avanços tecnológicos do setor.

A introdução da competição entre as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em seus vários segmentos, bem como os aspectos apontados acima além de outros de cunho econômico nacional e internacional, culminou na reestruturação do sistema Telebras e privatização das subsidiárias. Do processo ocorrido no final dos anos 1990 foi preservada apenas a *holding*, que apresentou alto endividamento dez anos depois da privatização em razão de pendências judiciais²⁸⁴.

Ribeirão Preto); e uma privada (a Cia. de Telecomunicações do Brasil Central, sediada em Uberlândia e que atua no Triângulo Mineiro, no nordeste de São Paulo, no sul de Goiás e no sudeste do Mato Grosso do Sul).

²⁸⁴ FOLHA, “Telebras perde R\$ 20,6 milhões em 2009”, 05.03.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0503201008.htm>>. Acesso em: fev. 2015. À época da privatização, não era nem essa a intenção dos parlamentares envolvidos no processo, conforme trecho de artigo do relator do Projeto de Lei que originou a ANATEL, Alberto Goldman: “Diferentemente do modelo no setor de petróleo que produzimos no Congresso (presidi a comissão especial que deu parecer sobre a matéria), no qual a Petrobras é mantida como estatal pelo fato de que apenas nos prazos médio e longo se poderá criar um mercado competitivo, no setor de telecomunicações, quanto mais cedo se implantar a ampla competição, privada *versus* privada, melhor resultado teremos para o patrimônio nacional e para o atendimento às necessidades que o país tem de um serviço amplo e eficiente. Por um certo tempo, em algumas áreas, ainda teremos a situação de monopólio privado, pois não se imagina que em todas, ao mesmo tempo, a competição se instale. Por isso o papel da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) de controle de tarifas, qualidade e nível de atendimento. Melhor que a situação atual, em que quem controla a Telebras estatal é ela mesma, confundindo-se o concessionário com o poder concedente. (FOLHA, “Sem medo de sermos felizes!”, 26.08.1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi260808.htm>>. Acesso em novembro de 2014.)

Somente após o Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), a Telebras retomou um papel de destaque, uma vez que caberia a ela a posição de gestora do PNBL. Entre suas funções, a de implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal, apoiar e suportar políticas públicas em banda larga, além de prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, estados, Distrito Federal, municípios e entidades sem fins lucrativos.

Conforme o Relatório Final da Subcomissão Especial destinada a acompanhar as ações do PNBL²⁸⁵ apresentado em dezembro de 2013, o campo de ação da Telebras se concentra em suprir o vazio entre a oferta de atacado e o acesso ao usuário final nas regiões de baixa atratividade econômica. Em uma avaliação dos três anos que se sucederam desde a reativação da empresa, seu presidente, Caio Bonilha, apresentou dados que demonstram a evolução do *backbone*²⁸⁶ da Telebras, cujo potencial de atendimento elevou-se, de janeiro de 2012 a agosto de 2013, de 12 municípios (correspondendo a uma cobertura potencial de 6,5 milhões de pessoas) para 1.938 municípios (47,8 milhões de habitantes). Informou ainda que a empresa realizou investimentos da ordem de 345 milhões de reais até agosto de 2013, 285 milhões dos quais no *backbone*. Com relação aos provedores cadastrados junto à empresa, esse número subiu de 700 para 1.147 de setembro de 2011 a julho de 2013, com um acréscimo de 367% na capacidade de banda demandada²⁸⁷.

No mesmo relatório, Gésio Passos²⁸⁸ e Aluyzio Birro²⁸⁹ salientaram que o avanço do PNBL poderia ser mais expressivo caso houvesse ampliação da participação da Telebras no programa, por meio de maiores investimentos públicos na infraestrutura da empresa. Isto porque uma das grandes dificuldades do programa encontra-se na dificuldade de atendimento do usuário final em regiões do país onde não há atratividade econômica para as operadoras privadas.

²⁸⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/documentos/relatorios-de-atividades/relatorios-de-subcomissoes/rel-final-subcom-esp-pnbl-2013/view>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁸⁶ Tronco principal de telecomunicações de vital importância para o tráfego de dados.

²⁸⁷ Relatório Final da Subcomissão Especial destinada a acompanhar as ações do Programa Nacional de Banda Larga, p. 35-37.

²⁸⁸ Idem, p. 20.

²⁸⁹ Idem, p. 32.

VI.2. Aplicando o método sugerido para mensuração da qualidade regulatória

VI.2.1. A variável institucionalização

VI.2.1.1. A institucionalização formal

A ANATEL recebeu nota 90,9% para variável institucionalização formal, tendo recebido avaliação negativa para apenas uma subvariável, aquela referente à *recondução*. As respostas estão sintetizadas na tabela abaixo.

Tabela 16 - Institucionalização Formal – ANATEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Mandato (existência)	O mandato é fixo?	10,0	0,50	5,0
	Mandato (duração)	O mandato dos dirigentes é superior a quatro anos?	10,0	0,50	5,0
	Demissão	A demissão só é possível após o devido processo legal?	10,0	1,00	10,0
	Recondução	A recondução dos dirigentes é vedada por lei (<i>stricto sensu</i>)?	0,0	1,00	0,0
	Nomeação	A nomeação dos dirigentes é compartilhada com outros poderes institucionais (ainda que com uma das Casas do Poder Legislativo)?	10,0	1,00	10,0
	Experiência	É requisito de aceitação da indicação do dirigente que este possua conhecimento na área de regulação?	10,0	1,00	10,0
2	Competência	O marco regulatório do setor (a lei de criação ou legislação acessória) estipula com clareza a separação de funções entre o Poder Executivo central e a agência reguladora?	10,0	1,00	10,0
	Autonomia decisória	A agência toma decisões sem necessidade de autorização/confirmação do Poder Executivo?	10,0	1,00	10,0
	Revisão	As decisões são passíveis de revisão apenas pelo Poder Judiciário?	10,0	1,00	10,0
	Procedimentos internos	Os procedimentos internos da agência só podem ser alterados pela própria agência ou por Lei ou MP?	10,0	1,00	10,0
3	Recursos	O orçamento (prévio) é estipulado pela própria agência?	10,0	1,00	10,0
4	Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	10,0	1,00	10,0
Total Institucionalização Formal			110,0	11,00	100,0
Nota para Institucionalização Formal					90,9%
Fonte: elaboração própria					

No que se refere à subvariável *mandato*, a agência tem sucesso nos dois testes. Quanto ao primeiro, apresenta mandatos fixos conforme dispõe o §2º, do art. 8º, da Lei nº 9.472 de 1997, bem como §1º, do art. 1º Decreto nº 2.338, de 1997, que aprova o Regulamento da ANATEL. Avaliação igual é quanto à duração do mandato do dirigente da agência (segundo teste). Os membros do conselho diretor, como é chamada a diretoria da ANATEL, têm mandatos de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 24, da Lei nº 9.472/1997²⁹⁰.

A resposta para a subvariável *demissão* é positiva. O dirigente da agência somente poderá perder seu mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado e em virtude de processo disciplinar garantido o devido processo legal (art. 25 do Decreto nº 2.338/1997, que aprova o Regulamento da ANATEL). Vale ponderar, contudo, que em norma específica para o setor há previsão de competência atribuída ao Presidente da República para determinar o afastamento *preventivo* dos diretores (§2º, art. 25 do Regulamento da ANATEL, Decreto nº 2.338, de 2007). Entende-se que essa possibilidade de afastamento apenas é admissível por descumprimento funcional, sem que possa ser utilizada em virtude de mera divergência de orientação política.

A subvariável *recondução* passou a ter avaliação negativa com o advento da Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras federais. Antes disso, a recondução era proibida expressamente pela parte final da redação original do art. 24 da Lei nº 9.472/1997.

Quanto à subvariável *indicação*, assim como nas demais agências, tem avaliação positiva. A escolha dos dirigentes cabe ao Presidente da República, devendo o indicado ser aprovado pelo Senado Federal, nos termos do art. 20 do Decreto nº 2.388, de 1997 c/c alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

A avaliação positiva da subvariável *experiência* justifica-se diante da determinação do art. 20 do Decreto nº 2.388/1997, segundo o qual é condição *sine quan non* que o dirigente, integrante do Conselho Diretor, possua elevado conceito no campo da sua especialidade. No mais, a Lei nº 9.986/2000, que disciplina a gestão de recursos humanos das agências federais, impõe que tanto o conselheiro-presidente como os demais diretores devem possuir elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados (art. 5º).

A subvariável *competência* merece destaque pela avaliação positiva, pois a Lei nº 9.472/1997 com a clareza esperada de um marco regulatório discrimina com bastante

²⁹⁰ A duração dos primeiros mandatos foi menor, com duração de 3, 4, 5, 6 e 7 anos, a fim de que os mandatos não sejam coincidentes, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.472, de 1997.

precisão a competência de cada um dos agentes estatais no título II da lei. As competências do poder concedente estão previstas no art. 18, compreendendo, por exemplo, a aprovação de planos gerais de outorgas e de universalização, ambos, para o serviço de telecomunicações em regime público. As competências da agência estão descritas no art. 19, dentre elas, expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; bem como editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; e celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções. O Decreto nº 2.338/1997, também reforça essa divisão de competências ao delimitar as competências da ANATEL em seu art. 16.

Positiva também foi a avaliação da subvariável *autonomia decisória*. O processo decisório da ANATEL que versa sobre sua área de atuação não apresenta qualquer interferência de outros órgãos da administração pública de forma a prejudicar a autonomia decisória da agência. Igual é a análise da subvariável *revisão*, uma vez que o art. 19, XXV, da Lei nº 9.472, de 1997, com ênfase, determina que cabe à agência decidir, em último grau, sobre matérias de sua alçada, admitido recurso ao Conselho Diretor. Ao regulado resta apenas medida judicial em face de decisão do Conselho Diretor da agência, nos termos do art. 19, XXV, da Lei nº 9.472, 1997. O recurso hierárquico ao Presidente da República, apesar de aventadas em determinadas circunstâncias, mais em razão dos efeitos políticos que dos seus efeitos jurídicos, não encontra previsão legal.

No mesmo sentido, a subvariável *procedimento interno* é positiva. A competência para decidir acerca do regimento interno da agência é do Conselho Diretor (art. 19, XXVII, da Lei nº 9.472, de 1997, e art. 35, VIII, do Decreto nº 2.338, de 1997). Exemplo disso é nova organização da ANATEL a partir da Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, que aprova o regimento interno da agência vigente. De acordo com o regimento interno anterior (Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001), as superintendências da agência eram divididas por tipos de serviços; existia a superintendência de serviços públicos, a de serviços privados, a de serviços de comunicação e massa, entre outras. Com o novo regimento, as superintendências passaram a ser divididas pelo critério de atividades desempenhadas pela agência; deixaram de ter aquelas superintendências para ter dentre outras a superintendência de controle de obrigação (cujas competências abrangem não só os serviços públicos, mas também os serviços privados de telecomunicações, de exploração de satélites e de radiofrequência). Essa profunda reorganização não passou por qualquer

aprovação por parte do Poder Executivo, este, se desejasse, poderia ter participado por meio da consulta pública nº 20/2012, realizada previamente à edição dessa resolução.

Quanto aos *recursos*, a agência elabora a proposta de orçamento e encaminha ao Ministério de Telecomunicações; tal proposta deverá ser acompanhada de um quadro demonstrativo do planejamento plurianual das receitas e despesas para os cinco anos subsequentes, conforme determina o §1º do art. 5º do Decreto nº 2.338, de 1997. Caberá à Lei Orçamentária Anual consignar as dotações para as despesas correntes e de capital da agência, bem como valores para transferências a fundos que o decreto especifica. Importante destacar que o §3º do Decreto nº 2.338/1997, assegura que “[a] fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei Orçamentária Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerão limites nos seus valores para movimento e empenho”. Apesar de essa previsão não ser respeitada na prática, conforme será evidenciado na próxima seção, a subvariável *recursos* do ponto de vista formal tem avaliação satisfatória.

Por fim, a subvariável *pessoal* tem avaliação positiva na medida em que é possível afirmar que a agência não só tem um quadro de pessoal próprio como exerce controle sobre ele. O art. 11 da Lei nº 9.472/1997 determinava que o Poder Executivo encaminhasse ao Congresso Nacional, no prazo de até 90 dias a partir da publicação da lei, mensagem criando o quadro efetivo de pessoal da agência, podendo remanejar cargos disponíveis na estrutura do Ministério das Comunicações. Com isso, foram criados 2.008 cargos pela Lei nº 9.986/2000, e 1.690 pela Lei nº 10.871/2004, divididos em diversas carreiras da área. O controle sobre seu quadro de pessoal, pode ser verificado também pelo fato de que o orçamento autorizado da agência aumentou gradativamente ao longo dos anos, tendo apresentado apenas uma queda no período de 2001 a 2006.

VI.2.1.2. A institucionalização substantiva

O desempenho da ANATEL para a institucionalização formal não levou ao bom desempenho da agência para a institucionalização substantiva. Ela recebeu nota 12,5%. A tabela abaixo sintetiza essa avaliação.

Tabela 17 - Institucionalização Substantiva – ANATEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Estabilidade dos dirigentes	Dirigentes permaneceram em seus cargos até o final do mandato (<i>turn over</i>)?	0,0	1,00	0,0
	Recondução	Os dirigentes foram nomeados somente para um mandato?	0,0	1,00	0,0
	Vacância	Todas as vagas de dirigentes permaneceram preenchidas por dirigentes nomeados?	0,0	1,00	0,0
	Experiência	As indicações obedeceram à regra de experiência no setor regulado?	0,0	1,00	0,0
2	Estabilidade das regras setoriais	O conjunto de competências da agência ficou imune a iniciativas do Poder Executivo, via MP ou projeto de lei, em reduzi-lo?	0,0	1,00	0,0
	Estabilidade dos processos decisórios	As competências e atividades da agência foram desenvolvidas por ela sem avocação por parte do Poder Executivo?	10,0	1,00	10,0
3	Recursos (contingenciamento)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo foi igual à dotação orçamentária?	0,0	0,50	0,0
	Recursos (orçamento autorizado)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo ficou acima da mediana histórica da agência?	0,0	0,50	0,0
4	Pessoal	Foram realizados concursos públicos suficientes para preencher todos os cargos criados por lei para servidores da agência?	0,0	1,00	0,0
Total Institucionalização Substantiva			10,0	8,00	10,0
Nota para Institucionalização Substantiva					12,5%
Fonte: elaboração própria					

O exame das subvariáveis relativas à institucionalização substantiva se inicia com avaliações insatisfatórias. A primeira delas, *estabilidade dos dirigentes*, apresenta resposta negativa em razão do fato de que os mandatos de três dirigentes da agência foram prematuramente interrompidos. São eles Antonio Carlos Valente da Silva (renúncia: 04.06.2004, período de mandato: de 05.11.1997 até 10.11.2005)²⁹¹; Luiz Guilherme Schymura (renúncia: 04.06.2004, período de mandato: de 02.05.2002 até 02.05.2007)²⁹².

²⁹¹ Segundo notícias veiculadas à época, a renúncia do conselheiro se deu por motivos de ordem pessoal. Ver ANATEL, “Antônio Carlos Valente anuncia desligamento do Conselho Diretor da ANATEL”, 04.06.2004. Disponível em: [http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=98823&assuntoPublicacao=Valente%20anuncia%20desligamento%20do%20Conselho%20da%20ANATEL&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2004/release_04_06_2004\(3\).pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=98823&assuntoPublicacao=Valente%20anuncia%20desligamento%20do%20Conselho%20da%20ANATEL&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2004/release_04_06_2004(3).pdf). Acesso em: fev. 2015.

²⁹² Por outro lado o afastamento do conselheiro Luiz Guilherme Schymura foi noticiado como tendo por motivo a intervenção pretendida pelo então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, no reajuste das tarifas telefônicas no início do seu mandato presidencial. Ver EXAME, “Ziller diz que comando da

Renato Navarro Guerreiro (renúncia: 28.03.2002, período de mandato: de 05.11.1997 até 13.11.2005).

Quanto à *recondução*, a avaliação também é negativa. Desde a criação da agência até o término dessa pesquisa houve a recondução de três dirigentes do total de 20. São eles: (i) João Batista de Rezende, pelo Decreto Presidencial publicado em 06.12.2013²⁹³; (ii) José Leite Pereira Filho, pelo Decreto Presidencial publicado em 04.11.2002²⁹⁴; e (iii) Renato Navarro Guerreiro, pelo Decreto Presidencial publicado em 10.11.2000²⁹⁵.

Quanto à *vacância*, igualmente negativa, os dados acusam que dos cinco gabinetes, apenas um cargo de diretor não ficou vago. Os outros quatro gabinetes registram sucessivos e reiterados períodos de vacância, totalizando um período de 935 dias. A saber: o gabinete 1 ficou vago pelo total de 327 dias, dos quais 30 dias (de 02.04.2002 a 02.05.2002) em 2002, 189 dias (de 05.01.2004 a 04.03.2004, de 07.03.2004 a 20.03.2004, de 29.06.2004 a 27.08.2004, e 09.09.2004 a 04.11.2004) em 2004, 46 dias (de 16.11.2005 a 31.12.2005) em 2005, e 62 dias (de 01.01.2006 a 17.03.2006, de 20.03.2006 a 18.05.2006, e de 19.05.2006 a 28.06.2006) em 2006; o gabinete 2 ficou vago por 60 dias, o que ocorreu apenas em 2004 (de 29.06.2004 a 27.08.2004, de 28.08.2004 a 26.10.2004); o gabinete 3 ficou vago pelo total de 142 dias, dos quais 56 dias (de 05.11.2001 a 31.12.2001) em 2001, e 86 dias (de 01.01.2002 a 03.03.2002 e de 27.03.2002 a 01.05.2002) em 2002; e o gabinete 4 por 406 dias, dos quais 56 (de 05.11.2012 a 31.12.2012, em 2012, e 350 dias (de 01.01.2013 a 16.12.2013) em 2013²⁹⁶.

Quanto à *experiência*, a avaliação segue negativa. Pela análise dos currículos disponíveis no sítio eletrônico do Senado Federal pelo menos um dos dirigentes, Luiz Guilherme Schymura de Oliveira – o mesmo dirigente que não completou o mandato por pressões políticas – não apresentava experiência em telecomunicações, conforme se depreende da Tabela 2 do APÊNDICE 2: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL.

A avaliação da subvariável *estabilidade das regras setoriais* segue a tendência dos exames negativos. Tal resultado se justifica por existir projeto de lei destinado a reduzir as

ANATEL é vontade do Presidente”, 07.01.2004. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ziller-diz-que-comando-da-anatel-e-ato-de-vontade-do-presidente-m0060656>>. Acesso em: jan. 2015.

²⁹³ 1º mandato: de 16.06.2009 até 04.11.2013; 2º mandato: de 09.12.2013 até 09.12.2018.

²⁹⁴ 1º mandato: de 05.11.1997 até 04.11.2002; 2º mandato: de 05.11.2002 até 05.11.2007.

²⁹⁵ 1º mandato: de 05.11.1997 até 04.11.2000; 2º mandato: de 13.11.2000 até 13.11.2005.

²⁹⁶ A informação foi obtida por meio de correio eletrônico respondido em 22.08.2014, via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão.

competências da ANATEL. Trata-se do PL nº 5.442, de 2013, que tem por objetivo retirar da agência a competência de expedir normas quanto à outorga dos serviços de telecomunicações no regime público (art. 19, IV) e passá-la para o poder concedente²⁹⁷. Note-se que outra iniciativa legislativa já tinha sido tema de preocupação quanto à preservação dos poderes das agências. No início do primeiro mandato do Presidente Lula foi proposto o PL nº 3.337, de 2004, que quase dez anos mais tarde foi retirado de tramitação, pela Mensagem nº 90/12, de 14.03.2013, do Poder Executivo. A questão da instabilidade das regras setoriais também será abordada no caso qualitativo a seguir.

A *estabilidade dos processos decisórios*, destoando das subvariáveis anteriores, teve avaliação positiva. Não foi identificado qualquer episódio em que teria havido usurpação de competência da agência pelo Poder Executivo ou outra entidade. Essa foi a única subvariável com avaliação positiva.

Quanto ao *orçamento*, a avaliação é negativa para os dois testes. Primeiro, a autonomia da agência em estipular o orçamento não se sustenta frente ao direito sucessivamente exercido pelo Poder Executivo de contingenciar o orçamento da agência. Até o ano de 2013 foi contingenciado R\$ 1.370.155.511,00 do total de R\$ 6.644.405.146,00, ou seja, 20,62% do total do orçamento. O detalhamento ano a ano está disponível na Tabela 3 do APÊNDICE 2: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. Com relação ao Quadro 7 abaixo, é possível concluir que o contingenciamento do orçamento da ANATEL apresenta dois padrões: de 1997 até 2006, o atendimento do orçamento da agência oscilou significativamente ano a ano, e, a partir de 2007, o orçamento foi a cada ano mais contemplado, verificando-se, assim, menores contingenciamentos. Além disso, em termos absolutos, o orçamento da ANATEL apresentou valores mais alto durante o período de 1997 a 2002, sendo que a partir de 2003 apresentou uma relativa baixa que permanece estável ao longo dos anos (Quadro 8). No entanto, não é possível dizer que houve aumento do orçamento em relação à mediana histórica da agência.

²⁹⁷ O PL nº 5.442, de 2013, foi proposto pelo Deputado Federal Leonardo Picciani do PMDB, portanto, da base aliada do governo, na primeira gestão da Presidente Dilma Rouseff. Ver <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1081223&filename=Tramitacao-PL+5442/2013>. Acesso em: fev. 2015.

Quadro 7 - Atendimento do Orçamento da ANATEL em %

Fonte: elaboração própria.

Quadro 8 - Limite Autorizado do Orçamento da ANATEL a preços de 2014

Fonte: elaboração própria.

Por fim, a subvariável *pessoal* encerra a análise da institucionalização substantiva também com resposta negativa em razão de o quadro de funcionários se mostrar insuficiente para o volume de demandas da agência, conforme apresenta o relatório Giacomoni (2013, p. 177). Isso não se dá em razão da omissão em se criar cargos. Tanto a Lei nº 9.986/2000 quanto a Lei nº 10.871/2004 autorizaram a criação de 3.698 cargos, 2.008 e 1.690 respectivamente.

Em que pese o baixo número de funcionários, foram realizados quatro concursos públicos: CESPE - EDITAL nº 1/2004 – ANATEL, de 6 de maio de 2004, para

provimento de 740 vagas; CESPE - EDITAL nº 1/2006 – ANATEL, de 11 de maio de 2006, para provimento de 393 vagas; CESPE - EDITAL nº 1 – ANATEL, de 4 de dezembro de 2008, para provimento de 227 vagas; CESPE – EDITAL nº 1 – ANATEL, de 26 de junho de 2012, para provimento de 46 vagas; e Edital nº 1 – ANATEL, de 25 de junho de 2014, para provimento de 154 vagas de reserva em cargos de nível superior e médio²⁹⁸. A Tabela 18 corrobora essa insuficiência de pessoal a partir da análise da Lei nº 10.871/2004.

Tabela 18 - Funcionários da ANATEL

Nº de funcionários	%	Regime de contratação
1.036	65,3	Estatutários por força da Lei nº 10.871/2004.
478	30,1	Comissionados ²⁹⁹
40	2,5	Requisitados de outros órgãos nos termos do art. 93, II, da Lei nº 8.112, de 1990.
26	1,6	Servidores de carreira em exercício descentralizado, que são servidores das carreiras típicas de Estado vinculadas aos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda.
6	0,4	Servidor de carreira em exercício provisório.
Fonte: elaboração própria a partir de Giacomoni (2013, p. 36).		

VI.2.1.3. Avaliação da atividade regulatória da ANATEL quanto à institucionalização

A avaliação da variável institucionalização formal foi bastante positiva (nota 90,9%), tendo recebido apenas uma avaliação negativa para a subvariável *recondução*. Vale lembrar que a avaliação dessa subvariável teria sido positiva, não fosse alteração legislativa posterior que revogou artigo da Lei Geral de Telecomunicações que proibia a recondução de dirigentes da agência. Essa avaliação positiva, que se destaca em relação às demais agências analisadas, justifica-se pelo fato de a ANATEL ser reputada como um modelo para a criação das demais agências. Isso também faz dela, por outro lado, alvo contínuo de críticas daqueles que ideologicamente fazem oposição ao modelo de Estado regulador. Exemplo disso é a avaliação da subvariável *estabilidade das regras setoriais* componente da institucionalização substantiva; foram identificadas pelo menos duas

²⁹⁸ Não foi possível identificar informação mais recente sobre os concursos realizados nos anos que se seguiram. Em 2014, foi realizado concurso para provimento de mais 100 vagas, cujo resultado final da prova discursiva e a convocação para a entrega da documentação para avaliação de títulos para os cargos de nível superior foi publicado no DOU do dia 31.10.2014.

²⁹⁹ Do grupo de 478 servidores comissionados, 371 (77,61%) são integrantes das carreiras próprias da agência, 9 (1,88%) são servidores de carreira em exercício descentralizado, 55 (11,50%) são requisitados de outros órgãos ou esferas e 43 (8,99%) não possuem vínculo com a União.

iniciativas, PL nº 5.442, de 2013 e PL nº 3.337, de 2004, que tentam e tentaram, respectivamente, suprimir competências relevantes da agência a fim de reduzir sua autonomia frente ao Poder Executivo central.

Passando, assim, à avaliação da variável institucionalização substantiva, verifica-se que a boa avaliação da variável institucionalização formal é anulada pela má avaliação do ponto de vista prático, haja vista a nota de 12,5%. Por exemplo, de nada adianta prever mandatos fixos para os dirigentes se esses podem, por pressões externas, pedir demissão; na mesma linha é a exigência de experiência prévia no setor para dirigentes da agência. A esse respeito, vale citar que o conselheiro Luiz Guilherme Schymura de Oliveira não só não tinha experiência no setor, como foi um dos dirigentes que não completou seu mandato por pressão política.

Tabela 19 - Institucionalização ANATEL

ANATEL	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Institucionalização Formal	90,9%	50,0%	45,5%
Institucionalização Substantiva	12,5%	50,0%	6,3%
Total Institucionalização ANATEL			51,7%
Fonte: elaboração própria			

VI.2.2. A variável procedimentalização

VI.2.2.1. A procedimentalização formal

A ANATEL teve nota 100% na análise da variável procedimentalização formal, confirmando mais uma vez a posição da ANATEL de referência para as demais agências, especialmente aquelas criadas posteriormente. A síntese das respostas está detalhada na Tabela 20 e será explicitada nas próximas linhas.

Tabela 20 - Procedimentalização Formal – ANATEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Processo decisório (duração)	Há previsão de duração dos processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Regulamentação	Há norma que disponha sobre os processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Diretoria (deliberação)	As atas são detalhadas com descrição dos votos divergentes e debates havidos no colegiado?	10,0	1,00	10,0
	Racionalização	Há algum mecanismo de racionalização do processo de tomada de decisão da agência (p. ex.: AIR)?	10,0	1,00	10,0
	AIR	Caso a AIR seja adotada, sua utilização é obrigatória para todas as decisões que causarão impacto no setor?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória	A agência adota agenda regulatória?	10,0	1,00	10,0
2	Processo decisório (transparência)	É conferido o livre e amplo acesso aos autos dos processos decisórios por qualquer interessado?	10,0	1,00	10,0
	Consulta Pública	Consulta pública é adotada para a tomada de decisão que impacte o setor?	10,0	0,33	3,3
	Consulta Pública (publicação)	A agência é obrigada a publicar todas as contribuições encaminhadas?	10,0	0,33	3,3
	Consulta Pública (respostas)	A agência é obrigada a responder todas as contribuições encaminhadas?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (publicidade I)	A reunião da diretoria colegiada é aberta ao público?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (publicidade II)	A reunião da diretoria colegiada é transmitida em tempo real pela Internet ou televisão?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (quórum)	Há quórum mínimo na reunião da diretoria?	10,0	0,33	3,3
Total Procedimentalização Formal			130,0	9,00	90,0
Nota para Procedimentalização Formal					100,0%
Fonte: elaboração própria					

Quanto à *duração do processo decisório*, o Regimento Interno da ANATEL aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013 prevê que os Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigação (PADO) devem ser decididos em 30 dias pela autoridade competente (art. 42, V, e art. 82, V³⁰⁰). Além do prazo para expedir a decisão,

³⁰⁰ Regimento Interno da ANATEL:

“Art. 42. A tramitação do requerimento observará o seguinte procedimento: (...)

V - a autoridade competente deve decidir sobre a matéria em 30 (trinta) dias do recebimento dos autos, salvo prorrogação por igual período.

(...)

há previsão de prazo para conclusão da instrução dos autos: 90 dias para PADOs, podendo ser reduzido para 35 dias quando este envolver defesa de usuário ou da competição (art. 82, IV, e §1º). Os prazos para o administrado se defender também estão previstos no Regimento Interno (art. 82, II, e §3º).

Quanto à sub-variável *regulamentação*, a avaliação é positiva. A ANATEL estabeleceu as regras para a condução de processos administrativos, bem como para cada um dos serviços e obrigações dos prestadores. No que se refere às regras relativas aos processos administrativos, o Regimento Interno traz uma série de previsões que procuram evitar alegações de administrados de ausência de norma regulamentadora³⁰¹. Para compreender as regras aplicáveis à prestação de serviço de telefonia fixo comutado (STFC), conferir a Resolução ANATEL nº 426, de 9 de dezembro de 2005, bem como a Resolução ANATEL nº 598, de 23 de outubro de 2012 (PGMU III) sobre o cumprimento das metas de universalização e Resolução ANATEL nº 605, de 26 de dezembro de 2012, sobre qualidade. Assim como ocorre com STFC, para outros serviços há conjunto de resoluções disciplinando sua prestação tanto para o administrado quanto para o usuário e regulador.

No que se refere ao *conteúdo deliberativo* das reuniões da diretoria colegiada da agência, verificou-se que as atas disponíveis no sítio eletrônico da agência são pobres em

Art. 82. O Pado observará as seguintes regras e prazos:

(...)

II - o interessado será intimado, por qualquer um dos meios indicados no art. 110, para, em 15 (quinze) dias, oferecer sua defesa e apresentar ou requerer, de forma especificada, as provas que julgar cabíveis, devendo a intimação apontar os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis;

(...)

IV - o prazo para a conclusão da instrução dos autos é de 90 (noventa) dias, contado a partir da intimação de que trata o inciso II, podendo ser prorrogado por igual período, ocorrendo situação que o justifique;

V - o prazo para a decisão final, após a completa instrução dos autos, é de 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada;

(...)

§ 1º Nos casos que envolvam a defesa do usuário ou da competição, o Conselho Diretor, nas matérias de sua competência, ou o Superintendente competente podem, de ofício, reduzir os prazos de Pado, como se segue:

I - o prazo do inciso IV será de 35 (trinta e cinco) dias, prorrogável uma vez por igual período; e

II - o prazo do inciso V será de 10 (dez) dias, prorrogável uma vez por igual período.

(...)

§ 3º Após o encerramento da instrução processual o interessado será intimado para, em 10 (dez) dias, apresentar alegações finais.”

³⁰¹ Exemplo disso é a previsão clara quanto à competência para fiscalização dos aspectos técnicos das estações de radiodifusão no *caput* do art. 36 do Regimento Interno (“Art. 36. Os procedimentos estabelecidos neste Regimento visam, especialmente, a proteção dos direitos dos usuários, o acompanhamento do cumprimento das obrigações legais, regulamentares e contratuais das prestadoras e dos usuários dos serviços de telecomunicações, a fiscalização da exploração dos serviços de telecomunicações e da utilização do espectro de radiofrequência, inclusive dos aspectos técnicos das estações de radiodifusão, bem como a apreciação das solicitações, reclamações e denúncias protocolizadas no âmbito da Agência e o cumprimento dos fins a ela legalmente atribuídos.”)

conteúdo e discussão. As atas apresentam apenas as partes envolvidas no caso e o quórum da decisão tomada, em que pese que, em razão da aprovação do novo Regimento Interno, haja atualmente a obrigação de inclusão dos fatos ocorridos e de síntese da deliberação com indicação dos votos favoráveis e contrários ao voto do relator (art. 8º, §1º³⁰²).

No sítio eletrônico, há também a disponibilização de votos, bem como de análises quando pertinentes, que trazem intensa reflexão e debates sobre o tema. Além disso, o Regimento Interno da ANATEL dispõe ainda sobre a possibilidade de se adiar a deliberação em razão do debate para alteração ou não do voto proferido (art. 13, §2º³⁰³). Portanto, para a análise da subvariável relativa ao conteúdo deliberativo das reuniões da diretoria colegiada da ANATEL, deve ser ampliado o universo de documentos analisados, passando a considerar não só as atas das reuniões, bem como demais documentos, razão pela qual a avaliação dessa subvariável deve ser positiva³⁰⁴.

A avaliação é positiva para a subvariável *racionalização* do processo de tomada de decisão. Apesar de não ter uma resolução específica para a adoção de ferramentas como a análise de impacto regulatório, a versão vigente do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 612, de 2013, prevê a necessidade de os atos normativos de caráter normativo da agência serem precedidos de análise de impacto regulatório, salvo em situações expressamente justificadas (parágrafo único, art. 62). Pelos motivos indicados acima, a subvariável *AIR* também teve resposta positiva.

Para a subvariável *agenda regulatória*, a avaliação também foi positiva. O Regimento Interno da ANATEL prevê que cabe à Gerência de Planejamento Estratégico a

³⁰² Regimento Interno:

“Art. 8º Cabe à Secretaria do Conselho Diretor proceder ao registro das deliberações tomadas em Sessões, Reuniões e Circuitos Deliberativos, que deverão constar em Ata, a qual será assinada pelos Conselheiros presentes.

§ 1º Da Ata de Sessão e de Reunião constará no mínimo:

I - o dia, a hora e o local de sua realização e quem a presidiu;

II - os nomes dos Conselheiros presentes, dos ausentes, consignando, a respeito destes, a justificativa da ausência, se houver;

III - a presença do Procurador-Geral, bem como das demais autoridades;

IV - a identificação dos interessados;

V - os fatos ocorridos;

VI - a síntese da deliberação das matérias constantes da pauta, com a indicação dos votos favoráveis e contrários ao voto do Relator.”

³⁰³ Regimento Interno:

“Art. 13. (...)

§2º Encerrado o debate, o Conselheiro Relator poderá solicitar ao Conselho, por uma única vez, o adiamento da deliberação para a próxima Reunião ou Sessão.”

³⁰⁴ A partir do acompanhamento de reuniões da diretoria colegiada de sessões disponíveis na Internet, é possível afirmar que as reuniões contam com amplo debate entre os dirigentes e oitiva de partes interessadas. O diretor relator do processo administrativo, não raro, apresenta o caso de forma didática (inclusive utilizando acessórios como apresentação em ppt.) facilitando a compreensão dos demais diretores e dos interessados.

competência para elaborar proposta de agenda regulatória³⁰⁵, a ser submetida pela Superintendência de Planejamento e Regulamentação à aprovação do Conselho Diretor. Tomando como referência a agenda regulatória 2013-2014 aprovada pelo Conselho Diretor, têm-se os temas tratados durante o segundo semestre de 2013 e o primeiro semestre de 2014. Apesar de não ter passado por consulta pública³⁰⁶, a agenda apresenta ações levantadas pelas superintendências responsáveis pelos processos que impactam suas atividades, e foram baseadas em documentos elaborados pelo Poder Executivo central (*e.g.* Programa 2025 – Comunicações para o Desenvolvimento, a Inclusão e a Democracia, do Plano Plurianual Mais Brasil – PPA 2012-2015, e nas diretrizes para a implementação das políticas públicas em telecomunicações estabelecidas pela Portaria MC nº 178, de 22 de abril de 2008). Cada ação foi classificada em temas e em conformidade com o resultado esperado.

Ainda relativo a essa subvariável, cumpre mencionar outra iniciativa da ANATEL na esfera de planejamento das suas atividades. Além da agenda regulatória, a agência adota ainda o Planejamento Estratégico.

A subvariável *quórum* da diretoria manteve a tendência de avaliação positiva da variável procedimentalização formal. O Regimento Interno prevê a presença de pelo menos três diretores e do procurador-geral para a realização das reuniões da diretoria colegiada (art. 10³⁰⁷).

Quanto à *transparência* do processo decisório da agência, a avaliação segue positiva. O Regimento Interno prevê a possibilidade de qualquer cidadão solicitar, por intermédio da biblioteca ou da Internet, vista de processo administrativo (art. 37, V, e art. 50³⁰⁸). As hipóteses de sigilo são aquelas previstas na Constituição Federal e em lei, sendo vedado o sigilo por qualquer outro fundamento.

³⁰⁵ Regimento Interno: “Art. 176. A Gerência de Planejamento Estratégico tem, em sua área de atuação, as seguintes competências dentre as atribuídas à Superintendência de Planejamento e Regulamentação: (...) IX - elaborar a proposta de Agenda Regulatória da ANATEL; (...)”

³⁰⁶ A justificativa para não ter submetido a proposta de agenda regulatória a consulta pública foi a ainda incompleta operacionalização do plano estratégico da ANATEL.

³⁰⁷ Regimento Interno:

“Art. 10. As Sessões e Reuniões serão instaladas com a presença mínima de três Conselheiros e do Procurador-Geral e destinar-se-ão exclusivamente ao exame das matérias constantes da pauta.”

³⁰⁸ Regimento Interno: “Art. 37. Os processos administrativos observarão, dentre outros, os seguintes critérios de: (...) V - observância da publicidade das informações como preceito geral e do sigilo como exceção, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal ou em lei; (...) Art. 50. Durante o trâmite dos processos administrativos, qualquer cidadão poderá solicitar, por intermédio da Biblioteca ou na página da Agência na Internet, vista de processo administrativo, que será concedida pela autoridade competente.”

Todas as subvariáveis referentes à *consulta pública* também receberam avaliação positiva. Em primeiro lugar, a obrigatoriedade da realização de consulta pública prévia à aprovação de atos normativos decorre da Lei nº 9.472, de 1997³⁰⁹, sendo replicada no Regimento Interno da agência (Capítulo III do título Dos Procedimentos Administrativos). As contribuições encaminhadas pelos interessados nas consultas deverão ser compiladas em documento próprio, enviado à autoridade competente, contendo as razões da adoção ou rejeição de cada uma das contribuições (art. 59, §4º³¹⁰). Esse documento ficará à disposição do público na biblioteca da ANATEL e no sítio eletrônico da agência (art. 59, §4º).

O Regimento Interno da ANATEL prevê ainda a possibilidade de haver uma consulta interna, independente e prévia à consulta pública, que tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da própria agência (art. 60). Seu relatório, consolidando as críticas e sugestões encaminhadas, deve ser juntado aos autos do processo administrativo, contendo as razões para sua adoção ou rejeição. A consulta interna³¹¹ mostra-se como simples e interessante instrumento de aprendizado da agência, com ela é possível disseminar lições obtidas sobre um mesmo assunto entre todas as áreas da agência.

No que toca às subvariáveis relativas à *publicidade* das reuniões da diretoria colegiada, as respostas também são positivas. Não só é permitida a presença de interessados nas reuniões da diretoria colegiada, como também é possível a oitiva de interessados ou de seus procuradores, nos termos do art. 26-A do Regimento Interno³¹². Os

³⁰⁹ Lei nº 9.472/1997: “Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.”

³¹⁰ Regimento Interno: “Art. 59. (...) § 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, anexado aos autos do processo administrativo da Consulta Pública, contendo as razões para sua adoção ou rejeição, e permanecerá à disposição do público na Biblioteca e na página da Agência na Internet.”

³¹¹ Para subsidiar a AIR referente ao regime tarifário *bill and keep* como medida assimétrica aplicada ao mercado relevante de interconexão em redes móveis foi realizada consulta interna.

³¹² Art. 26-A. Observado o rito do art. 13, após exposição da matéria pelo Relator, as partes, por si ou por seus procuradores devidamente constituídos, poderão manifestar-se oralmente pelo tempo mínimo de 5 (cinco) e máximo de 15 (quinze) minutos para cada matéria da pauta. (Redação dada pela Resolução nº 636, de 6 de julho de 2014)

§ 1º O pedido de manifestação oral deverá ser apresentado à Secretaria do Conselho Diretor, por meio de endereço eletrônico destinado a esse fim. (Redação dada pela Resolução nº 636, de 6 de julho de 2014)

§ 2º Portaria do Conselho Diretor disporá sobre o prazo de antecedência para apresentação do pedido de manifestação oral à Secretaria do Conselho Diretor, que deverá observar o limite de até 2 (dois) dias úteis antes da data prevista para a Reunião Ordinária, e em até 30 (trinta) minutos antes do horário previsto para a Reunião Extraordinária. (Redação dada pela Resolução nº 636, de 6 de julho de 2014)

§ 3º O pedido de manifestação oral será apreciado pelo Presidente do Conselho Diretor, quanto ao seu cabimento, legitimidade e tempestividade. (Redação dada pela Resolução nº 636, de 6 de julho de 2014)

interessados podem também ser recebidos pelos dirigentes, que publicarão suas agendas diariamente na Internet³¹³. Ainda no que toca ao tema da publicidade, as sessões são públicas e transmitidas em tempo real pelo site da agência, sendo também gravadas por meios eletrônicos³¹⁴.

VI.2.2.2. A procedimentalização substantiva

A excelente avaliação da ANATEL quanto à variável procedimentalização formal (Nota 100%) é anuviada pela mau desempenho da agência no aspecto substantivo da variável procedimentalização (Nota 43,8%).

³¹³ Regimento Interno: “Art. 4º - Os Conselheiros deverão publicar na página da Agência na Internet, diariamente, suas agendas de audiências concedidas a particulares, observado o disposto na legislação específica.”

³¹⁴ Regimento Interno: “Art. 12. As Sessões e as Reuniões serão públicas e transmitidas em tempo real pela página da Agência na Internet. § 1º Quando a publicidade ampla puder violar sigilo protegido por lei ou a intimidade, privacidade ou dignidade de alguém, reconhecidos nos termos do art. 45, VI, e 51 deste Regimento Interno, a participação em Sessão ou Reunião e a divulgação de seus conteúdos serão restritas às partes e a seus procuradores. § 2º As Sessões e Reuniões serão gravadas por meios eletrônicos, e o seu inteiro teor será divulgado na Biblioteca e na página da Agência na Internet, no prazo de 5 (cinco) dias após a sua realização, assegurado aos interessados o direito à obtenção de cópia. § 3º O procedimento para transmissão audiovisual das Sessões e Reuniões será estabelecido em Portaria editada pela ANATEL. § 4º É assegurado a qualquer pessoa o acesso e presença no local designado para a realização das Reuniões e Sessões do Conselho Diretor, desde que previamente identificada, observados eventuais limites físicos e exceções de deliberações em sigilo e de matérias administrativas.”

Tabela 21 - Procedimentalização Substantiva - ANATEL

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	AIR (aplicação)	As AIRs estão sendo realizadas conforme previsão normativa?	0,0	0,25	0,0
	AIR (consulta aos interessados)	Nas AIR realizadas, houve consulta aos interessados em momento anterior à minuta de regulamento e do relatório?	0,0	0,25	0,0
	AIR (análise)	Nas AIR realizadas, o relatório contemplou a alternativa de manutenção do <i>status quo</i> (de não alterar o cenário regulatório)?	10,0	0,25	2,5
	AIR (potencial de alteração)	Nas AIR realizadas, houve mudança de direção inicialmente indicada em razão das análises realizadas?	0,0	0,25	0,0
	Consulta Pública	As consultas contribuíram para a alteração da minuta de norma submetida à colaboração de interessados?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória (eficácia)	A agenda regulatória foi obedecida pela agência desde a sua adoção?	0,0	1,00	0,0
	Diretoria (interino)	O quórum mínimo foi respeitado sem a necessidade de dirigentes interinos?	0,0	0,50	0,0
	Diretoria (atas)	Das reuniões ocorridas é possível identificar, pelas atas, a deliberação sobre o conteúdo das decisões tomadas?	10,0	0,50	5,0
Total Procedimentalização Substantiva			30,0	4,00	17,5
Nota para Procedimentalização Substantiva					43,8%
Fonte: elaboração própria					

O primeiro teste da subvariável *AIR*, aplicação da *AIR*, teve exame negativo. Como nem sempre ela é observada pela ANATEL, esta pode ser a razão pela qual obteve resposta negativa. Das 41³¹⁵ resoluções somente foi possível encontrar as respectivas *AIR* no sítio eletrônico da agência, conforme se depreende da tabela a seguir.

³¹⁵ Esse número de resoluções corresponde ao total de resoluções aprovadas pela diretoria colegiada desde que a realização de *AIR* previamente à edição de atos normativos se tornou obrigatório com o novo Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 612, de 29.04.2013, em vigor desde 02.05.2013.

Tabela 22 - Resumo AIR na ANATEL³¹⁶

CONSULTA PÚBLICA Nº	PROPÓSITO	TEMA	RESULTADO	OBSERVAÇÕES
25/2014	Proposta de Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no regime público (PGMU).	Discussão sobre PGMU para o período de 2016 a 2020.	Não foi editado ainda novo PGMU.	A AIR contou com diversas formas de consulta aos interessados, não tendo se restringido apenas à consulta pública. O cotejamento das opções ainda se mostrou falho em razão da baixa qualidade das análises.
26/2014	Proposta de revisão dos modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado.	Revisão dos modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, anexos à Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010, nos termos da Cláusula 3.2 dos contratos vigentes.	Uma série de itens dos contratos de concessão foi alterada e outra mantida.	É a AIR mais fraca de todas observadas no sítio eletrônico da agência. Nela está evidenciada a utilização da AIR apenas para organizar a fundamentação da decisão.
45/2014	Proposta de Edital.	Licitação para conferir Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para o Transporte de Sinais de Telecomunicações.	Será realizada licitação para conferir direitos de exploração de satélite brasileiro a partir de edital da licitação anterior.	Trata-se de AIR que não tem como objetivo a elaboração ou não de uma norma da agência e sim de uma decisão: licitar ou não licitar, e como licitar.
47/2014	Alteração do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012.	Discussão sobre novo PGMC.	Alterar o PGMC para estabelecer uma trajetória de redução da proporção do <i>bill and keep</i> parcial com grupos com e sem PMS até 2019.	Ausência de análise empírica para justificar a escolha da nova data de aplicação da medida regulatória assimétrica em benefício das empresas do grupo sem PMS.
Fonte: elaboração própria a partir de informações disponíveis no sítio eletrônico da ANATEL.				

Apesar do baixo número de análises de impacto processadas pela agência, importante mencionar (i) a consciência que a agência apresenta acerca dessa ferramenta regulatória, bem como (ii) a qualidade dessas análises. A agência parece conhecer as boas práticas referentes à AIR. Logo no prólogo dos relatórios de AIR, a ANATEL reconhece a necessidade de se preparar a AIR antes da tomada de decisão e também o papel central que

³¹⁶ Para conferir lista completa de consultas públicas realizadas desde que se tornou obrigatória a adoção de AIR pela ANATEL, conferir Tabela 3 no Apêndice 2.

os dados têm nesse processo. Isso revela uma matura compreensão sobre o instrumento, apesar de nem sempre se refletir nas quatro AIR analisadas.

Quanto à qualidade das AIR produzidas pela ANATEL, vale apontar que, ressalvadas algumas exceções³¹⁷, os relatórios apresentam um grau de análise um pouco mais sofisticado em relação às demais agências contendo consultas diversas aos interessados (consultas públicas, reuniões e consultas internas), muito embora a análise não transcenda para o campo das evidências empíricas e levantamento de dado, ponto ainda fraco na experiência da agência³¹⁸.

Merece destaque o relatório da AIR do PGMU de fevereiro de 2014. O relatório analisa seis temas referentes a metas de universalização³¹⁹, para os quais fez apresentações individuais, identificou (ainda que sucintamente) o problema a ser solucionado, os objetivos da ação e os resultados com a intervenção, as opções regulatórias consideradas, os grupos afetados, premissas utilizadas na intervenção regulatória e as estratégias de consultas aos afetados utilizadas. As análises sempre faziam referência à consulta pública e às reuniões realizadas e mencionavam dados levantados ou pela própria agência por meio do Sistema de Gestão de Metas de Universalização ou pelas concessionárias e órgãos de defesa do consumidor. É preciso, contudo, apresentar maior embasamento à análise de custos e benefícios realizada, que não passava de mero apontamento para as razões preferenciais da agência. Decisões regulatórias, ainda que apenas para sugestão ao Poder Concedente³²⁰, relativas à exclusão de metas de universalização ou alteração, com o fito de reduzi-las, merecem esse cotejamento de informações e impactos próprio da AIR.

Quanto ao segundo teste, aquele relativo ao *modus operandi* da AIR, especialmente no momento de consulta aos interessados, em três das quatro experiências da agência, foram realizadas apenas uma consulta aos interessados na mesma oportunidade da consulta

³¹⁷ Exemplo AIR com problemas mais graves quanto à ausência de dados e análises é aquela cujo tema foi a revisão dos contratos de concessão, tema bastante importantes para usuários e agentes econômicos.

³¹⁸ Por exemplo, no relatório da AIR sobre o regime tarifário *bill and keep* como medida assimétrica aplicada ao mercado relevante de oferta de interconexão em redes móveis, ficou claro os prejuízos que poderiam acarretar para os usuários e empresas do grupo sem poder de mercado significativo. No entanto, não se justificou a nova data a ser sugerida para o fim da referida medida assimétrica. Falou-se até o exercício de 2019, em contraposição a 2016, porém a troca de datas tão diferentes não foi justificada a partir de dados e análises.

³¹⁹ Tema 1: implantação do STFC individual em localidades com mais de 300 habitantes (art. 5º, III do PGMU III); tema 2: prazo para instalação de acesso individual (art. 5º, §1º do PGMU III); tema 3: acesso individual classe especial (art. 8º do PGMU III); tema 4: densidade e distância dos TUPs (arts. 10 e 11 do PGMU III); tema 5: Postos de Serviço Multifacilidades (arts. 19 e 20 do PGMU III); e tema 6: destinação dos saldos das metas do PGMU.

³²⁰ Cabe à ANATEL sugerir ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas para a universalização, submetendo-as previamente a consulta pública. (art. 19, III, da Lei nº 9.472/1997).

pública exigida para a edição dos atos normativos, isto é, quando foi apresentada a minuta de ato normativo. Não é por outra razão que a avaliação dessa subvariável foi negativa. Exceção foi a AIR referente ao PGMU, para a qual a consulta pública foi realizada previamente à publicação do relatório. Neste há ainda a indicação de que foram realizadas reuniões com concessionárias, órgãos de defesa do consumidor e Ministério das Comunicações³²¹.

No que se refere à necessidade de se contemplar *várias opções* no processamento da AIR (terceiro teste), verificou-se que em todas as AIR examinadas, as alternativas consideradas abarcavam pelo menos a alternativa preferencial e a alternativa de manutenção do *status quo*. Exceção foi a alguns problemas analisados na AIR relativa ao PGMU, na qual a manutenção do *status quo* nem sempre foi considerada pelo fato de se tratar de previsão legal³²², o que contudo, não afeta a avaliação do teste.

O último teste da subvariável AIR, que diz respeito ao *potencial de alteração*, não pôde ser avaliado positivamente. Apesar de mostrar maior evolução metodológica que as demais agências examinadas, os relatórios ainda podem ser vistos como um documento de justificação das opções feitas pela agência quando da elaboração do ato normativo, do que um instrumento crítico auxiliar do processo de tomada de decisões, que pode vir a alterar a minuta elaborada pela própria agência. Se a AIR desempenha este papel para a ANATEL, a informação não está disponível para os administrados.

A subvariável *consulta pública* teve avaliação positiva. Em análise das consultas públicas realizadas, é possível notar que algumas contribuições são aceitas pela agência de forma a alterar o entendimento prévio externado quando da publicação da proposta de resolução para consulta. Como exemplo de consulta pública que em termos efetivos houve alteração do entendimento prévio da agência em razão das contribuições apresentadas por alguns agentes econômicos e interessados foi apontada a consulta pública nº 544 sobre separação de contas.

Quanto à subvariável *eficácia da agenda regulatória*, a avaliação é negativa, em que pese sua adoção exemplar pela agência. Isto se justifica diante do fato de que a ANATEL não atende todas as metas impostas pela agência, conforme se depreende dos

³²¹ Apesar de o relatório da AIR do PGMU mencionar essas diversas formas de consultas, não foram fornecidos detalhes referentes a quando e quem participou dessas reuniões.

³²² Contudo, nos problemas referentes a metas previstas que não se mostravam mais efetivas à sociedade em razão de desinteresse pelos serviços de telefonia fixa, sobretudo quanto ao terminal de uso público conhecido por orelhão, diante da expansão do serviço móvel pessoal, a manutenção do *status quo* foi adequadamente considerada para fins da AIR do PGMU.

relatórios trimestrais de acompanhamento publicados no sítio eletrônico ³²³. O acompanhamento das ações regulatórias 2013/2014, por exemplo, considera a taxa de execução (62,50%) e de conclusão das ações (35%). Cabe lembrar que, para essa última avaliação, considera-se o percentual de itens concluídos (regulamentos, editais e planos) relativamente à quantidade de itens que compõem as ações regulatórias. O motivo para as baixas taxas de execução e de conclusão foi o significativo esforço da agência para tratar de temas que não estavam originalmente presentes na agenda³²⁴. O sucessivo não atingir das metas torna essa ferramenta um mero indicador de *proposta* de atuação da agência – direciona o mercado para as atividades que a agência se proporá nos próximos meses – sem qualquer certeza de que seus objetivos serão alcançados.

Quanto ao primeiro teste da subvariável *Diretoria* relativo à necessidade de a diretoria colegiada da agência fazer uso de *dirigentes interinos* para atender ao quórum mínimo para instalação das reuniões, a ANATEL recebeu avaliação negativa tendo em vista que, em pelo menos 21 ocasiões, dirigentes interinos foram nomeados conforme segue: Amadeu de Paula Castro (05/11/2001 a 03/01/2002); Edmur Carlos Jorge de Moraes (04/01/2002 a 03/03/2002); Marcos Bafutto (27/03/2002 a 01/05/2002); Edilson Ribeiro dos Santos (02/04/2002 a 02/05/2002); Edilson Ribeiro dos Santos (05/01/2004 a 04/03/2004); Marcos Bafutto (07/03/2004 a 20/03/2004); Jarbas José Valente (29/06/2004 a 27/08/2004); Ara Apkár Minassian (29/06/2004 a 27/08/2004); Rubens Donati Jorge (28/08/2004 a 26/10/2004); Jarbas José Valente (09/09/2004 a 04/11/2004); Jarbas José Valente (16/11/2005 a 14/01/2006); Ara Apkár Minassian (17/01/2006 a 17/03/2006); Jarbas José Valente (20/03/2006 a 18/05/2006); Ara Apkár Minassian (19/05/2006 a 28/06/2006); Marcus Vinícius Paolucci (05/11/2012 a 03/01/2013); Roberto Pinto Martins (04/01/2013 a 04/03/2013); Marconi Thomaz de Souza Maya (05/03/2013 a 03/05/2013); Marcus Vinicius Paolucci (04/05/2013 a 02/07/2013); Roberto Pinto Martins (03/07/2013

³²³ A ANATEL apresenta metodologia específica para realizar esse acompanhamento, com a criação do que chamou de taxa de execução (percentual de execução de cada ação regulatória frente ao total de ações propostas) e taxa de conclusão das ações (percentual de itens efetivamente concluídos/finalizados *e.g.* regulamentos, editais, planos etc. relativamente à quantidade de itens que compõem a agenda). Ver <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=311840&pub=principal&filtro=1&documentoPath=311840.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

³²⁴ Ver <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=321327&pub=original&filtro=1&documentoPath=321327.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

a 31/08/2013); Marconi Thomaz de Souza Maya (01/09/2013 a 30/10/2013); e Marcus Vinicius Paolucci (31/10/2013 a 16/12/2013)³²⁵.

Por fim, quanto às *atas* da diretoria colegiada da ANATEL (segundo teste da subvariável *Diretoria*), a avaliação foi positiva. Apesar de seu conteúdo ser pobre, conforme exposto na análise da procedimentalização formal, outros documentos (votos, análises, informes, gravações das reuniões etc.) produzidos a partir do processo de tomada de decisão da agência permitem aduzir que as reuniões da diretoria colegiada da agência apresentam caráter deliberativo³²⁶. Não foi por outra razão que no âmbito da discussão do novo Regimento Interno da ANATEL foi afastada a sugestão de transcrição dos debates e também do extrato das decisões, diante da atual dinâmica de divulgação em tempo real das deliberações do conselho diretor (ANATEL, 2013, p. 6)

VI.2.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANATEL quanto à procedimentalização

A ANATEL apresenta processos decisórios bastante claros, o que se percebe pela análise da variável procedimentalização formal (Nota 100%) – todas as subvariáveis tiveram avaliação positivas. Todo o procedimento referente a consultas públicas e formas de deliberação da diretoria, sobretudo no que diz respeito à transparência, tiveram desempenho exemplar se comparado a outras agências.

Tabela 23 - Procedimentalização – ANATEL

ANATEL	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Procedimentalização Formal	100,0%	50,0%	50,0%
Procedimentalização Substantiva	43,8%	50,0%	21,9%
Total Procedimentalização ANATEL			71,9%
Fonte: elaboração própria			

O excelente desempenho da ANATEL quanto ao aspecto formal da variável procedimentalização não foi suficiente para que a agência tivesse desempenho positivo. A nota recebida foi 43,8%. Pois, a implementação de instrumentos regulatórios nos últimos

³²⁵ Informação obtida em resposta a e-mail enviado através do sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão.

³²⁶ Exemplo disso é o acompanhamento de trechos de reuniões das gravações disponíveis no sítio eletrônico da agência.

anos, como é o caso da agenda regulatória e a AIR, não foi bem-sucedida. Apesar de ser uma das agências mais bem-avaliadas, inclusive nesse tema, não é admissível que a agência torne compulsória uma ferramenta como a AIR ou a agenda regulatória, mas sua aplicação seja seletiva ou não efetiva. A mesma opinião se tem quanto ao quórum das reuniões do conselho diretor da agência, cuja atuação apresenta diretores interinos.

Outra avaliação negativa da ANATEL está relacionada ao vício bastante recorrente das agências brasileiras diante da omissão do Poder Executivo em nomear novos dirigentes. Ou o processo de indicação mostra-se custoso para o Poder Executivo, ou este não tem interesse em permitir que a agência mantenha seu poder decisório.

VI.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANATEL quanto à judicialização

A pesquisa contratada pelo CNJ aponta que nos 111 processos analisados, reunidos aqueles com decisões transitadas em julgado e em trâmite quando da finalização da pesquisa, houve mudança a cada 0,25 casos, ou seja, a cada quatro processos havia um em que o *status* da decisão mudava. Se confrontado com a taxa de confirmação das decisões da agência em processos com decisões transitadas em julgado, que para a ANATEL é de 92%, essa alternância, ainda que pequena em comparação com outras agências, é bastante grave (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 117).

Com enfoque em telecomunicações, Faraco, Pereira Neto e Coutinho (2014) produziram pesquisa sobre decisões judiciais coletivas que aparecem como partes, de um lado, a ANATEL e, de outro, três das mais importantes e atuantes entidades de proteção ao consumidor (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, Procons e Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – ProTeste), além de quatro das mais importante e atuantes associações civis de defesa dos interesses de empresas de telecomunicações no País atualmente (Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado – Abrafix, Associação Nacional das Operadoras de Celulares – Acel, Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – Sinditelebrasil e Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas – Telecomp). Em que pese as diferenças metodológicas em relação à pesquisa de Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014)³²⁷, as conclusões são convergentes em relação a decisões

³²⁷ O recorte adotado foi a análise e sistematização de informação de ações judiciais já finalizadas ou em trâmite na Justiça Federal em que figuram como partes a ANATEL ou pelo menos uma das entidades apontadas acima, a partir de pesquisa no DOU das ocorrências dos termos “ANATEL” combinado com o

finais e divergentes em relação às decisões liminares. “No conjunto de decisões analisadas, foram identificadas 11 liminares contrárias à ANATEL que não foram alteadas em sede de recursos. Todavia, em sete ações nas quais houve a concessão de liminares contrárias à ANATEL, o resultado da sentença não confirmou a liminar concedida. Esses dados sugerem certa deferência do Judiciário às decisões do órgão regulador e a dificuldade de se obter liminares em temas que não são corriqueiros para os juízes de formação e prática generalistas que tratam dessas questões.” (FARACO, PEREIRA NETO e COUTINHO, 2014, p. 41).

Considerando o indicador de insegurança jurídica proposto³²⁸ por Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, pp.133-5), o valor atribuído à ANATEL foi 0,38, ou seja, um valor bastante baixo, e apresentou sensível aumento em razão da existência de processos novos sendo analisados pelo Judiciário.

Especificidade interessante sobre o setor na corrida ao Judiciário é o amplo uso de ações coletivas de consumidores em temas sobre a cobrança de serviços, evidenciando o grau de organização da sociedade civil no setor, amadurecida e desejável para a defesa dos interesses dos consumidores³²⁹. Segundo Faraco, Pereira Neto E Coutinho (2014, p. 36) a presença de grupos organizados representantes dos consumidores pode ser explicada pelo baixo incentivo econômico para ações individuais. Afirmam os autores que “[o]s valores envolvidos são de pequena monta, quando considerado cada consumidor isoladamente, e podem não justificar os custos diretos e indiretos associados à propositura de medidas judiciais.”

VI.3. Análise qualitativa do setor: caso da fusão da Brasil Telecom e Oi

O caso escolhido para avaliar a atividade da ANATEL quando colocada em foco com o Poder Executivo, e até mesmo outras entidades da administração pública, é a fusão entre as empresas Brasil Telecom e a Oi³³⁰. O objetivo é explorar uma leitura da mais

nome de cada uma das associações selecionadas desde 1997 até 15 de novembro de 2012 e que tenham por objeto possíveis questões de políticas públicas da agência. Foram identificadas 48 ações, sendo 38 envolvendo entidades representativas dos consumidores e 10 envolvendo entidades representativas das empresas reguladoras, além de três temas estruturais (*backhaul*, bens reversíveis e licitação de radiofrequência. Mais detalhes, ver faraco, Pereira Neto e Coutinho (2014).

³²⁸ Vale lembrar que o indicador é o número de mudança de *status* da decisão dividido por mil dias, para que se possa colocar em bases iguais processos com durações distintas.

³²⁹ Esse aspecto é também marcado no setor de energia elétrica, mas ausente ainda no de infraestrutura aeroportuária.

³³⁰ Ademais, não se pode perder de vista que desde a privatização da Telebras, o negócio mais expressivo – e discutido – do setor de telecomunicações foi a fusão entre Oi e Brasil Telecom, originando assim uma

importante fusão no setor de telecomunicações diferente daquela bastante discutida e acompanhada pelo CADE, que toma como ponto referencial o direito concorrencial e os impactos econômicos, positivos e negativos, aos usuários que uma concentração de mercado desse porte pode trazer. Com ênfase na participação da ANATEL nesse processo, o objetivo é chamar atenção para o fato de que mesmo em um setor com procedimentos claros e transparentes, foi realizada manobra política em que a agência se viu obrigada, por decisão do governo, aprovar a operação societária.

Os fatos remontam a 25 de abril de 2008, quando investidores de diversos fundos, intitulados “vendedores”, celebraram contrato de compra e venda de ações de emissão da empresa Invitel S.A. e Brasil Telecom Participações S.A. com o Banco de Investimentos Credit Suisse S.A. na qualidade de comissário-comprador em nome da empresa interveniente Telemar Norte Leste S.A.³³¹. Nos termos da legislação brasileira antitruste, a operação societária foi submetida ao CADE³³². E, por se tratar de concentração de empresas atuantes em telecomunicações, o contrato de compra e venda também seria submetido à ANATEL previamente à sua concretização, por força legal³³³.

Contudo, o referido negócio estava condicionado à alteração do Plano Geral de Outorgas (PGO) de Serviço de Telecomunicações então vigente, aprovado pelo Decreto nº 2.534 de 02 de abril de 1998, uma vez que este impunha restrição à possibilidade de controle, por um mesmo grupo de acionistas, de duas concessões de Serviço Telefônico Fixo Comutado em regiões distintas, caso em concreto da operação. Segue o trecho do PGO em questão:

Art 14. A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o art. 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatoria transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra

supertele, à época com receita bruta anual de R\$ 41 bilhões, concentrando 22 milhões de telefones fixos e quase 30 milhões de celulares, ostentando posição dominante em todos os Estados brasileiros, à exceção de São Paulo. (ver ESTADÃO. “Entenda o processo de fusão entre a Oi e a Brasil Telecom”. 17.12.2008. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/entenda-o-processo-de-fusao-entre-a-oi-e-a-brasil-telecom,295353>>. Acesso em: fev. 2015.)

³³¹ CADE. Ato de concentração nº 0812.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008. Voto do Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, 20.10.2010, p. 3.

³³² Em 19 de maio de 2008, os compradores e vendedores formularam pedido para que o contrato de compra e venda de ações e o contrato de comissão fossem submetidos à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (ato de concentração nº 0812.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008, ambos sob relatoria do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho).

³³³ LGT: “Art. 97. Dependão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.”

Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão. (Plano Geral de Outorgas, 1998)

Em 16 de junho de 2008, a agência submeteu, por intermédio de Consulta Pública nº 23, proposta preliminar de revisão do Plano Geral de Outorgas. O Conselheiro Pedro Jaime Ziller, relator do PGO na ANATEL, explicou o motivo das alterações: “Precisamos ter empresas fortes. É uma tendência mundial a existência de grandes empresas nacionais. Processos de fusão estão acontecendo no mundo inteiro e a ANATEL tem que permitir isso no Brasil”³³⁴. No dia 1º de agosto de 2008, encerrou-se o prazo para manifestações sobre a proposta da ANATEL, após a realização de cinco audiências públicas permitindo ampla manifestação da sociedade civil sobre a proposta elaborada pela Agência.

À época, o Ministério das Comunicações saiu em defesa do fim da divisão regional do mercado brasileiro, liberando a atuação das empresas de telefonia em todo o território nacional³³⁵. Em 11 de setembro de 2008, o Ministério das Comunicações enviou ofício à ANATEL, determinando a supressão da vedação constante do PGO bem como a revisão de restrições regulatórias constantes de outros atos normativos, de modo a permitir a consolidação da operação de múltiplos serviços, viabilizando a plena integração de diferentes infraestruturas de rede e a convergência digital entre voz, vídeo e dados³³⁶. O Ofício solicitava que a ANATEL promovesse a conclusão do processo de elaboração e proposição de revisão do PGO com maior brevidade possível, sendo a proposta enviada ao Ministério das Comunicações para apreciação e posterior indicação do procedimento ao Presidente da República³³⁷. Dessa forma, não apenas estava latente a pressa na alteração do PGO, como também a influência do Executivo no procedimento, de modo que a influência

³³⁴ G1. “ANATEL abre caminho para permitir fusão da Oi e Brasil Telecom”, 12.06.2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL599435-9356,00-ANATEL+ABRE+CAMINHO+PARA+PERMITIR+FUSAO+DA+OI+E+BRASIL+TELECOM.html>. Acesso em: fev. 2015.

³³⁵ PSDB. “Institutos do PSDB e do PPS debatem telecomunicações”, 08.2008. Disponível em: <<http://www.psdb.org.br/institutos-do-psdb-e-do-pps-debatem-telecomunicacoes>>. Acesso em: jan. 2015.

³³⁶ Ministério das Comunicações. Ofício nº 81 de 11.09.2008, pp. 1-2. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=219415&assuntoPublicacao=Processo%20n%BA%2053500.008258/2008%20-%20PGO%20-%20Parte%207&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=219415.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

³³⁷ Interessante notar que, embora o PGO original permitisse a possibilidade de sua alteração a qualquer momento, esta foi a primeira vez que a agência o fez. A competência da autoridade reguladora para lidar com a matéria também se encontrava prevista no art. 18 e 19, XXX da LGT, que dispõe caber ao Conselho Diretor propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais do setor.

da ANATEL no assunto mostrava-se, em certa medida, esvaziada. Por ser um decreto presidencial, caberia ao Executivo a tomada de decisões³³⁸.

Diante desse contexto, sob o argumento de atualizar as normas aplicáveis ao setor³³⁹, a ANATEL finalizou o processo de revisão do PGO para flexibilizá-lo e, assim, permitir a aprovação da operação pretendida que atendia a interesses privados e governamentais³⁴⁰. Depois de mais de três meses, em 20 de novembro de 2008, foi aprovado o Decreto nº 6.654, novo PGO, nos termos em que o Ministério das Comunicações havia recomendado, de modo a permitir à Oi/Telemar obter anuência para aquisição da Brasil Telecom³⁴¹.

Na sequência, em 17 de dezembro de 2008, o Conselho Diretor da ANATEL, em sua 507ª Reunião, examinou as operações societárias para aquisição, por parte de Telemar, de ações representativas do controle de emissão da Invitel, implicando a aquisição do controle indireto do Grupo Brasil Telecom pelo Grupo Telemar, resolvendo por anuir previamente com a aquisição por parte da Telemar das referidas ações³⁴². No entanto foi necessária mais uma manobra política; o cargo vago de José Leite Pereira Filho foi preenchido, conforme noticiado, para resolver o impasse político ainda existente internamente na ANATEL. PRADO e TÜRNER (2010, p. 46) apontam que “[Ronaldo Mota] Sardenberg e [Antonio Domingues Teixeira] Bedran, os últimos nomeados, votariam integralmente com o governo. Porém, dois dos dirigentes em exercício à época,

³³⁸ Cumpre ressaltar que a formação de uma grande operadora com capital nacional recebia apoio do governo, o que incluía R\$ 6,869 bilhões de bancos estatais. Contando com o aval do governo, a transação envolveu mudança de normas aplicáveis e um grande aporte de dinheiro público. No total, os bancos entraram com um financiamento de R\$ 6,8 bilhões, em um negócio estimado em R\$ 12,5 bilhões. Foram R\$ 2,5 bilhões do BNDES e outros R\$ 4,3 bilhões do Banco do Brasil. Além disso, havia também o investimento dos fundos de pensão de estatais (Previ, Petros e Funcef), que, segundo estimativas, chega a R\$ 3 bilhões. Apesar de todo o dinheiro público envolvido, os detentores da maior parte das ações da nova empresa eram grupo privados: a Andrade Gutierrez, de Sérgio Andrade, e a La Fonte, de Carlos Jereissati. O governo apoiou abertamente o negócio, com o argumento de que seria bom para o Brasil ter uma grande empresa de telecomunicações para concorrer com os grupos privados que atuam no País (Telefônica, espanhola, e Telmex, mexicana). Cf. ESTADÃO. “Entenda o processo de fusão entre a Oi e a Brasil Telecom”. 17.12.2008, loc. cit. Acesso em: fev. 2015.

³³⁹ Quando da sua edição, em 1998, o PGO buscou a superação de uma série de desafios e o cumprimento de objetivos identificados. Entretanto, a agência identificou que é preciso adaptar os atuais padrões de concorrência às novas tendências econômicas e comportamentais, que caracterizam a exploração dos serviços de telecomunicações.

³⁴⁰ FOLHA, “Ministro diz que prazos para avaliar PGO estão “razoavelmente vencidos”, 11.09.2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/09/443983-ministro-diz-que-prazos-para-avaliar-pgo-estao-razoavelmente-vencidos.shtml>>. Acesso em: fev. 2015.

³⁴¹ Cf. art. 6º do Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008.

³⁴² O processo de anuência prévia da BrOi, como foi apelidada a empresa, foi o mais rápido da história da ANATEL, com duração de 27 dias. Levantamento da Associação Brasileira de Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TelComp), que reúne rivais da Oi e da BrT, mostrou que o menor prazo até então havia sido de 63 dias. Ver ESTADÃO. “Entenda o processo de fusão entre a Oi e a Brasil Telecom”. 17.12.2008, loc. cit. Acesso em: fev. 2015.

Plínio Aguiar e Pedro Jaime Ziller, aprovariam a venda apenas sob determinadas condições. Formou-se, portanto, um impasse que o governo resolveu preenchendo a vaga ociosa. Em 10 de setembro de 2008 foi nomeada Emília Maria Ribeiro. Essa foi a solução encontrada para que o governo garantisse o fechamento da compra da Brasil Telecom pela Oi.³⁴³

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica aprovou, em 20 de outubro de 2010, a fusão da Oi com a Brasil Telecom por unanimidade, com pareceres favoráveis da ProCADE³⁴⁴, Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)³⁴⁵ e Secretaria de Direito Econômico (SDE)³⁴⁶.

Entretanto, apesar da exposição das relações da ANATEL com o Poder Executivo e todo o esforço que este fez para permitir a aquisição e, assim, criar o “campeão nacional” forte e capaz de concorrer em mercado e fazer frente aos gigantes como a Telefônica e a América Móvil, o plano fracassou. Parte da atual dívida de R\$ 47,7 bilhões da Oi é decorrente da compra da Brasil Telecom em 2008³⁴⁷. A empresa sequer participou do leilão de novas licenças de telefonia celular 4G promovidos em 2014, explicitando novamente como a política de “campeões nacionais” do governo foi falha³⁴⁸.

Quem era a favor da operação sustentava lógica concorrencial para justificar que o mercado das telecomunicações é dinâmico e extremamente ligado aos avanços tecnológicos. Além disso, a análise concorrencial mostrava que, na maioria dos mercados relevantes, não havia sobreposição entre empresas e, quando havia alguma concentração, era pequena³⁴⁹.

³⁴³ FOLHA ONLINE. “Após polêmica, posse da conselheira da ANATEL será em cerimônia fechada.”, 10.09.2008. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/09/443543-apos-polemica-posse-de-conselheira-da-anatel-sera-em-cerimonia-fechada.shtml?mobile>>. Acesso em: fev. 2015.

³⁴⁴ Em seu parecer, a ProCADE ressaltou a existência, no setor de telecomunicações, de um movimento de convergência e formação de grandes grupos econômicos verticalmente integrados, capazes de oferecer extenso portfólio de serviços e infraestrutura, visando atender a demanda de investimentos deste setor, marcado pela evolução e intensa tecnologia. Daí a incontestável importância estratégica que se incutia à formação de um grande *player* de âmbito nacional com fôlego para concorrer internacionalmente (Ver Parecer PROCADE nº 358/2010, 06.09.2010, fls. 2934-2935 do Ato de Concentração nº 08012.005789/2008-23. Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho.)

³⁴⁵ Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Parecer nº 06364/2009/RJ, 01.07.2009, pp. 1-2.

³⁴⁶ Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer nº 466, 13.07.2009, p. 1.

³⁴⁷ FOLHA. “ANATEL monitora Oi em crise desde agosto”, 28.01.2015. Disponível em: <<http://1.folha.uol.com.br/mercado/2015/01/1581546-anatel-monitora-oi-em-crise-desde-agosto.shtml>>. Acesso em: fev. 2015.

³⁴⁸ ESTADÃO. “*Está difícil reduzir a dívida da “supertele”*”, 09.10.2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,esta-dificil-reduzir-a-divida-da-supertele-imp,1573850>>. Acesso em: fev. 2015.

³⁴⁹ FGV. Instituto Brasileiro de Economia. “*Estudo dos Impactos Concorrenciais e Regulatórios da Proposta de Fusão entre Oi e Brasil Telecom*”. Relatório Final. Fevereiro de 2008, p. 23. Disponível em:

De outro lado se alertava para o fato de que as discussões para construção de um novo marco regulatório precisavam ser amplas e não deveriam se limitar ao casuísmo de atender a uma encomenda comercial para permitir a compra da Brasil Telecom pela Oi³⁵⁰. Ainda sobre a rapidez com que aprovaram o novo PGO e anuíram com o contrato de compra e venda das referidas ações,

(...) a velocidade com que as diversas instâncias do executivo analisaram o processo, embora surpreendente, poderia ser considerada positiva, sinalizando a sintonia do governo com as necessidades da sociedade brasileira, dada a importância crucial das telecomunicações no desenvolvimento do país. Todavia, embora seja fato irrefutável a relevância das telecomunicações nas modernas sociedades da informação, extrema cautela deveria ter sido reservada para esta decisão, pois o PGO aprovado contém alterações com relação ao PGO anterior de grande impacto para o desenvolvimento da concorrência, da eficiência e dos investimentos em telecomunicações (tanto em redes como em varejo), bem como para a efetividade da atividade regulatória”. (COUTINHO e OLIVERIA, 2009, p. 6 apud MELIM JUNIOR, 2011, p. 22)

E pior. Questionou-se, também, a atuação da ANATEL que, diante da magnitude e da importância da operação em tela para o mercado de telecomunicações brasileiro, bem como dos interesses envolvidos, perdeu a oportunidade de impor condicionantes que realmente mitigassem os efeitos dessa operação de concentração³⁵¹. Feriu, sobretudo, a obrigação de transparência e publicidade dos atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, uma vez que deixou para divulgar diversas informações, tendo feito apenas após o consentimento da anuência prévia da aquisição do controle acionário da Brasil Telecom pela Oi.

VI.4. Conclusão Parcial

Faraco, Pereira Neto e Coutinho (2014, p. 28) destacam as várias etapas pelas quais a ANATEL teria passado – momento de concepção, estruturação, aprendizado, disputas e avaliação –, apontando a avaliação como a fase atual. E não é por outra razão que a ANATEL apresenta avaliação de destaque em relação às demais agências examinadas.

<<http://epge.fgv.br/we/Graduacao/EconomiaDefesaConcorrenca/2010?action=AttachFile&do=get&target=R elatorio-Antitruste-Final-29022008.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

³⁵⁰ PSDB. “*Institutos do PSDB e do PPS debatem telecomunicações*”, 08.2008, loc. cit. Acesso em: fev. 2015.

³⁵¹ MELIM JUNIOR, Jaci. A atuação da Agência Nacional de Telecomunicações no fomento à competição no setor, Artigo apresentado perante TCU, Brasília, 2011, pp. 30. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2432934.PDF>>. Acesso em: fev. 2015.

É preciso dizer ainda que telecomunicações, conforme explicitado na análise qualitativa, apresenta com grande intensidade tensão constante entre flexibilidade de regras e o compromisso crível, talvez mais que outros setores, em razão dos avanços tecnológicos aos quais está submetido³⁵². Atento a isso, Melo apontou para o fato de que

[a]s escolhas relativas ao desenho regulatório em geral implicam um trade off entre credibilidade e flexibilidade. Os mecanismos que garantem credibilidade e durabilidade às instituições regulatórias são os mesmos que dificultam a instituição de novas regras que podem ser necessárias em virtude de inovações tecnológicas. (MELO, 2001, p. 64)

Por isso, mais importante que impedir a alteração das regras do jogo é garantir que, quando seja necessária sua adaptação, a agência tenha condições de garantir que esse processo seja transparente e em benefício do usuário, portanto racional. Embora apresente falhas, a ANATEL é a agência mais bem preparada para enfrentar esse desafio.

Sua excelente avaliação nos aspectos formais das variáveis institucionalização (Nota 90,09%)³⁵³ e procedimentalização (Nota 100%) não foram suficientes para determinar uma boa avaliação nos aspectos substantivos de ambas as variáveis. A *performance* da ANATEL quanto à institucionalização substantiva (Nota 12,5%) e a procedimentalização substantiva (Nota 43,8) demonstra que a agência, apesar de ter suas regras e procedimentos nos exatos termos das boas práticas regulatórias, não foi suficiente para garantir que a prática regulatória fosse também de boa qualidade. A análise de como essas regras funcionam na prática evidencia que nem mesmo a agência com melhor desempenho ficou imune às intervenções indevidas do Poder Executivo como quando o assunto é escolha de dirigentes e orçamento da agência, ou a introdução de instrumentos novos no processo decisório.

Decorre dessa conclusão a necessidade de a agência, de um lado, aprimorar seu processo decisório e por outro exigir dos demais poderes institucionais a efetiva aplicação das regras formais que fazem a agência um modelo para as demais. Essa tarefa pode ser engendrada pelos operadores do Direito no desenvolvimento de uma advocacia da regulação a fim de contribuir para fazer valer as regras da agência.

³⁵² “Nas Telecomunicações, com sua mudança tecnológica rápida e imprevisível (em equipamentos, produtos e serviços), flexibilidade regulatória que permita a adaptação à nova mudança tecnológica é mais estável, assim como nos serviços de água e esgoto. Demasiada flexibilidade regulatória, no entanto, deixa espaço para expropriação administrativa, reduzindo o investimento,” (LEVY e SPILLER, 1994, p. 220)

³⁵³ A nota para a institucionalização formal só não foi 100% em razão da revogação do artigo que vedava a recondução dos dirigentes da ANATEL pela Lei nº 9.986/2000.

À semelhança do setor de energia elétrica, foi identificado no setor de telecomunicações presença importante da sociedade civil organizada e também dos agentes econômicos atuantes, de forma a moldar a atuação da agência. Esses agentes passam a interagir mais com a agência por meio dos instrumentos de participação na tentativa de serem ouvidos e, com isso, contribuem para a melhoria da qualidade da regulação no setor.

Capítulo VII: ANAC E A REGULAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA FEDERAL

VII.1. Panorama da regulação setorial

VII.1.1. Justificativas para a regulação estatal

Setores como o aeroportuário se submetem à intensa regulação de organismos estatais para a garantia da segurança e da interconectividade da infraestrutura nacional com as redes internacionais³⁵⁴. Essas duas justificativas técnicas³⁵⁵ (segurança e efeito de rede) são indissociáveis, tanto que organismos que garantiam a segurança (*e.g.* DECEA) e esse efeito de rede (*e.g.* IATA) existiam muito antes da criação da ANAC.

Além dessas duas justificativas técnicas, há também o fato de que, no caso brasileiro, a exploração da infraestrutura aeroportuária é definida pelo texto constitucional (art. 21, XII, “c”) como serviço público. Tendo sido elevado a tal categoria de importância, sua delegação a terceiros exige do próprio Estado atenção especial, quer quando prestado por empresa estatal ou quando explorado por concessionária privada.

A primeira norma nacional que se tem conhecimento sobre o tema, o Decreto nº 16.983, de 22.07.1925, já incorporava a coexistência de dois regimes paralelos de exploração: o público e o privado. O Decreto estabeleceu em seu art. 32 a distinção até hoje vigente entre “aeródromos públicos” e “privados” prevista nos arts. 28 e 29 da Lei Federal nº 7.565, de 19.12.1986³⁵⁶. Os primeiros são criados e mantidos pela União e

³⁵⁴ Em 7 de dezembro de 1944, foi assinada a Convenção sobre Aviação Civil Internacional (*Convention on International Civil Aviation*), mais conhecida como Convenção de Chicago. Ela estabeleceu a criação de uma organização para regulamentar a aviação civil internacional, inicialmente o *Provisional International Civil Aviation Organization* (PICAO) que se transformou na *International Civil Aviation Organization* (Organização de Aviação Civil Internacional – OACI). O Governo do Brasil aprovou a convenção em 11 de setembro de 1945, ratificou-a em 26 de março de 1946 e depositou o instrumento de ratificação em 8 de julho de 1946. Em 27.08.1946 a Convenção de Chicago foi promulgada por meio do Decreto nº 21.713/1946.

³⁵⁵ Fala-se em justificativas técnicas para que não sejam confundidas com as justificativas ideológicas classificadas pela doutrina especializada em correntes, tais como teoria do interesse público, dos grupos de interesse e do interesse privado. Para uma discussão sobre o tema, ver BALDWIN, Robert; CAVE, Martin (1999). *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, cap 3.

³⁵⁶ O Decreto nº 16.983, de 22.07.1925, aprovou o Regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea, atribuindo ao Ministério da Viação e Obras Públicas do Governo Federal (posteriormente chamado de Ministério dos Transportes pelo art. 201, do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967) as competências em matéria de infraestrutura aeroportuária e aviação civil. O Regulamento também atribuía ao então Ministério da Viação e Obras Públicas a regulação das tarifas aeroportuárias, bem como a aprovação de componentes da infraestrutura aeroportuária. Com o Decreto nº 19.902, de 22.03.1931, foi criado o Departamento de Aeronáutica Civil que assumiu as competências relativas ao tema aeronáutico do então Ministério da Viação e Obras Públicas. Posteriormente fora incorporado pelo Ministério da Aeronáutica, por força do Decreto-Lei nº 2.961, de 20.01.1941. Em 1969, por força do Decreto nº 65.143, de 12 de setembro de 1969, o então

Estados para fins de interesse público, enquanto os últimos são criados e explorados por particulares, para uso em benefício próprio³⁵⁷.

As justificativas técnicas para o Estado intervir no setor aeroportuário foram ampliando conforme o cenário político-econômico do país se adaptava às mudanças. O aumento de demanda pelo transporte aéreo de passageiros³⁵⁸ e de cargas e o engessamento da Infraero como operadora estatal de conjunto bastante distinto de aeroportos (poucos superavitários e muitos deficitários³⁵⁹) somados à insuficiência de recursos públicos para arcar com os investimentos necessários isoladamente, levaram a outras duas justificativas técnicas para a regulação estatal: aumento de capacidade e do nível de serviço dos principais aeroportos federais e introdução de concorrência na operação da infraestrutura aeroportuária federal³⁶⁰.

Tendo em vista a insuficiência da infraestrutura aeroportuária existente, o aumento de capacidade e do nível de serviço dos principais aeroportos federais era uma necessidade para que o país pudesse sediar a Copa das Confederações da FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A preocupação com a qualidade dos aeroportos concedidos para esses eventos esportivos está refletida nos prazos de

Departamento de Aeronáutica Civil passou a ser chamado de Departamento de Aviação Civil (DAC), cuja competência em matéria aeroportuária só fora subtraída com a criação da ANAC.

³⁵⁷ A diferença entre a distinção de outrora e a atual é que na primeira os aeródromos privados podiam cobrar “taxas [...] objeto de tarifa aprovado pelo Ministro da Viação e Obras Públicas” (art. 39, §5º, do CBA) de outras aeronaves, enquanto os proprietários dos atuais estão proibidos de explorá-los comercialmente (art. 30, 2º, do CBA). A distinção tal como a conhecemos hoje foi criada pelo Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966 (Código Brasileiro do Ar elaborado durante o regime militar).

³⁵⁸ Em estudo sobre o setor aeroportuário realizado em 2013, a ABEAR estima que a demanda por transporte de passageiros foi multiplicada por sete desde a década de 1970, sendo que no transporte de cargas, de um cenário de aproximadamente 300.000 voos ao ano em 1970 evoluiu-se para um cenário de quase 600.000 voos em 2012 (ver <http://www.abear.com.br/uploads/arquivos/dados_e_fatos_arquivos_ptbr/Panorama_2013.pdf>). Ainda nesse sentido, de acordo com a Nota Técnica do IPEA, elaborada em 2011: “[D]e 2003 a 2010, o Brasil apresentou um crescimento considerável no movimento de passageiros e no número de viagens nos aeroportos do país. Durante esse período, o crescimento médio anual no número de passageiros foi de 10,2%” (CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva e SOUZA, Frederico Hartmann de. “Nota Técnica – Aeroportos no Brasil: Investimentos Recentes, Perspectivas e Preocupações”. *Nota Técnica IPEA* nº 5, Diretoria de Assuntos Setoriais, abril, pp. 1-24, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/110414_nt005_diset.pdf>. Acesso em: fev. 2015.)

³⁵⁹ Em 2013, dos 63 aeroportos administrados pela estatal, 23 (1/3) representavam 80% do movimento das aeronaves e da receita de todo o sistema Infraero. (ver <<http://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/infraero-vai-depender-da-uniao-ate-2020-13727846>>. Acesso em: fev. 2015.).

³⁶⁰ A introdução de concorrência não esteve adstrita ao mercado de operação aeroportuária. O serviço público de transporte aéreo e os chamados serviços auxiliares também tiveram a introdução de regras específicas para possibilitar a entrada de novos agentes econômicos. No caso do transporte aéreo, uma das primeiras iniciativas da agência foi a regulação dos *slots* pela Resolução ANAC nº 2, de 03 de julho de 2006, revogada recentemente pela Resolução ANAC nº 338, de 22 de julho de 2014. No caso dos serviços auxiliares, a ANAC estipulou regras para a alocação de áreas de forma que todos os prestadores de serviços às empresas aéreas pudessem ter igualdade de acesso à estrutura e condições de oferecimento de seus serviços (Resolução ANAC nº 302, de 05 de fevereiro de 2014).

entrega das primeiras grandes obras para aumento da capacidade (terminais de passageiros e pistas) das concessionárias.

Regras rigorosas também foram incluídas nos contratos de concessão firmados para garantir que os níveis de serviço seriam atendidos, conforme será abordado na seção VII.3.

Quanto à concorrência na operação da infraestrutura aeroportuária federal pode ocorrer de duas formas: *pelo* mercado e *no* mercado. A primeira é “aquela que se dá entre os agentes econômicos anteriormente ao ingresso em um determinado mercado e como condição para tal acesso.” (SCHIRATO, 2012, p. 30) A noção de competição para a seleção do particular que irá prestar um serviço público sempre foi assente pela doutrina e prática jurídica; os serviços públicos podem ser prestados por meio de concessão, cuja outorga depende de prévia licitação. É o que decorre do art. 175 da Constituição Federal. Sendo assim, a imposição de regulação foi no sentido de construir arcabouço institucional (regras como a publicação de leis e decretos sobre o tema) e organizacional (entidades como ANAC e SAC) para incentivar a participação da iniciativa privada nas licitações para concessão dos aeroportos federais que estariam por acontecer.

VII.1.2. Os agentes estatais

Os principais agentes estatais que atuam no setor da infraestrutura aeroportuária são Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero³⁶¹.

VII.1.2.1. O formulador de políticas públicas setoriais

Recente no cenário nacional, a SAC/PR foi criada em 2011, pela MP nº 527, de 18 de março de 2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011³⁶². Antes da sua criação, as atribuições a cargo da Secretaria eram de competência do Ministério da Defesa. Essa transferência ocorreu, segundo a exposição de motivos

³⁶¹ Foram excluídos os agentes estatais envolvidos em questões militares como o Ministério da Defesa e o Comando da Aeronáutica – COMAER.

³⁶² A Lei nº 12.462/2011 também dispõe sobre Regime Diferenciado de Contratação, um dos argumentos sustentados pelos autores das Ações Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655/DF e 4.645/DF (PGR e PSDB e DEM, respectivamente) que questionam a lei. Até o momento, ambas as ADI foram designadas pelo Min. Luiz Fux, que as inseriu no rito abreviado previsto pelo art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Apesar do rito mais célere, as ações encontram-se conclusas desde 2013, contando com pareceres da PGR pelo conhecimento e pela declaração de inconstitucionalidade da Lei.

interministerial que acompanhou a proposta de medida provisória, por duas razões. A primeira apresenta intensa carga retórica, na medida em que o documento prevê que “[a] sociedade brasileira há tempos estava a exigir uma ampla reformulação do quadro institucional voltado à gestão da aviação civil” sem sequer trazer as devidas explicações, mas apenas que a criação da Secretaria proposta representava “importante passo para a construção de um novo modelo institucional em que os vetores segurança, regularidade e pontualidade sejam abordados de forma a garantir um ambiente favorável tanto aos usuários quanto aos prestadores do serviço.”³⁶³

A segunda razão foi a proximidade de eventos esportivos a serem sediados no País³⁶⁴. Ampliações e reformas em aeroportos das cidades-sedes desses eventos foram prometidas pelo Governo Federal como cumprimento às exigências feitas pela *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA). Nesse contexto, foram realizadas as primeiras concessões e a SAC/PR funcionaria como nova estrutura da administração federal para atuar nesse processo, ao lado da ANAC. Pouco havia sido feito antes da criação da Secretaria: fora publicado o edital de leilão para a concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, em 12 de maio de 2011, e o Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, que estabelece normas sobre a concessão desse aeroporto.

Em novembro do mesmo ano, a SAC/PR participou da propositura da MP nº 551, de 22 de novembro de 2011, convertida posteriormente na Lei nº 12.648, de 17 de maio de 2012, que reduziu o percentual do Adicional de Tarifa Aeroportuária (ATAERO)³⁶⁵ incidente sobre as tarifas de embarque, pouso, permanência, armazenagem e capatazia, viabilizando assim o processo de concessão de aeroportos federais como ocorreu

³⁶³ Cf. Exposição de Motivos Interministerial nº 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR, 18.03.2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-31-MP-MD-MF-MJ-CCIVIL-PR-Mpv527.htm>. Acesso em: fev. 2015.

³⁶⁴ “Outro aspecto importante da iniciativa diz respeito ao enfrentamento da crescente demanda que decorre da expansão do mercado de aviação civil, avultada pela proximidade dos eventos esportivos de grande envergadura que serão sediados pelo País nos próximos anos. Nesse sentido, confere-se à Secretaria a atribuição de promover a harmonização dos planejamentos relativos à aviação civil, à infraestrutura aeroportuária civil e à infraestrutura de navegação aérea civil, com vistas à adequação da capacidade das infraestruturas instaladas à expansão do transporte aéreo. Sob a mesma ótica, é prevista a elaboração de estudos de projeção de demanda, que serão utilizados como referência para o planejamento de médio e longo prazo da aviação civil.” (ver EM Interministerial nº 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR, 18.03.2013. loc. cit.)

³⁶⁵ A redução do ATAERO (de 50 para 35% sobre as tarifas aéreas) viabilizou o investimento, construção e operação da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada, pois ao não alterar os valores pagos pelos passageiros, o governo abriu mão de parte da arrecadação em favor dos operadores de aeroportos.

posteriormente³⁶⁶. No mesmo ano fora ainda editado o Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, que dispõe sobre as condições de exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada mediante concessão.

Para além desses objetivos, a Secretaria foi criada com a incumbência de (i) formular, coordenar e supervisionar as políticas para o desenvolvimento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil, em articulação, no que couber, com o Ministério da Defesa; (ii) elaborar estudos e projeções relativos aos assuntos de sua competência em articulação com outros órgãos governamentais competentes; (iii) formular e implementar o planejamento estratégico do setor, definindo prioridades dos programas de investimentos; (iv) elaborar e aprovar os planos de outorgas para exploração da infraestrutura aeroportuária, ouvida a ANAC; (v) administrar recursos e programas de desenvolvimento da infraestrutura de aviação civil, entre outras competências³⁶⁷.

Em paralelo à SAC/PR, o setor conta ainda com o Conselho de Aviação Civil (CONAC) criado por meio da Medida Provisória nº 049-21, de 28 de julho de 2000, que tem dentre suas atribuições propor modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, submetendo-o ao Presidente da República (art. 2º do Decreto nº 3.564, de 17 de agosto de 2000). A falta de coordenação no setor fica evidente com o exame do art. 3º do Decreto nº 3.564, de 17 de agosto de 2000, que trata da composição do Conselho. Dele fazem parte Ministros de Estado Chefe da SAC/PR³⁶⁸, na função de presidente; das Relações Exteriores, da Fazenda; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; do Turismo; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Justiça e dos Transportes, bem como o Chefe da Casa Civil da Presidência da República e o Comandante da Aeronáutica³⁶⁹.

³⁶⁶ EMI nº 00014/2011/SAC-PR/MF/MD/MP, de 16 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-14-SAC-PR-MF-MD-MP-Mpv-551.doc>. Acesso em: fev. 2015.

³⁶⁷ São as outras atribuições da SAC/PR: (i) propor ao Presidente da República a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, manutenção e expansão da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária; (ii) coordenar os órgãos e entidades do sistema de aviação civil, em articulação com o Ministério da Defesa, no que couber; e (iii) transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente.

³⁶⁸ A substituição do Ministro da Defesa pelo Ministro Chefe da Secretaria de Aviação Civil só fica clara com a análise da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, que inseriu o art. 11-A, com redação dada pela Lei nº 12.462, de 2011.

³⁶⁹ No art. 3º, §2º há referência à publicação no DOU das deliberações do conselho. (“§2º O Conselho deliberará mediante resoluções publicadas no Diário Oficial da União, por maioria de votos, cabendo ao Presidente a prerrogativa de deliberar nos casos de urgência e relevante interesse, **ad referendum** dos demais membros.”)

VII.1.2.2. O agente regulador

Diferente da ANEEL e ANATEL, a ANAC foi criada na gestão de Luís Inácio Lula da Silva. No entanto, suas raízes estão na gestão anterior e remonta a 1999 com a publicação da Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999, cujo art. 21 já previa a criação de

Agência Nacional de Aviação Civil, vinculada ao Ministério da Defesa, órgão regulador e fiscalizador da Aviação Civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, estabelecendo, entre outras matérias institucionais, quais, dentre as atividades e procedimentos (...) serão de sua responsabilidade (...).

na orientação, coordenação e controle das atividades de aviação civil e na operação, direta ou indireta, da infraestrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária.

Em cumprimento a este dispositivo legal, o então presidente Fernando Henrique Cardoso encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3846, de 2000. Porém, a votação que levou à criação da agência ocorreu apenas em 2005, com a publicação da Lei nº 11.182, de 27 de setembro daquele ano³⁷⁰.

Dos fundamentos próprios da reforma do Estado, caracterizadores do momento de criação das outras agências reguladoras analisadas³⁷¹, a exploração da infraestrutura aeroportuária por particulares era vislumbrada apenas no longo prazo³⁷², sem que a criação

³⁷⁰ O hiato entre a apresentação do PL e sua aprovação se justifica pela demora com que o Senado Federal apreciou o projeto. Segue breve histórico da tramitação do PL: em 17.04.01, a comissão especial foi instalada na Câmara dos Deputados. Neste mesmo ano, foram realizadas audiências públicas com agentes do setor. Em 18.09.2001, foi exarado relatório da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Em 06.08.2002, o parecer do relator foi aprovado pelo Plenário da Câmara e remetido ao Senado. O Senado Federal só iniciou sua apreciação em 15.09.2004, encaminhando-o às Comissões de Serviços de Infraestrutura, de Constituição, Justiça e Cidadania, de Relações Exteriores e Defesa Nacional, e de Desenvolvimento Regional e Turismo. Em 31.08.2005, o projeto foi aprovado pelo Senado Federal sem emendas e encaminhado à sanção. Em 27.09.2005, a norma foi sancionada e publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte.

³⁷¹ Nos termos da Exposição Interministerial nº 6613/MP/MD, de 24.10.2000, elaborada pelos então Ministros de Estado da Defesa e do Planejamento, Orçamento e Gestão, a proposta de criação da ANAC “teve como premissa a determinação (...) de fazer com que o Estado, ao invés de prestar serviços, resguarde e garanta a prestação dos mesmos, nos moldes das agências federais reguladoras criadas recentemente, delegando ao setor privado a execução de determinados serviços públicos e a exploração de atividades, em regime de concorrência.” (Exposição Interministerial nº 6613/MP/MD, de 24.10.2000, elaborada pelos Ministros de Estado da Defesa e do Planejamento, Orçamento e Gestão, presente no Avulso do PL nº 3846/2000).

³⁷² “No que respeita à criação de uma agência específica para o setor de aviação civil, uma peculiaridade salta aos olhos. Trata-se de setor que, ao contrário dos demais colocados sob regência das novas autarquias, não passou nem passa por mudanças relativas à personalidade dos exploradores dos serviços que lhe concernem. A navegação aérea comercial era e continuará a ser serviço prestado por empresas privadas. A exploração dos maiores aeroportos era e continuará a ser, pelo menos por algum tempo, atividade desenvolvida pela empresa estatal. (...) Ademais, muito prudente que, antes de qualquer processo de engajamento do setor

da agência implicasse imediata privatização dos aeroportos administrados pela Infraero. A empresa estatal, por outro lado, era considerada importante alvo da regulação em benefício dos usuários³⁷³, o que não se mostrou efetivo até a primeira rodada de leilão dos aeroportos federais.

Nesse contexto a agência foi criada no mesmo formato das demais agências federais na forma de autarquia em regime especial com independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes. Sua competência compreende a regulação da infraestrutura aeroportuária, bem como da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica. No que é pertinente à infraestrutura aeroportuária, à agência compete (i) regular e fiscalizar a infraestrutura aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; (ii) conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, bem como estabelecer o modelo de concessão da infraestrutura aeroportuária submetido à Presidência da República; (iii) estabelecer o regime tarifário da exploração aeroportuária, no todo ou em parte; (iv) aprovar planos diretores dos aeroportos; (v) homologar, registrar e cadastrar aeródromos; (vi) fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego; (vii) expedir normas que assegurem a compatibilidade, operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos, bem como sobre padrões mínimos de segurança; entre outras competências típicas de uma agência reguladora³⁷⁴.

A agência é composta de uma diretoria, bem como uma procuradoria, corregedoria, uma ouvidoria e um conselho consultivo. Este último tem, entre outras responsabilidades, manifestar-se sobre matérias previstas na legislação vigente, recomendar a adequação da regulação técnica e econômica da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e

privado na exploração da infraestrutura aeroportuária, esteja o setor público suficientemente aparelhado para exercer as funções de regulação e fiscalização, hoje eclipsadas pela função de planejamento e administração de aeroportos.(...)” (Relatório da comissão especial destinada a apreciar e proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.846, de 2000, Relator Leur Lomanto, 18.09.2001, p. 14.)

³⁷³ “Importa dizer, ainda, que o fato de a INFRAERO ser empresa estatal não a torna, absolutamente, imune a desvios que comprometam o interesse público, a qualidade dos serviços, o desenvolvimento tecnológico ou os direitos dos usuários. A presença de uma agência reguladora, nesse sentido, parece ser de extrema valia para garantir que as atividades da empresa obedeçam a parâmetros de excelência estatuídos na legislação que regula a concessão de serviços público” (Relatório da comissão especial destinada a apreciar e proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.846, de 2000, Relator Leur Lomanto, 18.09.2001, p. 14.)

³⁷⁴ São exemplos dessas competências a composição de conflito entre agentes econômicos atuantes no setor; arrecadação, administração e aplicação de seus recursos; e repressão a infrações à legislação com aplicação de sanções.

aeroportuária e emitir parecer sobre os relatórios anuais da diretoria (art. 5º da Resolução nº 319 de 27 de maio de 2014).

VII.1.2.3. A empresa estatal

Criada em 1972, pela Lei nº 5.862, de 12 de dezembro daquele ano, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, tem por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela SAC/PR³⁷⁵.

Em 2013, a Infraero administra 63 aeroportos espalhados pelo País do total de 739 aeroportos³⁷⁶. Apesar da sua vasta penetração na malha aeroviária nacional, as regras às quais a Infraero está submetida são pouco claras. Um dos motivos é o fato de sua prestação decorrer da sucinta lei de criação da empresa e não de contrato de concessão³⁷⁷.

Além disso, a estatal na qualidade de prestadora de serviço público (e não exploradora de atividade econômica em sentido estrito) goza de privilégios que não abrangem as concessionárias de serviço público do setor privado³⁷⁸. A origem desses privilégios é externa à empresa estatal, revelando uma espécie de extensão das prerrogativas do Estado³⁷⁹. O STF já consolidou entendimento de que esses privilégios

³⁷⁵ Antes da MP nº 572, de 18 de março de 2011, que criou a SAC/PR, quem definia os aeródromos que seriam atribuídos à Infraero era o Ministério da Aeronáutica.

³⁷⁶ G1, “Ociosidade atinge 70% dos principais aeroportos”, 12.08.2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL86760-5598,00.html>>. Acesso em: fev. 2015.

³⁷⁷ Floriano de Azevedo Marques Neto (2013a, p. 148) reconhece que a prestação de serviços públicos por empresas estatais foi um fenômeno disseminado na segunda metade do séc. XX, transformando o instituto da concessão que “passou a ser utilizado menos na sua acepção de mecanismo de delegação da implantação e da oferta de utilidades públicas aos particulares e mais em um sentido impróprio, como mecanismo de descentralização intra ou interfederativa”. A impropriedade do uso do conceito de concessão para a prestação de serviços públicos por empresas estatais, apontada por Marques Neto, relaciona-se a uma polêmica a respeito da natureza do vínculo jurídico que se estabelecia entre a administração direta e a administração indireta, para a prestação deste tipo de serviço. Alguns afirmavam sua natureza concessória, em virtude da natureza empresarial das estatais, outros negavam-na, afirmando que se tratava de delegação de serviço público. Apesar de certa polêmica, prevaleceu a posição que rejeitava a natureza concessória para estes vínculos, que na realidade teriam natureza de delegação. As razões para o reconhecimento desta natureza delegatória decorrem das diferenças essenciais entre os instrumentos jurídicos que atribuíam a prestação de serviços públicos às empresas estatais e as concessões (ATALIBA, 1993, p. 67; JUSTEN FILHO, 2012, p. 719).

³⁷⁸ Segundo Pinto (2010, p. 76), “os privilégios [das empresas estatais] são anômalos. Tratando-se de uma norma concebida em função das especificidades das pessoas de direito público, um privilégio para uma empresa estatal representa uma anomalia para a sua personalidade jurídica de direito privado. A princípio [sic], as empresas estatais não detêm privilégios, porque a sua personalidade jurídica de direito privado, da qual deriva o seu regime jurídico básico, não traz consigo normas de tal espécie.”

³⁷⁹ Para Sundfeld (2003, pp. 110-1), as prerrogativas do Estado se justificam em razão do papel do direito público em garantir o *equilíbrio entre autoridade e liberdade*: “3. Assim, o direito público tem a complexa missão de regular, de modo equilibrado, as relações entre o Estado – que exerce a autoridade pública e o conseqüente poder de mando – e os indivíduos – que devem se sujeitar a ele, sem perder sua condição de

seriam, entre outros, a extensão da imunidade tributária recíproca³⁸⁰ e a impenhorabilidade de seus bens, em nome da continuidade do serviço público³⁸¹⁻³⁸².

Mais recentemente, em 2012, foi alterada a lei de criação da Infraero para autorizar a criação de subsidiárias e a participação da estatal (e de suas subsidiárias) em outras sociedades, públicas ou privadas (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.648, de 17 de maio de 2012). Isso possibilitou a implementação do atual modelo regulatório híbrido de participação da Infraero nas concessionárias federais, tema da próxima seção.

VII.2. Aplicando o método sugerido para mensuração da qualidade regulatória

VII.2.1. A variável institucionalização

VII.2.1.1. A institucionalização formal

A ANAC apresenta uma nota de 81,8%, com apenas duas respostas que receberam nota zero. São elas: a possibilidade de o dirigente ser reconduzido e a ausência de autonomia decisória por parte da diretoria da agência em razão da exigência legal de a ANAC ter que seguir orientação da AGU. As respostas estão sintetizadas na tabela abaixo.

donos do poder e titulares de direitos próprios. (...) 4. A primeira constatação a respeito do regime das relações de direito público é a de que um dos sujeitos da relação, *o Estado, exerce o poder de autoridade, desfrutando de prerrogativas de que não se encontram equivalentes no direito privado*. Entre elas brilham especialmente os poderes de, unilateralmente, impor deveres aos indivíduos e de alterar as relações já constituídas. Esse é, certamente, o aspecto de percepção mais imediata.”

³⁸⁰ RE-AgR 363.412/BA, Agravante – Município de Salvador, Agravada - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero (2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/08/2007). No mesmo sentido: RE 473.933/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 23/06/2008); RE-AgR 524.615/BA, Agravante – Município de Salvador, Agravada - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero (2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/09/2008). O caso ECT é paradigmático: RE 407.099 (2ª Turma, RE. Min. Carlos Velloso, j. 22.06.2004) sobre extensão da imunidade recíproca à estatal e RE 424.227-SC (2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.08.2004), sobre a inexistência de imunidade em caso de taxas.

³⁸¹ RE 220.906-DF (Plenário, rel. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000) e Ação Cautelar nº 669-SP (Plenário, rel. Min. Carlos Britto, j. 06/10/2005.)

³⁸² Para mais informações a respeito do regime estatal de empresas estatais prestadoras de serviços públicos e os privilégios decorrentes dessa condição, ver Pinto (2010).

Tabela 24 – Institucionalização Formal – ANAC

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Mandato (existência)	O mandato é fixo?	10,0	0,50	5,0
	Mandato (duração)	O mandato dos dirigentes é superior a quatro anos?	10,0	0,50	5,0
	Demissão	A demissão só é possível após o devido processo legal?	10,0	1,00	10,0
	Recondução	A recondução dos dirigentes é vedada por lei (<i>stricto sensu</i>)?	0,0	1,00	0,0
	Nomeação	A nomeação dos dirigentes é compartilhada com outros poderes institucionais (ainda que com uma das Casas do Poder Legislativo)?	10,0	1,00	10,0
	Experiência	É requisito de aceitação da indicação do dirigente que este possua conhecimento na área de regulação?	10,0	1,00	10,0
2	Competência	O marco regulatório do setor (a lei de criação ou legislação acessória) estipula com clareza a separação de funções entre o Poder Executivo central e a agência reguladora?	10,0	1,00	10,0
	Autonomia decisória	A agência toma decisões sem necessidade de autorização/confirmação do Poder Executivo?	0,0	1,00	0,0
	Revisão	As decisões são passíveis de revisão apenas pelo Poder Judiciário?	10,0	1,00	10,0
	Procedimentos internos	Os procedimentos internos da agência só podem ser alterados pela própria agência ou por Lei ou MP?	10,0	1,00	10,0
3	Recursos	O orçamento (prévio) é estipulado pela própria agência?	10,0	1,00	10,0
4	Pessoal	A agência tem o comando da sua política de pessoal?	10,0	1,00	10,0
Total Institucionalização Formal			100,0	11,00	90,0
Nota para Institucionalização Formal					81,8%
Fonte: elaboração própria					

Para o primeiro teste da subvariável *mandato*, relativo à sua existência, a agência teve resposta positiva; o art. 13 da Lei nº 11.182, de 2005, determina a duração fixa do mandato dos diretores da ANAC em 5 anos. O mesmo art. 13 da Lei nº 11.182, de 2005, responde positivamente ao segundo teste (*duração do mandato*) da subvariável. Sendo a duração do mandato superior a 4 anos, ou seja, não coincidente com o mandato presidencial, estar-se-á resguardada a independência do mandato dos dirigentes da ANAC do ponto de vista formal.

Quanto à subvariável *demissão*, diretores da ANAC somente perderão seus mandatos em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, ou de pena

demissionária decorrente de processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 14 da Lei nº 11.182, de 2005. Está-se assim vedada a demissão *ad nutum* de dirigentes que tenham tomado decisões contrárias ao Poder Executivo. Não obstante, a previsão de que o Ministro de Estado Chefe da SAC/PR deve instaurar o processo, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos federais estáveis, e o julgamento será pelo proferido pelo Presidente da República. Caso seja necessário o afastamento preventivo, este caberá também ao Presidente da República (§2º do art. 14).

A subvariável *recondução* teve resposta negativa tendo em vista a possibilidade de o dirigente poder ser reconduzido, como de fato têm ocorrido. Por exemplo, o atual diretor presidente foi reconduzido recentemente para mais um mandato à frente da agência³⁸³.

Para as subvariáveis *nomeação* e *experiência*, o art. 12 da Lei nº 11.182, de 2005, prevê que

[o]s diretores serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Dessa forma, a ANAC apresenta análise positiva dessas subvariáveis relativas às regras institucionais dos dirigentes.

A subvariável *competência* apresenta avaliação positiva, ainda que ausente a organização legislativa de setores como telecomunicações (Capítulo V). Conforme se pode depreender da exposição acima sobre as competências da SAC/PR e da ANAC na seção anterior, o art. 24-D da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, com redação dada pela Lei nº 12.462/2011, enumera as competências de formulação de políticas públicas setoriais e de planejamento da SAC/PR, deixando para a ANAC as competências relativas à regulação e fiscalização da infraestrutura aeroportuária conforme incisos do art. 8º da Lei nº 11.182/2005. Ainda sobre esse tema, vale apontar que o *caput* do art. 3º da referida lei alerta para o fato de que a agência deverá

observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: (...) o estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária,

³⁸³ O decreto presidencial de recondução foi publicado no Diário Oficial da União em 11.07.2013. Marcelo Pacheco Guaranyis havia sido nomeado para o cargo de diretor presidente em 11.07.2011, por dois anos, conforme decreto presidencial publicado em 12.07.2011.

a ser submetido ao Presidente da República [e] (...) a suplementação de recursos para aeroportos de interesse estratégico, econômico ou turísticos (...).

Quanto à subvariável *autonomia decisória*, sua resposta seria positiva não fosse a vinculação da agência enquanto entidade submetida ao entendimento da Advocacia-Geral da União³⁸⁴. O art. 8º, XLIV, da Lei nº 11.182, de 2005, determina que compete à ANAC “deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União”. A *contrario sensu*, é dizer que sempre que houver orientação normativa da AGU, a ANAC não poderá deliberar em sentido diverso daquele a orientado pelo órgão, prejudicando a autonomia decisória da agência. Sendo assim, a avaliação da subvariável autonomia decisória é negativa.

A subvariável *revisão* das decisões sobre sua área de atuação sem necessidade de autorização ou confirmação do Poder Executivo, aqui entendido como as diversas entidades que compõem a administração federal direta e indireta, teve resposta positiva. O art. 4º da Lei nº 11.182/2005, ao falar da agência, confere-lhe autonomia decisória pelo menos do ponto de vista formal ao afirmar que apresenta “ausência de subordinação hierárquica”, o que é dizer que sua decisão somente pode ser modificada ou anulada pelo Poder Judiciário.

A subvariável *procedimentos internos* da agência também obteve resposta positiva, tendo em vista que a própria agência é responsável pela alteração de sua estrutura organizacional. Isso ficou evidente com a extinção da Superintendência de Serviços Aéreos (SSA) e criação da Superintendência de Regulação Econômica e Acompanhamento de Mercado (SRE), por meio da Resolução ANAC nº 110, de 15 de setembro de 2009. A inovação com a criação da SRE foi incorporar na antiga estrutura da SSA competências de regulação econômica de infraestrutura aeroportuária como, por exemplo, no que se refere à recomendação de extinção ou revogação de contratos de concessão de exploração de infraestrutura.

³⁸⁴ É verdade que todos os órgãos da administração pública federal estão de alguma forma submetidos ao entendimento da AGU, quando seus pareceres forem aprovados pelo Presidente da República, por força do art. 40, *caput*, e §1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Note-se que não é por essa razão que as agências deixam de apresentar autonomia decisória, mesmo porque a referida lei complementar é anterior à criação das agências. Em que pese esse raciocínio, não se pode perder de vista a tentativa de parecer da AGU alterar a decisão da ANTAQ no caso envolvendo o pagamento de taxa extra de separação de contêineres. Para mais detalhes, ver nota de rodapé nº 78.

Quanto à subvariável *recursos*, cabe à agência apresentar ao Ministro de Estado Chefe da SAC/PR a proposta de orçamento, nos termos do art. 8º, XXXIX, da Lei nº 11.182, de 2005, permitindo portanto uma avaliação positiva. O contingenciamento desse orçamento será avaliado na próxima seção.

Por fim, para a subvariável *peessoal* a resposta também foi positiva por pelo menos três motivos. Primeiro, a lei de criação é clara ao dar competência à agência para “administrar os cargos efetivos, os cargos comissionados e as gratificações” de que trata a Lei nº 11.182/2005 (art. 8º, XLII). Tanto é que foram criados cargos efetivos e comissionados nos termos do art. 21 e do anexo da Lei nº 11.182/2005.

Além disso, o art. 36 da Lei nº 11.182/2005, criou o Quadro de Pessoal Específico, integrado por servidores no regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para acolher servidores que em 31 de dezembro de 2004 (até a criação da agência) se encontravam em exercício nas unidades do Ministério da Defesa cujas competências foram transferidas para a ANAC. Esse quadro será extinto à medida que ocorrerem as vacâncias.

Em terceiro lugar, é permitida também a requisição de servidores e empregados de outros órgãos e entidades da administração pública, nos termos do art. 37 da Lei nº 11.182, de 2005. Ademais, o quantitativo de servidores ocupantes dos cargos do Quadro de Pessoal Específico, acrescido de servidores e empregados requisitados, não pode exceder o número de cargos efetivos. Quarto, com restrições, a ANAC está autorizada a fazer contratações temporárias (art. 39, da Lei nº 11.182/2005). E, quinto, foram criados 50 cargos de procurador federal na ANAC.

VII.2.1.2. A institucionalização substantiva

Em sentido contrário ao da avaliação do aspecto formal da variável institucionalização, o aspecto substantivo da institucionalização da ANAC apresentou Nota 18,8%. A tabela abaixo sintetiza essa avaliação e nas linhas seguintes estão explicitadas as razões para a nota baixa.

Tabela 25 – Institucionalização Substantiva

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Estabilidade dos dirigentes	Dirigentes permaneceram em seus cargos até o final do mandato (<i>turn over</i>)?	0,0	1,00	0,0
	Recondução	Os dirigentes foram nomeados somente para um mandato?	0,0	1,00	0,0
	Vacância	Todas as vagas de dirigentes permaneceram preenchidas por dirigentes nomeados?	0,0	1,00	0,0
	Experiência	As indicações obedeceram à regra de experiência no setor regulado?	0,0	1,00	0,0
2	Estabilidade das regras setoriais	O conjunto de competências da agência ficou imune a iniciativas do Poder Executivo, via MP ou projeto de lei, em reduzi-lo?	10,0	1,00	10,0
	Estabilidade dos processos decisórios	As competências e atividades da agência foram desenvolvidas por ela sem avocação por parte do Poder Executivo?	0,0	1,00	0,0
3	Recursos (contingenciamento)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo foi igual à dotação orçamentária?	0,0	0,50	0,0
	Recursos (orçamento autorizado)	O orçamento da agência autorizado pelo Poder Executivo ficou acima da mediana histórica da agência?	10,0	0,50	5,0
4	Pessoal	Foram realizados concursos públicos suficientes para preencher todos os cargos criados por lei para servidores da agência?	0,0	1,00	0,0
Total Institucionalização Substantiva			20,0	8,00	15,0
Nota para Institucionalização Substantiva					18,8%
Fonte: elaboração própria					

Quanto à subvariável *estabilidade dos dirigentes*, verificou-se que quase metade dos dirigentes da agência (7 de 15) deixou seus cargos antes do final dos seus mandatos, apesar da previsão legal da existência de mandatos fixos. Foram eles: Denise Maria Ayres Abreu³⁸⁵ (renúncia: 27.08.2007, período de mandato: de 20.03.2006 até 19.03.2010); Leur Antonio Britto Lomanto (renúncia: 12.09.2007, período de mandato: de 20.03.2006 até 19.03.2010); Jorge Luiz Brito Velozo (renúncia: 30.08.2007, período de mandato: de 20.03.2006 até 29.03.2011); José Barat (renúncia: 28.09.2007, período de mandato: de 08.08.2006 até 07.08.2009); Milton Sérgio Vieira Zuanazzi (renúncia: 06.11.2007, período

³⁸⁵ A renúncia de Denise Maria Ayres Abreu, assim como de outros dirigentes que deixaram a agência em 2007, serve de exemplo de caso em que motivações políticas decorrentes do caos aéreo enfrentado naquele ano no país induziram a saída dos dirigentes. Nesse sentido, ver Folha, “Diretoria da ANAC quer entregar pedido de renúncia na 3ª”, 27.07.2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2007/07/315683-diretoria-da-anac-quer-entregar-pedido-de-renuncia-na-3.shtml>>. Acesso em: fev. 2015.

de mandato: de 20.03.2006 até 19.03.2011); Allemander Jesus Pereira Filho (renúncia: 14.05.2008, período de mandato: de 29.10.2007 até 19.03.2011); Rubens Carlos Vieira³⁸⁶ (renúncia: 31.12.2013, período de mandato: de 20.03.2010 até 19.03.2015).

Quanto à subvariável *recondução*, informações obtidas de documentos oficiais apontam duas reconduções do total de 15 dirigentes. A primeira recondução foi do diretor Cláudio Passos Simão³⁸⁷, pelo Decreto Presidencial publicado em 18 de maio de 2011, e a segunda do atual diretor-presidente Marcelo Pacheco dos Guaranys³⁸⁸, pelo Decreto Presidencial publicado em 11.07.2013. Ainda que a recondução tenha sido pouco usada na história da ANAC, é possível sustentar que os primeiros mandatos, de ambos os diretores, estiveram comprometidos com a preocupação de se perpetuarem na função e, com isso, mais suscetível à interferência do Poder Executivo. Note-se que da mesma problemática de imparcialidade na condução das duas posições a frente de temas polêmicos e sensíveis ao Poder Executivo sofrem os ocupantes interinos de cargos da diretoria.

A subvariável *vacância* apresenta resultado importante: foram 1.124 (mil cento e vinte e quatro) dias sem que dirigentes fossem escolhidos para seus cargos³⁸⁹, mostrando-se expressivamente superior em relação às demais agências analisadas. Esse dado é ainda mais sensível se considerarmos que o processo decisório da agência ficou prejudicado, pois sem a maioria absoluta dos membros, não há decisão, nos termos do art. 25, do Decreto Presidencial nº 5.731/2006³⁹⁰. Essa situação impossibilitou a agência de decidir especialmente em 2007 quando a vacância chegou a ocorrer simultaneamente para as cinco vagas³⁹¹.

À subvariável *experiência*, a pesquisa dos currículos disponíveis no acervo do Senado Federal dos dirigentes indicados e sabatinados por essa casa legislativa indica que

³⁸⁶ Quanto à essa renúncia, ela ocorreu “a pedido da Presidente” (Decreto s/nº de 30.12.2013) em razão do seu suposto envolvimento na Operação Porto Seguro deflagrada pela Polícia Federal e Procuradoria da República, que em novembro de 2012 desarticulou suposta organização criminosa de venda de pareceres técnicos em órgãos federais. Nota-se que a renúncia “a pedido da Presidente” não traz a exigência do processo administrativo e mesmo assim a Presidente pôde interferir na composição dos dirigentes da agência.

³⁸⁷ 1º mandato: de 09.10.2008 até 23.02.2011; 2º mandato: de 19.05.2011 até 19.06.2016.

³⁸⁸ 1º mandato: de 11.07.2011 até 11.07.2013; 2º mandato: de 11.07.2013 até 19.03.2016.

³⁸⁹ Informação obtida com junto à ANAC via e-mail respondido por meio do SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao cidadão em 07.07.2014.

³⁹⁰ Nos termos do art. 25, do Decreto Presidencial nº 5.731, de 2006: “As decisões da Diretoria serão tomadas pelo voto da *maioria absoluta* de seus membros, cabendo ao Diretor-Presidente, além do voto ordinário, o voto de qualidade, e serão registradas em atas que ficarão disponíveis para conhecimento geral, juntamente com os documentos que as instruem”.

³⁹¹ Em 2007, Jorge Luiz Brito renunciou em 30.08.2007 e seu sucessor só iniciou o mandato em 29.10.2007; Denise Maria Ayres de Abreu renunciou em 27.08.2007 e seu sucessor só iniciou o mandato em 12.11.2007; Josef Barat renunciou em 28.09.2007 e seu sucessor só iniciou o mandato em 20.12.2007; Leur Antonio Britto Lomanto renunciou em 12.09.2007 e seu sucessor só iniciou o mandato em 07.11.2007; Milton Sérgio Silveira Zuanazzi renunciou em 06.11.2007 e seu sucessor só iniciou o mandato em 20.12.2007.

quatro dirigentes não apresentavam *expertise* no setor, dos quais três terminaram seus mandatos precocemente. São eles: Milton Sérgio Silveira Zuanazzi, Denise Maria Ayres de Abreu, Rubens Carlos Vieira e Ronaldo Serôa da Mota, este último tendo finalizado a termo seu mandato, conforme se verifica da Tabela 2 do APÊNDICE 3: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC.

Sobre a subvariável *estabilidade das regras setoriais*, não foi identificada qualquer propositura de ato normativo voltado a alterar as suas atribuições, além dos casos de avocação que serão mencionados abaixo, tampouco o PL nº 3.337, de 13 de março de 2004, objeto de análise nos capítulos anteriores, contemplava a ANAC dentre as agências objeto do projeto, uma vez que sua criação foi posterior à apresentação do projeto³⁹². Daí sua avaliação positiva.

A subvariável *estabilidade dos processos decisórios* apresenta resultado que bem reflete a fragilidade da institucionalização no setor. A avocação pelo Poder Executivo de competência legalmente atribuída à agência ocorreu por meio do Decreto nº 7.871/2012, que versa sobre a delegação da exploração de aeroportos por meio de autorização. Seu art. 3º prevê que o requerimento da autorização pelo interessado deverá ser encaminhado à SAC/PR, quem processará, inclusive com encaminhamento ao DECEA para que este opine sobre a viabilidade da autorização³⁹³. O art. 4º do Decreto³⁹⁴ não deixa dúvidas de que o requerimento será deferido por meio de ato do Ministro de Estado Chefe da SAC/PR³⁹⁵.

Ocorre, contudo, que por lei (inciso XXIV, *caput*, do art. 8º da Lei nº 11.182, de 2005) cabe à ANAC autorizar a exploração de infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte. Diante disso, o Decreto³⁹⁶ estabelece que caberá à ANAC a *formalização* da

³⁹² Importante lembrar que o PL 3.337, de 13.04.2004 foi arquivado em 18.07.2013.

³⁹³ Decreto nº 7.871, de 2012:

Art. 3º Os interessados requererão a autorização para exploração de aeródromo civil público à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

(...)

§ 2º Recebido o requerimento, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República consultará o Departamento de Controle do Espaço Aéreo do Comando da Aeronáutica sobre a viabilidade da autorização do respectivo aeródromo civil público.

³⁹⁴ Decreto nº 7.871, de 2012:

Art. 4º O requerimento da autorização para exploração de aeródromo será deferido por meio de ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

³⁹⁵ Informações obtidas no site da SAC/PR, levam a identificar sete fases para a obtenção da outorga. São elas: requerimento Formal da empresa; ofício da SAC/PR ao DECEA; ofício da SAC/PR ao Requerente; parecer do DECEA; parecer da SAC/PR; publicação do Plano de Outorga; ofício da SAC para a ANAC; e emissão do termo de autorização pela ANAC. Note-se que não há dentre as fases discriminadas no site qualquer possibilidade de a ANAC emitir sua opinião e decisão, a não ser na própria emissão do termo de autorização.

³⁹⁶ Decreto nº 7.871, de 2012:

Art. 4º (...)

delegação por meio de termo de delegação, como se a obrigação legal pudesse ser transvestida de mera atividade burocrática da agência. O ato de autorizar, na lógica legal, foi esvaziado ao passar a ser apenas mero carimbo de atividade instrutória e decisória do Poder Executivo.

Quanto ao primeiro teste da subvariável *recursos*, a avaliação foi negativa, pois a ANAC apresentou contingenciamento, assim como ocorreu nas outras duas agências avaliadas. No entanto, isso ocorreu em montante menos expressivo. Da leitura dos relatórios de gestão da agência, o total contingenciado entre os anos 2006 e 2012³⁹⁷ foi R\$ 531.960.317,42 do total de R\$ 2.403.137.706,00 da dotação orçamentária mais créditos para os mesmos anos, ou seja, foi contingenciado 22,1% do orçamento da agência. O detalhamento ano a ano está disponível na Tabela 1 do APÊNDICE 3: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. É possível concluir ainda que o contingenciamento do orçamento da agência foi maior em 2008, depois, menor em 2010 e em seguida com uma leve subida em 2012 e 2013 (Quadro 9).

Para o segundo teste da subvariável *orçamento*, a avaliação foi positiva uma vez que o orçamento da ANAC para o último ano disponível (2013) ficou acima da mediana histórica da agência (utilizando preços de 2014 para realizar a comparação). Em termos absolutos, após os dois primeiros anos da agência, em contraponto aos demais, período em que o orçamento foi comparativamente menor, o orçamento da agência manteve uma estabilidade em torno de R\$ 400 milhões desde 2008 (Quadro 10).

§ 1º Após publicação do ato de que trata o caput no Diário Oficial da União, a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC formalizará a delegação por meio de termo de autorização, nos termos do inciso XXIV do caput do art. 8º da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

³⁹⁷ O relatório gestão de 2013 ainda não estava disponível em dezembro de 2014, quando foi finalizado o levantamento de dados.

Quadro 9 - Atendimento do Orçamento da ANAC em %

Fonte: elaboração própria.

Quadro 10 - Limite Autorizado do Orçamento da ANAC a preços de 2014

Fonte: elaboração própria.

Para a última subvariável, a referente ao *pessoal*, foi apurado que dos 1.805 (mil oitocentos e cinco) cargos efetivos criados pela Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004³⁹⁸, foram preenchidos por 3 (três) concursos públicos realizados³⁹⁹ apenas 73,62% ou seja, 1.329 cargos. A agência apresenta mais da metade (68,5%) de funcionários integrantes de

³⁹⁸ Os cargos efetivos foram distribuídos nas seguintes atividades: especialista em Regulação de Aviação Civil: 922; técnico em Regulação de Aviação Civil: 394; analista Administrativo: 307; técnico Administrativo: 132; procuradoria federal: 50, conforme dispõem os artigos Art. 1º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX; 5º e Anexos I e II.

³⁹⁹ Edital nº 1/2007, para provimento de 584 vagas; Edital nº 1/2009, para provimento de 365 vagas; e Edital nº 1/2012, para provimento de 170 vagas.

carreira ocupantes de cargos efetivos e apenas 27,2% (360) dos funcionários em cargo em comissão, ou seja, ocupantes de cargos de carreira da agência, de outras carreiras, servidores requisitados de outros órgãos ou esferas, ou, ainda, sem vínculo com a União, que ocupam funções comissionadas na agência e 3,9 com funcionários requisitados de outros órgãos da administração federal.

Tabela 26 - Funcionários da ANAC

Nº de funcionários	%	Regime de contratação
907	68,5	Estatutários por força da Lei nº 10.871, de 2004.
360	27,2	Comissionados ⁴⁰⁰
52	3,9	Requisitados de outros órgãos nos termos do art. 93, II, da Lei nº 8.112, de 1990.
5	0,4	Servidores de carreira em exercício descentralizado, que são servidores das carreiras típicas de Estado vinculadas aos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda.
Fonte: GIACOMONI (2013, p. 150)		

Em que pese a criação de cargos, a última agência criada dentre as agências federais parece sofrer com a falta de pessoal. O Relatório “Recursos Humanos das Agências Reguladoras: situação atual, diagnósticos e recomendações” (GIACOMONI, 2003, pp. 156-7) apresenta como resultado de pesquisa realizada junto aos funcionários da ANAC que o número de ocupantes das funções de confiança, tanto em 2013 como em curto e médio prazos é insuficiente, assim como também é insuficiente a lotação autorizada pela Lei nº 11.182/2005.

Não tendo sido preenchidos todos os cargos criados pela Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, o percentual preenchido não tendo sido suficiente, e sendo o tema *pessoal* sensível politicamente⁴⁰¹, a subvariável não pode ter a avaliação positiva pelo fato de a agência ainda ter que realizar mais concursos públicos para o preenchimento desses 476 cargos remanescentes, sem mencionar a necessidade já ventilada pela ANAC da necessidade de mais cargos⁴⁰². Assim, não basta dizer que foram realizados concursos

⁴⁰⁰ Do grupo de comissionados, 188 (52,2%) pertencem às carreiras da Agência e 166 (46,1%) são servidores requisitados de outros órgãos e esferas ou, então, não possuem vínculo com a União. Ainda, a ANAC não possui servidores com contratos temporários, nem colaboradores terceirizados.

⁴⁰¹ Quando da criação da ANAC, a iniciativa foi criticada pela contratação de pessoal sem concurso público. Vale lembrar que a Medida Provisória nº 269, de 15 de dezembro de 2005, criou 783 cargos em comissão para a agência (FOLHA, “Governo cria mais 974 cargos sem concurso”, 18.12.2005. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1812200528.htm>>. Acesso em: fev. 2015.)

⁴⁰² AGÊNCIA BRASIL. “Anac precisa de mais servidores para atender expansão da aviação regional”, 06.08.2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-08/anac-precisa-de-mais-servidores-para-atender-expansao-da-aviacao-regional>>. Acesso em: fev. 2015. À época da criação da ANAC, a agência contou com até 2.300 funcionários no período de transição e, posteriormente, esse número caiu para 1.200 (REUTERS. “Anac estima que precisa ampliar quadro de funcionários em cerca de 40%”,

públicos para o preenchimento de parte do quadro da agência para que a avaliação da subvariável seja positiva.

VII.2.1.3. A avaliação da atividade regulatória da ANAC quanto à institucionalização

A variável institucionalização formal revela que as normas aplicáveis à agência mostram-se razoavelmente adequadas aos parâmetros propostos de análise, sobretudo quanto às regras pertinentes aos dirigentes, à autonomia quanto à competência da agência, financeira e quanto à gestão de pessoas (Nota 81,8%). As avaliações negativas quando da análise das subvariáveis referentes à institucionalização formal tem como temática a recondução dos dirigentes e autonomia decisória, avaliação que certamente não se trata de uma particularidade da ANAC. Essas avaliações também foram compartilhadas pelas demais agências.

Quanto à avaliação sobre como essas regras são efetivamente aplicadas, a ANAC apresenta desempenho baixo (18,8%) se comparado com a avaliação do aspecto formal da variável institucionalização, conforme se depreende da tabela abaixo.

Tabela 27 - Institucionalização ANAC

ANAC	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Institucionalização Formal	81,8%	50,0%	40,9%
Institucionalização Substantiva	18,8%	50,0%	9,4%
Total Institucionalização ANAC			50,3%
Fonte: elaboração própria			

O destaque cabe para as notas positivas integrantes da variável institucionalização substantiva. A avaliação da subvariável *estabilidade de regras* foi positiva diante da inexistência de iniciativa do Poder Executivo (ou até mesmo do Poder Legislativo) em se alterar por meio de lei ou medida provisória a competência da agência. O que se pode concluir dessa avaliação se confrontada com os exemplos concretos de avocação da competência da agência pelo Poder Executivo é que essa aparente incoerência demonstra que o Poder Executivo central prefere não envolver outros poderes institucionais nesse relacionamento, preferindo interferir diretamente, sem intermediários e maior desgaste político.

Outra evidência que leva à conclusão acima é quanto ao comportamento do orçamento da agência. A ANAC foi das três agências a apresentar menor contingenciamento e aumento do orçamento em relação aos anos anteriores. O cruzamento desse resultado com os outros (institucionalização formal alta e procedimentalização formal média e substantiva baixa, conforme será abordado a seguir) permite afirmar que a relação entre a agência e o Poder Executivo, ao contrário do que pode indicar em um primeiro momento, é bastante próxima no sentido de que não são necessárias regras explícitas para que ela seja resguardada, pois é do interesse do Executivo que ela assim seja. Como resultado, verifica-se ainda uma ausência de iniciativa da agência para desempenhar papel de centralidade no setor e implementação de regras mais claras para sua organização, ao contrário do que se verifica nas outras agências.

VII.2.2. A variável procedimentalização

VII.2.2.1. A procedimentalização formal

A variável procedimentalização formal teve Nota 70,4%. Importante notar que o desempenho da agência foi baixo se comparado com o das outras duas agências.

Tabela 28 – Procedimentalização Formal – ANAC

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	Processo decisório (duração)	Há previsão de duração dos processos decisórios?	10,0	1,00	10,0
	Regulamentação	Há norma que disponha sobre os processos decisórios?	0,0	1,00	0,0
	Diretoria (deliberação)	As atas são detalhadas com descrição dos votos divergentes e debates havidos no colegiado?	0,0	1,00	0,0
	Racionalização	Há algum mecanismo de racionalização do processo de tomada de decisão da agência (p. ex.: AIR)?	10,0	1,00	10,0
	AIR	Caso a AIR seja adotada, sua utilização é obrigatória para todas as decisões que causarão impacto no setor?	10,0	1,00	10,0
	Agenda Regulatória	A agência adota agenda regulatória?	10,0	1,00	10,0
2	Processo decisório (transparência)	É conferido o livre e amplo acesso aos autos dos processos decisórios por qualquer interessado?	10,0	1,00	10,0
	Consulta Pública	Consulta pública é adotada para a tomada de decisão que impacte o setor?	10,0	0,33	3,3
	Consulta Pública (publicação)	A agência é obrigada a publicar todas as contribuições encaminhadas?	10,0	0,33	3,3
	Consulta Pública (respostas)	A agência é obrigada a responder todas as contribuições encaminhadas?	0,0	0,33	0,0
	Diretoria (publicidade I)	A reunião da diretoria colegiada é aberta ao público?	10,0	0,33	3,3
	Diretoria (publicidade II)	A reunião da diretoria colegiada é transmitida em tempo real pela Internet ou televisão?	0,0	0,33	0,0
	Diretoria (quórum)	Há quórum mínimo na reunião da diretoria?	10,0	0,33	3,3
Total Procedimentalização Formal			90,0	9,00	63,3
Nota para Procedimentalização Formal					70,4%
Fonte: elaboração própria					

Quanto à subvariável *duração do processo decisório*, a resposta foi positiva. Apesar de as decisões da Junta Recursal⁴⁰³ da agência reconhecerem a necessidade de se

⁴⁰³ Junta Recursal é instância recursal, vinculada administrativamente ao gabinete do diretor-presidente (art. 2º do Regimento Interno da Junta Recursal – Resolução ANAC nº 136, de 9 de março de 2010), composta de membros designados pelo diretor-presidente entre servidores públicos, preferencialmente do quadro efetivo da ANAC e com comprovada experiência na área técnica (art. 3º da Resolução ANAC nº 111, de 15 de setembro de 2009). A elas compete “julgar, em segunda instância administrativa, os recursos às penalidades interpostas por inobservância ou descumprimento dos dispositivos legais disciplinadores da atividade de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, observadas as normas em vigor, bem como, subsidiariamente, a Lei nº. 9.784, de 1999, sem prejuízo dos recursos de competência da Diretoria.” (art. 2º).

observar um prazo razoável de duração dos processos, não foi encontrada qualquer disposição normativa que vincule a agência a observar um prazo determinado nos seus processos decisórios. Diante disso, a avaliação dessa subvariável seria negativa, não fosse a previsão da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) que concede prazo de 30 dias para a administração pública decidir após finalizada a instrução, salvo prorrogação por igual período (art. 49).

Quanto à subvariável *regulamentação*, a ANAC apresenta normas sobre diversos processos decisórios como a Instrução Normativa ANAC nº 33/2010 e a Instrução Normativa nº 61/2012. A primeira versa sobre o processo decisório da diretoria e a segunda sobre a adoção da análise de impacto regulatório pela agência. Há lacuna relevante em sua normatização no que se refere ao setor escolhido, uma vez que não há regulamentação que dê suporte à aplicação de sanções derivadas do descumprimento de termos contratuais pelos atuais concessionários de infraestrutura aeroportuária. Vale ponderar que outras agências já regulamentaram esse tema de maneira exaustiva a fim de viabilizar a aplicação de sanções diante de descumprimento de obrigações contratuais pelos concessionários.

A subvariável *deliberação da diretoria* igualmente tem avaliação negativa. É verdade que o Regulamento da ANAC (anexo ao Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, art. 25) determina que as atas devem estar à disposição para conhecimento geral, instruídas dos documentos que as acompanham⁴⁰⁴, assim como a Instrução Normativa ANAC nº 33/2010 (art. 13, §1º). Contudo, as atas apresentam pouca informação sobre o processo decisório da agência. A seguinte ordem de informações é disponibilizada: (a) data de realização da reunião; (b) os diretores presentes; (c) descrições das deliberações exclusivamente quanto aos seguintes pontos: (c.1) assunto; (c.2) interessado; (c.3) decisão acompanhada de uma sucinta motivação. Dessa forma, as atas não trazem em seu bojo descrição detalhada dos debates ocorridos nas sessões transcritas, tampouco a existência de votos divergentes. De 414 atas disponíveis no sítio eletrônico da ANAC⁴⁰⁵ para os anos de 2006 a 2014, não foi identificada divergência nos debates, o que torna difícil imaginar que durante esse período não houve sequer uma discordância entre os 14 dirigentes que por ali

⁴⁰⁴ Anexo ao Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006:

“Art. 25. As decisões da Diretoria serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, cabendo ao Diretor-Presidente, além do voto ordinário, o voto de qualidade, e serão registradas em atas que ficarão disponíveis para conhecimento geral, juntamente com os documentos que as instruem.”

⁴⁰⁵ Ver <<http://www2.anac.gov.br/transparencia/decisoes.asp>>. Acesso em: fev. 2015.

passaram e discutiram temas dos mais variados e polêmicos para o setor (e.g. o processo licitatório das duas primeiras rodadas de leilões).

Conforme adiantado, a ANAC adota mecanismos de *racionalização* do processo decisório a partir da adoção de análise de impacto regulatório (Instrução Normativa ANAC nº 61/2012) e com a própria sistematização do processo decisório (Instrução Normativa ANAC nº 33/2010), permitindo assim ao regulado antecipar o desencadeamento dos atos da agência quando esta toma decisão que impacta o setor. Sendo assim, a subvariável *racionalização* do processo decisório tem avaliação positiva.

A avaliação positiva da subvariável *AIR* se deve ao fato de que o parágrafo único do art. 4º da Instrução Normativa ANAC nº 61/2012 condiciona a aprovação de resolução pela diretoria colegiada ao processo descrito na instrução normativa. Vale ponderar, contudo, que nem todos os ritos apontados para a AIR são executados⁴⁰⁶.

A subvariável *agenda regulatória* também apresenta exame positivo. A Instrução Normativa ANAC nº 74, de 3 de setembro de 2013, institui a agenda regulatória no âmbito da agência com o intuito “de aprimorar continuamente o seu processo normativo, aumentar a transparência e previsibilidade perante a sociedade e direcionar os esforços de normatização das áreas técnicas.” A primeira agenda é a relativa ao ano de 2014, estabelecida por meio da Portaria ANAC nº 2.852, de 30 de outubro de 2013, cujo cumprimento pode ser acompanhado pelo sítio eletrônico da agência⁴⁰⁷. O processo de elaboração e acompanhamento da agenda regulatória será coordenado pela Superintendência de Planejamento Institucional, com participação das unidades organizacionais envolvidas (art. 5º da Instrução Normativa nº 74, de 3 de setembro de 2013). Vale destacar dois pontos de interesse para o setor escolhido para análise: (i) regulamentação de aspectos do contrato de concessão como elementos da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e indicadores de qualidade dos serviços; e (ii) a adoção de medidas que promovam a melhoria de qualidade do serviço aeroportuário como a qualificação dos aeroportos e formas de exploração dessa infraestrutura (concessão, autorização e delegação).

A primeira subvariável, *transparência do processo decisório*, deriva do próprio nome e mote desse grupo. Sua análise é positiva diante da garantia legal (art. 28 da Lei nº

⁴⁰⁶ Por exemplo, a realização de consultas aos interessados durante o processo de tomada de decisão e não somente quando a minuta do ato normativo é submetida ao debate público.

⁴⁰⁷ Ver <<http://www2.anac.gov.br/AgendaRegulatoria/agenda2014.asp>>. Acesso em: fev. 2015.

11.182, de 2005⁴⁰⁸) e regulamentar (art. 43 e ss. do Anexo ao Decreto nº 5.731, de 2006⁴⁰⁹) de dar acesso a todo e qualquer interessado aos documentos e autos produzidos pela agência.

Lembrando que a subvariável *consulta pública* é decomposta em três testes, o primeiro recebeu avaliação positiva diante dos termos do art. 45 do Regulamento da ANAC (Anexo ao Decreto nº 5.731, de 2006, e o art. 7º da Instrução Normativa ANAC nº 18, de XX de XX de 2009⁴¹⁰). Segundo o Regulamento da ANAC as consultas públicas têm os seguintes objetivos: (i) recolher subsídios para o processo decisório da ANAC; (ii) assegurar aos agentes e usuários dos respectivos serviços o encaminhamento de seus pleitos e sugestões; (iii) identificar, da forma mais ampla possível, os aspectos relevantes da matéria objeto da audiência pública; e (iv) dar publicidade à ação regulatória da agência.

Já testes *publicação das contribuições e respostas oferecidas pela agência* não receberam avaliação positiva em razão do prazo para publicação, o qual, na prática, torna essa obrigação sem eficácia. As contribuições enviadas ficam disponíveis à consulta pública no sítio eletrônico da agência, nos termos do art. 6º c/c art. 9º da Instrução Normativa ANAC nº 18, de 2009⁴¹¹, assim como as respostas oferecidas no âmbito desse

⁴⁰⁸ Lei nº 11.182, de 2005:

“Art. 28. Ressalvados os documentos e autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, o segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta pública.

⁴⁰⁹ Regulamento da ANAC (Anexo ao Decreto nº 5.731, de 2006):

“Art. 43. Ressalvados os documentos e autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, o segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta pública.

Parágrafo único. Observado o disposto no *caput* deste artigo, a ANAC dará tratamento sigiloso às informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras de serviços, desde que sua divulgação não seja diretamente necessária para:

I-impedir a discriminação de usuários ou prestadores de serviço; e

II-verificar o cumprimento das obrigações assumidas em decorrência de outorga de autorização, permissão ou concessão.

Art.44. As sessões deliberativas da Diretoria que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre estes e usuários de bens e serviços compreendidos na área de atuação da ANAC, serão públicas.

⁴¹⁰ Instrução Normativa ANAC nº 18, de 2009:

“Art. 7º. Consulta pública é um instrumento administrativo, delegado caso a caso pela Diretoria da ANAC aos superintendentes da Agência, para apoiar as atividades das superintendências na instrução de processos de suas atribuições específicas, com o objetivo de recolher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria sob análise.”

⁴¹¹ Instrução Normativa ANAC nº 18, de 2009:

“Art. 6º Os agentes econômicos do setor de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, os consumidores e demais interessados da sociedade que participarem e se manifestarem em audiências públicas com sessão presencial ou apenas por intercâmbio documental terão suas contribuições disponibilizadas no sítio da ANAC para livre acesso.

(...)

Art. 9º Aplicam-se às consultas públicas o disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 6º desta Instrução Normativa, com as

processo participativo na figura do “Relatório de Análise das Contribuições” a ser publicado em até 15 (quinze) dias após a publicação do ato administrativo no diário oficial, nos termos do parágrafo único do art. 6º c/c art. 9º da Instrução Normativa ANAC nº 18, de 2009⁴¹². Dessa forma, a publicação pode se dar depois que a decisão for tomada de forma que as respostas possam ser produzidas no hiato entre a publicação do ato e o prazo de publicação das respostas, quando a publicação deveria ser simultânea. Por exemplo, na Consulta Pública nº 13/2014, o relatório de análise de contribuições foi disponibilizado em 07.01.2015, enquanto a Resolução nº 350/2014, que resultou desse procedimento, foi publicada em 24.12.2014.

Por fim, o primeiro teste da subvariável *diretoria* recebeu avaliação positiva, uma vez que é possível qualquer interessado acompanhar as reuniões da diretoria, excluídas as hipóteses sobre as quais recaem o sigilo, conforme previsto no art. 9º da Instrução Normativa ANAC nº 33, de 12 de janeiro de 2010. Por outro lado, o segundo teste referente a esta subvariável teve avaliação negativa, em razão de não ser encontrada no sítio eletrônico da Agência, nem em outro meio de divulgação, a transmissão em tempo real das reuniões da diretoria colegiada. Assim, somente poderá ter acesso às reuniões da diretoria aquele que se dirigir até a agência no dia e hora para a realização da reunião ou por meio das atas, que, como já analisado acima, são meramente homologatórias de conteúdo discutido e decidido anteriormente. Apesar de não estar explicitamente reconhecido em norma interna, pela análise das atas é possível verificar que é facultado o pronunciamento dos interessados durante as reuniões da diretoria⁴¹³.

Por fim, o último teste da subvariável *diretoria* relativo ao *quórum de deliberação da diretoria colegiada*, teve avaliação positiva. O §1º do art. 25 do Regulamento da ANAC, anexo do Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, determina que a diretoria da agência se reunirá com a maioria dos seus membros. Assim, quando a agência esteve com

adaptações terminológicas requeridas.”

⁴¹² Instrução Normativa ANAC nº 18, de 2009:

“Art. 6º (...)

Parágrafo único. O Relatório de Análise das Contribuições elaborado pela(s) área(s) responsável(is) pela condução do assunto será também disponibilizado no sítio da ANAC até 15 (quinze) dias após a publicação do ato administrativo correspondente no Diário Oficial da União. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 063, de 30 de outubro de 2012)

(...)

Art. 9º. Aplicam-se às consultas públicas o disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 6º desta Instrução Normativa, com as adaptações terminológicas requeridas.”

⁴¹³ A título de exemplo, vale citar que da ata da Reunião Deliberativa realizada em 07.02.2012, consta que o representante da empresa Flyer Indústria Aeronáutica Ltda. realizou uma sustentação oral acerca do pleito da empresa e de suas atividades, bem como prestou esclarecimentos aos Diretores acerca do assunto objeto do item 1 da pauta.

apenas três dirigentes, a diretoria continuou a poder se reunir, mas passou a deliberar nesse caso por consenso; com a composição de cinco membros, a deliberação ocorre por maioria, conforme a disposição do Regulamento.

VII.2.2.2. A procedimentalização substantiva

Em pior avaliação de todas as agências e variáveis, a procedimentalização substantiva da ANAC teve Nota 6,3%. A seguir a síntese da avaliação de cada uma.

Tabela 29 - Procedimentalização Substantiva – ANAC

	Subvariável	Descrição	Nota	Peso	Nota Ponderada
1	AIR (aplicação)	As AIRs estão sendo realizadas conforme previsão normativa?	0,0	0,25	0,0
	AIR (consulta aos interessados)	Nas AIR realizadas, houve consulta aos interessados em momento anterior à minuta de regulamento e do relatório?	0,0	0,25	0,0
	AIR (análise)	Nas AIR realizadas, o relatório contemplou a alternativa de manutenção do <i>status quo</i> (de não alterar o cenário regulatório)?	10,0	0,25	2,5
	AIR (potencial de alteração)	Nas AIR realizadas, houve mudança de direção inicialmente indicada em razão das análises realizadas?	0,0	0,25	0,0
	Consulta Pública	As consultas contribuíram para a alteração da minuta de norma submetida à colaboração de interessados?	0,0	1,00	0,0
	Agenda Regulatória (eficácia)	A agenda regulatória foi obedecida pela agência desde a sua adoção?	0,0	1,00	0,0
	Diretoria (interino)	O quórum mínimo foi respeitado sem a necessidade de dirigentes interinos?	0,0	0,50	0,0
	Diretoria (atas)	Das reuniões ocorridas é possível identificar, pelas atas, a deliberação sobre o conteúdo das decisões tomadas?	0,0	0,50	0,0
Total Procedimentalização Substantiva			10,0	4,00	2,5
Nota para Procedimentalização Substantiva					6,3%
Fonte: elaboração própria					

O primeiro teste da subvariável *AIR* teve avaliação negativa. Conforme pesquisa realizada, foram identificadas no sítio eletrônico da ANAC⁴¹⁴ apenas 4 *AIR* processadas pela agência, não obstante tivessem sido produzidos 56 atos normativos durante o ano de 2014. Diante do fato de que houve publicação de medidas que deveriam ter sido submetidas a *AIR*, conforme previsão de norma da própria agência, a subvariável *aplicação* teve avaliação negativa. Esse argumento foi inclusive objeto de contribuição à audiência/consulta pública nº 9/2014, realizada em julho.

Quanto ao teste da *consulta aos interessados*, a avaliação também foi negativa. Nas quatro *AIR* realizadas não foram identificadas consultas aos interessados em momento anterior à publicação das consultas/audiências públicas pela agência. Os relatórios foram disponibilizados como Notas Técnicas das minutas de resolução submetidas à consulta/audiência pública sem ter oportunizado manifestação anterior dos interessados. Com isso, não se verifica a validação do problema e das alternativas escolhidas para análise, tampouco a busca por informação junto ao setor. A ANAC utiliza a *AIR* como forma de justificar sua decisão do ponto de vista meramente formal e retórico, ainda que possam existir boas iniciativas na agência no tocante às *AIR* realizadas⁴¹⁵. Segue síntese na tabela abaixo:

⁴¹⁴ As *AIR* estão sendo juntadas aos processos administrativos cujo acesso é preciso solicitar individualmente, dificultando a realização da pesquisa.

⁴¹⁵ A título de exemplo, vale ponderar que a *AIR* sobre a revisão da RBAC nº 62, de 6 de novembro de 2010, apesar de apresentar falhas relevantes (*e.g.* ausência de exame de custos para as alternativas comparadas e referência a estudos realizados sem detalhes como análises realizadas e resultados alcançados) já demonstra ter conhecimento de que alguns atos normativos podem gerar impacto em outras entidades públicas atuantes no setor, bem como privadas.

Tabela 30 - Resumo AIR na ANAC

PROPÓSITO	TEMA	AUDIÊNCIA	NORMA RESULTANTE	OBSERVAÇÕES
Estabelecer condições especiais para o Avião EMB-550, relativa às seções 25.1301, 25.1309 e 25.1431, do RBAC nº 25/2010.	Estabelecer duas Condições Especiais para o avião.	07.2014.	Resoluções nºs 311 e 312, ambas de 06.05.2014.	Trata-se de proposta que afeta apenas um agente econômico no setor de aviação, a Embraer. A decisão acolhida não teve seus custos e benefícios confrontados com as outras duas opções.
Alteração RBAC nº 63/2010.	Instrução em segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita (AVSEC).	11.2011.	Não foi encontrada até o final da pesquisa.	Apesar de ter sido a única necessária ⁴¹⁶ , a AIR supre formalidade para fundamentar a decisão sem de fato servir como instrumento para equilibrar custos e benefícios da decisão já tomada.
Emenda RBAC nº 120/2010.	Programa de prevenção do uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil.	01.2014.	Resolução nº 326, de 10.06.14.	A alteração da norma parece ter sido meramente corretiva de uma série de dispositivos dúbios. A AIR foi fraca em razão do objeto.
Proposta RBAC nº 65/2010 em substituição ao RBHA nº 65/2010.	Licenças, habilitações e regras gerais para despachante operacional de voo e mecânico de manutenção aeronáutica.	11.2014.	Não foi encontrada até o final da pesquisa.	Considerando que se trata de uma adaptação solicitada pelo art. 47, I, da Lei nº 11.182/2005, a AIR perdeu sua razão de ser.
Fonte: elaboração própria.				

Quanto à *análise* da AIR, apesar de a ANAC não prever que os técnicos levem em conta a manutenção do *status quo* como uma alternativa obrigatória, há a necessidade de se avaliar pelo menos duas e no máximo cinco alternativas de medida regulatória a serem tomadas no processo; diante disso, a avaliação desse teste foi positiva.

O teste referente ao *potencial de alteração* foi insatisfatório. Confrontando o resultado final das resoluções decorrentes das AIR realizadas em 2014 pela ANAC e as próprias AIR, pode-se afirmar, com segurança, que esse instrumento não contribuiu para promover qualquer alteração nas minutas propostas, mesmo porque não houve qualquer mudança. Os interessados só tiveram conhecimento tanto do relatório (Nota Técnica)

⁴¹⁶ As demais AIR analisadas foram realizadas por força da exigência da Instrução Normativa ANAC nº 61/2012, porém claramente poderiam ter sido evitadas caso preliminarmente houvesse um juízo prévio para a realização de AIR apenas em casos que efetiva tomada de decisão que impacte o setor e o Administrador tenha discricionariedade.

quanto da minuta de Resolução quando da realização da audiência/consulta pública. Dessa forma, a AIR acaba funcionando como mecanismo de justificação da escolha feita pela ANAC, preenchimento de formulário que indica até que cuidadosamente a motivação da agência para determinada decisão. Ainda que positiva, essa iniciativa não explora todo o potencial desse instrumento decisório, daí o desempenho negativo da subvariável *potencial de alteração*.

A variável *consulta pública* teve exame negativo também, pois ainda que as audiências/consultas públicas tenham sido devidamente realizadas, importante notar a baixa participação da sociedade. Por exemplo, das oito audiências públicas ocorridas em 2014⁴¹⁷, em que foram publicadas no sítio eletrônico da ANAC as contribuições, apenas duas contaram com a participação de interessados. Em 2013, a participação foi ainda menor: das 23 audiências, apenas duas contaram com participação, evidenciando desestímulo da sociedade com essa ferramenta por ter se tornado inócua⁴¹⁸. Por outro lado, há consultas que merecem destaque como foi o caso da Consulta Pública nº 5/2013⁴¹⁹, na qual houve diversas contribuições no sentido de derrubar a proibição de participação de empresas concessionárias de aeroportos, ainda que estaduais, nessa rodada de licitações. Para uma síntese das consultas públicas realizadas no âmbito da ANAC, conferir Tabela 3 do APÊNDICE 3: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC.

Quanto à eficácia da *agenda regulatória*, um exame cuidadoso aponta que esse instrumento de planejamento tem pouca eficácia, já que as metas estipuladas quase sempre não são cumpridas pelas áreas responsáveis. Das 28 propostas para 2014 apenas uma foi efetivamente concluída, o restante ficará para a agenda de 2015-2016⁴²⁰.

⁴¹⁷ Foram realizadas apenas 8 audiências públicas. São elas: AP nº 008/2014 (autorização para exploração de aeródromos civis públicos); APs nºs 007/2014, 006/2014 e 005/2014 (diferentes condições especiais a serem incorporadas à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550); APs nºs 004/2014, 003/2014 e 002/2014 (diferentes concessões de isenção parcial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550); e AP nº 001/2014 (edição de Emenda nº 02 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 120, intitulado “Programas de prevenção do uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil”).

⁴¹⁸ Nesse sentido, é interessante a percepção de Moreira (2006, p. 203), que reconhece que os processos de audiência e consulta pública têm gerado um tipo de cooperação “[q]ue decorre do interesse em que as pessoas têm na norma a ser promulgada. Participa quem pode arcar com os custos necessários para ter acesso à consulta ou audiência e, além disso seja detentor de conhecimento técnico que o torne apto a produzir as sugestões pertinentes (sempre na defesa de seus interesses). A participação em consultas e audiências públicas custa tempo e dinheiro: apenas interessados econômicos e/ou interesses políticos relativos a grupos específicos autorizam o investimento. A ampla maioria da população não sabe que existem as consultas públicas, não conhece do assunto, se conhecer, não tem pleno acesso aos dados e alternativas, se tiver, não tem nenhuma garantia da medida em que as suas considerações serão levadas em conta.”

⁴¹⁹ Cf. <http://www2.anac.gov.br/Concessoes/galeao_confins>. Acesso em: fev. 2015.

⁴²⁰ Cf. <<http://www2.anac.gov.br/AgendaRegulatoria/agenda2014.asp>>. Acesso em: fev. 2015.

A avaliação do primeiro teste da subvariável *diretoria* que busca saber se o quórum mínimo foi respeitado sem a necessidade de dirigentes *interinos* teve resultado negativo por ter sido encontrado pelo menos uma ocorrência em 2011 em que Carlos Eduardo Pellegrino ocupou o cargo de diretor-geral em razão do encerramento do mandato de Solange Vieira, conforme Decreto s/nº de 17.03.2011.

Por fim, o segundo teste (*atas* das reuniões da diretoria) da subvariável *diretoria* teve avaliação negativa diante da ausência de conteúdo deliberativo. Conforme apontado na sessão anterior, pouco é disponibilizado nas atas que parecem seguir modelo que não comporta a introdução da efetiva decisão tomada, mas mera descrição dos assuntos. É sabido que as atas não refletem a realidade da totalidade das reuniões realizadas (*e.g.* sessão de julgamento do recurso administrativo interposto contra a habilitação do consórcio Aeroportos Brasil no leilão para concessão do aeroporto de Viracopos, em Campinas), contudo, para controle dos atos da diretoria, sobretudo no que se refere ao conteúdo para fins de conhecimento e formação de jurisprudência setorial, as atas das reuniões da diretoria são excessivamente pobres quanto ao conteúdo.

VII.2.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANAC quanto à procedimentalização

A variável procedimentalização expõe a forma como os processos decisórios da agência estão disciplinados e como eles são efetivamente aplicados, e o resultado não é positivo: o aspecto formal da institucionalização teve Nota 70,4% e o aspecto substantivo Nota 6,3%.

Tabela 31 - Procedimentalização – ANAC

ANAC	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Procedimentalização Formal	70,4%	50,0%	35,2%
Procedimentalização Substantiva	6,3%	50,0%	3,1%
Total Procedimentalização ANAC			38,3%
Fonte: elaboração própria			

Com relação à procedimentalização formal, a ANAC se equiparou à ANEEL, e ficou abaixo da ANATEL. Para regras básicas como regulamentação de processos decisórios, atas da diretoria e publicação de contribuições e respostas às consulta públicas

foram negativas⁴²¹, razão pela qual seu desempenho não se justifica diante do aprendizado esperado com a experiência das agências que a antecederam.

A avaliação da procedimentalização substantiva é que chama mais atenção por ter sido a pior avaliação entre todas as realizadas neste estudo. O desempenho da ANAC ficou abaixo das demais agências. Como se não bastassem falhas na aplicação de instrumentos regulatórios mais novos como a AIR e a agenda regulatória, como ocorreu para as outras agências, problemas também foram encontrados na aplicação da consulta pública e regras da diretoria colegiada. A única avaliação positiva é relativa à AIR e diz respeito à análise das alternativas possíveis, sempre considerando pelo menos a manutenção do *status quo*, para as AIR examinadas. Com relação à consulta pública, considerando que o prazo para a aplicação das contribuições com as respostas da agência é de 15 dias da publicação do ato normativo, é possível que essas respostas sejam elaboradas nesse intervalo.

Mais uma vez, o desempenho satisfatório do aspecto formal não teve reflexo no desempenho substantivo na procedimentalização. Diante disso, é possível afirmar que ter um bom desempenho no aspecto formal da variável não é determinante para o desempenho da agência na variável procedimentalização. Em proporção menor esse descolamento também foi verificado nos desempenhos das demais agências e será abordado no capítulo final.

VII.2.3. Avaliação da atividade regulatória da ANAC à variável judicialização

Conforme dados levantados e trabalhados por Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior, 2014, p. 134) dos 61 processos analisados, reunidos aqueles com decisões transitadas em julgado e em trâmite quando da finalização da pesquisa, houve mudança a cada 0,56 casos, ou seja, a alternância das decisões foi verificada em metade dos casos. Esse resultado deve ainda ser confrontado com a baixa taxa de confirmação das decisões da ANAC em processos com decisões transitadas em julgado, que é de 10% (MARANHÃO, AZEVEDO e FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 117), a mais baixa de todas as agências analisadas pela pesquisa. Daí não se pode extrair que o Judiciário costuma reformar as decisões da agência em torno de 90%, pois não se verificou no âmbito da pesquisa um único caso em que a decisão da ANAC tenha sido anulada. Os casos foram resolvidos por perda de objeto (20%), abandono de causa (15%) e desistência da ação (55%).

⁴²¹ A duração dos processos decisórios pode servir de exemplo também. Ela só não obteve avaliação negativa em razão de lei geral.

Considerando a indicador de insegurança jurídica proposto⁴²² por Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, pp. 133-5), o valor atribuído à ANAC foi 2,69. O número é bastante expressivo e seu substancial aumento em relação ao valor anterior se justifica em razão do curto tempo que o Judiciário levou para decidir as demandas.

Não se pode deixar de ponderar que o período de levantamento dos dados da pesquisa de (Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior, 2014) não contemplou sequer um caso em que se tratasse de infraestrutura aeroportuária federal⁴²³ tendo em vista que o processo de privatização ocorreu após o término da finalização do levantamento de dados (2010). Dessa forma, os resultados são inócuos no sentido de traçar uma tendência do Judiciário quanto a decisões da agência para o tema da infraestrutura aeroportuária, especialmente. Porém, pode ser um indicador para que, em termos gerais, se analise se as questões trabalhadas pelas variáveis da institucionalização e procedimentalização podem indicar (ou não) uma tendência no tratamento dado pelo Judiciário, quando os dados de cada agência forem comparados no capítulo final.

VII.3. Análise qualitativa do setor: a primeira rodada de leilão para concessão de aeroportos federais

Antes de tratar da análise qualitativa do setor, faz-se necessária uma breve apresentação sobre o atual modelo regulatório federal a fim de fornecer elementos essenciais para a compreensão do caso.

VII.3.1. Atual modelo regulatório federal

O modelo regulatório da infraestrutura aeroportuária federal pode ser classificado, quanto aos agentes⁴²⁴, como estatal (delegação à Infraero), híbrido (atuais concessões federais) e privado (autorizações).

A primeira classificação se refere ao *sistema Infraero*, em que a estatal, por força da sua lei de criação, assumiu a administração de aeroportos federais. Sua prestação já foi

⁴²² Vale lembrar que o indicador é o número de mudança de *status* da decisão dividido por mil dias, para que se possa colocar em bases iguais processos com durações distintas.

⁴²³ É possível que em meio aos casos de aviação civil haja um ou outro sobre infraestrutura aeroportuária estadual ou municipal que se submetem de certa forma à regulação da ANAC, porém não há evidências no relatório da pesquisa para se fazer essa afirmação.

⁴²⁴ Não estão contemplados nessa exposição os aeroportos federais delegados para os outros entes federativos, tampouco aeroportos de outros entes federativos, tendo em vista que o objeto de estudo é a infraestrutura aeroportuária e a regulação da ANAC.

monopólio da União, podendo ser prestado diretamente ou mediante empresa estatal e suas subsidiárias, conforme prescrevia a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 que alterou o art. 50 do então vigente Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966⁴²⁵). Atualmente, entretanto, a exploração por particular se dá em paralelo (e em regime de concorrência, pelo menos do ponto de vista legal) à operação pela Infraero.

Os aeroportos sob administração da estatal podem prestar diversa gama de serviços aeronáuticos (*i.e.* aviação comercial e em alguns casos específicos, serviços aéreos especializados⁴²⁶), bem como não aeronáuticos (*e.g.* locação de espaços para lojas, estacionamento e outros serviços comumente oferecidos em seus aeroportos por terceiros⁴²⁷). A remuneração pela prestação dos serviços aeronáuticos ocorre com o pagamento de tarifas reguladas pela ANAC (art. 8º, XXV, da Lei nº 11.182, de 2005), e para os demais serviços é o valor determinado na licitação para a escolha do particular que explorará o serviço acessório⁴²⁸ em nome da estatal.

Considerando que a prestação do serviço de operação aeroportuária decorre da lei, as condições dessa prestação não foram previamente estabelecidas, tampouco foram estipuladas metas de investimentos ou de nível de serviço pela ANAC. *Pari passu* à elaboração de planos e metas para o setor pela SAC/PR, a Infraero procura se adequar, sem

⁴²⁵ A redação original do art. 50 do Código Brasileiro do Ar previa que os aeródromos públicos fossem construídos, mantidos e explorados diretamente pela União, ou mediante concessão ou autorização.

⁴²⁶ Nesse sentido são os seguintes julgados:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TÁXI EM AEROPORTO. LICITAÇÃO. 1. É perfeitamente lícito à Infraero, a par de destinar área de livre acesso a todos, inclusive público em geral, manter área específica na qual ocorre o desembarque de táxis credenciados, que venceram concorrência própria. A empresa pública realizou licitação para concessão de uso de área localizada no Setor Terminal de Passageiros nº 1, 1º andar – Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim e a impetrante sequer participou da concorrência. 2. Rejeita-se, portanto, a tese do impetrante, ao sustentar ser ilegal que os seus associados fiquem impedidos de ter livre acesso à área restrita. Não há ofensa à livre concorrência, tanto quanto não haveria ao se impedir a qualquer do povo que instale ponto de venda em terminal aeroportuário. 3. Apelação da Impetrante desprovida. Sentença mantida.” (TRF-2 - AC: 200751010168404, Relator: Des. Fed. Guilherme Couto, data de julgamento: 17.05.2010, Sexta Turma Especializada, data de publicação: 04.06.2010)

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAERO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TÁXI EM AEROPORTO. CF, ART. 21, INC. XII, ‘C’. DISCRICIONARIEDADE. I. A Infraero como empresa pública federal responsável pela administração e exploração industrial e comercial dos aeroportos, tem o poder discricionário para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, incluindo-se aí a exploração do serviço de táxi em áreas aeroportuárias. III - Apelação desprovida.” (TRF-1 - AMS: 58231 MG 1997.01.00.058231-9, Relator: Des. Fed. Souza Prudente, data de julgamento: 13.02.2006, Sexta Turma, data de publicação: 13.03.2006.)

⁴²⁷ Pelo fato de a Infraero ser empresa pública, a seleção de terceiros para a prestação dos serviços no aeroporto sempre deve ser realizada por meio de licitação, com exceção dos casos previstos em lei.

⁴²⁸ O termo acessório é aqui empregado sem técnica, abarcando tanto os serviços acessórios (*e.g.* locação de espaço para comercialização de bens e serviços no aeroporto) quanto os auxiliares nos termos da Resolução ANAC nº 116, de 20 de outubro de 2009. São exemplos auxiliares o abastecimento de aeronaves, atendimento e controle (incluindo a inspeção de bagagem) de embarque e desembarque de passageiros e tripulantes etc.

que tenha qualquer compromisso quanto à manutenção das regras antigas. O sistema Infraero é, por natureza, bastante próximo da SAC/PR.

O *sistema híbrido* é composto das atuais concessões federais. Entre novembro de 2011 e fevereiro de 2012, a ANAC realizou leilão para a concessão dos aeroportos de Guarulhos, em São Paulo, Viracopos, em Campinas, e Brasília, no Distrito Federal (“primeira rodada de leilões”) e, entre agosto e novembro de 2013, foi realizado o leilão para a concessão dos aeroportos de Confins, em Minas Gerais, e Galeão, no Rio de Janeiro (“segunda rodada de leilões”).⁴²⁹ Em ambas as rodadas de leilões, o consórcio vencedor constituiu sociedade de propósito específico, o acionista privado da concessionária. Das cinco concessionárias, o acionista privado detém 51% do capital social da empresa e a Infraero os restantes 49% ⁴³⁰; daí esse sistema ser chamado de híbrido, pois a concessionária, ainda que empresa do setor privado, apresenta, entre seus acionistas, a empresa estatal como acionista minoritário.

De acordo com os contratos de concessão vigentes, as concessionárias podem prestar vários serviços, aeronáuticos ou não. A cobrança pelos serviços aeronáuticos se dá com o pagamento da tarifa estabelecida no respectivo contrato e pelos serviços não aeronáuticos⁴³¹ pela livre negociação entre as partes.

Há nos contratos de concessão minuciosas obrigações da concessionária ao longo da concessão⁴³² de obras, bem como obrigações quanto ao nível de serviço. Este último inclusive impacta o cálculo do reajuste anual das tarifas para fins de aplicação do princípio da modicidade tarifária. Como proteção do Concessionário, há a garantia de manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, evitando assim que a concessionária

⁴²⁹ O leilão para a concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, ocorrida em maio de 2011, foi excluída por apresentar regime diferenciado da primeira e da segunda rodada.

⁴³⁰ Essa participação inicial de 49% (quarenta e nove por cento) é o limite máximo da sua participação, sendo recomendado pelo TCU que sua atuação vise a sua diminuição. Nesse sentido, conferir o Acórdão 3232/2011, prolatado pelo Plenário do TCU no âmbito do processo de desestatização TC 32.786/2011, no qual o Min. Aroldo Cedraz às fls. 19, recomenda: “à Agência Nacional de Aviação Civil que reconsidere a obrigatoriedade de participação da Infraero na futura SPE ou que seja estabelecido, na minuta de contrato, mecanismo que possibilite e estimule a diminuição gradativa dessa participação no capital social da concessionária”.

⁴³¹ A especificação dessa gama de serviços encontra-se no Anexo 02 – Plano de Exploração Aeroportuária, que em sua cláusula 5 e ss. determina que será possível à concessionária explorar serviços de manuseio do solo, de alimentação e varejo, locação de áreas e “outros serviços”.

⁴³² Principalmente no Plano de Exploração Aeroportuária, Anexo 02 dos Contratos de Concessão, que estabelece o objeto da concessão, delimita o Complexo Aeroportuário, detalha as atividades acessórias da concessão, prevê os Elementos Aeroportuários Obrigatórios, as especificações mínimas requeridas para os terminais de passageiros, investimentos iniciais para melhoria da infraestrutura, as obrigações relativas ao Plano de Gestão da Infraestrutura, estabelece o nível de serviço por meio dos Parâmetros Mínimos de Dimensionamento, delimita os Indicadores de Qualidade do Serviço e prevê a metodologia de definição do Fator Q.

assuma obrigações ou condições de prestação do serviço diferente daquelas estabelecidas à época dos leilões sem que seja devida uma contrapartida (em forma de extensão do prazo contratual no limite de mais cinco anos ou de novos valores tarifários) por parte do poder concedente, a figura da ANAC.

No *sistema híbrido*, a Infraero é titular de ações com poderes especiais, o que é dizer, a estatal tem poder de veto em temas sensíveis como a formação de qualquer parceria, consórcio, *joint venture* ou empreendimento similar; nomeação ou troca da entidade responsável pela realização de auditoria externa da concessionária; contratação de endividamentos não especificado no contrato de concessão; e celebração de qualquer contrato, acordo, arranjo ou compromisso com qualquer parte relacionado do acionista privado, ou alteração ou aditamento de qualquer deles, salvo se em condições de mercado⁴³³.

A Infraero na figura de acionista minoritário das atuais concessionárias federais resultantes das duas rodadas de leilões suscita reflexões ao operador do Direito. A primeira diz respeito à forma como o Estado decidiu intervir no setor por meio da empresa estatal⁴³⁴. Ao mesmo tempo em que a decisão de conceder aeroportos a iniciativa privada foi tomada, as concessionárias constituídas contam também com a participação estatal, por meio da Infraero. Essa delegação *parcial* pode ser vista como um receio da administração em passar para a iniciativa privada a gestão dos aeroportos. Pois, se algumas regras se justificavam na primeira rodada de leilões em razão da proximidade dos eventos esportivos no País, *e.g.* a maior rigidez com a alteração da composição acionária da concessionária nos primeiros 5 anos de concessão e a obrigação de a Infraero também fazer frente aos investimentos previstos no contrato de concessão durante a fase inicial dos contratos⁴³⁵, na

⁴³³ As outras matérias que a Infraero tem poder de veto são: qualquer alteração no estatuto social da concessionária, qualquer alteração no capital autorizado; qualquer decisão de liquidação da empresa; qualquer operação de fusão, cisão, transformação, incorporação de ações, cisão parcial, da concessionária; e a venda, transferência ou alienação de ativos, seja por meio de uma única operação ou por uma série de operações, interrelacionadas ou não (cláusula 5.3. da minuta de acordo de acionistas, o anexo aos Editais de Leilão).

⁴³⁴ É preciosa a referência de Pinto (2013, p. 48) no sentido de que “... [a] atuação da empresa estatal é capaz de assumir contornos regulatórios a partir da interação direta com os demais participantes do mercado, visando à imposição de condutas socialmente desejáveis. O ativismo empresarial do Estado não precisa buscar apenas a correção de falhas de mercado, mas pode revestir-se de conteúdo axiológico em prol do consumidor e da inclusão social. // O conceito de regulação, nesse caso, possui natureza estrutural, pois são as empresas estatais competindo com suas congêneres privadas para assegurar a ampliação da oferta e a limitação do preço, de modo a evitar o auferimento de ganhos extraordinários tópicos de mercados concentrados. A estratégia do Estado, nesse caso, não se confunde com a regulação comportamental clássica, que procura impor normas de conduta aos agentes privados sob ameaça de sanções administrativas.”

⁴³⁵ Faz-se menção à fase I-B dos contratos de concessão, momento em que o maior volume de investimentos, tanto em capacidade quanto em nível de serviço, são feitos.

segunda rodada de leilões, quando os eventos esportivos não se mostravam mais uma preocupação, elas se perpetuaram passando a caracterizar o modelo híbrido ⁴³⁶.

Por outro lado, essa delegação parcial reflete a possibilidade de a administração ingerir nas decisões do setor privado. O objeto social da Infraero mostra uma empresa de capital 100% público e em que seu acionista controlador é a SAC/PR. Essa relação de origem com o poder executivo central tem o condão de permear suas atividades podendo servir como instrumento de regulação para atingimento de algum fim público, estranho àquele do acionista privado. Disso resulta que a Infraero não pode alegar entendimento divergente da SAC/PR e (talvez) da ANAC, tampouco se negar a articular com as autoridades federais soluções para impasses inerentes à burocracia estatal.

Essa delegação parcial já tem apresentado consequências nefastas para a Infraero. A estatal anunciou⁴³⁷ que passou a ser dependente do Tesouro Nacional e assim poderá ficar por até três anos⁴³⁸. Além disso, no sistema híbrido não ocorre a transferência do *know-how* do operador integrante do acionista privado⁴³⁹, pois aqueles oriundos da Infraero se desvincularam totalmente da estatal passando a integrar os quadros da concessionária em programa bastante oneroso para a concessionária⁴⁴⁰, sem possibilidade de multiplicar qualquer conhecimento com seus antigos colegas. A única interação da concessionária com funcionários da estatal se dá no nível do conselho de administração, deixando o aprendizado em segundo plano.

⁴³⁶ A assinatura dos contratos de concessão de Confins e Galeão ocorreu em 07.04.2014 e 02.04.2014, respectivamente, após a Copa das Confederações Fifa 2013 e sem que desse tempo para a operação dos respectivos aeroportos ocorresse antes da Copa do Mundo Fifa 2014.

⁴³⁷ Ver O GLOBO. “Infraero vai depender da União até 2020”, 26.8.2014, loc cit.

⁴³⁸ Ver O GLOBO. “Infraero já recebeu R\$1,6 bi da União e dependerá do Tesouro por três anos”, 22.07.2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/infraero-ja-recebeu-16-bi-da-uniao-dependera-do-tesouro-por-tres-anos-9118117>>. Acesso em: fev. 2015. O plano de demissão voluntária foi um artifício utilizado para equilibrar as contas da Infraero.

⁴³⁹ Os editais das duas primeiras rodadas de leilões exigiam que o consórcio participante vencedor fosse acionista privado da concessionária, composto de um operador aeroportuário com participação mínima de dez por cento.

⁴⁴⁰ Contrato de Concessão:

“Seção I - Da Concessionária

Subseção I - Dos Deveres Gerais

[...]3.1.9. Garantir aos seus empregados: 3.1.9.1. investimentos contínuos na capacitação, treinamento e orientação; 3.1.9.2. instalação de Comissão Paritária de saúde e segurança, devendo sua forma de funcionamento e composição ser acordada entre a concessionária e a representação sindical dos trabalhadores aeroportuários; 3.1.9.3. representação sindical dos trabalhadores aeroportuários no local de trabalho, garantidas as atuais instalações necessárias para o seu funcionamento no aeroporto; 3.1.9.4. manutenção da mesma data-base dos empregados da Infraero. 3.1.10. observar, exceto na hipótese contratação de prestação de serviços pela Infraero, as restrições às terceirizações para cada aeroporto, conforme normas, decisões e acordos vigentes na data de publicação do edital, devendo adaptar-se a eventuais alterações posteriores imputáveis a Concessionária.”

A segunda reflexão digna de nota é decorrente da primeira – a situação da Infraero vista pelas perspectivas dos acionistas privados. Acionista em empresa do setor privado, posição nem sempre confortável para a estatal, deve arcar com deveres (e direitos) típicos de acionistas descritos no edital e documentos societários. Deve, por exemplo, aportar capital na proporção da sua participação, inclusive para custear tributos, oferecer garantias corporativas e, quando existentes, fazer jus aos dividendos.

Ademais, sua própria atuação como acionista não é totalmente desvinculada daquela como operadora aeroportuária do sistema Infraero. Esta é a última reflexão sobre a delegação parcial e mais precisamente quanto à participação da Infraero no mercado de exploração aeroportuária. Com o arranjo societário das novas concessões aeroportuárias a Infraero passou a assumir posição delicada, posição essa merecedora de atenção dos agentes de defesa da concorrência. Não houve qualquer preocupação no edital, por exemplo, quanto à necessidade de definição de regras de governança corporativa relativas a informações estratégicas dos aeroportos concedidos que concorrem com aqueles operados exclusivamente pela estatal. Por exemplo, Guarulhos e Viracopos, ambos concedidos em concorrência direta com Congonhas⁴⁴¹.

No que tange os agentes na classificação do modelo federal de exploração aeroportuária, o último sistema é o *privado*. Trata-se dos aeroportos passados à exploração pelo setor privado em regime de autorização. Conforme antecipado nos parágrafos anteriores, a possibilidade de exploração de aeroportos por autorização sempre foi possível do ponto de vista jurídico-formal (art. 21, XII, “c” da Constituição Federal e art. 36, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, o CBA), porém até a edição do Decreto nº 7.871, de 21 de dezembro de 2012, essa forma de delegação não tinha sido colocada em prática.

Conforme o art. 3º do Decreto nº 7.871, de 2012, os interessados devem apresentar requerimento, instruído da comprovação de titularidade da propriedade⁴⁴², à SAC/PR que deverá ouvir o DECEA sobre a viabilidade. A expedição da autorização é realizada ao final pela ANAC, em função meramente formalizadora da delegação em razão da previsão legal

⁴⁴¹ É possível que o governo já esteja atento à necessidade de definições do papel da Infraero na expansão das suas atividades e do setor. Iniciativa nessa direção é a ainda a ser criada Infraero Serviços, subsidiária anunciada quando da apresentação do “Programa de Investimento em Logística: aeroportos”. Nesse sentido, ver <<http://www.aviacaocivil.gov.br/assuntos/aeroportos/programas/programa-de-investimento-em-logistica-aeroportos>>. Acesso em: fev. 2015.

⁴⁴² Segundo o § 1º do art. 3º do Decreto nº 7.871, de 2012, o requerente deverá comprovar ser titular da propriedade, de direito de superfície, enfiteuse, usufruto, direito real de uso, ou de outro direito real compatível com o objeto da autorização e que lhe assegure a faculdade de usar ou gozar dos imóveis que constituirão o sítio aeroportuário, incluídos faixas de domínio, edificações e terrenos relacionados à exploração do aeródromo.

da sua competência (XXIV, *caput*, art. 8º da Lei nº 11.182, de 2005)⁴⁴³. Em fevereiro de 2015, eram 16 requerimentos de autorização e duas autorizações da ANAC, e outros cinco requerimentos em fase final⁴⁴⁴.

Em que pese as autorizações serem bastante recentes, esse procedimento não se equipara à licitação pública à qual os acionistas privados das concessionárias do sistema híbrido se submeteram. Os editais de leilões realizados pela ANAC em 2012 e 2013 foram precedidos de consultas públicas, dos leilões participou um número expressivo de empresas⁴⁴⁵, que disputaram lance a lance o primeiro lugar⁴⁴⁶.

Os aeroportos autorizatários, cujos titulares não foram selecionados por licitação, podem explorar o processamento de serviços aéreos privados (atividade aéreas de recreação, de serviços aéreos especializados, e de transporte todos em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave, sem remuneração, nos termos do art. 177 do CBA), de serviços aéreos especializados (atividades aéreas como a aerofotografia, prospecção, exploração ou detecção de elementos do solo ou de plataforma submarina, publicidade aérea e outros definidos no art. 201 do Código Brasileiro do Ar) e de táxi-aéreos (aviação executiva nos termos do art. 220 do CBA). Desta lista, fica (por ora⁴⁴⁷) excluída a exploração de processamento de serviços aéreos públicos conhecidos como aviação comercial, para a qual há cobrança de tarifas dos usuários.

VII.3.2. A primeira rodada de leilão para concessão de aeroportos federais⁴⁴⁸

Em novembro de 2011, a ANAC publicou o edital da primeira rodada de leilões⁴⁴⁹. Conforme antecipado, desse processo licitatório resultou a contratação de três distintas

⁴⁴³ Essa avocação de competência da ANAC pela SAC/PR será tema da seção VII.2.1.2 sobre a avaliação da institucionalização substantiva.

⁴⁴⁴ As duas autorizações concedidas para a exploração de aeroportos são: (i) Aeródromo Privado Rodoanel, em São Paulo (SP), da Harpia Logística Ltda.; e (ii) Aeródromo Coroa do Avião, em Igarassú (PE), da Gran Marco Empreendimentos Ltda.

⁴⁴⁵ No Leilão dos Aeroportos do Galeão e de Confins, realizado em 2013, participaram quatro Consórcios. Já no Leilão dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Juscelino Kubistchek, realizado em 2011, participaram onze Consórcios.

⁴⁴⁶ Apenas o aeroporto de Brasília teve competição por lances viva voz da qual o Consórcio Invepar saiu vencedor com o lance de R\$ 16,213 bilhões, contra o lance de R\$ 12 bilhões do segundo colocado.

⁴⁴⁷ Foi intensamente noticiado que o Governo Federal pretende estender para os aeroportos autorizatários também a possibilidade de se explorar a aviação comercial (Ver SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. “Governo pretende autorizar aeroportos privados a operar voos comerciais”, 21.05.2014. Disponível em: <<http://www.aviacaocivil.gov.br/noticias/2014/05/governo-pretende-autorizar-aeroportos-privados-a-operar-voos-comerciais>>. Acesso em: fev. 2015.)

⁴⁴⁸ Outros casos poderiam ser trabalhados na análise qualitativa, no entanto, refletem questões estranhas ao tema (e.g. o conhecido “apagão aéreo”, de 2006) ou próprias de um relacionamento ineficiente com os poderes institucionais (e.g. atuação da ANAC na recuperação judicial da Varig). A esse respeito, ver Maranhão, Azevedo e Ferraz Junior (2014, pp. 203-11).

concessionárias, cada qual formada com a participação de 51% dos respectivos acionistas privados e 49% da Infraero, para explorar os respectivos aeroportos durante 25 (Brasília) e 30 (Guarulhos e Viracopos) anos.

A concorrência *pelo* mercado⁴⁵⁰ foi acirrada, com a apresentação de propostas por onze consórcios para compor o acionista privado das concessionárias e, para o aeroporto de Viracopos foi interposto recurso administrativo pelo segundo colocado no leilão viva voz realizado na BM&FBovespa⁴⁵¹. No entanto, não havia no horizonte dos consórcios participantes que vencidos os leilões haveria disputa *no* mercado. À época da realização da primeira rodada de leilões, apesar da possibilidade vislumbrada pelo art. 21, XII, “c”, da Constituição Federal de que o serviço de infraestrutura aeroportuária poderia ser explorado “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, não havia qualquer norma que tornasse concreta a alternativa de o particular explorar esse serviço sem que fosse realizada licitação prévia.

A primeira quebra da estabilidade, ou melhor, o primeiro sintoma da ausência de estabilidade das regras no setor⁴⁵² era o fato de que os leilões haviam sido realizados e o próprio regime de concessão não havia sido disciplinado pelo CBA, nem por outra norma. O regramento aplicável às atuais concessões está sendo aos poucos construído e não se fala apenas em regulamentação de temas afetos às concessões (*e.g.* condições em que ocorrerá

⁴⁴⁹ Antes da publicação do edital de Licitação ANAC 02/2011, ocorrida em 15.12.2011, a agência realizou chamada para seleção de estudos e projetos dos interessados, em 29.06.2011. O resultado foi publicado em 10.10.2011 declarando a Estruturadora Brasileira de Projetos – EBP a vencedora.

⁴⁵⁰ No entanto, como lembra Schirato (2012, p. 30) “[a] concorrência *pelo* mercado não implica concorrência *no* mercado.”. Nesta última, “os agentes não competem para entrar em um determinado mercado, mas sim competem pela prevalência dentro do mercado, já estando nele insertos.”. Ainda que seja uma vontade estatal proporcionar a concorrência entre aeroportos, conforme se depreende do art. 15, I, do Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, verifica-se que ainda é cedo no cenário nacional para se falar em concorrência entre aeroportos fora do sistema Infraero. Ainda que os planos de negócios de dois ou mais aeroportos possam prever uma concorrência entre si decorrente de suas estratégias comerciais de longo prazo, pouco pode ser sentido nesses primeiros anos de concessão do ponto de vista comportamental dos usuários. Em outras palavras, os aeroportos ainda não podem ser considerados substitutos perfeitos (aqueles bens capazes de satisfazer em grau semelhante a utilidade almejada pelo consumidor. Para um aprofundamento desse conceito, ver Salomão Filho, 2002, pp. 104-10) para o usuário. Nem mesmo Guarulhos e Viracopos, localizados no mesmo estado, seriam concorrente diante da deficiência dos meios de transportes que ligam ambos os aeroportos à capital paulista. Nesse sentido, a concorrência *no* mercado ainda é prospectiva, figurando como meta para a regulação estatal.

⁴⁵¹ O Consórcio Novas Rotas, liderado pela Odebrecht TransPort S.A. e pela operadora estatal do aeroporto de Cingapura, Changi Airport Group foi classificado em segundo lugar, com uma proposta de outorga no valor de R\$ 2, 524 bilhões.

⁴⁵² O julgamento do TCU quanto ao edital de licitação da primeira rodada de leilões também mostrou-se importante para explicitar algumas incertezas presentes no setor. No cumprimento da Instrução Normativa nº 27 de 02 de dezembro de 1998, o TCU exerceu o controle do processo de desestatização dos aeroportos incluídos na primeira rodada de leilões. Em acórdão TC 032.786/2011-5 (Internet: AC-0157-03/12-P) julgado em 01.02.2012, foram feitas uma série de recomendações, algumas só poderiam ser atendidas em futuras licitações.

o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos), mas sobretudo ao planejamento do setor⁴⁵³.

Somente depois da publicação do edital da primeira rodada de leilões, foi editado o Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011⁴⁵⁴, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária por meio de concessão. Dentre as principais previsões do Decreto nº 7.624, de 2011 quanto à estabilidade⁴⁵⁵ de normas está (i) a edição, pela SAC, de plano de outorga que *especifique* os aeródromos a serem concedidos pela União (art. 2º); (ii) a fim de assegurar as condições de concorrência o poder concedente poderá estabelecer restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão como regras destinadas a preservar a concorrência *ente* aeródromos (art. 15, I); e (iii) a critério da ANAC, poderá ser limitada a participação direta ou indireta de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo no capital do concessionário (art. 16).

Quanto ao item (i) do decreto presidencial, à época, o Plano Geral de Outorga (PGO) existente não trazia qualquer rol de aeroportos concedidos; de tão amplo não é possível depreender qualquer conteúdo que se aproxime de um planejamento concreto a respeito dos aeroportos concedidos pela União. Aliás, essa decisão (ou não decisão) tem sido comunicada ao mercado apenas por meio de artigos jornalísticos sem qualquer cunho político-institucional. O então vigente PGO fora recentemente substituído pelo novo PGO aprovado pela Portaria SAC nº 183, de 14 de agosto de 2014. Este também pouco aborda sobre a exploração de aeródromos por meio de concessão, dando maior destaque às regras aplicáveis a aeroportos delegados a Estados, Distrito Federal e Municípios, como forma de executar a Política Nacional de Aviação Civil (PNAV)⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Vale retomar o caso qualitativo apresentado no Capítulo VI sobre telecomunicações que se enfatizou a quebra da estabilidade regulatória em razão da alteração do PGO em razão de uma operação societária de grande impacto no setor, sobretudo sob o ângulo da agência. Note-se que no setor de infraestrutura aeroportuária sequer seria possível essa crítica diante (i) da menor importância do Plano de Outorgas nesse setor, e (ii) pelo fato de que a ANAC não tem a mesma centralidade que a ANTAQ na discussão setorial sobre o tema.

⁴⁵⁴ O mesmo ocorreu no leilão para concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, com a edição do Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, editado durante o processo licitatório daquele aeroporto (Edital do Leilão nº 01/2011, publicado em 12 de maio de 2011).

⁴⁵⁵ As demais previsões do decreto que merecem destaque são: (i) o decreto é aplicável a aeroportos concedidos por Estados e Municípios que tenham celebrado convênio de delegação com a União (art. 3º); (ii) os contratos de concessão terão os prazos fixados pelo contrato prorrogáveis por até cinco anos para fins de reequilíbrio econômico-financeiro (art. 6º); (iii) as tarifas obedecerão ao regime tarifário estabelecido pela ANAC e reajustados anualmente por um índice de preço ao consumidor (art. 7º “caput” e §2º);

⁴⁵⁶ Apesar de ainda incipiente, o atual PGO traz algumas diretrizes sobre os aeroportos que podem ser concedidos. A SAC/PR considerará: (i) a relevância do movimento atual ou projetado de passageiros, carga e aeronaves; (ii) as restrições e o nível de saturação da infraestrutura aeroportuária; (iii) a necessidade e a premência de obras e investimentos relevantes; (iv) a necessidade e a premência de melhorias relevantes de gestão e de ganhos de eficiência operacional; (v) o comprometimento na qualidade dos serviços prestados;

Dessa forma, quando da publicação do edital da primeira rodada de leilões, não havia qualquer indicador concreto dos próximos aeroportos a serem concedidos (muito menos na zona de influência dos atuais aeroportos concedidos), e tampouco a possibilidade de, por meio de autorização particular, explorar infraestrutura aeroportuária, não obstante a existência de aeródromos privados cuja exploração comercial é vedada pelo art. 30, §2º, do CBA. O governo federal, desde a criação da SAC, anunciava o desejo de conceder à iniciativa privada os aeroportos sob administração da Infraero⁴⁵⁷, também já previa a possibilidade de construção de novo aeródromo na área de influência do aeroporto concedido na minuta de contrato de concessão⁴⁵⁸, porém não havia qualquer sinalização concreta de que seria introduzida a competição de regimes à exploração da infraestrutura aeroportuária, ou seja, que aeródromo autorizado pudesse competir por serviços de táxi-aéreo com os aeroportos concedidos.

A segunda quebra da instabilidade das regras ocorreu com a edição do Decreto nº 7.871, de 21 de dezembro de 2012, que dispõe sobre as condições de exploração de aeródromos civis públicos, os aeroportos, por meio de autorização. A principal mudança para o setor foi a possibilidade de esses aeroportos explorados por particulares, sem prévia licitação, oferecerem o processamento de serviços aéreos privados (atividade aéreas de recreação, de serviços aéreos especializados, e de transporte todos em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave, sem remuneração, nos termos do art. 177 do CBA), de serviços aéreos especializados (atividades aéreas como a aerofotografia, prospecção, exploração ou detecção de elementos do solo ou de plataforma submarina, publicidade aérea e outros definidos no art. 201 do CBA) e de táxi-aéreos (aviação

(vi) a concorrência entre aeródromos, com efeitos positivos sobre os incentivos à eficiência do sistema e sobre os usuários; e (vii) os resultados econômico-financeiros decorrentes da exploração do aeródromo, promovendo a redução de déficits ou o incremento de superávits, sem comprometimento dos investimentos necessários ou dos níveis de eficiência, qualidade e segurança dos serviços.

⁴⁵⁷ A criação da SAC/PR teve o objetivo de viabilizar o processo de concessão de exploração dos aeroportos. Em primeiro lugar, pois o artigo 1º da MP nº 527, de 2011, alterou a Lei nº 10.683, de 2003, para criar a SAC/PR e prever, entre as suas competências, a atribuição de elaborar e aprovar os planos de outorgas para exploração da infraestrutura aeroportuária, ouvida a ANAC. Em segundo lugar, a norma foi elaborada logo depois de expedido o Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, editado para estabelecer normas sobre a concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, primeiro aeroporto federal objeto de concessão.

⁴⁵⁸ A minuta do contrato de concessão arrolava, dentre os riscos do concessionário, o risco de demanda inclusive quanto à introdução de novo aeródromo na área de influência do aeroporto. Nesse sentido, a cláusula sobre a alocação de riscos contratuais: “5.3. Observado o disposto no item 5.2, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária: (...) 5.3.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.1.3,”

executiva nos termos do art. 220 do CBA)⁴⁵⁹. Esse último grupo de serviços de aviação executiva representa o maior potencial de competição com os aeroportos concedidos que poderiam ter nos seus respectivos planos de negócio interesse em destinar parcela de sua área de negócio a atender a demanda crescente por esses serviços, cuja remuneração é livremente acordada entre prestador e tomador, fora do regime de tarifas contratual.

Vale lembrar que os concessionários dos aeroportos concedidos na primeira rodada de leilões podem prestar tanto serviços aeronáuticos (pouso, decolagem e capatazia) quanto serviços acessórios (cessão de espaços, exploração de estacionamento para passageiros). Dentre os serviços aeronáuticos, estão todos aqueles que o aeroporto autorizatário pode prestar além dos serviços aéreos de transporte público⁴⁶⁰.

A terceira quebra de estabilidade das regras aplicáveis ao setor que geram insegurança jurídica para o ambiente regulatório da infraestrutura aeroportuária são os rumores de que mais um grande aeroporto seria autorizado pela SAC/PR a operar na região da grande São Paulo. Conhecido como novo aeroporto de São Paulo, a autorização do NASP seria acompanhada de ampliação da cesta de serviços que atualmente os aeroportos autorizados podem prestar a fim de permitir a exploração de serviços aéreos de transporte público. Assim, passaria a existir aeroportos oferecendo os mesmos serviços ao público com regimes legais completamente distintos: (i) enquanto os autorizatários não precisaram passar por intenso processo de licitação para serem escolhidos, como resultado dos leilões realizados os concessionários pagam expressivas outorgas definidas quando da seleção; (ii) se os autorizatários precisam cumprir seus planos de negócios, os concessionários têm as obrigações contratuais, metas de investimento e de manutenção dos níveis de serviço, como diretrizes ao seu planejamento empresarial; e (iii) caso o autorizatário decida, por decisão empresarial, não mais explorar o aeroporto poderá se desobrigar, porém o concessionário não há essa possibilidade antes do termo final (25 ou 30 anos) sem incorrer em grave descumprimento contratual.

Em 7 de outubro de 2014 foi proposta a MP nº 656 que, apesar de não tratar do setor, em seu processo legislativo de conversão em lei teve importante dispositivo incorporado ao texto. O PL previu a possibilidade de a autorização para aeródromo civil

⁴⁵⁹ Atualmente são 16 pedidos de autorização que tramitam perante a ANAC, sendo 13 localizados na região sudeste do país, mesma região dos aeroportos da primeira e segunda rodada de leilões. Até o presente momento, dois já obtiveram a autorização da ANAC, um deles no Estado de São Paulo.

⁴⁶⁰ Por serviços aéreos públicos entende-se os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional (art. 175, do CBA).

público contemplar a exploração de transporte aéreo regular⁴⁶¹, contudo, os dispositivos que versavam sobre o tema foram vetados pois, segundo as razões de veto:

[a] proposta desnatura o modelo setorial de exploração de infraestrutura aeroportuária brasileira, estabelecido com êxito nos últimos anos. Os dispositivos criariam um desarranjo regulatório no setor ao estabelecer uma assimetria concorrencial entre aeroportos concedidos e autorizados na exploração de serviço aéreo regular. Além disso, as medidas poderiam prejudicar o andamento do programa de incremento da aviação regional já em curso por meio do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. (Mensagem da Presidência da República nº 21, de 19 de janeiro de 2015)

Ainda que não tenham passado de rumores⁴⁶², pois, conforme apontado anteriormente, ainda que o arcabouço jurídico vigente não contemple essa alternativa, a mídia traz essa possibilidade causando grande incerteza sobre as regras aplicáveis e possíveis concorrentes ao mercado.

VII.4. Conclusão Parcial

No caso da ANAC, mais uma vez, o desempenho satisfatório do aspecto formal não teve reflexo no desempenho substantivo das variáveis institucionalização e procedimentalização. Além disso, o desempenho da agência foi inferior ao das demais agências no cômputo geral da avaliação da qualidade regulatória. Isso quer dizer que apesar de a agência ter sido a última criada no país, o aprendizado agregado com as outras duas agências não serviu para evitar erros ou prever dificuldades desse processo. Assim, a instabilidade das regras e a dificuldade da manutenção das regras do jogo são consequências direta do baixo desempenho da ANAC.

⁴⁶¹ O art. 123 da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, previa, dentre outras inovações, a introdução de novos parágrafos ao art. 36 do CBA, em especial o §8º: “A autorização para aeródromo civil público em que haja exploração de transporte aéreo regular deverá respeitar condições que minimizem as assimetrias regulatórias existentes entre as modalidades de exploração de infraestrutura aeroportuária previstas na legislação.” (texto vetado) O §7º também previa a mesma amplitude para o regime da autorização.

⁴⁶² Ver O GLOBO. “Novo aeroporto em São Paulo: construtoras têm projeto de R\$ 5 bilhões”, 02.06.2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/novo-aeroporto-em-sao-paulo-construtoras-tem-projeto-de-5-bilhoes-12694358>, acesso em janeiro de 2015>. Acesso em: fev. 2015.

Estadão. “Construtoras dizem que novo aeroporto de SP poderia começar a operar em 2020”, 06.03.2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/construtoras-dizem-que-novo-aeroporto-de-sp-poderia-comecar-a-operar-em-2020-imp-1137719>, acesso em janeiro de 2015>. Acesso em: fev. 2015.

Valor Econômico. “SAC: Novo aeroporto de SP passa por avaliação política da Casa Civil”, 22.09.2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3705444/sac-novo-aeroporto-de-sp-passa-por-avaliacao-politica-da-casa-civil>, acesso em janeiro de 2015>. Acesso em: fev. 2015.

Quanto à variável judicialização, os dados da pesquisa apontam para números que correspondem a disputas do regulador com regulados (agentes econômicos ou usuários e consumidores) que não guardam relação com o setor escolhido. A presença de agentes não-estatais nesse setor ainda é bastante recente (remonta à primeira rodada de leilões), motivo pelo qual os dados relativos à judicialização são pertinentes a outras áreas de competência da ANAC não abrangida por este exame.

Ao contrário das outras duas agências aqui analisadas, em razão da sua recente criação, os agentes econômicos e da sociedade civil organizada (*e.g.* associações de usuários e consumidores) não parece participar ativamente das atividades desempenhadas pela agência de forma que pouco contribuem para incentivar essa estrutura burocrática a tornar seu processo decisório mais transparente e racional, assim como as regras de organização da agência mais claras e garantidoras de ambiente regulatório propício à manutenção das regras do jogo e do compromisso regulatório.

PARTE IV: TESTANDO AS VARIÁVEIS TEÓRICAS A PARTIR DOS SETORES ESCOLHIDOS

Capítulo VIII: RESULTADOS DA APLICAÇÃO DAS VARIÁVEIS DA QUALIDADE REGULATÓRIA AOS SETORES ESTUDADOS

VIII.1. O que se pode aprender com os resultados alcançados sobre as Variáveis da Qualidade Regulatória?

A proposta aqui é apresentar modelo de mensuração da qualidade regulatória como ponto de partida para uma discussão mais elaborada sobre a construção e amadurecimento do modelo regulatório⁴⁶³ no Brasil. O método proposto compreende três variáveis que, reunidas, têm condições de apurar objetivamente como uma agência se organiza (variável institucionalização), como ela decide (variável procedimentalização) e se suas decisões são mantidas quando questionadas judicialmente pelos *stakeholders* (variável judicialização).

Falou-se, em primeiro lugar, do processo de aprendizagem do Estado regulador, em sua evolução desde a criação das primeiras agências reguladoras. E, em um segundo momento, como uma conclusão secundária, realizou-se uma avaliação do desempenho dos agentes reguladores de três setores. Diante dos dados levantados e conclusões alcançadas para cada uma das variáveis, sobretudo na análise detalhada de cada teste aplicado a cada uma das agências, vislumbra-se a necessidade de detalhar a apuração realizada para se mensurar anualmente a qualidade regulatória dos setores, a fim de apontar avanços e retrocessos nas agências e tentar relacioná-los com as mudanças de dirigentes e ministros.

Passa-se à análise de cada variável, enquanto critério de avaliação proposto. Com relação à variável *institucionalização*, procurou-se mapear como seria o melhor conjunto de regras aplicáveis à organização da agência de forma a preservar as regras do jogo, sem rupturas regulatórias, por defender que assim estariam garantidas melhores condições para a atuação da agência, da iniciativa privada ao mesmo tempo em que se resguardariam os direitos dos usuários e consumidores dos serviços regulados. Essa discussão substituiria aquela sobre autonomia regulatória a partir da negação de toda e qualquer interligação entre a agência reguladora (o agente) e o Poder Executivo central (o principal), o que não parece possível.

Sobre a regra dos *mandatos*, as agências reguladoras, ainda que revestidas de instrumentos aptos a garantir a blindagem das agências de interferências políticas, ficam

⁴⁶³ Sundfeld (2012, p. 48): “não é um momento fácil para quem quer entender o direito administrativo, mas é fascinante para influir em sua construção”.

vulneráveis a essas influências. Isso se torna mais evidente quando há reeleição presidencial ou permanência de um mesmo partido por mais de um mandato. No primeiro ano do segundo mandato, como ocorreu com a gestão Lula e com a primeira gestão Dilma, o Presidente nomeou todos os dirigentes das agências. Portanto, o sistema não é ideal. Como solução, é possível apontar a possibilidade de indicação dividida com o Poder Legislativo, em que o Presidente nomeia uma parte dos dirigentes, e os membros do Legislativo outra. Deve-se utilizar de instrumentos de precisão, para não substituir o arbítrio do Executivo pelo arbítrio do Legislativo. Cabe ainda apontar a falta de incentivo para o Poder Executivo fazer as devidas indicações em prazo razoável, prazo este que poderia ser previsto em lei, mitigando o problema.

Sobre a regra da *nomeação*, não basta existir a regra de indicação compartilhada. Conforme foi identificado, o Senado Federal sempre referendou as indicações presidenciais. Contudo, a ausência de equilíbrio partidário (em inglês, *partisan balance*) faz que essa regra não tenha a eficácia desejada. Lembra Prado (2005, p. 139), por exemplo, que o Presidente Fernando Henrique Cardoso distribuiu os cargos das agências reguladoras entre diferentes partidos políticos aliados ao governo. Os diretores da ANATEL e da ANEEL foram nomeados, respectivamente, por dois partidos – PSDB e PFL – durante a gestão FHC. Na opinião da autora, aqui compartilhada, isso não diminui a independência das agências, mas desvirtua o processo de nomeação, dado que os cargos passam a servir como instrumento de obtenção de apoio político e sustentação da coalização no Congresso Nacional. Isso ilustra que esse desvirtuamento também não é uma peculiaridade de um partido político ou governo. Se nem mesmo a gestão FHC ficou alheia ao mau uso da nomeação dos dirigentes das agências, outras gestões e gestões futuras dificilmente terão comportamento distinto.

Como alternativa ao desvirtuamento das escolhas, Prado (2005, p. 140) sugere que ou parte das indicações seja realizada pelo Poder Executivo e parte pelo Poder Legislativo⁴⁶⁴, a exemplo do que ocorre com a Bulgária, ou que o Poder Judiciário interprete a legislação existente a fim de indicar a data de início e de término dos mandatos dos dirigentes (PRADO e TÜRNER, 2010, p. 65).

⁴⁶⁴ Deve-se ponderar que o Poder Legislativo pode sofrer dos mesmos incentivos perversos que o Poder Executivo quanto ao loteamento político dos cargos de dirigentes das agências, com o agravante de que o Executivo talvez tenha menos impulso para se amarrar, por contar com maior unidade de comando – ainda que em governos de coalizão – do que é possível pressupor em um Congresso com centena de parlamentares pertencentes a dezenas de partidos políticos – como no caso brasileiro (PACHECO, 2003, p. 8).

Deve-se ponderar que os presidentes brasileiros sempre contaram com a maioria dos dirigentes das agências. FHC com a indicação inicial escalonada apontou todos os dirigentes que seriam renovados aos poucos pelo seu sucessor, não fossem os atrasos nas nomeações que acabaram, propositadamente, postergando em um ano a indicação do cargo após cinco anos do mandato do então nomeado dirigente. Prado e Turner (2010, pp. 44-5) citam o caso da ANATEL para ilustrar que o atraso das nomeações para dirigentes é uma estratégia utilizada pelo presidente:

Tanto o atraso de FHC [em nomear Luiz Alberto Silva], em 2001, quanto o de Lula em nomear [Antonio Domingos Teixeira] Bedran e [Ronaldo Mota] Sardenberg, em 2005, ocorreram na véspera do ano eleitoral. Porém, diferentemente do ocorrido no governo FHC, a nomeação do diretor subsequente, no governo Lula, não se deu logo no ano seguinte (2006), mas tão somente no primeiro ano do segundo mandato presidencial (2007). (...) Por que o atraso nas nomeações ocorreu no penúltimo ano de mandato? Há pelo menos duas hipóteses: primeiro, esse é um ano de incerteza, em que os arranjos políticos para a corrida presidencial estão ainda sendo articulados. Devido a essa insegurança, marcada pelo risco de eleger ou não o seu sucessor, o presidente pode preferir tomar decisões que terão impacto em longo prazo e não comprometer recursos que podem ser chaves durante a articulação de apoio político para a eleição. A segunda hipótese é que no penúltimo ano do mandato presidencial o atraso envolve menos custos. Nesse ano, bastam alguns meses de atraso para que a nomeação seja relocada para o último ano do mandato presidencial. (...) [I]sso gera um efeito relevante, pois subtrai uma nomeação do sucessor do atual presidente, dado que tal nomeação é deslocada para o mandato seguinte ao de seu sucessor.

Sobre a subvariável *orçamento*, os dados levantados e trabalhados aqui apontam para uma inexistência de padrão no comportamento do Poder Executivo no contingenciamento dos montantes indicados para as agências⁴⁶⁵. Apenas que ele sempre existiu, para todas as agências, em maior ou menor grau a depender do ano e da agência, e de forma contínua. Ainda, o contingenciamento não deixou de existir durante a gestão FHC, tampouco se tornou menor quando Lula estava em seu segundo mandato, momento em que todos os dirigentes das agências reguladoras estariam, em tese, alinhados às suas

⁴⁶⁵ Esse também é o posicionamento do TCU: “87. Mediante entrevistas e diligências realizadas nas agências reguladoras, SOF e ministérios vinculados, verificou-se que não existem critérios formais explícitos e definidos ex-ante que estabeleçam prioridades quanto ao contingenciamento das agências. O Ministério de Minas Energia, por exemplo, foi categórico ao informar que não existe nenhuma exigência legal para que sejam aplicados às unidades orçamentárias os mesmos percentuais de contingenciamento impostos ao órgão setorial e nem para que seja dado tratamento diferenciado para os entes reguladores.” (Relatório da Sefid nos autos do TC nº 012.693/2009-9, Acórdão nº 2261/2011, Plenário, em 24.08.2011)

preferências. Em termos absolutos, por outro lado, o orçamento autorizado segue aumentando de volume a cada ano, com algumas exceções pontuais.

Uma explicação possível para o fenômeno do contingenciamento é a necessidade de o governo precisar utilizar o orçamento das agências para buscar superávit, assim como faz com outras entidades da administração pública. Desse modo, apesar de não existir necessariamente pretensão de exercer controle sobre a agência, o Poder Executivo acaba por impactar sua rotina e atividades. É preciso, no entanto, examinar com o cuidado necessário os efetivos impactos desses contingenciamentos nas agências. O que não se pode é, sem levantar dados empíricos, lançar mão do argumento da fragilidade da autonomia das agências. Aliás, a ausência de reclamações por parte das próprias agências desses contingenciamentos parece ser mais sintomática para explicar a relação entre o regulador e o Poder Executivo⁴⁶⁶.

Ainda que se compreenda a justificativa do contingenciamento do orçamento observado nas agências (o que pode não implicar quebra de autonomia administrativa) o problema deve ser atacado. Uma possível solução é a proibição de contingenciamento no montante correspondente à arrecadação de taxas de fiscalização do setor regulado, serviço realizado pela agência reguladora. Prado (2005, p. 154) aponta que nos EUA uma ferramenta interessante é utilizada: a fim de impedir que os fundos arrecadados pelas agências servissem para gerar superávit primário, qualquer receita arrecada e não utilizada é devolvida para as empresas que pagaram as taxas de fiscalização. Caso essa ferramenta fosse adotada, o excesso de arrecadação das agências não seria mais utilizado para gerar superávit primário pelo governo.

Quanto ao *peçoal*, verificou-se que a agência manter controle sobre seu quadro de pessoal é condição necessária para a independência administrativa, contudo, está longe de ser suficiente. A insuficiência de pessoal, sobretudo do corpo técnico, ficou comprovada por documento elaborado pelo próprio governo e utilizado como base no presente estudo. Vale lembrar que a qualidade das agências decorre dos técnicos que a compõe. Quanto mais bem preparados forem aqueles que instruem os processos decisórios, mais difícil será a decisão puramente política ou divorciada do melhor para o usuário e mercado. Dito de outra forma, se uma decisão é tomada a revelia dos técnicos que desenvolveram estudos e análises a partir de conhecimento específico sobre o setor, idealmente, sem qualquer

⁴⁶⁶ Caso o problema fosse grave com o relevo que a literatura impõe, os servidores já teriam lançado críticas às agências. Iniciativa como essa só foi constatada na ANEEL.

alinhamento em prol de uma ou outra parte envolvida, maior o ônus argumentativo do dirigente, sob pena de ser reformada no Judiciário.

Por variável *procedimentalização* se quis englobar as regras aplicáveis ao processo decisório da agência, tanto no que diz respeito à racionalização, a fim de conferir previsibilidade às decisões regulatórias, quanto à transparência, com o propósito de permitir o maior acesso e controle dessas decisões. Da análise, verificou-se que alguns instrumentos, sobretudo os mais novos, são adotados apenas para cumprimento de regras formais de boas práticas, sem qualquer compromisso na sua efetiva aplicação e, o que é pior, sob pena de se dar razão a argumentos que advogam pela retirada desses instrumentos no processo decisório regulatório. Esse é o caso, por exemplo, da *agenda regulatória*. Pelo levantamento realizado para as três agências, verificou-se que ela não tem servido nem para indicar os temas sobre os quais a agência pretende tratar no ano seguinte – pois não são todos os temas que são trabalhados pela agência – e nem quais temas não terão tratamento algum da agência – apesar da relação inicial ter esse propósito, e temas novos são introduzidos ao longo do ano sem qualquer justificativa.

A mesma crítica é aplicável à *AIR*. Além da baixa disponibilização (para não dizer realização) de relatórios de *AIR* processadas pelas agências, há graves problemas quanto à qualidade. A agência que mais se destaca nesse quesito é a ANATEL, ainda sim com relevantes ressalvas. A qualidade das *AIR* desta agência é bastante variável. A ANEEL, por sua vez, é a agência que apresenta maior número de *AIR* disponibilizada, porém, de qualidade, na média, inferior.

Além disso, procedimentos de sucesso consolidados por algumas agências deveriam ser compartilhados pelas demais. Essa ausência de iniciativas que disseminam as boas práticas é verificada na análise do *modus operandi* de instrumentos mais antigos, como a *consulta pública* e *reuniões* da diretoria-colegiada. Após quase duas décadas da criação das primeiras agências, não se pode compreender como procedimentos de publicação das contribuições às consultas públicas se dão após a publicação do ato, ou mesmo que reuniões do órgão superior da agência ocorram a portas fechadas, ambos os exemplos verificados na ANAC.

Vale lembrar que as variáveis institucionalização e procedimentalização examinaram as agências sob a perspectiva *estática* e *dinâmica*. Enquanto a estática se dá a partir das regras e normas aplicáveis a esses entes insulados da burocracia estatal, a dinâmica se preocupa em compreender a aplicação efetiva desses comandos jurídicos, que são adaptados diante de influências políticas e econômicas. É preciso, assim, responder se

o aspecto formal (estático) da qualidade do desempenho da burocracia regulatória estatal é determinante ou não para o aspecto substantivo (dinâmico) da qualidade. Pelos dados levantados reunidos na Tabela abaixo, verificou-se que a boa avaliação das variáveis formais não implica necessariamente uma boa avaliação das variáveis substantivas. As médias do aspecto formal para as variáveis institucionalização (80,3%) e procedimentalização (80,2%) foram significativamente superiores às médias do aspecto substantivo para essas mesmas variáveis (18,8% e 27,1%, respectivamente). Essa conclusão vai ao encontro das conclusões de Correa et. al. (2006), que, após analisar agências federais e estaduais brasileiras, concluiu que atributos formais nem sempre se traduzem, na prática, em melhoria regulatória.

Diante disso, é possível afirmar que o modelo regulatório ideal, ainda que prescrito no ordenamento jurídico, está longe de ser implantado.

Tabela 32 – Tabela Análise Horizontal

Variável-Aspecto	Nota Variável-Aspecto			
	ANEEL	ANATEL	ANAC	Média
Institucionalização Formal	68,2%	90,9%	81,8%	80,3%
Institucionalização Substantiva	25,0%	12,5%	18,8%	18,8%
Procedimentalização Formal	70,4%	100,0%	70,4%	80,2%
Procedimentalização Substantiva	31,3%	43,8%	6,3%	27,1%
Fonte: elaboração própria				

Conforme será mais bem sintetizado na seção seguinte, com a análise das variáveis institucionalização e procedimentalização, não há um isoformismo como sugere o senso comum⁴⁶⁷. A Lei nº 9.986/2000 procurou criar um padrão comum a todas as agências reguladoras na medida em que estabeleceu algumas regras gerais de gestão de pessoas, incluídos os dirigentes e dirigentes-presidente. Algumas foram positivas, como a exigência de experiência prévia no setor regulado em que a agência atua, regra inexistente até então para a ANEEL, e outras foram negativas, como a atribuição ao Presidente da República da nomeação do dirigente-presidente, o que pela LGT era competência do próprio Conselho Diretor. O saldo final é negativo, pois a pretexto de disciplinar a regra geral, excluiu importantes conquistas individuais, que ao invés de servirem de exemplo, foram excluídas do quadro normativo. Esse foi o caso da vedação à recondução de dirigentes na ANATEL.

⁴⁶⁷ É verdade que em termos bastante simplificados, as agências são autarquias sob regime especial, parte da administração pública indireta e caracterizadas por independência administrativa e financeira, estabilidade de seus dirigentes e ausência de subordinação hierárquica. Contudo, há particularidades que não podem ser ignoradas por quem analisa mais de uma agência, conforme levantado ao longo da tese.

Outro retrocesso foi a ausência de clareza da lei quanto ao início dos mandatos, especialmente em circunstâncias de renúncia do cargo e atrasos nas nomeações dos dirigentes pelo Poder Executivo. Ambas as hipóteses tratam de estratégias para ampliar a influência do Presidente da República nas agências.

Pode-se concluir, ainda, que há relação entre o alinhamento político dos dirigentes das agências reguladoras e do Poder Executivo e mais, quanto *maior* o alinhamento político entre eles, *menor* a interferência explícita desse último na agência. O uso sistêmico de pressão política, a fim de forçar esse alinhamento caso ele não seja conquistado desde a nomeação, pode gerar insegurança sistêmica, o que implicaria redução de investimentos no setor em curto prazo e redução da qualidade, confiabilidade e sustentabilidade do serviço em longo prazo. Pesquisas empíricas devem procurar medir, em termos objetivos, os efetivos prejuízos à economia com a fuga de investimento privado, nacional e estrangeiro e aos setores regulados, com foco nos usuários.

A variável *judicialização*, por sua vez, procurou traduzir como o Poder Judiciário avalia as decisões das agências, se elas extrapolam a borda legal ou se elas são proferidas na medida da sua discricionariedade e na forma autorizada pela lei. Nos capítulos anteriores, ficou clara a limitação de conclusão a respeito desta variável diante da ausência de pesquisa empírica sobre o tema. Os dados trazidos aqui não contribuíram para afirmar que os avanços na institucionalização ou procedimentalização das agências reguladoras brasileiras contribuem para as altas taxas de confirmação. Tampouco se pôde verificar um padrão no comportamento do setor privado e dos grupos de interesse setoriais, com aumento ou diminuição da corrida ao Judiciário, diante de claros avanços nos níveis de institucionalização e procedimentalização ao longo do tempo.

No entanto, não é demais retomar algumas conclusões. Ficou constatado que o Judiciário se pronuncia em primeira instância de modo mais restritivo às agências do que o faz em suas decisões finais, gerando, assim, inquestionável insegurança jurídica. Soma-se a isso o fato de essa mudança de *status* da decisão poder se dar sucessivas vezes até o trânsito em julgado da decisão judicial. Nota-se que o Poder Judiciário somente consegue restabelecer a segurança jurídica ao final do processo e, o que é pior, sem a preocupação de construir *standards* claros de como o faz para garantir a previsibilidade de decisões futuras, o que aqui tem sido discutido com enfoque nas decisões regulatórias, mas também deveria ser um objetivo para as decisões judiciais.

Não se pôde aqui alcançar respostas sobre o volume de ações judiciais. No entanto, não é possível descartar a possibilidade de o volume ser baixo em razão da baixa

institucionalização e procedimentalização substantivas das agências. Nesse caso, a decisão é tomada informalmente e ao arrepio das regras formais, pelos atores envolvidos, sem que seja necessário envolver o Poder Judiciário, ator que tampouco se sente confortável em arbitrar essas relações.

VIII.2. O que se pode aprender com os resultados alcançados sobre as agências examinadas?

Fazendo uma comparação vertical das agências analisadas, exceto pela variável judicialização, novamente adotando o mesmo peso para as variáveis e aspectos⁴⁶⁸, pode-se aferir aquela que oferece a melhor qualidade das atividades regulatórias ao seu setor (ANATEL, Nota Ponderada Final: 61,8%) e aquela que oferece a pior (ANAC, Nota Ponderada Final: 44,3%) em termos comparativos. A ANEEL (Nota Ponderada Final: 48,7) ficou em segundo lugar. Abaixo a tabela com os resultados:

⁴⁶⁸ Como a comparação envolve duas variáveis, o peso atribuído foi de 25% para cada aspecto, diferentemente do utilizado na análise individual de cada uma das variáveis. Por manter a mesma proporção entre os aspectos, não altera os resultados, apenas altera a escala. Tem-se, assim, uma a nota final na escala de 0 a 100%.

Tabela 33 - Tabela Análise Vertical

ANEEL	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Institucionalização Formal	68,2%	25,0%	17,0%
Institucionalização Substantiva	25,0%	25,0%	6,3%
Procedimentalização Formal	70,4%	25,0%	17,6%
Procedimentalização Substantiva	31,3%	25,0%	7,8%
TOTAL GERAL	48,7%		

ANATEL	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Institucionalização Formal	90,9%	25,0%	22,7%
Institucionalização Substantiva	12,5%	25,0%	3,1%
Procedimentalização Formal	100,0%	25,0%	25,0%
Procedimentalização Substantiva	43,8%	25,0%	10,9%
TOTAL GERAL	61,8%		

ANAC	Nota Variável-Aspecto	Peso Variável-Aspecto	Nota Ponderada Variável-Aspecto
Institucionalização Formal	81,8%	25,0%	20,5%
Institucionalização Substantiva	18,8%	25,0%	4,7%
Procedimentalização Formal	70,4%	25,0%	17,6%
Procedimentalização Substantiva	6,3%	25,0%	1,6%
TOTAL GERAL	44,3%		

Fonte: elaboração própria

A análise vertical evidencia que a ANATEL é a agência mais bem-avaliada em todos os aspectos, a exceção da institucionalização substantiva (ANATEL: 3,1%). O aspecto substantivo da variável institucionalização, é preciso destacar, recebeu as menores notas para todas as agências (ANEEL: 6,3% e ANA: 4,7%), devendo ser o foco de atenção para as agências e os operadores do Direito.

O desempenho similar da ANEEL e da ANAC desconstrói possível argumento de que as agências criadas ainda na gestão de FHC têm desempenho diferente daquela criada na gestão de Lula, a corroborar as conclusões acima. É verdade que as primeiras (ANEEL e ANATEL) integravam um propósito de criação de um ambiente regulatório para os setores que haviam acabado de passar por um processo de privatização e abertura ao mercado, e que em momento posterior, sobre a gestão de partido político que havia sido contrário a esse modelo de Estado, foi criada a ANAC. Apesar da avaliação da ANAC ter sido pior em relação às demais, não foi distante da avaliação que a ANEEL recebeu. Mais

que uma particularidade da agência criada na gestão Lula, as deficiências verificadas na ANAC de alguma forma foram encontradas também na ANEEL.

Com relação à organização dos agentes não-estatais presentes em cada setor, a divisão entre primeira (ANEEL e ANATEL) e segunda (ANAC) gerações de agências parece fazer sentido. Nos setores cujas agências são mais antigas, os grupos de interesse (*i.e.* os usuários e os agentes econômicos divididos em seus vários segmentos) são mais bem organizados e, conseqüentemente, supostamente capazes de interagir ordenadamente com a agência. Contudo, isso não vem resultando em melhor qualidade regulatória no que tange os aspectos substantivos das variáveis institucionalização e procedimentalização. Tal fato não encontra resposta nesse estudo e merece aprofundamento por pesquisas futuras. De forma mais abrangente, a disparidade entre as notas dos aspectos formais e substantivos, verificadas na três agências estudadas, também instiga reflexões sobre os contornos de uma agência ideal, ou de um método de aferição da qualidade regulatória ideal.

VIII.3. Considerações finais

Propor um modelo de avaliação é uma tarefa audaciosa, cujo desenvolvimento implica uma série de riscos e falhas necessárias para a construção (ainda inacabada) desses parâmetros. Porém, não iniciá-lo é uma tarefa ainda mais arriscada, do ponto de vista acadêmico, após quase duas décadas da criação das primeiras agências.

Esse estudo deve ser visto, pela comunidade jurídica nacional, como o início da reflexão sobre qualidade regulatória e como mensurá-la, uma vez que o Direito e as outras áreas do conhecimento que se debruçam sobre o tema não fornecem respostas com validade universal, mas específicas e limitadas ao âmbito dos universos pesquisados.

A qualidade das agências reguladoras depende do quanto o ambiente é propício para questionar o mau uso de instrumentos regulatórios, a ingerência política nas atividades da agência e em especial da diretoria-colegiada e seus dirigentes, o sucateamento do corpo técnico da agência, entre outros. Propõe-se, com isso, o estímulo para o surgimento de uma *advocacia da regulação* (aos moldes do que há para a advocacia da concorrência) a fim de fortalecer a regulação e a atividade das agências reguladoras. Mais que uma iniciativa governamental⁴⁶⁹, a ideia é aumentar os níveis de transparência e

⁴⁶⁹ A referência é feita ao Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – Pro-Reg (<www.regulacao.gov.br>).

racionalidade dos processos decisórios, bem como da transparência e autonomia quanto à organização das agências (inclusive de sua relação com a figura do presidente da República) para que os *stakeholders* possam servir de críticos da atividade regulatória.

O que ocorre atualmente é a regulação sendo exercida de forma pouco transparente e sem a desejada interlocução com os *stakeholders*. Não é porque a agência desenvolve função indispensável para a sociedade que sua atividade deve ser revestida de uma presunção do bem e da correção. Essa presunção, em vez de decorrer da sua atividade propriamente dita (regular), deveria ser pautada em *como* as agências exercem suas atividades (como é regulado o setor: com transparência? ouvindo os interessados? a partir de decisões tomadas por agentes técnicos sem incentivos políticos?)⁴⁷⁰.

Se não se alcançou uma solução para problemas como a influência política nas agências reguladoras, este modelo de avaliação pode ser considerado como um mecanismo para que os *stakeholders* possam conviver com o risco regulatório e obrigar os agentes reguladores a serem mais aderentes às suas funções legais de garantir a prestação de serviços (públicos ou atividades econômicas em sentido estrito) em prol dos usuários, respeitadas as condições de mercado.

⁴⁷⁰ Segundo Binenbojm (2008, pp. 274-5): “O governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva marcou, na história institucional do Brasil, o primeiro teste da estrutura regulatória independente face à sucessão democrática no âmbito federal. Antes disso, todos os dirigentes das agências tinham sido nomeados pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na posse de Lula, a direção das agências estava entregue a homens de confiança do governo anterior, derrotado nas urnas. Seus mandatos ainda se encontravam em curso. (...) Embora as crises [revisão das tarifas relativa a serviços públicos de energia e telefonia] do governo Lula com a ANATEL e a ANEEL tenham se resolvido pelos mecanismos institucionais disponíveis – a primeira, com uma decisão favorável ao entendimento da agência, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, e a segunda, por um acordo entre governo e agência, de diferimento do aumento da tarifa –, minha especulação é a de que melhores instrumentos de controle político e jurídico, e um grau maior de participação social e visibilidade dos processos regulatórios, poderão prevenir futuras crises e conferir maior lastro de legitimidade ao papel das agências.”

APÊNDICE 1: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL

Tabela 1 – Orçamento

Ano	Dotação Orçamentária + crédito	Limite autorizado	Contingenciado
1998	R\$ 125.200.000,00	R\$ 88.000.000,00	R\$ 37.200.000,00
1999	R\$ 106.300.000,00	R\$ 106.300.000,00	-
2000	R\$ 139.300.000,00	R\$ 134.000.000,00	R\$ 5.300.000,00
2001	R\$ 161.182.000,00	R\$ 161.182.000,00	-
2002	R\$ 174.948.000,00	R\$ 174.948.000,00	-
2003	R\$ 165.073.000,00	R\$ 122.716.000,00	R\$ 42.357.000,00
2004	R\$ 219.040.668,00	R\$ 122.140.000,00	R\$ 96.900.668,00
2005	R\$ 184.503.467,00	R\$ 116.734.000,00	R\$ 67.769.467,00
2006	R\$ 282.944.644,00	R\$ 112.800.000,00	R\$ 170.144.644,00
2007	R\$ 415.625.627,00	R\$ 129.800.000,00	R\$ 285.825.627,00
2008	R\$ 365.367.000,00	R\$ 144.500.000,00	R\$ 220.867.000,00
2009	R\$ 431.515.606,00	R\$ 178.000.000,00	R\$ 253.515.606,00
2010	R\$ 442.544.115,00	R\$ 170.898.582,39	R\$ 271.645.532,61
2011	R\$ 445.882.257,00	R\$ 193.896.504,00	R\$ 251.985.753,00
2012	R\$ 492.192.737,00	R\$ 210.249.613,00	R\$ 281.943.124,00
2013	R\$ 570.898.463,00	R\$ 217.221.544,51	R\$ 353.676.918,49
2014	R\$ 383.911.099,00	R\$ 223.619.320,00	R\$ 160.291.779,00
Total	R\$ 5.106.428.683,00	R\$ 2.607.005.563,90	R\$ 2.499.423.119,10
Fonte: elaboração própria a partir de informações obtidas na ANEEL por meio do Sistema de Acesso Eletrônico e por meio dos relatórios anuais da ANEEL.			

Tabela 2 – Dirigentes

Duração do mandato	Nome	Curriculum
1º mandato: 02/12/1997 a 01/12/2000	José Mário Miranda Abdo	Graduado em Engenharia Elétrica pela UnB e em Administração de Empresas pelo UNICEUB. Especialista em Engenharia de Sistemas Elétricos pela UnB. Exerceu atividades nas áreas de Operação e Manutenção em FURNAS-Centrais Elétricas S/A. Desempenhou funções de Gerente da Divisão de Análise de Sistemas Elétricos, de Gerente do Departamento de Planejamento, de Assistente da Diretoria de Planejamento e Engenharia, e de Superintendente de Planejamento da Diretoria de Engenharia na Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A-ELETRONORTE. Foi Diretor-Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica-DNAEE. Foi membro do Conselho de Administração da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais-CPRM, do Conselho Diretor do Projeto Reforma do Setor Elétrico/RE-SEB, do Conselho de Administração do Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica-SINTREL, do Conselho de Administração do Centro de Pesquisa de Energia Elétrica, do Conselho Estadual de Energia do Estado de Mato Grosso.
2º mandato: 02/12/2000 a 01/12/2004		

02/12/1997 a 01/12/2000	Afonso Henrique dos Santos	Graduado em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Itajubá – UNIFEI. É Mestre em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal de Itajubá e Doutor em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Universidade Estadual de Campinas. Possui Pós-Doutorado no Centre International de la Recherche sur l'Environnement et le Développement (CIRED). Foi Secretário Nacional de Energia e Presidente da Sociedade Brasileira de Planejamento Energético.
1º mandato: 19/12/1997 a 18/12/2000 2º mandato: 29/12/2001 a 27/12/2005	Jaconias de Aguiar	Graduado em Engenharia Elétrica pela UFMG. Foi Diretor Presidente da Centrais Elétricas Mato-Grossenses S/A. Diretor de Engenharia da Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA. Diretor de operação da companhia energética do Ceará – COELCE e Chefe de Gabinete do Diretor de Engenharia e Presidente da Companhia Hidroelétrica de São Francisco - CHESF.
19/12/1997 a 18/12/2001	Luciano Pacheco Santos	Graduado em Engenharia Elétrica pela Universidade de Pernambuco. É Especialista em Engenharia pela FGV/SP. Possui curso avançado de Operação de Sistema Hidrométricos - COPPE - UFRH e de Operação de Sistema Hidrométricos da Universidade Waterloo - Canadá. Foi Coordenador-Geral econômico-financeiro do DNAEE. Chefe da Divisão de Tarefas e Estudos Econômicos do DNAEE. Foi Assessor do Departamento de Planejamento Econômico Financeiro e Chefe de Divisão de Planejamento Econômico Financeiro da Companhia Hidroelétrica do São Francisco CHESF.
14/01/2005 a 14/01/2009	Jerson Kelman	Graduado em Engenharia Civil pela UFRJ. É Mestre em Engenharia Civil pela UFRJ e PhD em Hidrologia e Recursos Hídricos pela Colorado State University. Foi pesquisador do Centro de Pesquisas de Energia Elétrica. Diretor de estudos e projetos da Superintendência Estadual de Rios e Lagoas (Serla-RJ). Foi consultor do Banco Mundial. Coordenador da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico e participou do Comitê Gestor da Crise Energética. Foi Diretor Presidente da ANA.
25/05/2001 a 23/05/2005	Paulo Jerônimo Bandeira de Mello Pedrosa	Graduado em Engenharia Mecânica pela UnB, com formação técnica complementar em sistemas auxiliares de usinas hidrelétricas, turbinas hidráulicas e projeto de pequenas centrais hidroelétricas. Possui experiência em engenharia técnica de centrais geradoras hidrelétricas, gestão de concessionárias de energia e processo legislativo. Foi engenheiro elétrico na Eletronorte e na Mecânica Pesada Continental em Maceió. Assessor da subcomissão de energia e comissão de infraestrutura do Senado Federal e adjunto da Presidência da CHESF.
1º mandato: 02/12/1997 a 02/11/2000 (Como Diretor-Ouvidor).	Eduardo Henrique Ellery Filho	Graduado em Engenharia pela UnB. Especialista em Engenharia pela Escola Federal de Engenharia de Itajubá. É Mestre em Engenharia pela Itajubá. Foi Diretor ouvidor da ANEEL e gerente de programa. Foi Diretor da ABAR; assessor da

2º mandato 25/05/2001 a 24/05/2005		Diretoria do DNAE, órgão do Ministério de Minas e Energia. Foi, por 21 anos, funcionário da Eletronorte. Foi Diretor-Ouvidor da Aneel.
11/01/2002 a 10/01/2006	Isaac Pinto Averbuch	Graduado em Engenharia pela UFPE e em Direito pela USP. É Especialista em Economia pela USP. Atuou na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e como Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Foi o engenheiro responsável pelo planejamento energético global e de longo prazo na Companhia Hidroelétrica do São Francisco CHESF. Foi assessor da presidência na Companhia Energética de Pernambuco - CELPE.
1º mandato: 23/12/2005 a 22/12/2009 2º mandato: 23/12/2009 a 22/12/2013	Edvaldo Alves de Santana	Graduado em Economia pela UFSC e em Engenharia Elétrica pela PUCRJ. É Mestre e Doutor em Engenharia de Produção pela UFSC. Foi Superintendente de Estudos Econômicos do mercado ANEEL. Diretor do Banco Fleming Graphus. Consultor da Copel na análise de riscos e <i>proect finance</i> . Foi consultor do Governo do Rio Grande do Sul para a reestruturação da CEEE e da CRM e Professor titular da UFSC.
23/12/2005 a 22/12/2009	Joísa Campanher Dutra Saraiva	Graduada em Ciências Econômicas pela UFRS. É Mestra em Economia pela UFRS e Doutora em Economia pela FGV/RJ. Foi Coordenadora do centro de economia experimental da FGV. Analista de regulação na ANP. Foi consultora na área de regulação do setor elétrico.
1º mandato: 13/08/2006 a 13/08/2010 2º mandato: 14/08/2010 a 13/08/2014 3º mandato: 14/08/2014 a 13/08/2018	Romeu Donizete Rufino	Graduado em Ciências Contábeis pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF. É Especialista em Contabilidade pela FGV. Foi Superintendente de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL. Trabalhou nas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. Foi Assistente Sênior e Supervisor de auditoria na CEB - Companhia Energética de Brasília e na Price Waterhouse.
14/08/2006 a 13/08/2010	José Guilherme Silva de Menezes Senna	Graduado em Engenharia Mecânica pela UnB. É Mestre em Ciências Técnicas pelo ITA. Doutor em Engenharia Nuclear pelo Instituto Tecnológico de Massachussetts. Atuou na área de energia nuclear do Instituto de Estudos Avançados do Centro Tecnológico de Aeronáutica (CTA). Foi membro da Comissão Nacional de Energia. Foi assessor das superintendências de Regulação Econômica e de Estudos de Mercado.
11/03/2009 a 13/01/2013	Nelson José Hubner Moreira	Graduado em Engenharia pela Universidade Federal Fluminense. É Especialista em matemática. Possui MBA executivo internacional. Atuou como engenheiro na área de projetos de rede subterrânea e iluminação pública da CEB. Foi Diretor de distribuição da mesma companhia. Iniciou na ANEEL pela área de fiscalização dos serviços de energia elétrica. Foi Assessor do Departamento de Planejamento Energético no Ministério de Minas e Energia.

23/12/2009 a 10/07/2013	Julião Silveira Coelho	Graduado em Direito pelo UNICEUB. Foi procurador do Distrito Federal. Atuou na Procuradoria Federal junto à ANEEL e como advogado em diversas bancas de advocacia na área de energia.
1º mandato: 16/08/2010 a 13/08/2014 2º mandato: 14/08/2014 a 13/08/2018	André Pepitone da Nóbrega	Graduado em Engenharia Civil pela UNB. É Especialista em Geotecnia pela UNB. Possui MBA em teoria e operação de economia nacional moderna, pela George Washington. Desde 2000, exercia atividades na ANEEL, sendo que, a partir de 2005, tendo sido aprovado em concurso público, passou a exercer o cargo de especialista em regulação. Entre 2000 a 2002, foi coordenador do grupo de autorizações da superintendência de concessões e autorizações de geração. De 2002 a 2006, atuou na Superintendência dos Estudos Econômicos do Mercado. Desde 2006, é Assessor da Diretoria.
06/05/2013 a 13/08/2014	José Jurhosa Junior	Graduado em Engenharia pela UFMT. Especialista em Gerência de Operações pela CEFET. Atuou na Superintendência de Concessões, Permissões e Autorizações de Transmissão e Distribuição, na qual liderou o processo de autorizações de cooperativas de eletrificação rural, e na Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade, em que exerceu, entre outras funções, a fiscalização de empresas do setor elétrico e a aplicação dos Procedimentos de Rede.
06/05/2013 a 13/08/2014	Reive Barros dos Santos	Graduado em Engenharia Eletricista pela Escola Politécnica de Pernambuco em 1974. Especialista em Administração Estratégica. Atuou em grandes empresas do setor elétrico nas áreas de distribuição e transmissão de energia elétrica. Também é Professor e ministra as disciplinas Distribuição e Transmissão de Energia Elétrica na Escola Politécnica de Pernambuco, da Universidade de Pernambuco.
14/08/2014 a 14/08/2018	Tiago de Barros Correia	Natural de Maputo, capital de Moçambique. Filho de brasileiros, optou pela nacionalidade brasileira. Graduado em Ciências Econômicas pela Unicamp. Mestre na área interdisciplinar de Planejamento de Sistemas Energéticos pela Unicamp. Foi Assessor Econômico do Ministério de Minas e Energia. Possui diversas publicações técnicas no Brasil e no exterior que versam a respeito de mercados e comercialização de energia elétrica.
Fonte: elaboração da autora a partir de informações do Senado Federal.		

Tabela 3 – Resumo de AIR na ANEEL

Propósito	Assunto	Audiência Pública	Norma Resultante	Observação
Obter subsídios para o aprimoramento da proposta de alteração da Resolução Normativa nº 334/2008, que regulamenta o compartilhamento de recursos humanos e infraestrutura.	Proposta de alteração da Resolução Normativa nº 334/2008, com relação à regulamentação para o compartilhamento de recursos humanos e infraestrutura.	072/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para proposição de regulamento que trate da convivência do desenvolvimento de atividades operacionais e de holding pelas concessionárias do serviço público de transmissão de energia elétrica.	Proposição de regulamento que trate da convivência do desenvolvimento de atividades operacionais e de <i>holding</i> .	070/2014	Não	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Colher subsídios e informações adicionais acerca dos critérios e procedimentos para a revisão da alocação de cotas de garantia física contratadas nos termos da Lei 12.783/2013.	Critérios e procedimentos para a revisão da alocação de cotas de garantia física contratadas.	064/2014.	Resolução Normativa nº 631, de 25 de novembro de 2014.	Apesar de parte importante da análise esteja sendo feito na Nota Técnica, há comparação entre as opções para tema novo na regulação do setor.
Obter subsídios para aprimorar a compatibilização da forma de entrega de energia dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado por disponibilidade de leilões antes de 2011 com a forma dos leilões posteriores.	Aprimoramento da compatibilização da forma de entrega de energia dos Contratos de Comercialização de Energia.	063/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.

Obter subsídios para aprimorar as condições e os procedimentos aplicáveis ao desligamento e à impugnação de agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.	Desligamento de agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.	062/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para aprimorar o Aditivo aos Contratos de Concessão das Empresas de Distribuição de Energia.	Aditivo aos Contratos de Concessão das Empresas de Distribuição de Energia.	061/2014.	Despacho nº 4.621, de 25 de novembro de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios à alteração nas Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação para composição da versão 2015.1.0.	Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação.	056/2014.	Resolução Normativa nº 637, de 05 de dezembro de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios à definição dos limites máximo e mínimo do Preço de Liquidação das Diferenças - PLD.	Definição dos limites máximo e mínimo do Preço de Liquidação das Diferenças.	054/2014.	Resolução Normativa nº 633, de 25 de novembro de 2014. Resolução Homologatória nº 1.832, de 25 de novembro de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para a definição mais objetiva de Interrupção em Situação de Emergência que consta no Módulo 1 dos Procedimentos de Distribuição.	Interrupção em Situação de Emergência.	052/2014.	Não.	Análise entre as possibilidades mais alongado.

Obter subsídios para aprimorar a Resolução Normativa nº 414/2010, em relação à aprovação de projetos particulares e estabelecimento de cronograma de obras, bem como a regulamentação da disposição prevista no parágrafo único do artigo 21 da Resolução Normativa nº 581/2013.	Aprovação de projetos particulares e estabelecimento de cronograma de obras.	050/2014.	Não.	*Por um erro do sítio eletrônico da agência, não foi possível obter o relatório.
Obter subsídios para aprimorar a metodologia de estrutura tarifária das concessionárias de distribuição de energia elétrica, bem como da Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição para Centrais Geradoras.	Metodologia de estrutura tarifária das concessionárias de distribuição de energia elétrica e Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição para Centrais Geradoras.	048/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para alterações nos Módulos 1, 2 e 6 do PRODIST e na Resolução Normativa nº 395/2009, relativas à apresentação e divulgação do Plano de Desenvolvimento da Distribuição à sua conciliação com as demonstrações contábeis regulamentadas pelo Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE, e às considerações referentes ao planejamento setorial no PDD.	Apresentação e divulgação do Plano de Desenvolvimento da Distribuição à sua conciliação com as demonstrações contábeis regulamentadas pelo Manual de Contabilidade do Setor Elétrico.	046/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.

Obter subsídios para a proposta de resolução normativa que dispõe sobre a divulgação de informações associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.	Divulgação de informações, garantias financeiras, homologação de registros de contratos e a divulgação de informações associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.	043/2014.	Não.	Comparação entre alternativas inclusive em formato de quadro sinótico.
Obter subsídios para a proposta de resolução normativa que altera disposições sobre as garantias financeiras associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.	Garantias financeiras associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.	042/2014.	Não.	Comparação entre alternativas inclusive em formato de quadro sinótico.
Obter contribuições para subsidiar a definição do procedimento de avaliação e fiscalização dos investimentos no sistema de distribuição de energia para atendimento aos locais de provas dos eventos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 sob responsabilidade da Light.	Avaliação e fiscalização dos investimentos no sistema de distribuição de energia para atendimento aos locais de provas dos eventos Olímpicos de 2016.	041/2014.	Resolução Normativa nº 625, de 23 de Setembro de 2014.	<i>AIR pro forma:</i> decisão necessária para adaptar a regulação às regras específicas dos jogos olímpicos.

Obter subsídios para aprimorar os Submódulos 8.3 e 11.1 dos Procedimentos de Regulação Tarifária, bem como a Resolução Normativa 167/2005 que estabelece as condições para a comercialização de energia proveniente de geração distribuída.	Regulação Tarifária e aprimoramento das condições para a comercialização de energia proveniente de geração distribuída.	037/2014.	Resolução Normativa nº 639, de 9 de dezembro de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para o aprimoramento da proposta de regulamentação das diretrizes do processo de mediação administrativa na ANEEL.	Proposta de regulamentação das diretrizes do processo de mediação administrativa na ANEEL.	036/2014.	Não.	AIR <i>pro forma</i> : para fazer ajustes no texto da resolução REN nº 607/14.
Obter subsídios para aprimorar a regulamentação sobre a caracterização da carga e do sistema elétrico de que trata o Módulo 2 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema.	Regulamentação sobre a caracterização da carga e do sistema elétrico de que trata o Módulo 2 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica.	028/2014	Resolução Normativa nº 628, de 14 de outubro de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para aprimorar a Resolução Normativa nº 270/2007, que estabelece as disposições relativas à qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, associada à disponibilidade das instalações integrantes da Rede Básica.	Aprimorar a qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica.	027/2014.	Não.	Houve abordagem de muitos temas com tratamento simplista para cada um dos problemas.

Obter subsídios à alteração da responsabilidade pelo custo de aquisição dos medidores necessários para a aplicação dos descontos concedidos para as atividades de irrigação e aquicultura, assim como as demais condições para sua concessão.	Custo de aquisição dos medidores necessários para a aplicação dos descontos concedidos para as atividades de irrigação e aquicultura.	025/2014.	Resolução Normativa nº 620, de 22 de julho de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para a revisão do Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico, instituído pela Resolução nº 367/2009.	Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico.	024/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios à proposta de regulamentação do plano mínimo de manutenção e do monitoramento da manutenção de instalações de transmissão.	Proposta de regulamentação do plano mínimo de manutenção e do monitoramento da manutenção de instalações de transmissão.	022/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios à proposta de aprimoramento da Resolução Normativa nº 443, de 26 de julho de 2011.	Proposta de aprimoramento da Resolução Normativa nº 443/2011.	021/2014.	Resolução Normativa nº 643, de 16 de dezembro de 2014.	Houve indicação e articulação de custos e benefícios financeiros não estimados.
Obter subsídios relativos à proposta de alteração da Resolução Normativa nº 559/2013, associada às condições necessárias para recálculo da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de centrais de geração.	Recálculo da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de centrais de geração.	019/2014.	Resolução Normativa nº 624, de 9 de setembro de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas, porém há levantamento de dados relevante para a tomada de decisão.

Obter subsídios para aprovação de nove módulos das Regras de Comercialização de Energia Elétrica.	Aprovação de nove módulos das Regras de Comercialização de Energia Elétrica.	015/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios à alocação de custos e benefícios na ocorrência de redução de geração termelétrica motivada pelo aproveitamento de vertimentos turbináveis para geração de energia elétrica.	Alocação de custos e benefícios na ocorrência de redução de geração termelétrica.	014/2014.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para regulamentar a aplicação do conceito de mercado regulatório para o reembolso do custo de geração das concessionárias dos sistemas isolados beneficiárias e adequar o atual regulamento ao novo marco regulatório introduzido pela Lei nº 12.783/2013.	Aplicação do conceito de mercado regulatório para o reembolso do custo de geração das concessionárias beneficiadas da CCC dos sistemas isolados.	008/2014.	Resolução Normativa nº 630, de 11 de novembro de 2014.	Houve comparação entre três alternativas inclusive com análise econômica de custo-benefício.
Obter subsídios para o aprimoramento do ato normativo para fins de possibilitar a restituição dos excedentes financeiros da Coner aos agentes elegíveis ao recolhimento do Encargo de Energia de Reserva, proporcionalmente a sua participação no rateio do encargo, por meio de lançamento dos valores a serem	Restituição dos excedentes financeiros da Coner aos agentes elegíveis ao recolhimento do Encargo de Energia de Reserva.	003/2014.	Resolução Normativa nº 606 de março de 2014.	A intervenção busca maior eficiência da CONER, porém não houve discussão sobre alternativas à norma sugerida. Apenas houve detalhamento econômico sobre excedente financeiro.

restituídos no âmbito da liquidação do Mercado de Curto Prazo.				
Obter subsídios para aprimorar a metodologia de cálculo de custo de capital a ser utilizado para a remuneração das instalações de geração de energia elétrica em regime de cotas, nos termos da Lei 12.783/2013.	Metodologia de cálculo de custo de capital a ser utilizado para a remuneração das instalações de geração de energia em regime de cotas.	002/2014.	Resolução Normativa nº 608, de 25 de março de 2014.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas, sequer usou o modelo.
Obter subsídios para regulamentar as Portarias MME nº 455/2012 e 185/2013.	Regulamentação das Portarias MME nº 455/2012 e 185/2013.	121/2013.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para aperfeiçoar ato normativo que aprova o módulo de Encargos das Regras de Comercialização de Energia aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação.	Ato normativo que aprova o módulo de Encargos das Regras de Comercialização de Energia Elétrica.	103/2013.	Não.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para o aprimoramento das regras de transição aplicáveis aos contratos comerciais e rotinas de operação dos agentes	Contratos comerciais e rotinas de operação dos agentes impactados pela interligação dos sistemas isolados de Macapá e Manaus ao Sistema	98/2013.	Resolução Normativa nº 586, de 19 de novembro de 2013.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.

impactados pela interligação dos sistemas isolados de Macapá e Manaus ao Sistema Interligado Nacional.	Interligado Nacional.			
Obter subsídios para o aperfeiçoamento das Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação.	Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação.	95/2013.	Não.	<i>AIR pro forma:</i> correção de cálculo estabelecido por Regras de Comercialização de Energia.
Obter subsídios para proposta de regulamento que visa estabelecer prazos e condições para a sazonalização e modulação de garantia física de usinas de geração de energia elétrica, bem como da sazonalização da energia vinculada referente à Usina Hidrelétrica de Itaipu.	Sazonalização e modulação de garantia física de usinas de geração de energia elétrica, bem como da sazonalização da energia vinculada referente à Usina de Itaipu.	94/2013.	Resolução Normativa nº 584, de 29 de outubro de 2013.	Decisão preestabelecida. Não houve efetiva comparação de alternativas.
Obter subsídios para a revisão dos Módulos 6 e 8 dos Procedimentos de Distribuição, motivada pela inclusão dos sistemas de medição de que trata a Resolução Normativa nº 502/2012.	Revisão dos Módulos 6 e 8 dos Procedimentos de Distribuição.	93/2013.	Resolução Normativa nº 596, de 19 de dezembro 2013.	<i>AIR pro forma:</i> alteração de regulamento defasado.
Obter subsídios para a proposta de atualização do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico – MCSE, instituído pela Resolução 444/2001.	Proposta de atualização do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico.	26/2013.	Resolução Normativa nº 605, de 11 de março de 2014.	<i>AIR pro forma:</i> realização de AIR apenas para compatibilizar alterações de legislação internacional.
Fonte: elaboração própria a partir de informações disponíveis no sítio da ANEEL.				

Tabela 4 – Consultas Públicas realizadas após a obrigatoriedade das AIR

CP	Assunto	AIR	Norma Resultante
072/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da proposta de alteração da Resolução Normativa nº 334, de 21 de outubro de 2008, com relação à regulamentação para o compartilhamento de recursos humanos e infraestrutura.	Não	Não
070/2014	Obter subsídios para proposição de regulamento que trate da convivência do desenvolvimento de atividades operacionais e de holding pelas concessionárias do serviço público de transmissão de energia elétrica.	Não	Não
064/2014	Colher subsídios e informações adicionais acerca dos critérios e procedimentos para a revisão da alocação de cotas de garantia física contratadas nos termos da Lei 12.783/2013.	Sim	Resolução Normativa nº 631, de 25 de novembro de 2014.
063/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da compatibilização da forma de entrega de energia dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEARs por disponibilidade de leilões antes de 2011 com a forma dos CCEARs dos leilões posteriores.	Não	Não
062/2014	Obter subsídios para o aprimoramento das condições e dos procedimentos aplicáveis ao desligamento e à impugnação de agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica? CCEE constantes da REN nº 545/2013.	Não	Não
061/2014	Obter subsídios para o aprimoramento do Aditivo aos Contratos de Concessão das Empresas de Distribuição de Energia.	Sim	Despacho nº 4.621, de 25 de novembro de 2014.
056/2014	Obter subsídios à alteração nas Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação – NSCL para composição da versão 2015.1.0.	Sim	Resolução Normativa nº 637, de 05 de dezembro de 2014.
054/2014	Obter subsídios à definição dos limites máximo e mínimo do Preço de Liquidação das Diferenças – PLD.	Sim	Resolução Normativa nº 633, de 25 de novembro de 2014. Resolução Homologatória nº 1.832, de 25 de novembro de 2014.
052/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da minuta do Edital e respectivos anexos do Leilão nº 7/2014, destinado a promover a contratação de concessões de serviço público de transmissão de energia elétrica.	Não	Não

052/2014	Obter subsídios para a definição mais objetiva de Interrupção em Situação de Emergência que consta no Módulo 1 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST.	Não	Não
050/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 414/2010, em relação à aprovação de projetos particulares e estabelecimento de cronograma de obras, bem como a regulamentação da disposição prevista no parágrafo único do artigo 21 da Resolução Normativa nº 581/2013.	Não	Não
048/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da metodologia de estrutura tarifária das concessionárias de distribuição de energia elétrica, bem como da Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição para Centrais Geradoras – TUSDg.	Não	Não
046/2014	Obter subsídios para alterações nos Módulos 1, 2 e 6 do PRODIST e na Resolução Normativa nº 395, 15 de dezembro de 2009, relativas à apresentação e divulgação do Plano de Desenvolvimento da Distribuição – PDD, à sua conciliação com as demonstrações contábeis regulamentadas pelo Manual de Contabilidade do Setor Elétrico – MCSE, e às considerações referentes ao planejamento setorial no PDD.	Não	Não
043/2014	Obter subsídios para a proposta de resolução normativa que dispõe sobre a divulgação de informações associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.	Não	Não
042/2014	Obter subsídios para a proposta de resolução normativa que altera disposições sobre as garantias financeiras associadas à comercialização no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.	Não	Não
041/2014	Obter contribuições com vistas a subsidiar a definição do procedimento de avaliação e fiscalização dos investimentos no sistema de distribuição de energia elétrica para atendimento aos locais de provas dos eventos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 sob responsabilidade da Light Serviços de Eletricidade S.A.	Sim	Resolução Normativa nº 625, de 23 de Setembro de 2014.
037/2014	Obter subsídios para o aprimoramento dos Submódulos 8.3 e 11.1 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET, bem como a Resolução Normativa 167/2005 que estabelece as condições para a comercialização de energia proveniente de geração distribuída.	Sim	Resolução Normativa nº 639, de 9 de dezembro de 2014.
036/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da proposta de regulamentação das diretrizes do processo de mediação administrativa na ANEEL.	Não	Não
028/2014	Obter subsídios para a proposta de aprimoramento da regulamentação sobre a caracterização da carga e do sistema elétrico de que trata o Módulo 2 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST.	Sim	Resolução Normativa nº 628, de 14 de outubro de 2014.

027/2014	Obter subsídios à proposta de aprimoramento da Resolução Normativa nº 270, de 26 de junho de 2007, que estabelece as disposições relativas à qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, associada à disponibilidade das instalações integrantes da Rede Básica, e dá outras providências.	Não	Não
025/2014	Obter subsídios à alteração da responsabilidade pelo custo de aquisição dos medidores necessários para a aplicação dos descontos concedidos para as atividades de irrigação e aquicultura, assim como as demais condições para sua concessão.	Sim	Resolução Normativa nº 620, de 22 de julho de 2014.
024/2014	Obter subsídios para a revisão do Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico – MCPSE, instituído pela Resolução nº 367/2009.	Não	Não
022/2014	Obter subsídios à proposta de regulamentação do plano mínimo de manutenção e do monitoramento da manutenção de instalações de transmissão.	Não	Não
021/2014	Obter subsídios à proposta de aprimoramento da Resolução Normativa nº 443, de 26 de julho de 2011.	Sim	Resolução Normativa nº 643, de 16 de dezembro de 2014.
019/2014	Obter subsídios relativos à proposta de alteração da Resolução Normativa nº 559, de 27 de junho de 2013, associada às condições necessárias para recálculo da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST de centrais de geração.	Sim	Resolução Normativa nº 624, de 9 de setembro de 2014.
015/2014	Obter subsídios para aprovação de nove módulos das Regras de Comercialização de Energia Elétrica.	Não	Não
014/2014	Obter subsídios à alocação de custos e benefícios na ocorrência de redução de geração termelétrica motivada pelo aproveitamento de vertimentos turbináveis para geração de energia elétrica.	Não	Não
008/2014	Obter subsídios para regulamentar a aplicação do conceito de mercado regulatório para o reembolso do custo de geração das concessionárias dos sistemas isolados beneficiárias da CCC e adequar o atual regulamento ao novo marco regulatório introduzido pela Lei nº 12.783, de 2013.	Sim	Resolução Normativa nº 630, de 11 de novembro de 2014.
003/2014	Obter subsídios para o aprimoramento do ato normativo que altera a REN 337/2008 para fins de possibilitar a restituição dos excedentes financeiros da Coner aos agentes elegíveis ao recolhimento do Encargo de Energia de Reserva, proporcionalmente a sua participação no rateio do encargo, por meio de lançamento dos valores a serem restituídos no âmbito da liquidação do Mercado de Curto Prazo.	Sim	Resolução Normativa nº 606 de março de 2014.
002/2014	Obter subsídios para o aprimoramento da metodologia de cálculo de custo de capital a ser utilizado para a remuneração das instalações de geração de energia elétrica em regime de cotas, nos termos da Lei 12.783/2013.	Sim	Resolução Normativa nº 608, de 25 de março de 2014.
121/2013	Obter subsídios para regulamentação das Portarias MME nº 455/2012 e 185/2013.	Não	Não

103/2013	Obter subsídios para o aperfeiçoamento de ato normativo que aprova o módulo de Encargos das Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação – NSCL.	Não	Não
98/2013	Obter subsídios para o aprimoramento das regras de transição aplicáveis aos contratos comerciais e rotinas de operação dos agentes impactados pela interligação dos sistemas isolados de Macapá e Manaus ao Sistema Interligado Nacional – SIN.	Sim	Resolução Normativa nº 586, de 19 de novembro de 2013.
95/2013	Obter subsídios para o aperfeiçoamento das Regras de Comercialização de Energia Elétrica aplicáveis ao Novo Sistema de Contabilização e Liquidação – NSCL.	Não	Não
94/2013	Obter subsídios para proposta de regulamento que visa estabelecer prazos e condições para a sazonalização e modulação de garantia física de usinas de geração de energia elétrica, bem como da sazonalização da energia vinculada referente à Usina Hidrelétrica – UHE Itaipu.	Sim	Resolução Normativa nº 584, de 29 de outubro de 2013.
93/2013	Obter subsídios para a revisão dos Módulos 6 e 8 dos Procedimentos de Distribuição – Prodist, motivada pela inclusão dos sistemas de medição de que trata a Resolução Normativa nº 502/2012.	Sim	Resolução Normativa nº 596, de 19 de dezembro 2013.
26/2013	Obter subsídios para a proposta de atualização do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico – MCSE, instituído pela Resolução 444/2001.	Sim	Resolução Normativa nº 605, de 11 de março de 2014.

APÊNDICE 2: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL

Tabela 1 – Orçamento

Ano	Dotação Orçamentária + crédito	Limite autorizado	Contingenciado
1997	R\$ 119.055.735,00	R\$ 119.055.735,00	-
1998	R\$ 336.563.179,00	R\$ 209.059.117,00	R\$ 127.504.062,00
1999	R\$ 276.056.341,00	R\$ 261.567.710,00	R\$ 14.488.631,00
2000	R\$ 355.379.950,00	R\$ 341.172.433,00	R\$ 14.207.517,00
2001	R\$ 518.391.800,00	R\$ 309.091.800,00	R\$ 209.300.000,00
2002	R\$ 556.488.259,00	R\$ 318.931.688,00	R\$ 237.556.571,00
2003	R\$ 339.832.296,00	R\$ 241.989.591,00	R\$ 97.842.705,00
2004	R\$ 300.994.955,00	R\$ 280.224.770,00	R\$ 20.770.185,00
2005	R\$ 473.193.158,00	R\$ 256.596.684,00	R\$ 216.596.474,00
2006	R\$ 248.676.575,00	R\$ 239.630.292,00	R\$ 9.046.283,00
2007	R\$ 356.365.318,00	R\$ 280.855.151,00	R\$ 75.510.167,00
2008	R\$ 381.565.082,00	R\$ 327.133.066,00	R\$ 54.432.016,00
2009	R\$ 397.651.833,00	R\$ 335.558.214,00	R\$ 62.093.619,00
2010	R\$ 484.371.790,00	R\$ 397.849.474,00	R\$ 86.522.316,00
2011	R\$ 497.115.291,00	R\$ 415.596.700,00	R\$ 81.518.591,00
2012	R\$ 468.524.399,00	R\$ 450.294.729,00	R\$ 18.229.670,00
2013	R\$ 534.179.185,00	R\$ 489.642.481,00	R\$ 44.536.704,00
2014	R\$ 448.963.886,00	R\$ 430.250.002,00	R\$ 18.713.884,00
Total	R\$ 7.093.369.032,00	R\$ 5.704.499.637,00	R\$ 1.388.869.395,00
Fonte: elaboração própria a partir de informações obtidas na ANATEL por meio do Sistema de Acesso Eletrônico.			

Tabela 2 – Dirigentes

Período do Mandato	Nome	Curriculum
1º mandato 5/11/1997 a 4/11/2000 2º mandato 5/11/2000 a 01/4/2002	Renato Navarro Guerreiro	Graduado em Engenharia Elétrica pela PUC/RJ. Especialista em Telecomunicações pela PUC/RJ. Trabalhou no Sistema Telebras por mais de 20 anos, tendo exercido funções de gerência em diversas áreas. Foi Diretor Técnico, Diretor de Operações e Presidente. Trabalhou como Conselheiro de Administração da ECT e no Ministério das Comunicações, exercendo o cargo de Secretário-Executivo.
1º mandato 5/11/1997 a 4/11/2002 2º mandato 5/11/2002 a 4/11/2007	José Leite Pereira Filho	Graduado em Engenharia de Telecomunicações pela PUC/RJ. É Mestre e PhD em Engenharia de Telecomunicações pela Naval Postgraduate School, Califórnia. Foi oficial de Marinha pela Escola Naval. Na Marinha ocupou diversos postos de direção, incluindo a chefia do Departamento Técnico de Armamento e Comunicações. Trabalhou na Embratel como chefe de Divisão de Transmissão do COP. Professor de teoria das comunicações na PUC/RJ e de matemática no curso de pós-graduação da Universidade Federal Fluminense. Foi conselheiro da União Internacional de Telecomunicações (UIT) em Genebra, exercendo o cargo de Engenheiro Sênior.

05/11/1997 a 18/12/1998	Mario Leonel Neto	Graduado em Engenharia de Produção pela UFRJ em Eletrônica pela Universidade George Washington (EUA). É Mestre em Pesquisa Operacional pela UFRJ. Foi Secretário de Serviços de Comunicações no Ministério das Comunicações. Diretor do Departamento de Tarifas da Secretaria dos Serviços e Comunicação. Foi Assessor de Departamento, Gerente de Divisão de área econômico-financeira, bem como Chefe da Seção de gerência comercial e serviços telefônicos na Embratel.
05/11/1997 a 04/6/2004	Antonio Carlos Valente da Silva	Graduado em Engenharia Elétrica pela PUC/RJ. É Especialista em Administração e Negócios pela PUC/RJ. Realizou cursos de especialização em Gerência de Sistemas de Telecomunicações, no Canadá e no Japão. Foi Presidente do Grupo Telefônica no Brasil. Foi Assessor especial no Ministério das Comunicações. Participou dos Road Shows desenvolvidos pelo governo brasileiro no Japão, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França e Portugal, para apresentação do programa de reestruturação das telecomunicações. Foi membro das comissões de avaliação da UIT para a seleção de empresas de consultoria que trabalharam, na época, para o governo brasileiro. Atuou no Sistema Telebras em diversos postos de gerência, destacadamente nas áreas de Engenharia de Sistemas, Planejamento Técnico-Operacional e Planejamento Empresarial, tendo ainda atuado como membro e presidente de Conselhos de Administração e Conselhos Fiscais. Foi professor das disciplinas de Engenharia Econômica e Teoria Econômica.
05/11/1997 a 04/11/2001	Luiz Francisco Tenório Perrone	Graduado em Engenharia Elétrica pelo ITA. Realizou cursos de extensão na França, Holanda e Estados Unidos Trabalhou na Telefunken do Brasil (São Paulo) e na empresa de instrumentação Rohde und Schwartz (Munique). Trabalhou no Departamento Nacional de Telecomunicações (Dentel), como engenheiro e como Diretor Interino da Divisão de Engenharia. Trabalhou na Embratel como Chefe do Distrito de Belo Horizonte, Chefe de Engenharia da Região Sul (São Paulo), Superintendente Nacional de Operações (Rio de Janeiro), Chefe do escritório da Embratel em Washington, Assistente do Diretor de Operações Internacionais e Diretor de Serviços e Presidente substituto. Foi Professor Assistente de Teoria de Circuitos na Faculdade de Engenharia da UFRJ.
18/1/1999 a 04/11/2003	Luiz Tito Cerasoli	Graduado em Engenharia de Telecomunicações pela Universidade Gama Filho e em Engenharia Operacional Eletrônica pela UFRJ. Trabalhou no Sistema Telebras exercendo cargos de chefias nas áreas de planejamento e comercial da Telesp e Embratel. Foi Diretor de Tarifas e Preços no Ministério das Comunicações. Integrante da delegação brasileira durante a última rodada de negociações do Acordo de Telecomunicações (Gats) da Organização Mundial do Comércio (OMC).
02/5/2002 a 16/4/2007	Luiz Alberto da Silva	Graduado em Direito pela UFMG. Doutor pela UFMG. Atuou no Sistema Telebras como advogado e, posteriormente, como consultor jurídico. Foi consultor jurídico da AGU e do Ministério das Comunicações. Foi Consultor da República e Assessor Especial do Ministro da Defesa. Foi professor de Direito Comercial na UFMG.

02/5/2002 a 07/1/2004	Luiz Guilherme Schymura de Oliveira	Graduado em Engenharia Elétrica pela PUC/RJ. É Mestre em Economia pela Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getulio Vargas. Doutor em Economia pela Fundação Getulio Vargas. Possui Pós-Doutorado em Economia pela The Wharton School of the University of Pennsylvania, EUA. Foi Consultor da FGV Consulting, da Kolynos do Brasil, do Banco Mundial, e da Comissão de Reforma Fiscal. Foi Diretor do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE/FGV).
05/11/2004 a 04/11/2009	Plínio Aguiar Junior	Graduado em Engenharia Eletrônica pela PUC/RJ. Foi Diretor do Departamento de Indústria, Ciência e Tecnologia do Ministério das Comunicações. Atuou na implantação da área de comunicação de dados no planejamento de longo prazo da área de desenvolvimento e no programa de qualidade corporativa da Embratel. Foi Assessor Especial do Ministro das Comunicações, atuando na área de regulamentação de comunicação de dados. Atuou no International Council for Computer Communication e fez parte do conselho editorial internacional da publicação inglesa Telecommunications Policy, além de ter sido membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio e membro-convidado da equipe que desenvolveu a tecnologia de comutação de dados no Centre National d'Études des Télécommunications (organismo de pesquisa em telecomunicações da France).
07/1/2004 a 04/11/2008	Pedro Jaime Ziller de Araujo	Graduado em Engenharia Elétrica pela UFGM, atuou no Sistema Telebras, especialmente na empresa Telemig, em que, no período de 1980 a 2002, ocupou diversos cargos, como gerente de desenvolvimento de sistemas, coordenador de redes de comunicação de dados, entre outros. Ocupou cargos de direção no Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações de Minas Gerais (SINTTEL – MG) e na Federação Inter- estadual de Trabalhadores em Telecomunicações (Fit- tel). Teve também atuação política no Partido Socialista Brasileiro (PSB), ao qual foi filiado entre 1989 e 2001. Exerceu o cargo de secretário de telecomunicações do Ministério das Comunicações.
05/11/2004 a 04/11/2005	Elifas Chaves Gurgel do Amaral	Graduado em Engenharia da Computação pelo Instituto Militar de Engenharia do Rio de Janeiro. Especialista em Redes de Computadores pela Universidade Católica de Brasília. Foi Secretário de Serviços de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações. Consultor de segurança do Banco do Nordeste do Brasil. Foi Subgerente de Projetos Especiais do Ministério da Defesa. Chefe do 1º Centro de Telemática de Área, organização militar do Exército responsável pelas telecomunicações e pela informática do Comando Militar do Sul em Porto Alegre (RS). Foi representante da Diretoria de Informática na Comissão do Exército brasileiro responsável pela implantação do Sistema de Vigilância da Amazônia (Sivam).
02/7/2007 a 04/11/2011	Ronaldo Mota Sardenberg	Graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito. Exerceu carreira diplomática. Atuou como Embaixador do Brasil em Moscou e em Madri. Foi Representante Permanente do Brasil junto à ONU, em Nova York. Chefiou, nos biênios 1993-94 e 2004-05, a Delegação brasileira ao Conselho de Segurança da ONU, órgão que presidiu em outubro de 1993 e em março de 2004. No Brasil, exerceu a função de Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, ficando responsável pelas políticas nuclear e espacial, e pelos temas do “Projeto Sipam/Sivam”, pela pesquisa sobre segurança das comunicações, pela preparação de estudos estratégicos e de cenários no longo prazo para o País (Projeto Brasil 2020), pelo “Programa Calha Norte (PCN)”, entre outros. No primeiro

		semestre de 1999, exerceu o cargo de ministro de Estado Extraordinário de Projetos Especiais.
09/5/2007 a 04/11/2010	Antonio Domingos Teixeira Bedran	Graduado em Direito pela UFMG. Especialista na Fundação Dom Cabral. Foi Gerente de Seção, de Divisão e do Departamento Jurídico da Telemig. Foi Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações entre 1994 e 1998 e Presidente dos Conselhos de Administração da Embratel nos anos de 1994 e 1995, e da Telemig, de 1995 a 1998. É Professor Licenciado de Direito Tributário da PUC-MG.
05/11/2009 a 04/11/2014	Jarbas José Valente	Graduado em Engenharia e Eletrônica e de telecomunicações graduado pela Universidade de Brasília. Especialista em Análise de Sistemas, em Comunicação de Dados e em Marketing de Serviços. Possui os cursos “Convergence of Broadcasting and Telecommunications Regulation Course - University of Westminster – Londres”, de Regulação em Serviços Públicos de Telecomunicações - IBB/George Washington University School - Washington/USA. Atuou no setor privado vinculado ao setor de telecomunicações. Foi chefe da área comercial da Embratel. Ocupou a Presidência de Conselhos de Administração de diversas empresas do Sistema Telebras e, no Ministério das Comunicações, as diretorias dos Departamentos de fiscalização e de Outorga de Serviços de Telecomunicações. Foi Superintendente de Serviços de Comunicação de Massa e Superintendente de Serviços Privados na ANATEL.
17/11/2011 a 04/11/2015	Marcelo Bechara de Souza Hobaika	Graduado em Direito pela FGV. Especialista em Direito da Economia, de Tecnologia e de Empresa pela FGV. Foi Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações. É certificado em Direito da Propriedade Intelectual pela World Intellectual Property Organization Academy. É Professor e autor de diversos artigos jurídicos publicados e do livro Radiodifusão e TV Digital no Direito Brasileiro e foi Procurador-Geral da ANATEL.
17/11/2011 a 04/11/2016	Rodrigo Zerbone Loureiro	Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). É Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Poder Executivo Federal. Foi Assessor no Superior Tribunal de Justiça - STJ, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, na Casa Civil da Presidência da República e na ANATEL. É Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações e Vice-Presidente do Conselho Consultivo da ANATEL.
10/09/2008 a 04/11/2012	Emília Maria Silva Ribeiro	Graduada em Direito pelo UNICEUB. É Mestra em Direito Constitucional pela UnB. Servidora de carreira do Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação - MCTi. Foi Assessora no Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente. Chefe da Assessoria Parlamentar e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Foi Chefe da Assessoria Parlamentar e Diretora Adjunta do Departamento de Serviços Gerais na Secretaria da Administração Federal. Chefe da Assessoria Parlamentar no Ministério da

		Educação e Assessora Técnica da Presidência.
1º mandato 18/6/2009 a 04/11/2013 2º mandato 06/12/2013 a 04/11/2018	João Batista de Rezende	Graduado em Economia pela Universidade Estadual de Londrina. É Mestre em Economia pela PUC-SP. Foi Chefe de Gabinete do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, integrou o conselho de administração do Banco do Estado de Santa Catarina e o conselho de administração da Transpetro Petrobras. Entre 2005 e 2006, foi Vice-Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix). Presidiu a Sercomtel e a Companhia de Desenvolvimento de Londrina (PR), cidade onde foi Secretário de Fazenda e Diretor Financeiro da Cohab. Atuou como economista no Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos e foi diretor financeiro da Fundação Paulista de Educação e Tecnologia. Foi consultor e professor de pós-graduação.
17/12/2013 a 04/11/2017	Igor Vilas Boas de Freitas	Graduado em Engenharia Eletrônica pelo ITA. Especialista em Direito Legislativo pela UFMS e Administração de Negócios em Telecomunicações pela IBMEC. É Mestre em Economia pela UnB. Foi Engenheiro Projetista na Equitel, subsidiária da Siemens para a área de telecomunicações. Trabalhou nas áreas de negócios da 3Com, Nortel Networks e Damovo, multinacionais fabricantes e integradoras de plataformas de comunicação. Integrou a equipe de desenvolvimento de serviços da Brasil Telecom. Foi Consultor Legislativo do Senado Federal para a área de Comunicações e Informática. Foi Diretor do Departamento de Indústria, Ciência e Tecnologia do Ministério das Comunicações. Presidente do Grupo Gestor do projeto do Sistema Brasileiro de Televisão Digital. Foi assessor do Conselho Diretor da ANATEL.
Fonte: elaboração própria a partir de informações do Senado Federal.		

Tabela 3 – Consultas Públicas realizadas após a obrigatoriedade das AIR

CP	Assunto	AIR	Norma Resultante
048/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de TV – PBRTv, de Televisão Digital – PBTvD e de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
047/2014	Proposta de alteração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012.	Sim	Não
046/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
045/2014	Proposta de Edital de Licitação para conferir Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para o Transporte de Sinais de Telecomunicações.	Sim	Não

044/2014	Pedido de Informações (Request for Information – RFI) sobre Solução de Tecnologia da Informação com objetivo de prover sistema informatizado destinado a apoiar a gestão da arrecadação de créditos administrados pela Agência Nacional de Telecomunicações.	Não	Não
043/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
042/2014	Destinação de faixas de radiofrequências ao Serviço Limitado Privado (SLP), para uso por sistemas de Radionavegação Aeronáutica.	Não	Não
041/2014	Pedido de Informações (Request for Information – RFI) sobre Solução de Tecnologia da Informação com objetivo de prover ferramenta de atendimento e suporte aos usuários de serviços de telecomunicações.	Não	Não
040/2014	Proposta de alteração dos Anexos I e II do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC, para incluir o município de Itaguara na área local de Belo Horizonte e o município de Santana do Paraíso na área local de Ipatinga.	Não	Não
039/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
038/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Retransmissão de TV – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD, de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada – PBFM e do Plano de Referência para Distribuição de Canais do Serviço de Radiodifusão Comunitária.	Não	Não
037/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão Digital.	Não	Não
036/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada – PBFM.	Não	Não
035/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
034/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTV, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD, de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada – PBFM, de Radiodifusão Sonora em Onda Média – PBOM e do Plano de Referência para Distribuição de Canais do Serviço de Radiodifusão Comunitária.	Não	Não
033/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
032/2014	Proposta de alteração do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005, e revogação da Resolução nº 283, de 29 de novembro de 2001.	Não	Não

031/2014	Discussão Prévia com a Sociedade sobre temas relevantes para construção do Regulamento Geral de Acessibilidade em Telecomunicações.	Não	Não
030/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
029/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão Digital.	Não	Não
028/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
027/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD e de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
026/2014	Proposta de revisão dos modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, anexos à Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010, nos termos da Cláusula 3.2 dos contratos vigentes.	Sim	Não
025/2014	Proposta de Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no regime público – PGMU, para o período de 2016 a 2020.	Sim	Não
024/2014	i) Alteração do Regulamento Sobre Áreas de Tarifação (Resolução nº 262/2001); ii) Alteração do Anexo I do Regulamento de Tarifação do STFC (Resolução nº 424/2005) e do PGCN (Resolução nº 263/2001) para mudar o município de Porto União/SC do CN 49 para o CN 42.	Não	Não
023/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
022/2014	Proposta de alteração no Regimento do Comitê de Uso do Espectro e de Órbita.	Não	Não
021/2014	Proposta de alteração do Anexo I do Regulamento de Tarifação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, para transferir os municípios de Belo Oriente e Ipaba, no estado de Minas Gerais, da Área de Tarifação 333 (Caratinga) para a Área de Tarifação 316 (Coronel Fabriciano) e do Código Nacional 33 para o Código Nacional 31.	Não	Não
020/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTVD, Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD e de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
019/2014	Proposta de Edital de Licitação para Autorização de uso de Radiofrequências na faixa de 708 a 748 MHz e 763 a 803 MHz, associada à Autorização para prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP.	Não	Não

018/2014	Proposta de Regulamento sobre condições de convivência entre o serviço de radiodifusão de sons e imagens do SBTVD e os serviços de radiocomunicação operando na faixa de 698 MHz a 806 MHz.	Não	Não
017/2014	Proposta de destinação de faixas de radiofrequências para o Serviço de Acesso Condicionado.	Não	Não
016/2014	Proposta de Alteração do Regulamento sobre Exploração do Serviço Móvel Pessoal por meio de Rede Virtual, aprovado pela Resolução nº 550, de 22 de novembro de 2010.	Não	Não
015/2014	Proposta de Norma de Adaptação dos Instrumentos de Permissão e de Autorização do Serviço Móvel Especializado para o Serviço Limitado Privado, o Serviço Limitado Especializado ou o Serviço Móvel Pessoal.	Não	Não
014/2014	Proposta de Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências e de alteração do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências.	Não	Não
013/2014	Proposta de requisitos para a certificação de equipamentos para telecomunicações da Categoria I quanto ao suporte ao protocolo IPv6.	Não	Não
012/2014	Proposta de Regulamento do Serviço Limitado Móvel Aeronáutico e do Serviço Limitado Móvel Marítimo.	Não	Não
011/2014	Proposta de alteração da Cláusula 3.2, § 1º, inciso I, do Contrato de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado, nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional e Longa Distância Internacional, para ampliar prazo para submissão a consulta pública de propostas de alterações para o período de 2016 a 2020.	Não	Não
010/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF e de Televisão Digital.	Não	Não
009/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTV, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD e de Atribuição de Canais de Televisão por Assinatura em UHF – PBTVA. Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Pernambuco e Roraima.	Não	Não
008/2014	Proposta de Alteração do Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão Digital.	Não	Não
007/2014	Proposta de alteração do Regimento Interno da ANATEL, anexo à Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, para inclusão de previsão de manifestação oral das partes do processo, bem como o acesso da sociedade, nas Reuniões do Conselho Diretor.	Não	Não
006/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD. Estados do Amazonas e Pará.	Não	Não

005/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD. Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.	Não	Não
004/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD. As alterações ora propostas são referentes aos estados de Alagoas, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe.	Não	Não
003/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD. As alterações ora propostas são referentes aos estados do Acre, Amapá, Rondônia, Roraima e Tocantins.	Não	Não
002/2014	Proposta de Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequências de 71 GHz a 76 GHz e de 81 GHz a 86 GHz.	Não	Não
001/2014	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital.	Não	Não
058/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD.	Não	Não
057/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD.	Não	Não
056/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Televisão Digital – PBTVD.	Não	Não
055/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV e de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada.	Não	Não
054/2013	Atribuição da faixa de 4.910 MHz a 4.990 MHz aos Serviços Fixo e Móvel e Destinação ao SLP em Aplicações de Segurança Pública e Defesa Civil.	Não	Não
053/2013	Apresentação e consulta à sociedade do documento Temas Relevantes Para Avaliação do Ambiente Econômico e Regulatório do Serviço Telefônico Fixo Comutado, com a finalidade de recolher subsídios à revisão dos Contratos de Concessão para o período de 2016 a 2020. Consulta aprovada e conduzida pela Superintendência de Planejamento e Regulamentação.	Não	Não

052/2013	Proposta de alteração do Regimento Interno do Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações (CDUST), anexo à Resolução nº 107, de 26 de fevereiro de 1999, alterado pelas Resoluções nº 223, de 18 de maio de 2000, e nº 496, de 24 de março de 2008.	Não	Não
051/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv, de Televisão Digital – PBTvD e de Atribuição de Canais de Televisão por Assinatura em UHF.	Não	Não
050/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv, de Televisão Digital – PBTvD e de Atribuição de Canais de Televisão por Assinatura em UHF.	Não	Não
049/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv, de Televisão Digital – PBTvD e de Atribuição de Canais de Televisão por Assinatura em UHF – PBTvA.	Não	Não
048/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital – PBTvD.	Não	Não
047/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv, de Televisão Digital – PBTvD e de Atribuição de Canais de Televisão por Assinatura em UHF.	Não	Não
046/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital – PBTvD.	Não	Não
045/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital – PBTvD.	Não	Não
044/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital – PBTvD.	Não	Não
043/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital – PBTvD.	Não	Não
042/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital – PBTvD.	Não	Não

041/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD, de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada – PBFM e de Radiodifusão Sonora em Onda Média – PBOM.	Não	Não
040/2013	Estudo e Proposta de Norma para fixação dos valores máximos das tarifas de uso de rede fixa do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), dos valores de referência de uso de rede móvel do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), com base em Modelos de Custos.	Não	Não
039/2013	Minuta de requisitos de negócio, indicados pela área requisitante, e requisitos tecnológicos, levantados pela área de TI, com objetivo de avaliar a completude e a coerência das suas especificações, para aquisição de Solução para automação de processos de negócios.	Não	Não
038/2013	Proposta de Regulamento do Processo Administrativo Fiscal referente a créditos tributários no âmbito da ANATEL.	Não	Não
037/2013	Proposta de alteração do Anexo I do Regulamento de Tarificação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC Prestado no Regime Público, aprovado pela Resolução nº 424, de 6 de dezembro de 2005, e do Plano Geral de Códigos Nacionais – PGCN, Anexo II à Resolução nº 263, de 8 de junho de 2001, para inserir: a) o município de Paraíso das Águas, no estado do Mato Grosso do Sul, na Área de Tarificação 672K (Costa Rica), e atribuir-lhe o Código Nacional 67; b) o município.	Não	Não
036/2013	Minuta de Termo de Referência para aquisição de Solução de Tecnologia da Informação para Garantia da Continuidade do Negócio.	Não	Não
035/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTVD, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTV, de Televisão Digital – PBTVD e de Atribuição de Canais de Televisão por Assinatura em UHF.	Não	Não
034/2013	Proposta de alteração do Anexo I do Regulamento de Tarificação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral prestado no Regime Público, aprovado pela Resolução nº 424, de 6 de dezembro de 2005, e do Plano Geral de Códigos Nacionais, anexo ao Regulamento de Numeração do STFC, aprovado pela Resolução nº 86, de 30 de dezembro de 1998, alterado pela Resolução nº 263, de 8 de junho de 2001, para mudar: a) o município de São José do Rio Claro, no estado do Mato Grosso	Não	Não
033/2013	Proposta de inclusão do item 8.1.7 na Norma para Certificação de Produtos para Telecomunicações, aprovada pela Resolução nº 323, de 07 de novembro de 2002.	Não	Não

032/2013	Proposta de Alteração dos Planos Básicos de Distribuição de Canais de Televisão em VHF e UHF – PBTv, de Retransmissão de Televisão em VHF e UHF – PBRTv e de Televisão Digital.	Não	Não
031/2013	Proposta de Revisão da Norma da Metodologia de Estimativa do Custo Médio Ponderado de Capital, aprovada pela Resolução nº 535, de 21 de outubro de 2009.	Não	Não
030/2013	Proposta de Resolução Conjunta que aprova o preço de referência para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser utilizado nos processos de resolução de conflitos, e estabelece regras para uso e ocupação dos pontos de fixação.	Não	Não
029/2013	Proposta de Consulta Pública para aprovação do Regulamento do Acompanhamento de Compromissos de Aquisição de Produtos e Sistemas Nacionais e da Lista de Categorias de Bens, Produtos, Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações e de Redes de Dados, bem como disposição das condições de cumprimento do Compromisso de Aquisição de Produto de Tecnologia Nacional previsto no Anexo II-C do Edital nº 004/2012/PVCP/SPV-ANATEL.	Não	Não
028/2013	Proposta de Edital de Licitação para conferir Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para o Transporte de Sinais de Telecomunicações.	Não	Não
027/2013	Proposta de alteração do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007.	Não	Não
026/2013	Proposta de Resolução que estabelece a obrigatoriedade de observância de requisitos de acessibilidade para a Certificação das Estações Móveis do Serviço Móvel Pessoal – SMP.	Não	Não
025/2013	Torna pública, para comentários, a intenção da ANATEL de conferir o Direito de Exploração de Satélite Estrangeiro referente ao satélite SES-6 associado às faixas da banda C do Plano do Apêndice 30B, na posição orbital 40,5° O, à empresa New Skies Satellites B.V.	Não	Não
024/2013	Proposta de Consulta Pública para alterações no Regulamento de Separação e Alocação de Contas.	Não	Não
023/2013	A Consulta Pública tem como objetivo aprimorar o Termo de Referência para contratação do curso de “Tecnologias para Redes Móveis de Última Geração”, bem como identificar possíveis fornecedores que atendam às especificações do curso a ser ministrado.	Não	Não

APÊNDICE 3: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC

Tabela 1 – Orçamento

Ano	Dotação Orçamentária + crédito	Limite autorizado	Contingenciado
2005	-	-	-
2006	R\$ 87.607.447,00	R\$ 83.077.001,00	R\$ 4.530.446,00
2007	R\$ 184.561.465,00	R\$ 128.958.425,00	R\$ 55.603.040,00
2008	R\$ 416.835.040,00	R\$ 262.920.400,58	R\$153.914.639,42
2009	R\$ 373.152.029,00	R\$ 294.711.911,00	R\$ 78.440.118,00
2010	R\$ 429.722.778,00	R\$ 390.096.257,00	R\$ 39.626.521,00
2011	R\$ 450.226.002,00	R\$ 348.800.000,00	R\$ 101.426.002,00
2012	R\$ 461.032.945,00	R\$ 362.613.394,00	R\$ 98.419.551,00
2013	R\$ 532.056.614,00	R\$ 445.000.000,00	R\$ 87.056.614,00
Total	R\$ 2.935.194.320,00	R\$ 2.233.100.387,58	R\$ 619.016.931,42
Fonte: elaboração própria a partir de informações obtidas por meio dos relatórios de gestão da ANAC.			

Tabela 2 – Dirigentes

Período do mandato	Nome	Curriculum
20/03/2006 a 19/03/2010	Leur Antonio Britto Lomanto	Graduado em Direito e em Ciências Econômicas pela UnB. Especialista em Direito Econômico e de Empresas pela FGV. Foi oficial de gabinete no Ministério da Educação e Cultura. Diretor da empresa Atlântica Boavista. Deputado Federal por 7 mandatos. Foi Coordenador-Geral de transporte e logística da Secretaria de Acompanhamento Econômico e Chefe da Assessoria Parlamentar da Infraero.
20/03/2006 a 19/03/2011	Jorge Luiz Brito Velozo	Graduado em Direito e em Relações Institucionais pela Universidade Estácio de Sá. Possui diversos cursos de especialização na força aérea, onde também ocupou cargos de tenente, capitão, major e coronel. Possui experiência no EMBRA2 - 2 esquadrão misto de reconhecimento e ataque no Ministério da Aeronáutica. Foi comandante de operações de esquadrão de instrução aérea. Membro do vários setores como Instituto de Aviação Civil, Departamento de Aviação Civil, Ministério da Aeronáutica e da Organização de Aviação Civil Internacional.
20/03/2006 a 19/03/2011	Milton Sérgio Silveira Zuanazzi	Graduado em Engenharia Mecânica. Possui Pós-Graduação em Sociologia. Foi Secretário Nacional de Políticas de Turismo, Esporte e Lazer do Rio Grande do Sul. Vereador de Porto Alegre. Presidente da Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações. Assessor Constituinte Estadual. Por diversas vezes assumiu, interinamente, o cargo de Ministro de Turismo. Foi Secretário do Estado de Turismo e professor na graduação do curso de Turismo da UNICEUB.

20/03/2006 a 19/03/2010	Denise Maria Ayres Abreu	Graduada em Direito pela PUC/SP. Foi Assistente Técnico na Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Assessora Jurídica no TCE do Município de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo por 16 anos. Chefe de Gabinete da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Chefe de Gabinete da Secretaria do Estado da Assistência e Desenvolvimento Social e Assessora na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.
08/08/2006 a 07/08/2009	Josef Barat	Graduado em Economia pela UFRJ. Possui Pós-Graduação em Planejamento Econômico pela Universidade de Paris-Sorbonne. É Doutor e Livre-Docente em Economia, Administração e Legislação Urbanística pela UFRJ. Foi chefe do Departamento de Informações Econômicas e Avaliação de Projetos do BNDES. Coordenador da Equipe de Transportes do Grupo de Trabalho da Fusão dos Estados do Rio de Janeiro e Guanabara. Foi Secretário de Estado de Transporte do Rio de Janeiro no Governo Faria Lima. Presidente da EMTU do Estado de SP. Secretário de Estado de Transportes do Rio de Janeiro. Sócio-Diretor da PLANAM. Possui ampla experiência em consultoria em setores de transporte coletivo urbano, trens etc. Contudo, não foi constatada experiência no setor aeroportuário.
29/10/2007 a 19/03/2011	Allemander Jesus Pereira Filho	Graduado em Engenharia Civil pela UFRJ. Concluiu o Curso de Formação de Oficiais Engenheiros da Aeronáutica. Pós-Graduado em Projetos Industriais e Transportes pela UFRJ. Mestre e Doutor em Engenharia de Transportes pela Carleton University. No âmbito militar, concluiu os cursos de Aperfeiçoamento de Oficiais da Aeronáutica e de Comando, de Estado-Maior e Superior de Comando, bem como de Altos Estudos de Política e Estratégia, na Escola Superior de Guerra no Rio de Janeiro. Possui cursos de extensão ministrados por instituições internacionais na área aeroportuária, como Planejamento e Administração de Aeroportos; Relacionamento Urbano de Aeroportos; Operação e Administração de Sistemas de Aeroportos; Planejamento e Projeto de Aeroportos; e Planejamento e Gerenciamento Ambiental. Foi Major-Brigadeiro-do-Ar exercendo as funções de Diretor-Presidente da Consultoria de Aviação Civil Ltda – Aircon – empresa individual; de Coordenador de Projetos da Fundação de Serviços de Defesa e Tecnologia de Processos (SDTP); e de professor do Instituto do Ar, da Universidade Estácio de Sá. Foi Diretor do Instituto de Aviação Civil – IAC e Assessor Especial do Diretor-Geral do DAC.
1º mandato: 06/11/2007 a 19/03/2010	Marcelo Pacheco dos Guaranys	Graduado em Direito pelo UniCEUB e em Ciências Econômicas pela UnB. É Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela FGV. Mestre em Direito Público também pela UnB. Foi analista de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda. Diretor de Regulação Econômica da ANAC. Atuou como Assistente Técnico da Secretaria de Desenvolvimento Regional Assessoramento ao Departamento de Planejamento, Acompanhamento e Avaliação do Ministério da Integração Nacional, como Assistente Técnico, Coordenador e

2º mandato: 20/03/2011 a 19/03/2016		Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Serviços Públicos e Infraestrutura da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e como Coordenador-Geral de Transportes e Logística da mesma Secretaria. Atuou como Assessor do Gabinete do Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e como Assessor Especial do Secretário-Executivo para Assuntos de Infraestrutura da Casa Civil da Presidência da República. Foi Professor de Regulação de Transportes Aéreos da Pós-Graduação em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.
12/11/2007 a 19/03/2010	Alexandre Gomes de Barros	Graduado em Engenharia pela Unicamp. É Mestre em Pesquisa Operacional e Transporte pelo Instituto Tecnológico da Aeronáutica. Doutor em Engenharia de Transportes pela Universidade de Caligary. Desenvolveu diversas pesquisas internacionais no setor aeroportuário, passando por Toronto, Nova York, Montreal. Linha de pesquisa: Planejamento de sistemas de transporte aéreo e aeroportos e sistema de transportes inteligentes.
20/12/2007 a 19/03/2011	Solange Paiva Vieira	Graduada em Economia pela Universidade Federal de Juiz de Fora. É Especialista em Ciência Contábeis pela FGV/RJ. Foi Gerente da área financeira e internacional do BNDES. Assessora Especial do Ministro da Previdência e Assistência Social. Assessora Especial do BNDES. Foi Assessora Especial do Ministro da Previdência e Assistência Social. Diretora de Projetos da AGU. Foi Secretária-Geral da AGU. Presidente do Fundo de Pensão Telos. Foi Técnica de Área de Operações Indiretas do BNDES. Assessora econômica da Presidência do STF e assessora especial do Ministério da Defesa. Foi ainda secretária de Aviação Civil.
20/12/2007 a 07/08/2009	Ronaldo Serôa da Mota	Graduado em Engenharia de Produção pela COPPE/UFRJ. É Mestre e Doutor em Economia pela University College London. Foi coordenador de Estudos de Mercado e Regulação do IPEA. Foi Diretor de Plano e Programas Ambientais do Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Amazônia Legal.
1º mandato: 09/10/2008 a 19/03/2011	Cláudio Passos Simão	Graduado em Engenharia Aeronáutica pelo ITA. Especialista em Ensaios em Voo pelo Instituto de Aeronáutica e Espaço – IAE do antigo Centro Técnico Aeroespacial – CTA, hoje Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial - DCTA. Foi Superintendente de Aeronavegabilidade da ANAC e Gerente-Geral de Certificação de Produtos Aeronáuticos da Agência. Foi oficial engenheiro da Força Aérea Brasileira pelo Centro de Preparação de Oficiais da Reserva da Aeronáutica – CPORAER de São José dos Campos-SP. Engenheiro da Seção de Assessoria Técnica da Divisão de Aeronaves e Manutenção e Chefe da Seção de Regulamentação da Divisão de Aeronavegabilidade do Subdepartamento Técnico do antigo Departamento de Aviação Civil – DAC, bem como Instrutor

2º mandato: 20/03/2011 a 19/03/2016		do Instituto de Aviação Civil. Foi membro brasileiro oficialmente designado no Painel de Aeronavegabilidade Continuada da Organização da Aviação Civil Internacional – OACI. Foi Engenheiro da Subdivisão de Desempenho, Engenheiro de Prova, Chefe da Assessoria de Regulamentação e Aeronavegabilidade, Chefe da Assessoria de Homologação Suplementar de Tipo e Chefe da Divisão de Homologação Aeronáutica do Instituto de Fomento e Coordenação Industrial – IFI. É membro brasileiro oficialmente designado no Painel de Aeronavegabilidade.
20/03/2010 a 19/03/2015	Rubens Carlos Vieira	Graduado em Direito pela FMU. Mestre em Direito pela PUC/SP. Foi corregedor da ANAC. Procurador da Fazenda Nacional. Membro dos conselhos de administração e universitário da fundação Universidade Federal de Rondônia. Foi diretor de assuntos jurídicos e institucionais do sindicato dos trabalhadores na indústria da produção e distribuição de gás canalizado do Estado de São Paulo.
08/08/2009 a 07/08/2014	Carlos Eduardo Magalhães da Silveira Pellegrino	Graduado em Análise de Sistemas pela PUC/RJ e em Engenharia Eletrônica pelo ITA. É Mestre em Ciências Aeroespaciais pela UNIFA. Foi Diretor de Operações de Aeronaves da ANAC. Superintendente de Segurança Operacional. Diretor-Presidente interino da ANAC de março de 2011 a junho de 2011. Atuou como piloto de Caça e Chefe de Seção de Planejamento e Controle do 1º Grupo de Aviação de Caça do Rio de Janeiro. Foi auxiliar de pesquisa nos testes de Automatic Dependent System (ADS) via satélite INMARSAT no Brasil do ITA. Foi Chefe de seção da Diretoria de Eletrônica e Proteção de Voo-DEPV. Foi Gerente de Absorção de Tecnologia do projeto SIVAM-CCSIVAM em Dallas-EUA. Chefe de divisão do Serviço Regional de Proteção ao voo de Manaus-SRPVMN. Foi Chefe da Divisão do Instituto de Cartografia Aeronáutica-ICA. Professor de Regulamentos Brasileiros de Homologação Aeronáutica (RBHA) no curso de Ciências Aeronáuticas da Universidade Estácio de Sá.
29/07/2010 a 19/03/2015	Ricardo Sérgio Maia Bezerra	Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal-UDF e em Administração de Empresas pelo UNICEUB. É Especialista em Gestão da Aviação Civil pela Universidade de Brasília-UnB. Atuou como Consultor Jurídico da Fundação Getulio Vargas-FGV e foi Assessor da Procuradoria Jurídica e da Superintendência de Segurança Aeroportuária da Infraero. Na Companhia Nacional de Abastecimento-CONAB, foi Assessor das Diretorias de Administração Financeira, de Desenvolvimento Empresarial e de Gestão de Estoques. Foi Diretor Administrativo e Financeiro da BBC Informática e diretor Administrativo e Financeiro da Emplan Engenharia e Construções. Atuou como Assistente Técnico da Gerência de Informática da Companhia Urbanizadora da Capital-NOVACAP. Foi responsável pelo escritório da Sondotécnica em Brasília.
Fonte: elaboração própria a partir de informações do Senado Federal.		

Tabela 3 – Consultas Públicas realizadas após a obrigatoriedade das AIR

CP	Assunto	AIR	Norma Resultante
021/2014	Proposta de 4º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Aeroporto nº 01/2011, relativo à realização da revisão da metodologia de cálculo do fator Q, decorrente da 1ª (primeira) revisão dos parâmetros da concessão do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – ASGA.	Não	Não
020/2014	Proposta de resolução que estabelece a metodologia de cálculo do fator X a ser aplicado nos reajustes tarifários anuais para o quinquênio 2015-2019 decorrente da 1ª (primeira) revisão dos parâmetros de concessão prevista no contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – ASGA.	Não	Não
019/2014	Proposta de edição de emenda ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 153 (RBAC nº 153), intitulado “Aeródromos – Operação, Manutenção e Resposta à Emergência”.	Não	Não
018/2014	Proposta de Emenda 01 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 43 (RBAC nº 43).	Não	Não
017/2014	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 110 (RBAC nº 110), intitulado “Programa Nacional de Instrução em Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita – PNIAVSEC”.	Não	Não
016/2014	Proposta de revisão do Programa de Segurança Operacional Específico da Agência Nacional de Aviação Civil (PSOE-ANAC).	Não	Não
015/2014	Proposta de resolução que revoga o desconto de 50% sobre o preço unificado aplicado em operações de aeronaves de asas rotativas.	Não	Não
014/2014	Proposta de resolução instituindo o Programa de fomento à certificação de projetos de aviões de pequeno porte, denominado iBR2020.	Não	Não
013/2014	Proposta de resolução que dispõe sobre o modelo de regulação tarifária e estabelece os tetos das tarifas aeroportuárias e regras para arrecadação e recolhimento.	Não	Não
012/2014	Proposta de revisão das normas atualmente vigentes que regulamentam a apresentação de documentos e de demonstrações contábeis à ANAC pelas empresas brasileiras que exploram os serviços de transporte aéreo público e os serviços aéreos públicos especializados.	Não	Não
011/2014	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 65 (RBAC nº 65), intitulado “Licenças, habilitações e regras gerais para despachante operacional de voo e mecânico de manutenção aeronáutica”, em substituição ao Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 65 (RBHA 65).	Sim	Não

010/2014	Proposta de edição de Emenda nº 03 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 61 (RBAC nº 61)	Sim	Resolução nº 344, de 17.09.14.
009/2014	Proposta de Resolução que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de revisão extraordinária nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária federal	Não	Não
008/2014	Proposta de Resolução dispondo sobre autorização para exploração de aeródromos civis públicos, em conformidade com o Decreto nº 7.871, de 21 de dezembro de 2012.	Não	Não
007/2014	Proposta de estabelecimento de duas condições especiais a serem incorporadas à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicáveis à proteção de envelope de voo para alto ângulo de ataque e à concessão de créditos de desempenho, em condições de formação de gelo, devido à proteção de envelope de voo robusta.	Não	Não
006/2014	Proposta de estabelecimento de três condições especiais a serem incorporadas à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicáveis às condições gerais das proteções do envelope de voo, à proteção de envelope de voo para limite de arfagem, rolamento e alta velocidade, e à proteção de envelope de voo para limitação do fator de carga normal excessivo.	Não	Não
005/2014	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável a assentos orientados transversalmente, de simples e múltipla ocupação, com ou sem incorporação de sistemas de <i>air bag</i> .	Não	Não
004/2014	Proposta de concessão de isenção parcial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável aos meios de visualização das condições no exterior da cabine através de uma saída de emergência do Tipo III localizada sobre a asa.	Não	Não
003/2014	Proposta de estabelecimento de duas condições especiais a serem incorporadas à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550: aplicável à proteção dos sistemas eletrônicos contra acessos não autorizados que possam ocorrer internamente ao avião; e aplicável à proteção dos sistemas eletrônicos contra acessos não autorizados que possam ocorrer externamente ao avião.	Não	Não
002/2014	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à proteção contra fogo no compartimento de acondicionamento de objetos localizado na parte posterior da cabine de passageiros, no interior do lavatório.	Não	Não

001/2014	Proposta de edição de Emenda nº 02 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 120 (RBAC nº 120), intitulado “Programas de prevenção do uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil”.	Sim	Resolução nº 326, de 10.06.14.
023/2013	Proposta de concessão de isenção permanente de cumprimento dos requisitos de que tratam o parágrafo 61.3(a) do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 61 (RBAC nº 61) e os parágrafos 91.5(a)(3) e 91.105(a)(1) do Regulamento Brasileiro da Homologação Aeronáutica nº 91 (RBHA nº 91).	Não	Não
022/2013	certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à detecção de fumaça nos compartimentos eletroeletrônicos e às proteções contra penetração de fumaça oriunda desses compartimentos.	Não	Não
021/2013	Proposta de edição das Emendas nºs 135 e 136 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 25 (RBAC nº 25).	Não	Não
020/2013	Proposta de concessão de isenção a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à instalação de um único placar “Não Fume”, de forma conspícua dentro da cabine, nas imediações da porta de entrada principal da aeronave, aproximadamente ao nível dos olhos de todas as pessoas que entram na cabine.	Não	Não
019/2013	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável ao modo de aproximação íngreme .	Não	Não
018/2013	Proposta de Resolução para estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à definição de uma condição de aterrissagem com carregamento de arfagem que considere os efeitos do sistema de frenagem automático.	Não	Não
017/2013	Proposta de concessão de isenção para o avião Embraer EMB-550, aplicável a portas interiores entre compartimentos da cabine de passageiros.	Não	Não
016/2013	Proposta de concessão de isenção parcial para o avião Embraer EMB-550, aplicável à proteção da parte estrutural dos tanques de combustível contra fontes de ignição causadas por descargas atmosféricas.	Não	Não
015/2013	Proposta de estabelecimento de Condição Especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável ao sistema de geração e distribuição de energia elétrica.	Não	Não
014/2013	Proposta de estabelecimento de Condição Especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à interação entre sistemas e estrutura.	Não	Não

013/2013	Proposta de estabelecimento de duas Condições Especiais a serem incorporadas à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550: aplicável aos comandos de voo do tipo manche lateral (<i>side stick</i>); e aplicável às forças limite aplicadas pelo piloto ao manche lateral para o controle longitudinal (arfagem) e o controle lateral (rolamento).	Não	Não
012/2013	Proposta de Resolução para estabelecimento de duas condições especiais a serem incorporadas à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550 aplicáveis ao seu sistema de controle de voo.	Não	Não
011/2013	Proposta de Resolução para estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-145 aplicável à película hidrofóbica a ser utilizada no lugar de limpadores de para-brisas.	Não	Não
010/2013	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável ao uso do sistema ATTCS (Sistema Automático de Controle de Tração de Decolagem) para arremetida.	Não	Não
009/2013	Proposta de Resolução referente à participação do Brasil no Registro Internacional.	Não	Não
008/2013	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à película hidrofóbica a ser utilizada no lugar de limpadores de para-brisas.	Não	Não
007/2013	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à recuperação de manobra por um sistema automático de voo com uma instalação de um sistema protetor de alta velocidade incorporado nas leis de controle de voo.	Não	Não
006/2013	Proposta de Emenda nº 01 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 135 (RBAC nº 135).	Não	Não
005/2013	Audiência Pública referente à concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Antônio Carlos Jobim – Galeão (RJ) e Tancredo Neves – Confins (MG).	Não	Não
004/2013	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável ao sistema de controle eletrônico de voo com relação à estabilidade lateral direcional e longitudinal, bem como a alerta de baixa energia.	Não	Não
003/2013	Proposta de edição de Resolução que dispõe sobre as condições gerais de transporte aplicáveis ao transporte aéreo doméstico e internacional de bagagem.	Não	Não
002/2013	Proposta de edição de Resolução que regulamenta o procedimento de alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos coordenados – slots – e dispõe sobre os aeroportos de interesse.	Não	Não

001/2013	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 164, intitulado “Gerenciamento do Risco da Fauna nos Aeródromos Públicos Brasileiros”.	Não	Não
028/2012	Proposta de alteração da Resolução nº 153, de 18 de julho de 2010, que dispõe sobre a aprovação de Plano Diretores Aeroportuários.	Não	Não
027/2012	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 147 (RBAC nº 147), intitulado “Certificação e Requisitos Operacionais: Centros de Instrução de Aviação Civil para Formação de Mecânicos de Manutenção Aeronáutica”.	Não	Não
026/2012	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 141 (RBAC nº 141), intitulado “Certificação e Requisitos Operacionais: Centros de Instrução de Aviação Civil para Formação e Qualificação de Tripulantes de Voo, Tripulantes de Cabine e Despachantes Operacionais de Voo”.	Não	Não
025/2012	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 140 (RBAC nº 140), intitulado “Certificação e Requisitos Operacionais: Escolas de Voo”	Não	Não
024/2012	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável à parada súbita de motor e APU.	Não	Não
023/2012	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-145, aplicável ao uso de grandes painéis não tradicionais e não metálicos integrados à estrutura dos assentos de passageiros.	Não	Não
022/2012	Proposta de edição de resolução estabelecendo regras sobre a disponibilização de Informações Antecipadas sobre Passageiros (API) e Registro de Identificação de Passageiros (PNR).	Não	Não
021/2012	Proposta de edição de resolução estabelecendo novos procedimentos para usuários do Sistema Decolagem Certa – DCERTA.	Não	Não
020/2012	Proposta de edição de resolução dispondo sobre o Registro Aeronáutico Brasileiro.	Não	Não
019/2012	Proposta de resolução dispondo sobre os procedimentos relativos à acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo.	Não	Não
018/2012	Propostas de Emenda nº 61 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 23, Emenda nº 134 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 25, Emendas nºs 45 e 46 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 27, e Emendas nºs 52 e 53 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 29.	Não	Não
017/2012	Propostas de Emenda nº 132 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 25, Emenda nº 01 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 26 e Emenda nº 02 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 121.	Não	Não

016/2012	Proposta de edição de resolução estabelecendo critérios e procedimentos para alocação de áreas aeroportuárias.	Não	Não
015/2012	Proposta de edição de resolução dispondo sobre os tetos das tarifas aeroportuárias de conexão.	Não	Não
014/2012	Proposta de edição de resolução dispondo sobre a obrigação dos operadores de aeródromo de informar à ANAC a capacidade operacional.	Não	Não
013/2012	Proposta de edição da Emenda nº 04 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 34 (RBAC nº 34), intitulado “Requisitos para Drenagem de Combustível e Emissões de Escapamento de Aviões com Motores a Turbina	Não	Não
012/2012	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-505, aplicável ao sistema de bolsa de ar (<i>air bag</i>) instalado em cintos de segurança de ombro em assentos de múltipla ocupação orientados transversalmente.	Não	Não
011/2012	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 108 (RBAC nº 108), intitulado “Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita - Operador Aéreo”.	Não	Não
010/2012	Proposta de resolução que estabelece critérios regulatórios quanto à implantação, operação e manutenção do Serviço de Prevenção, Salvamento e Combate a Incêndio em Aeródromos Cíveis (SESCINC).	Não	Não
009/2012	Proposta de resolução dispondo sobre o estabelecimento de requisitos para obtenção de aprovação operacional específica para rotas e procedimentos definidos conforme critérios de navegação baseada em performance – PBN.	Não	Não
008/2012	Proposta revisada de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 145 (RBAC nº 145), intitulado “Organizações de Manutenção de Produto Aeronáutico” – em substituição ao Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 145 (RBHA 145)	Não	Não
007/2012	Proposta de isenção temporária de cumprimento do requisito de que trata o parágrafo 21.191(g)(1) do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 21 (RBAC nº 21).	Não	Não
006/2012	Proposta de versão em português e inglês da Emenda nº 08 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 35 (RBAC nº 35), em substituição à versão em inglês.	Não	Não
005/2012	Proposta de edição de resolução dispondo sobre o Sistema de Resposta à Emergência Aeroportuária (SREA) em aeródromos civis.	Não	Não
004/2012	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 156 (RBAC nº 156), intitulado “Segurança operacional em aeródromos – operação, manutenção e resposta à emergência”.	Não	Não

003/2012	Proposta de Emenda nº 01 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 121 (RBAC nº 121), intitulado “Requisitos Operacionais: Operações Domésticas, de Bandeira e Suplementares”.	Não	Não
002/2012	Propostas de Emendas 130 e 131 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 25 (RBAC nº 25), intitulado “Requisitos de Aeronavegabilidade: Aviões Categoria Transporte”.	Não	Não
001/2012	Proposta de resolução que trata da aplicação do Fator X ao reajuste das tarifas aeroportuárias de embarque, pouso e permanência e dos preços unificado e de permanência, domésticos e internacionais.	Não	Não
023/2011	Proposta de concessão de isenção parcial e temporária de cumprimento do requisito de que trata o parágrafo 91.805(b)(4) do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 91 (RBHA 91).	Não	Não
022/2011	Proposta de alteração do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 65 (RBHA 65), intitulado “Despachante Operacional de Voo e Mecânico de Manutenção Aeronáutica”.	Não	Não
021/2011	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-550, aplicável às manobras de rolamento para projeto de Sistemas de Comandos Eletrônicos.	Não	Não
020/2011	Proposta de revogação do Art. 2º da Resolução nº 95, de 11 de maio de 2009.	Não	Não
019/2011	Proposta de edição de Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial nº 111 (RBAC-E nº 111), intitulado “Sistemas de Oxigênio dos Lavatórios”.	Não	Não
018/2011	Proposta de edição da Emenda 01 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 45, intitulado “Marcas de Identificação, de Nacionalidade e de Matrícula”.	Não	Não
017/2011	Proposta de edição de resolução dispondo sobre a instituição do Sistema Eletrônico de Registro de Voo.	Não	Não
016/2011	Audiência Pública referente à concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais de Brasília (DF), Campinas (SP) e Guarulhos (SP).	Não	Não
015/2011	Proposta de edição de Resolução para estabelecer os procedimentos de apuração da regularidade, pontualidade e eficiência operacional das operações de transporte aéreo público regular com origem ou destino no Brasil.	Não	Não
014/2011	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer EMB-505, aplicável ao assento orientado transversalmente, para um único ocupante.	Não	Não
013/2011	Proposta de resolução dispondo sobre o compartilhamento das áreas de check-in nos aeroportos brasileiros, para divulgação no sítio eletrônico da ANAC.	Não	Não

012/2011	Proposta de estabelecimento de condição especial a ser incorporada à base de certificação do projeto de tipo do avião Embraer ERJ-170, aplicável aos assentos com grandes painéis não metálicos e não tradicionais.	Não	Não
011/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 63 (RBAC nº 63), intitulado “Mecânico de Voo e Comissário de Voo” – em substituição ao Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 63 (RBHA 63)	Sim	Não
010/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 43 (RBAC nº 43), intitulado “Manutenção, Manutenção Preventiva, Reconstrução e Modificações” – em substituição ao Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 43 (RBHA 43)	Não	Não
009/2011	Proposta de revogação do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica nº 37 (RBAC nº 37), intitulado “Procedimentos para a Construção de Aeronaves por Amadores”, e edição da Instrução Suplementar nº 21.191-001 (IS nº 21.191-001), intitulada “Aeronaves Construídas por amadores”.	Não	Não
008/2011	Proposta de alteração do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 21 (RBAC nº 21), intitulado “Certificação de Produto Aeronáutico”, e revogação do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica 38 (RBHA 38), intitulado “Procedimentos para Fabricação de Conjuntos para Montagem de Aeronaves Experimentais”.	Não	Não
007/2011	Proposta de resolução estabelecendo requisitos de aderência para pistas de pouso e decolagem.	Não	Não
006/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 137 (RBAC nº 137), intitulado “Certificação e Requisitos Operacionais: Operações Aeroagrícolas” e da Instrução Suplementar nº 137.201-001 (IS nº 137.201-001), intitulada “Uso de etanol em aeronaves agrícolas”.	Não	Não
005/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 161 (RBAC nº 161), intitulado “Plano de Zoneamento de Ruído – PZR” .	Não	Não
004/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 125 (RBAC nº 125), intitulado “Certificação e operações: aviões com capacidade de assentos de mais de 19 passageiros ou capacidade máxima de carga paga de 2720kg (6000 lb.) ou mais; regras aplicáveis a pessoas a bordo destes aviões”.	Não	Não
003/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 142 (RBAC nº 142), intitulado “Requisitos para Centros de Treinamento de Aviação Civil”.	Não	Não
002/2011	Proposta de edição de Emenda nº 02 ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 01 (RBAC nº 01), intitulado “Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil. Definições, Regras de Redação e Unidades de Medida”.	Não	Não

001/2011	Proposta de edição do Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 103 (RBAC nº 103), intitulado “Veículo Aéreos Leves”	Não	Não
----------	---	-----	-----

REFERÊNCIAS

Livros, capítulos em livros e artigos

ABEAR. *Panorama 2013*, pp. 1-86. Disponível em: <http://www.abear.com.br/uploads/arquivos/dados_e_fatos_arquivos_ptbr/Panorama_2013_final.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. “La privatización de las telecomunicaciones en Brasil”. In: *Revista de Economía Política*, vol. 21, nº 2(82), pp. 43-61, 2001.

ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. *Revisão Judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Mecanismos de consenso no direito administrativo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 335-349, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo e Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O princípio da eficiência”. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 4, Salvador, pp. 1-7, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon e VICKERS, John. *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*. Cambridge, MIT, 1999.

ASEA – Associação dos Servidores da Agência Nacional de Energia Elétrica. “Perspectivas e Recomendações para o Setor Elétrico”. Brasília, pp.1-19, 2014. Disponível

em: <<http://www.asea.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Parecer-T%C3%A9cnico-ASEA-Setor-El%C3%A9trico.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

ATALIBA, Geraldo. “Empresas Estatais e Regime Administrativo (Serviço Público – Inexistência de concessão – Delegação – Proteção ao Interesse Público)” In: *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros, nº 4, pp. 55-70, 1993.

AYRES, Ian, BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford, 1995.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. New York: Oxford University Press, Cap. 3, 1999.

BALDWIN, Robert. *Is Better Regulation Smarter Regulation?*, Londres, 19 out. 2004. Mimeo.

BALDWIN, Robert. “Better regulation: The search and the struggle” In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 259-78, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. “Natureza Jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites de fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do

Estado”. In: *Revista Trimestral de Direito Público* 25/76-77. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 76-81, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre as agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de(org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, pp. 109-131, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras”. In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: fev. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, ordem econômica e agências reguladoras”. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, Salvador, pp. 01-29, 2005. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

BATISTA, Mariana. “Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras”. In: *Planejamento e políticas públicas*, nº 36. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pp. 213-250, jan.-jun. 2011.

BETTER REGULATION TASK FORCE. *Principles of good regulation*, London: Cabinet Office, 2003. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407162704/http://archive.cabinetoffice.gov.uk/brc/upload/assets/www.brc.gov.uk/principlesleaflet.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. “Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil”. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 3, Salvador, pp. 1-20, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLACK, Julia. "Critical Reflections on Regulation". In: *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, Canberra, Austrália, pp. 1-36, 2002.

BLACK, Julia. "Procedimentalizando a regulação: parte I". In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Editora Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, pp. 141-66, 2006.

BLACK, Julia. "Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes". In: *Regulation & Governance*, v. 2. Jerusalém: Wiley-Blackwell, pp. 137-64, 2008.

BLACK, Julia. "Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects", p. 11. LSE Law, Society and Economy Working Papers 15, pp. 1-38, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2160220>>. Acesso em: fev. 2015.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle", Caderno 1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRUNA, Sergio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari et. al. "Direitos humanos e políticas públicas". São Paulo: Pólis, pp. 05-15 (Caderno Pólis 2), 2001. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos%20Humanos%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes et. al. A representação judicial das agências e seus limites. In: SALGADO, Lucia Helena. (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil. Judicialização e independência*. Rio de Janeiro: IPEA, pp. 15-46, 2009.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. "O princípio constitucional da eficiência na administração pública". In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 226. São Paulo: Atlas, pp. 231-241, out./dez. 2001.

COASE, Ronald. “The Nature of the Firm”. *Economica*. New Series, v. 4, nº 16, Londres: London School of Economics and Political Science, pp. 386-405, 1937. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, October, pp. 1-44, 1960.

COLEMAN, James. S. *Foundations of Social Theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.

CORREA, P. et al. *Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measures of Brazilian regulators*. Washington: World Bank, IRDB, 2006.

CORREIA, Tiago B. et. al. “Trajetória das reformas institucionais da indústria elétrica brasileira e novas perspectivas de mercado”. In: *Revista Economia*, Brasília: ANPEC, v. 7, nº 3, pp. 607-27, set./dez., 2006.

COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. “A Dinâmica Institucional da Reforma do Estado: um balanço do período FHC”. In: ABRÚCIO, Fernando Luiz e LOUREIRO, Maria Rita (Org.). *O Estado Numa Era de Reformas: Os Anos FHC - Parte 2*. Brasília: MP, SEGES, pp. 09-55, 2002.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CZELUSNIAK, Marcelo. “A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ”. 2009, 213f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

DEBUS, Ilvo. “Análise dos contratos de gestão celebrados com as agências reguladoras quanto à regularidade, efetividade e contribuição para a gestão regulatória e fiscalizatória (período de 2003 a 2012).” In: *Relatório Final resultante do Contrato nº 06/2012*. Brasília:

Comitê Gestor do Pro-Reg, Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais, Presidência da República, Casa Civil, 2012.

DEPARTMENT OF INDUSTRY TOURISM RESOURCES. *Regulatory Performance Indicators: a guide for departments and agencies*. Regulation Reform Section, Canberra, Austrália, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARACO, Alexandre D., PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva e COUTINHO, Diogo R. “A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil” In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, p. 25-44, jan/abr. 2014.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Tradução de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Apresentação”. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. “Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte”. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, p. 585-604, 2003.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Estudo dos Impactos Concorrenciais e Regulatórios da Proposta de Fusão entre Oi e Brasil Telecom*. Instituto Brasileiro de Economia. Relatório Final, fev. 2008, p. 23. Disponível em: <<http://epge.fgv.br/we/Graduacao/EconomiaDefesaConcorrencia/2010?action=AttachFile&do=get&target=Relatorio-Antitruste-Final-29022008.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

GIACOMONI, James. “Recursos humanos das Agências Reguladoras: situação atual, diagnósticos e recomendações”. Pro-Reg. Brasília, 2013.

GILARDI, Fabrizio. “Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis”. In: *Journal of European Public Policy*, Londres, Inglaterra, v. 9, nº 6, pp. 873-93, 2002.

GILARDI, Fabrizio. “The formal Independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors”. In: *Swiss Political Science Review*, Lucerna, Suíça, v. 11, nº 4, pp. 139-67, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GUERRA, Sérgio. “Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios” In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto

Brasileiro de Direito Público, nº 21, fev./mar./abr. 2010, pp. 1-24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

GUTIERREZ, Luiz H. “Regulatory Governance in the Latin American Telecommunications Sector”. In: *Utilities Policy 11*, pp. 225-240, 2003.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva e SOUZA, Frederico Hartmann de. “Nota Técnica – Aeroportos no Brasil: Investimentos Recentes, Perspectivas e Preocupações”. Nota Técnica IPEA nº 5, Diretoria de Assuntos Setoriais, abril, pp. 1-24, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/110414_nt005_diset.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na ‘Regulação Independente’”? In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, abr./jun., 2003, pp. 273-301.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

LEAL, Vitor Nunes. “Poder discricionário e ação de administração”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, out./dez. 1948, pp. 53-81.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. “Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: a comparative analysis of five country studies”, Proceedings of the World Bank Annual Conference of Development Economics 1993, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, pp. 215-52, 1994.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. “O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta”. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). *O desafio da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, pp. 17-37, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

MAGGETTI, Martino. “Between Control and Autonomy: Implementing Independent Regulatory Agencies: An empirical comparison”, Paper prepared for the conference: “Frontiers of regulation: assessing scholarly debates and policy challenges”, An international conference organised by the European Consortium of Political Research, Standing Group on Regulatory Governance and the Centre for the study of Regulated Industries, School of Management, University of Bath. September 7th-8th, University of Bath (UK), pp. 1-18, 2006.

MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança”. Tradução de René Loncan. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, pp. 53-86, 2006.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, AZEVEDO, Paulo Furquim de, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). *Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A nova regulação estatal e as agências independentes”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, pp. 72-98, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal”. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez/jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Concessão como Instituto de Direito Administrativo”. 2013a. 628f. Tese apresentada para o provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Prorrogação dos Contratos de Concessão do Setor Elétrico e a Medida Provisória nº 579/2012”. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013b.

MATTOS, César. “Regulando o regulador: a proposta do governo e a ANATEL”. In: *Cadernos Aslegis*, v. 6, nº 22, Brasília, pp. 9-27, jul. 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, pp. 182-230, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELIM JUNIOR, J. “A atuação da Agência Nacional de Telecomunicações no fomento à competição no setor”. 2011. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Controle da Regulação. Tribunal de Contas da União.

MELO, Marcus André. “Política regulatória: um revisão literária”. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, nº 50, pp. 7-43., 2000.

MELO, Marcus André. “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, nº 46 (jun.), pp. 55-68, 2001.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

MELO, Marcus André. “As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governance”. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando. (Org.). *O Estado numa era de reformas*. Brasília: SEGE, Ministério do Planejamento, v. 2, pp. 247-306, 2002.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns *standards* possíveis”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 10, nº 38, pp. 147-64, abr/jun. 2012.

MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre princípio da eficiência”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 31. São Paulo, pp. 47-55, 2000.

MONTEIRO, Vera. “As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, SBDP, pp. 342-63, 2006.

MONTEIRO, Maurílio de Abreu; RAVENA, Nirvia; CONDE, Cláudio Luciano da Rocha. “Judicialização da regulação e perda da qualidade do fornecimento de energia elétrica em áreas periféricas”. In: *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 47, nº 2, mar/abr, pp. 403-19, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Pode-se legitimar a agência pelo procedimento?”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, nº 5, pp. 163-225, jan./mar. 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 173-220, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Natureza jurídica, competência normativa e limites de atuação”. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 215. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 71-83, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A Independência das Agências Reguladoras”. In: *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, v. 16, nº 6, jun. 2000, pp. 416-18.

MORGAN, Bronwen, YEUNG, Karen. *An Introduction to Law and Regulation – Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos, “Credibility and the Design of Regulatory Agencies in Brazil”, *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 22, nº 3 (87), July-September 2002, pp. 65-88.

NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional changes and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge Press University, 1990.

NORTH, Douglas C. Economic performance through time. *The American Economic Review*, 84. nº 3, pp. 359-84, 1994.

OCDE. *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, including the *OECD Reference Checklist for Regulatory Decision Making*, 9 March 1995, OECD/GD(95)95, Paris, 1995.

OCDE. *The OECD Report on Regulatory Reform*. Paris, 1997.

OCDE. *Building capacity for regulatory quality: stocktaking paper*. Paris, 2004.

OCDE. *APEC-OECD Integrated Checklist for Regulatory Reform*. Paris, 2005a.

OCDE. *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. Paris, 2005b.

OCDE. Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares. Paris, ODSE/IDB, pp. 76-80, 2010.

OCDE. “Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança”. Paris. 2012.

OGUS, Anthony I. *Regulation – Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart, 2004.

OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. “Desenho regulatório e competitividade: efeitos sobre os setores de infraestrutura”, GVPesquisa, Escola de Administração do Estado de São Paulo, Relatório nº 26, pp. 1-73, 2005.

PACHECO, Regina. “Agências reguladoras no Brasil: Ulisses e as sereias ou Narciso e Eco?”. VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31, oct., pp.1-10, 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047610.pdf>>.

Acesso em: fev. 2015.

PESSÔA VALENTE. *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. São Paulo: Editora Fórum, 2013.

PINTO, Henrique Mota. *Empresas Estatais: um modelo jurídico em crise?*. 2010. 201f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

PINTO, Henrique Motta e PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresas Estatais*. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2013.

PÓ, Marcos Vinícius. *O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências*. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo)

– Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo.

PÓ, Marcos Vinícius. *A accountability no Modelo Regulatório Brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)*. 2004. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas. São Paulo.

POSNER, Eric A. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective”, In: *University of Chicago Law Review*, v. 68, nº 4, fall, 2001, pp. 1168-9.

PRADO, Mariana Mota. “Agências reguladoras, independência e desenho institucional”. Instituto Tendências de Direito e Economia. São Paulo, pp. 125-62, 2005.

PRADO, Mariana Mota. “O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida?”. In: *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, nº 22, abr./jun. 2008, pp.115-39.

PRADO, Mariana Mota. “O setor de energia elétrica”. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, pp. 3-32, 2010.

PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 250, pp.27-74, 2010.

SALGADO, Lucia Helena. “Introdução” In: *Marcos Regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto (2002). *Direito Concorrencial: as estruturas*. Editora Malheiros, São Paulo.

SAMPAIO, Thiago da Silva. *Reguladores, regulados e consumidores: Estudo de caso sobre a Aneel*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília-UnB.

SCHIRATO, Vitor Hein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Almiro do Couto. “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 2004, pp. 271-315.

SILVA, José Afonso. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

STERN, John. “The evaluation of regulatory agencies” In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 223-58, 2012.

SUNDEFELD, Carlos Ari. “Introdução às agências reguladoras”. In: SUNDEFELD, Carlos Ari (coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, pp. 17-38, 2000.

SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDEFELD, Carlos Ari. “A agência deve ser uma entidade transparente com diversos mecanismos de controle”. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). “Há um déficit democrático nas agências reguladoras?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, nº 5, jan./mar. 2004, pp. 195-96.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. “Limites ao controle judicial dos atos administrativos: a tutela de urgência e a questões técnicas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (coord.). *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, pp. 76-119, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça?” In: MACEDO JR. Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, Série Direito em Debate: Direito Desenvolvimento e Justiça, São Paulo: Saraiva, Fundação Getulio Vargas, pp. 287-305, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros., 2012.

SUNSTEIN, Cass R. *The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*, Illinois: American Bar Association, 2002.

TÁCITO, Caio. “Agências Reguladoras da Administração”. In: *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Editora TCMG, ano XIX, nº 2, s/p., 2001. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2001/02/-sumario?next=3>. Acesso em: fev. 2015.

TREASURY BOARD OF CANADA SECRETARIAT. *Regulatory process Management Standards*, appendix B, Ottawa, 1995.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de Direito Administrativo, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VERISSÍMO, Marcos Paulo. “Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 283-313, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama. “Controle Judicial dos Atos Regulatórios: uma análise da jurisprudência”. In: SCHAPIRO,

Mario Gomes (org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, pp. 267-328, 2010.

WILLIANSON, Oliver E. “Calculativeness, trust and economic organization”. In: *Journal of Law and Economics*, v. XXXVI, abril, pp. 453-86, 1993.

Documentos oficiais nacionais, julgados judiciais e administrativos

ANATEL, Análise nº 171/2013-GCJV, de 19.04.2013, Conselheiro: Jarbas José Valente, pp. 1-39.

ANEEL. “Relatório ANEEL 10 anos”. Brasília: ANEEL, pp. 1-129, 2008.

ANEEL. Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da SRD do ano de 2010. Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_Agenda_Regulatoria_Indicativa_SRD_2010.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. ANEXO I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2012-2013. Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_da_Agenda_2012_2013.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. ANEXO I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2013-2014. Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo_I_Acompanhamento_AR_2013_2014.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. Nota Técnica nº 069/2014-SRG/ANEEL, de 24 de outubro de 2014. Disponível em

<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota_Tecnica_069_2014_SRG_ANEEL.pdf>. Acesso em: fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão especial destinada a apreciar e proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.846, de 2000, Relator Leur Lomanto, 18.09.2001.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de concentração nº 0812.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008. Voto do Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, 20.10.2010.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10/12/96. Diário da Câmara dos Deputados, edição LII, nº 001, publicada em 08 de janeiro de 1997, p. 130.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Ofício nº 81 de 11.09.2008, pp. 1-2. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=219415&assuntoPublicacao=Processo%20n%BA%2053500.008258/2008%20-%20PGO%20-%20Parte%207&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=219415.pdf>> Acesso em: fev. 2015.

MINISTÉRIO DE DEFESA. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Exposição Interministerial nº 6613/MP/MD, de 24.10.2000, elaborada pelos Ministros de Estado da Defesa e do Planejamento, Orçamento e Gestão, presente no Avulso do PL nº 3846/2000.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Exposição de Motivos (EM) nº 95/MME. Parecer MPV 144/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=152139>> Acesso em: fev. 2015.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. MINISTÉRIO DA FAZENDA. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Exposição de Motivos Interministerial nº 37/ MME/MF/AGU de 11.07.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Exm/EMI-37-MME-MF-AGU-MPv-579.doc>. Acesso em: fev. 2015.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. MINISTÉRIO DA DEFESA. MINISTÉRIO DA FAZENDA. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Exposição de Motivos Interministerial nº 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR, 18.03.2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-31-MP-MD-MF-MJ-CCIVIL-PR-Mpv527.htm>. Acesso em: fev. 2015

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem da Presidência da República nº 21, de 19 de janeiro de 2015.

PROCURADORIA FEDERAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (PROCADE). Parecer nº 358/2010, Ato de Concentração nº 0812.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008, Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, 06.09.2010, fls. 2.934-2.935.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO (SEAE). Parecer nº 06364/2009/RJ, 01.07.2009.

SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. MINISTÉRIO DA FAZENDA. MINISTÉRIO DA DEFESA. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. EMI nº 00014/2011/SAC-PR/MF/MD/MP, de 16 de novembro de 2011.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE). Parecer nº 466, 13.07.2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2261/2011, Plenário, Processo TC nº 012.693/2009-9, Rel. Min. José Jorge, julgado em 24.08.2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 3232/2011, Plenário, Processo TC 32.786/2011, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgado em 07.12.2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 3.389; Plenário, Processo TC 006.569/2011-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Data da sessão: 05.12.2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Cautelar nº 669-SP. Plenário, Relator Min. Carlos Britto, j. 06/10/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1.948-1/RS, Relator original Min. Néri da Silveira, Relator substituto Gilmar Mendes, julgado em 04.09.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADIN nº 1.668-5/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgada em 20.08.1998. DJ 16.04.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em: fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC nº 2.310/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 19.12.2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADI-MC nº 3.090. Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes. Julgada em 11.10.2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADI-MC nº 3.100. Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes. Julgada em 11.10.2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 220.906-DF. Plenário, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 407.099, 2ª Turma, RE. Min. Carlos Velloso, j. 22.06.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 424.227-SC, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.08.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 473.933/PR, Decisão monocrática, Min. Rel. Eros Grau, j. 23/06/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 363.412/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de

Mello, j. 07/08/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 524.615/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/09/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Civil nº 70.023.426.125. Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, julgado em 16 de Abril de 2008

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AMS: 58231 MG 1997.01.00.058231-9, Relator Des. Fed. Souza Prudente, julgado em 13.02.2006, Sexta Turma, data de publicação: 13.03.2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. AC nº 200751010168404, Relator Des. Fed. Guilherme Couto, julgado em 17.05.2010, Sexta Turma Especializada, data de publicação: 04.06.2010.

Notícias de Jornal

AGÊNCIA BRASIL. “Anac precisa de mais servidores para atender expansão da aviação regional”, 06.08.2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-08/anac-precisa-de-mais-servidores-para-atender-expansao-da-aviacao-regional>>. Acesso em fev. 2015.

ANATEL, “Antônio Carlos Valente anuncia desligamento do Conselho Diretor da ANATEL”, 04.06.2004. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=98823&assuntoPublicacao=Valente%20anuncia%20desligamento%20do%20Conselho%20da%20Anatel&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2004/release_04_06_2004\(3\).pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=98823&assuntoPublicacao=Valente%20anuncia%20desligamento%20do%20Conselho%20da%20Anatel&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2004/release_04_06_2004(3).pdf)>. Acesso em: fev. 2015.

ESTADÃO, “O legado de Sérgio Motta, dez anos depois”, 13.04.2008, p. B20. Disponível em: <<http://www.psdb.org.br/ethevaldo-siqueira-o-legado-de-sergio-motta-dez-anos-depois>>. Acesso em: fev. 2015.

ESTADÃO. “Entenda o processo de fusão entre a Oi e a Brasil Telecom”. 17.12.2008. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-processo-de-fusao-entre-a-oi-e-a-brasil-telecom,295353>>. Acesso em: fev. 2015.

ESTADÃO, “Marco Regulatório ou projeto de poder?”, 24.07.2010. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/ethevaldo-siqueira/2010/07/24/marco-regulatorio-ou-projeto-de-poder>>. Acesso em: fev. 2015.

ESTADÃO. “Construtoras dizem que novo aeroporto de SP poderia começar a operar em 2020”, 06.03.2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,construtoras-dizem-que-novo-aeroporto-de-sp-poderia-comecar-a-operar-em-2020-imp-,1137719>>. Acesso em: fev. 2015.

ESTADÃO. “Está difícil reduzir a dívida da ‘supertele’”, 09.10.2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,esta-dificil-reduzir-a-divida-da-supertele-imp-,1573850>>. Acesso em: fev. 2015.

EXAME, “Ziller diz que comando da ANATEL é vontade do Presidente”, 07.01.2004. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ziller-diz-que-comando-da-anatel-e-ato-de-vontade-do-presidente-m0060656>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “ANATEL esvazia Ministério de Motta”, 06.11.1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi061113.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Supremo quer poder da ANATEL limitado”, 09.10.1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/10/09/dinheiro/21.html>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Sem medo de sermos felizes!”, 26.08.1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi260808.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Governo cria mais 974 cargos sem concurso”, 18.12.2005. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1812200528.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Diretoria da ANAC quer entregar pedido de renúncia na 3ª”, 27.07.2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2007/07/315683-diretoria-da-anac-quer-entregar-pedido-de-renuncia-na-3.shtml>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Nomeação política prejudica agências, dizem especialistas”, 29.07.2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2907200704.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Ministro diz que prazos para avaliar PGO estão ‘razoavelmente vencidos’”, 11.09.2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/09/443983-ministro-diz-que-prazos-para-avaliar-pgo-estao-razoavelmente-vencidos.shtml>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA, “Telebras perde R\$ 20,6 milhões em 2009”, 05.03.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0503201008.htm>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA. “ANATEL monitora Oi em crise desde agosto”, 28.01.2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/01/1581546-anatel-monitora-oi-em-crise-desde-agosto.shtml>>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA ONLINE. “Após polêmica, posse da conselheira da ANATEL será em cerimônia fechada.”. 10.09.2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/09/443543-apos-polemica-posse-de-conselheira-da-anatel-sera-em-cerimonia-fechada.shtml?mobile>>. Acesso em: fev. 2015.

G1, “Ociosidade atinge 70% dos principais aeroportos”, 12.08.2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL86760-5598,00.html>>. Acesso em: fev. 2015.

G1. “ANATEL abre caminho para permitir fusão da Oi e Brasil Telecom”, 12.06.2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL599435-9356,00-

[ANATEL+ABRE+CAMINHO+PARA+PERMITIR+FUSAO+DA+OI+E+BRASIL+TELECOM.html](#)>. Acesso em: fev. 2015.

O GLOBO. “Infraero já recebeu R\$1,6 bi da União e dependerá do Tesouro por três anos”, 22.07.2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/infraero-ja-recebeu-16-bi-da-uniao-dependera-do-tesouro-por-tres-anos-9118117>>. Acesso em: fev. 2015.

O GLOBO. “Novo aeroporto em São Paulo: construtoras têm projeto de R\$ 5 bilhões”, 02.06.2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/novo-aeroporto-em-sao-paulo-construtoras-tem-projeto-de-5-bilhoes-12694358>>. Acesso em: fev. 2015.

O GLOBO. “Infraero vai depender da União até 2020”, 26.8.2014. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/infraero-vai-depender-da-uniao-ate-2020-13727846>>. Acesso em: fev. 2015.

JORNAL DO BRASIL, “Indicações políticas e desempenho das agências reguladoras”, 02.01.2013; Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2013/01/02/indicacoes-politicas-e-desempenho-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: fev. 2015.

PSDB. “Institutos do PSDB e do PPS debatem telecomunicações”, 08.2008. Disponível em: <<http://www.psdb.org.br/institutos-do-psdb-e-do-pps-debatem-telecomunicacoes>>. Acesso em: jan. 2015.

REUTERS. “Anac estima que precisa ampliar quadro de funcionários em cerca de 40%”, 06.08.2014. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN0G620A20140806>>. Acesso em: fev. 2015.

SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. “Governo pretende autorizar aeroportos privados a operar voos comerciais”, 21.05.2014. Disponível em: <<http://www.aviacaocivil.gov.br/noticias/2014/05/governo-pretende-autorizar-aeroportos-privados-a-operar-voos-comerciais>>. Acesso em: fev. 2015.

VALOR ECONÔMICO. “SAC: Novo aeroporto de SP passa por avaliação política da Casa Civil”, 22.09.2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3705444/sac-novo-aeroporto-de-sp-passa-por-avaliacao-politica-da-casa-civil>>. Acesso em: fev. 2015.

Sites consultados

ANATEL, Relatório Anual, 2008. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/hotsites/relatorio_anual_2008/cap_01.htm>. Acesso em: fev. 2015.

ANATEL. Acompanhamento – Agenda Regulatória 2013-2014. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=311840&pub=principal&filtro=1&documentoPath=311840.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

ANATEL. Acompanhamento – Agenda Regulatória 2013-2014. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=321327&pub=original&filtro=1&documentoPath=321327.pdf>>. Acesso em: fev. 2015.

ANAC. Concessão de Aeroportos. Galeão e Confins. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/Concessoes/galeao_confins>. Acesso em: fev. 2015.

ANAC. Agenda Regulatória 2014. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/AgendaRegulatoria/agenda2014.asp>> Acesso em: fev. 2015.

ANAC. Reuniões Deliberativas da Diretoria – 2015. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/transparencia/deciso.es.asp>>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. Reuniões Públicas da Diretoria. Atas. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=169>>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. Consultas Públicas. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=14>> Acesso em: fev. 2015

ANEEL. Reuniões Públicas da Diretoria. Vídeos das Reuniões. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=708&idPerfil=3>> Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. Reuniões Públicas da Diretoria. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=416>>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. Audiências Públicas. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2014&attAnoFasAud=2014&id_area=13>. Acesso em: fev. 2015.

ANEEL. Agenda Regulatória 2015/2016. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=703&idPerfil=3>>. Acesso em: fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Deputado Leonardo Picciani. Projeto de Lei nº 5.442/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1081223&file_name=Tramitacao-PL+5442/2013>. Acesso em: fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática. Relatório Final da Subcomissão Especial destinada a acompanhar as ações do Programa Nacional de Banda Larga. Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/documentos/relatorios-de-atividades/relatorios-de-subcomissoes/rel-final-subcom-esp-pnbl-2013/view>>. Acesso em: fev. 2015.

Independent Evaluation Group. World Bank Group. Disponível em: <<http://ieg.worldbankgroup.org/about-us>>. Acesso em: fev.2015.

Operador Nacional do Sistema Elétrico. Ministério de Minas e Energia. O Setor Elétrico. Disponível em: <http://www.ons.org.br/institucional/modelo_setorial.aspx>. Acesso em: fev. 2015.

PROGRAMA DE FORTALECIMENTO DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL PARA GESTÃO EM REGULAÇÃO – PRO-REG. Disponível em: <www.regulacao.gov.br>. Acesso em: fev. 2015.

SAC/PR. Programa de Investimento em Logística: Aeroportos. Última modificação de 08.05.2014. Disponível em: <<http://www.aviacaocivil.gov.br/assuntos/aeroportos/programas/programa-de-investimento-em-logistica-aeroportos>>. Acesso em: fev. 2015.