

PROCESSO ADMINISTRATIVO NAS

AGÊNCIAS REGULADORAS

UMA PROPOSTA DE DISCIPLINA LEGISLATIVA

Sérgio Guerra
Patrícia Sampaio
(Organizadores)

Danielle Cavalcante Duarte
Gabriel Cozendey Pereira Silva
Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves
Luis Lopes Martins
Maíra Ayres Torres
Mariam Tchepurnaya Daychoum
Paulo Wunder de Alencar
Rafael Vêras de Freitas
Romilson de Almeida Volotão

 FGV DIREITO RIO



PROCESSO ADMINISTRATIVO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
UMA PROPOSTA DE DISCIPLINA LEGISLATIVA

Edição produzida pela FGV DIREITO RIO
Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

PROCESSO ADMINISTRATIVO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
UMA PROPOSTA DE DISCIPLINA LEGISLATIVA

Organizadores

Sérgio Guerra
Patrícia Sampaio

Autores

Danielle Cavalcante Duarte
Gabriel Cozendey Pereira Silva
Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves
Luis Lopes Martins
Maíra Ayres Torres
Mariam Tchepurnaya Daychoum
Paulo Wunder de Alencar
Rafael Vêras de Freitas
Romilson de Almeida Volotão

Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação
Grupo de Pesquisa: Direito e Regulação
Linha de Pesquisa: Lei Geral de Processo Administrativo das
Agências Reguladoras
CNPq: <<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelholinha/3321379385380634284188#palavraChave>>

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO



Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Fechamento da 1ª edição em janeiro de 2016

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação ■ Sérgio França, Thais Teixeira Mesquita e Rodrigo Vianna

Projeto gráfico e capa ■ Priscilla Tipping

Diagramação ■ Priscilla Tipping

Revisão ■ Vania Maria Castro de Azevedo

Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

176 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-63265-61-6

1. Direito administrativo. 2. Agências reguladoras. I. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 341.3

Todos os direitos desta edição reservados à FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar

Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900

55 (21) 3799-5445

www.fgv.br/direitorio

Sumário

Apresentação	6
Capítulo 1 As agências reguladoras federais	8
Capítulo 2 Do processo normativo	21
Capítulo 3 Fiscalização e processo administrativo sancionador	38
Capítulo 4 Termo de ajustamento de conduta	52
Capítulo 5 Procedimentos administrativos consensuais de resolução de conflitos no âmbito das agências reguladoras federais	76
Capítulo 6 Mecanismos de governança da interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública no processo administrativo regulatório	91
Capítulo 7 Participação, consensualidade, efetividade: no caminho da Administração Concertada	111
Capítulo 8 Dos mecanismos de participação e de prestação de contas	132
Anexo Anteprojeto de lei	140
Sobre os autores	174

Apresentação

A Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas expressa sua satisfação em publicar a presente pesquisa, fruto do esforço coletivo de alunos do Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação da turma de 2014, sob nossa orientação.

Trata-se da elaboração de anteprojeto de lei que se propõe a disciplinar o processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais, destacando pontos essenciais ao tema, tais como: (i) delimitação do conceito de agência reguladora e suas principais características; (ii) etapas do processo normativo, com ênfase no modelo de gestão de risco e análise de impacto regulatório, seguido por um programa de efetivo rigor e controle da manutenção dos objetivos da regulação; (iii) mecanismos de fiscalização e sanção; (iv) procedimentalização dos instrumentos consensuais de resolução de conflitos, com a possibilidade de celebração de acordos entre os agentes envolvidos; (v) relacionamento com outros órgãos estatais; e (vi) mecanismos de participação e prestação de contas.

O trabalho foi desenvolvido, ao longo de um semestre, por um grupo de pesquisa que se reunia periodicamente. Cada capítulo do anteprojeto de lei teve a sua redação inicial encarregada a um ou dois alunos; os textos foram então apresentados e debatidos nas reuniões de trabalho. O resultado

desse encontro pode ser observado nos textos ora publicados, nos quais os pesquisadores justificam as posições acadêmicas adotadas ao sugerirem o texto legal.

Com o intuito de aprofundar as discussões em torno do trabalho dos mestrandos, em abril de 2015 a FGV Direito Rio promoveu um *workshop* com a participação dos professores Patrícia Baptista e Flávio Amaral Garcia, que ofereceram essenciais sugestões ao anteprojeto ora apresentado, e aos quais registramos nossos mais profundos agradecimentos.

O anteprojeto de lei que disciplina o processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais vem ao encontro da missão institucional do Mestrado Acadêmico em Regulação da FGV Direito Rio de estimular a comunidade jurídica a refletir criticamente sobre os institutos em vigor e apresentar propostas que possam contribuir para o aprimoramento do Estado regulador contemporâneo. Acreditamos ainda que, com pequenas adaptações, este anteprojeto de lei possa colaborar também com a estruturação ou revisão de leis que disciplinem processos administrativos no âmbito de agências reguladoras estaduais e municipais.

Rio de Janeiro, outubro de 2015.

Sérgio Guerra e Patrícia Sampaio

Capítulo 1

As agências reguladoras federais

Gabriel Cozendey

1. Considerações preliminares

A elaboração do capítulo I do anteprojeto de lei das agências reguladoras federais (“Anteprojeto”) foi necessária porque a definição do conceito de agência reguladora poderia atender a duas necessidades de maneira concomitante. A primeira consiste, mais que numa necessidade, na obrigação de manter a coerência textual do anteprojeto. Trata-se de definir a espécie de pessoa jurídica a quem se destinam os seus dispositivos. A segunda decorre de a definição do conceito de agência reguladora poder vir a promover a diminuição de resistências culturalmente arraigadas, em relação a um modelo policêntrico de Administração Pública, especialmente no que concerne à autonomia das agências reguladoras. O sintoma dessas resistências e o remédio para evitá-las já haviam sido descritos por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto em referência à criação da Agência Nacional de Telecomunicações. Segundo ele, “os contornos e consequências dessa autonomia carecem de ser mais bem definidos, mormente porque se tem percebido alguma resistência no âmbito da Administração Pública Federal (...) para a efetivação da autonomia e da independência conferidas pela Lei à Agência”¹.

1 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Peixoto. Independência e Autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal e constitucional. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2012, p. 931.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressaltou que a existência de agências governamentais autônomas não constitui novidade no Direito Administrativo. A novidade trazida pelas agências reguladoras, segundo ele, decorreria da inserção dessas entidades no contexto da transferência, para a iniciativa privada, da prestação de certos serviços². Especificamente com relação às agências reguladoras, também não parece haver motivos para desconfiar. Segundo Joaquín Tornos Mas, “(...) não se deve estranhar que (a regulação) requeira uma autoridade diferenciada da Administração clássica. E isto não apenas em razão da necessidade de separar o regulado do regulador. Ainda quando a Administração não atuar diretamente em determinado setor sensível à sociedade, a função de regulação deve ser atribuída a uma autoridade de regulação. A Administração serve aos interesses do Governo executando o marco normativo previamente estabelecido (...). O que se exige ao regular setores sensíveis é uma intervenção que garanta o pluralismo, o equilíbrio entre valores contrapostos e dos interesses entre o mercado e os fins de serviço público. Esta maneira de atuar, no marco de um ordenamento em grande parte indefinido, não é próprio da Administração, requer outra legitimação e outra *expertise*”³.

Sendo assim, em vista de que as resistências à autonomia das agências reguladoras parecem não se justificar, buscou-se registrar, no anteprojeto, um conceito de agência reguladora que facilitasse a compreensão de suas funções e de sua importância para o equilíbrio dos interesses públicos abrangidos pelos diversos sistemas regulados. Já é possível encontrar exemplos elucidativos dessa perspectiva na jurisprudência. Segundo o ministro Luiz Fux, “as agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao

2 “(...) agências governamentais autônomas, entendidas como entes fracionários do aparelho administrativo do Estado não são tema novo no Direito Administrativo. (...) A novidade está no ressurgimento da importância dessas entidades, rebatizadas, resumidamente, de agências reguladoras, para desempenharem autarquicamente essas funções na disciplina de certos serviços, cuja execução vem sendo transferida de empresas estatais para empresas privadas”. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 145-146.

3 MAS, Joaquín Tornos. *Las Autoridades de Regulación de lo Audiovisual*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 69.

ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário”⁴. Foi esse tipo de abordagem da temática das agências reguladoras que se procurou consolidar no capítulo I do anteprojeto.

2. Funções (Art. 2º, *caput*)

Um primeiro aspecto que merece atenção na definição do conceito de agência reguladora consiste em (i) determinar o que é regular e, consecutivamente, (ii) definir quais são as funções atinentes à regulação. Para Marcos Juruena Villela Souto, “a regulação deve ser considerada sob três aspectos, a saber, a regulação de monopólios, em relação à qual devem ser minimizadas as forças de mercado através de controles de preços e a qualidade do serviço, regulação para competição, para viabilizar a sua existência e continuidade, e regulação social, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental”⁵. O exercício da regulação, sendo assim, demanda que seja atribuído às agências reguladoras um certo espectro de poderes ou de funções que lhes permitam realizar suas finalidades institucionais.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, “os órgãos ou entidades dos ordenamentos setoriais, baseados nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, privativa ou repressiva, podendo esta chegar inclusive à cassação do ato de admissão no ordenamento setorial e conseqüente impedimento para o desenvolvimento da

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 757971, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2008, DJE 19/12/2008.

5 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2000, p. 153.

atividade correspondente”⁶ .

Em sentido similar, Dinorá Adelaide Musetti Grotti leciona que “essas figuras [as agências reguladoras] envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de editar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos, e genéricos – *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm constituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.; e desenvolvem uma tripla regulação: a ‘regulação dos monopólios’, visando a atenuar o efeito das forças de mercado, por meio de controles de preços e da qualidade do serviço; a ‘regulação para a competição’, a fim de criar condições para a existência e manutenção da concorrência, e a regulação social, objetivando a universalização dos serviços (...)”⁷ .

Por fim, dando conta da diversidade de agências, mas também dos pontos em comum entre elas, Luís Roberto Barroso considera que, “às agências reguladoras, no Brasil, tem sido cometido um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se incluem, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, as seguintes: a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) universalização dos serviços, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.”⁸ .

6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição à teoria dos ordenamentos setoriais. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2012, p. 829.

7 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2012, p. 893.

8 BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista de Direito Administrativo, vol. 229. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set./2002, pp. 300-301.

Em vista das peculiaridades de cada agência, como também das diferenças verificadas na doutrina acerca das funções, dos poderes, das tarefas, enfim, dos meios que são atribuídos às agências reguladoras para que exerçam a regulação, procurou-se redigir o art. 2º, *caput*, do anteprojeto de modo a respeitar essas peculiaridades e a evidenciar, de forma clara, porém com a objetividade que os textos normativos demandam, quais devem ser os instrumentos à disposição para que as agências cumpram com seus variados deveres. Desse modo, ficou registrado, no dispositivo em questão, que “As agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta, submetidas a regime autárquico especial, dotadas de competências de normatização, de fomento, de fiscalização, de resolução de controvérsias e de aplicação de sanções, na forma da legislação específica, e são destinadas à efetivação de políticas públicas setoriais”. Cabe, agora, entender em que medida a autonomia das agências reguladoras constitui condição para o exercício de suas funções.

3. Autonomia

Segundo Alexandre Santos de Aragão, as funções ou poderes das agências reguladoras, “além de abrangerem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, exercidos com grande grau de liberdade frente a esses poderes. Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente”⁹. Sendo assim, a autonomia supõe o poder para configurar-se como um verdadeiro ordenamento particular ou derivado: “as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de ordenamentos setoriais aptos a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica

9 Op. cit.

realidade social subjacente”¹⁰.

A autonomia das agências reguladoras já é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, embora seus contornos ainda careçam de definição legal mais clara. Um marco na consolidação desse reconhecimento foi o julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1949-0¹¹, que levou a não aplicação, às agências reguladoras, do enunciado nº 25 da súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual *“a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”*. A ação versava sobre a constitucionalidade da estabilidade do mandato de dirigente de agência reguladora. Mais especificamente, tratava-se de discutir se era constitucional a submissão, à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). O STF entendeu que a estabilidade seria uma condição necessária para a autonomia da agência, autonomia essa imprescindível à realização da política prevista para o setor regulado. Vale a transcrição de comentário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre o caso:

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 vanguardeira 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

¹⁰ Ibidem.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 1949 MC / RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 18/11/1999, DJ 25/11/2005, p. 5.

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 ser restabelecido, em toda a sua meridiana clareza e rica fundamentação, pela pena ilustre do Ministro Nelson Jobim [...], no sentido do reconhecimento do novo e autêntico perfil independente das agências reguladoras¹².

Em atenção a esse contexto de reconhecimento da autonomia das agências reguladoras e da necessidade de melhor definir as características que decorrem dessa autonomia, foram redigidos os artigos 2º e seguintes do anteprojeto.

4. Características

4.1 Autonomia decisória (art. 2º, § 1º, I, e art. 3º, § 1º)

Um dos aspectos que se sobressaem em relação às agências reguladoras é que a autonomia de que gozam decorre, em grande parte, da necessidade de se delegar a uma entidade especializada as decisões técnicas referentes a seu âmbito de regulação. Segundo a doutrina italiana, “a crescente importância de tais instituições em todos os países democráticos demonstra que em muitas áreas a confiança na sua qualidade como *expertise*, na discricionariedade profissional, na coerência de *policy*, na equidade e na independência decisória, é mais importante que atribuir a matéria a órgãos com responsabilidade política direta”¹³. Esse aspecto foi tratado diretamente no art. 2º, § 1º, I, do anteprojeto, e, diretamente, no art. 3º, § 1º, mediante a referência à especialização técnica dos membros da diretoria colegiada. Mencionou-se, nesses dispositivos, apenas o que foi reputado essencial para a garantia da autonomia

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Independência das Agências Reguladoras. In: Boletim de Direito Administrativo, nº 6. São Paulo: NDJ, jun./2000, pp. 417-418.

13 LA SPINTA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. Lo Stato Regolatore. Bolonha: Il Mulino, 2000, pp. 168-169.

das agências reguladoras federais, tendo-se atentado a que as especificidades acerca da efetivação dessa autonomia só podem ser adequadamente desenhadas no contexto de cada ordenamento setorial específico.

4.2 Autonomia de gestão financeira, orçamentária e patrimonial (art. 2º, § 1º, II e III)

Segundo Marçal Justen Filho, “um dos temas mais relevantes a propósito das agências independentes consiste na autonomia econômico-financeira e orçamentária. O desempenho satisfatório das funções que se lhes reservam depende da disponibilidade de recursos materiais. Se não forem instituídos mecanismos que assegurem a obtenção desses recursos de modo automático, a agência acabará subordinada ao processo político usual”¹⁴. Também se assinala que “essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que forem destinadas”¹⁵. A autonomia na gestão dos recursos à disposição das agências reguladoras constitui um pressuposto da sua autonomia geral. Aqui, novamente, o esforço conceitual se restringiu à menção dessa característica, sendo que a forma de sua realização depende de previsões na legislação orçamentária.

4.3 Autonomia política (art. 2º, § 1º, IV, e art. 3º)

A autonomia política das agências reguladoras, referente às suas relações com o Poder Executivo, constitui uma das características mais importantes, uma vez que é com referência a esse aspecto que se tem oportunidade de estabelecer os limites práticos necessários à efetivação de todas as outras características dessas entidades. Segundo Alexandre Santos de Aragão, a independência das agências reguladoras em relação aos três poderes da República se verifica, em

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 473.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo, Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61. Apud: GARCIA, Emerson. A Autonomia Financeira do Ministério Público. In: Revista dos Tribunais, vol. 803. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2002, p. 61.

linhas gerais, da seguinte forma: (i) em relação ao Judiciário, não podem ser plenamente independentes, em vista de que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da unidade de jurisdição; (ii) em relação ao Legislativo, a independência das agências reguladoras se limita ao poder da lei de modificá-las ou de extingui-las e, ainda, fixar-lhes a extensão e limites de sua competência; (iii) em relação ao Executivo, além das receitas próprias, a independência das agências decorre da nomeação de dirigentes a termo certo, mediante procedimento especial, sendo vedada exoneração *ad nutum*¹⁶. Marcos Juruena Villela Souto vai além e enumera como requisitos da autonomia política das agências reguladoras: (i) mandatos não coincidentes entre si nem com o ciclo eleitoral; (ii) direção colegiada com cinco “Conselheiros” (Diretores, na terminologia do anteprojeto); e (iii) a perda de mandato dos “Conselheiros” sujeitar-se a condições previstas em lei, se cometerem falta grave apurada em processo administrativo ou judicial em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório¹⁷.

Em face da importância dessa característica para a autonomia das agências reguladoras, tendo em vista a necessidade de se prevenir a captura das agências pelo setor regulado, esse foi o aspecto do conceito mais detalhadamente descrito no anteprojeto. Listada no art. 2º, § 1º, I e IV, do anteprojeto, a autonomia política foi detalhada no art. 3º. Estabeleceu-se direção colegiada composta por cinco diretores, nomeada por procedimento especial para mandato fixo, vedando-se a recondução para se favorecer uma renovação mais frequente dos quadros (art. 3º, § 1º). Diferentemente do que se verifica atualmente, buscou-se promover a autonomia das agências mediante previsão de que o diretor-geral, mais alto cargo executivo da agência, seja escolhido pelos seus pares, não pelo Presidente da República, que já teve oportunidade de escolher os membros da diretoria (art. 3º, § 2º). Julgou-se conveniente, ademais, estabelecer providências referentes à perda de cargo e à vacância (art. 3º,

16 Op. cit.

17 Op. cit.

§§ 3º e 4º, e art. 7º, *caput*), bem como duas disposições que têm por objetivo estimular a legitimidade e a transparência do processo decisório (art. 3º, §§ 5º e 6º). Com relação à perda de cargo, uma cautela extra foi adotada no parágrafo único do art. 7º. Além de o *caput* estabelecer que a perda de cargo dos diretores, inclusive do diretor-geral, assim como do procurador-geral e do ouvidor-geral, só pode ocorrer em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, o parágrafo único estabelece a providência de restringir o afastamento cautelar a uma decisão judicial. Evita-se, com isso, que a autonomia das agências reguladoras seja prejudicada por decisões arbitrárias no curso de processos administrativos sujeitos à influência da Presidência da República.

4.4 Ausência de subordinação hierárquica (art. 2º, § 1º, I)

Da autonomia política das agências reguladoras decorre que seus dirigentes não se subordinam hierarquicamente a quaisquer quadros da Administração Pública. Esse entendimento, no entanto, não é avesso a polêmicas. Há entendimento na Administração Pública Federal, consignado no Parecer nº AC-051 da Advocacia-Geral da União (AGU), segundo o qual “o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal - (DL nº 200/67, art. 170). (...) 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. (...) *Excepcionalmente*, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas

públicas definidas para o setor”¹⁸ .

Entendeu-se, para elaboração do anteprojeto, no entanto, que, embora haja vinculação das agências reguladoras federais a ministérios e às políticas que esses órgãos democraticamente instituídos elaboram para pautar as atividades de regulação, o modo de concretização dessas políticas é definido no âmbito de cada agência, conforme a autonomia de que dispõem para tratar de questões técnicas atinentes ao setor ou aos setores que lhes compete regular, não cabendo a qualquer outro órgão ou entidade da Administração interferir nessas funções. Segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, “por direção superior da Administração, deve-se entender exatamente aquele sentido de dar o norte, as orientações da macropolítica governamental. E não competências para se imiscuir no exercício de todas as competências administrativas. (...) O direito administrativo consagra que não será nem delegável nem avocável a competência que for expressamente consignada pela lei a um órgão ou agente públicos”¹⁹ . Ainda

18 Grifamos. “EMENTA: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170). II - 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. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta a sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005. V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.”

19 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 105.

segundo Marques Neto, a ausência de subordinação hierárquica já existia em relação às autarquias. O que deve haver é o controle e a tutela das atividades cujo exercício a lei atribui às agências reguladoras, consistindo esse controle na vinculação ministerial para a definição de políticas e na sujeição a órgãos de controle²⁰.

4.5 Autonomia da representação judicial e da ouvidoria (artigos 4º, 5º e 6º)

Aspecto inédito no âmbito das agências reguladoras federais, que se procurou consagrar por intermédio do art. 4º do anteprojeto, foi a escolha do procurador-chefe pela Diretoria Colegiada, afastando-se, para as Procuradorias Federais junto às agências, a aplicabilidade de diversos dispositivos dos quais decorre a subordinação dessas procuradorias aos entendimentos e à influência direta do Poder Executivo central. O intuito desse ponto do anteprojeto foi permitir que a condução das questões jurídicas relevantes da agência se desse de maneira independente em relação à Administração Pública direta.

Outra medida que se julgou conveniente para ressaltar a autonomia das agências reguladoras federais foi a concepção de cargo de ouvidor-geral dotado de garantias similares às dos cargos de diretor e de procurador-chefe. A existência de um controle interno assim concebido favorece a autonomia porque aumenta a transparência e, conseqüentemente, a legitimidade da condução das tarefas atribuídas por lei às agências reguladoras. Para mais detalhes a respeito do desenho das ouvidorias no anteprojeto, remetemos aos comentários ao “Capítulo 8 – Dos mecanismos de participação e de prestação de contas”.

²⁰ Idem. Independência e Autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal e constitucional. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2012, p. 931. A maior autonomia das entidades submetidas ao regime autárquico especial foi reconhecida pelo STF no contexto da ação direta de inconstitucionalidade nº 1668-5. Nessa ação, questionava-se que a autonomia e a independência conferidas pela Lei nº 9.472/1997 (“Lei Geral das Telecomunicações” [LGT]) à ANATEL seriam muito amplas e violariam competências privativas do Presidente da República e do Ministro das Comunicações. A ADIn não chegou a ser conhecida pelo STF, razão pela qual pode-se concluir pela constitucionalidade do arranjo institucional da LGT (Ibidem).

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição à teoria dos ordenamentos setoriais. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 6. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, nov./2012, p. 829.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 229. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set./2002, pp. 285-311.

GARCIA, Emerson. A Autonomia Financeira do Ministério Público. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 803. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2002, p. 61.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2012, p. 893.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LA SPINTA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. **Lo Stato Regolatore**. Bolonha: Il Mulino, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 105.

_____. Independência e Autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal e constitucional. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2012, p. 931.

MAS, Joaquín Tornos. **Las Autoridades de Regulación de lo Audiovisual**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Independência das Agências Reguladoras. In: **Boletim de Direito Administrativo**, nº 6. São Paulo: NDJ, jun./2000, pp. 416-418.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2000, p. 153.

Capítulo 2

Do processo normativo

Mariam Daychoum e Rafael Vêras

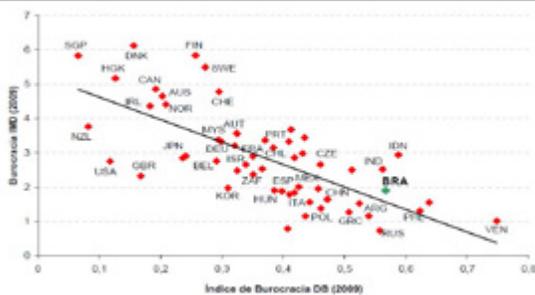
Apresentamos neste texto a exposição de motivos referente ao capítulo II do anteprojeto de lei que estabelece normas de processo administrativo para as Agências reguladoras federais, a qual está estruturada em duas partes. Na primeira, serão apresentados os seguintes itens: (i) as razões pelas quais se justifica a disciplina uniforme da Análise do Impacto Regulatório – AIR no Brasil; (ii) as experiências de AIR dos Estados Unidos da América e do Reino Unido na utilização desse instrumento, considerando a sua relevância e pioneirismo; e (iii) os principais métodos de AIR apontados pela doutrina (Análise de Custo-Benefício, Análise de Custo-Efetividade e Análises Parciais). Na segunda parte, serão apresentados os fundamentos para que as agências reguladoras federais incorporem um sistema de “Gestão de Riscos”, instrumento necessário à avaliação das propostas normativas de regulação e da Revisão do Estoque Regulatório vigente. Para esse fim, serão indicados os parâmetros sugeridos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

A situação da qualidade regulatória do país é preocupante. A burocracia empurrou o Brasil para o 179º lugar num *raking* global de 183 países¹. Segundo dados veiculados

1 Fonte: Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/25983-pais-e-o-mais-lento-dos-brics-para-abertura-de-empresas.shtml>.

pelos *IMD World Competitive YearBook* do Banco Mundial, o Brasil é um dos países com maior nível de burocracia do mundo, como demonstra o gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Relação entre indicadores de burocracia *Doing Business* e IMD em 2009



Fonte: Banco Mundial – *Doing Business* e IMD. Elaboração: Decantec/FIESP.

Essa burocratização colabora para o incremento do denominado “Custo Regulatório”, assim considerado o custo internalizado pelas sociedades para fazer frente ao excesso de normas e procedimentos disciplinados pelo Poder Público. Esse custo tem origem, em especial, na profusão de normas regulatórias que: (i) criam barreiras à entrada de agentes econômicos em diversos setores da economia; (ii) diversificam e burocratizam os títulos habilitantes necessários à exploração de atividades econômicas; e (iii) instituem a sobreposição de agentes fiscalizadores sobre atividades privadas. Daí a importância de se positivarem parâmetros objetivos para que os reguladores avaliem *ex ante* a própria necessidade (ou desnecessidade) e os custos da edição/alteração de atos regulatórios.

Para tanto, apresenta-se um anteprojeto de lei que versa, dentre outros temas, sobre os procedimentos administrativos das agências reguladoras federais, do instrumento da “Análise do Impacto Regulatório”, com vistas a subsidiar a ação do regulador, conferindo-lhe possibilidade de maiores informações sobre a necessidade e qualidade de eventual regulação proposta.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR), segundo SALGADO e HOLPERIN, “se constitui como um procedimento de racionalização dos processos decisórios, por meio do qual se informa os tomadores de decisão quanto à melhor maneira de se

regular – e até mesmo se regular é a opção adequada –, de modo a atender aos objetivos estabelecidos nas políticas públicas”².

Trata-se de procedimento de avaliação da qualidade de propostas regulatórias, no qual são apresentados, ex *ante* e mediante a utilização de dados empíricos, os problemas a serem enfrentados pela futura regulação; as opções disponíveis à adoção de determinada medida regulatória; e as consequências da regulação³⁴. Não se trata de instrumento que visa a substituir a decisão do regulador, mas de um procedimento que tem por objetivo informar a ação decisória dos reguladores⁵. Nessa qualidade, tal instrumento pode produzir os seguintes efeitos positivos: (i) redução do número de exigências regulatórias repetidas; (ii) previsibilidade quanto a futuras regulações; e (iii) avaliação mais informada da necessidade da própria intervenção regulatória⁶; daí poder-se afirmar que a AIR confere racionalidade ao processo de tomada de decisão do regulador⁷

Com esse propósito, são analisados os custos e benefícios do exercício da regulação, por meio do preenchimento de um relatório analítico – na forma de uma lista de verificação

2 SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>. Acesso em: 16 mar. de 2014.

3 ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado, 2006, p. 25. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf

4 No mesmo sentido, confira-se OLIVEIRA: “A necessidade de implementação da governança regulatória no direito comparado, com a diminuição das assimetrias informacionais e racionalização da atividade estatal, abriu caminho para a institucionalização da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). (...) A AIR representa um procedimento de auxílio na tomada de decisões regulatórias que expõe os riscos, os benefícios e as consequências das políticas regulatórias que podem ser adotadas para atendimento de interesses protegidos constitucionalmente.” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75973>. Acesso em: 1 jul. de 2013.

5 ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado, 2006, p. 26. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf

6 Segundo PECCI, a Análise de Impacto Regulatório é amplamente adota em âmbito internacional, especialmente em países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Percebe-se também que há uma tendência crescente da adoção da AIR por outros países ao redor do mundo. (PECCI, Alketa. Avaliação do Impacto Regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção e contextos nacionais: o caso brasileiro, XIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Salvador de Bahia, Brasil, 27 - 30 oct. 2009)

7 SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória. Texto para Discussão nº 1463, Ipea, jan. 2010. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20Uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 29 mar. de 2015.

(*checklist*) –, que visa a orientar o exercício da regulação⁸. E foi com base em tais parâmetros que se buscou estabelecer, no anteprojeto de lei, o conteúdo mínimo das AIRs a serem operacionalizadas pelas Agências Reguladoras Brasileiras.

Ressalta-se que esse instituto vem sendo adotado, com relativo sucesso, nos Estados Unidos da América e no Reino Unido. Nos Estados Unidos, por exemplo, a utilização da AIR é *centralizada* na Chefia do Poder Executivo. O procedimento de avaliação da qualidade da regulação expedida pelas agências federais é realizado em duas etapas⁹: primeiramente é realizada uma AIR no âmbito da própria agência reguladora setorial e, posteriormente, em consonância com o disposto na *Executive*

8 A OCDE elaborou um modelo de checklist que ajuda os reguladores a analisarem as implicações das opções regulatórias e avaliarem se a opção escolhida será eficiente: 1) O problema está definido claramente? 2) A ação governamental é justificada? 3) A regulação é a melhor forma de ação governamental? 4) Existe base legal para a regulação? 5) Qual o nível apropriado de governo para esta ação? 6) Os benefícios da regulação justificam os custos? 7) A distribuição dos efeitos na sociedade é transparente? 8) A regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários? 9) Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar suas sugestões/considerações? 10) Como a aplicação e o cumprimento da regulação serão obtidos? (OCDE. Building an institutional framework for regulatory impact analysis. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.)

9 Comentando essa função de fiscalização política da AIR empregada nos EUA, Claudio Radaelli e Fabrizio de Francesco dizem que “with these caveats in mind the first logic of RIA adoption is based on delegation. The main political dimension of RIA lies with the power relationship between the principal and the agent. Congress delegates broad regulatory power to agencies. Federal Executive agencies, however, are not insulated from presidential control exercised via the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) within the Office of Management and Budget (OMB). Although we will return to this constitutional issue, doctrine and practice have recognized that the executive is a unitary entity, so there is a legitimate degree of control of rulemaking to be exercised by the President. A variant of this explanation is to regard RIA as an instrument pursues the regulatory paradigm of the President. Thus, one can argue that RIA is introduced to foster de-regulation and stop regulatory initiatives of zealous executive agencies. Centralized review of rulemaking can also trigger action, overcome the bureaucratic inertia of ‘ossified’ agencies, and shift policy towards a pro-regulatory stance, as shown by the Clinton and, perhaps, Obama administrations”. Em livre tradução: “Com estas advertências em mente a primeira lógica da adoção AIR é baseado em delegação. A principal dimensão política da AIR encontra-se na relação de poder entre o principal e o agente. O Congresso delega amplo poder de regulamentação para as agências. As Agências Executivas Federais, no entanto, não são isoladas do controle presidencial exercido através do Gabinete de Informação e Assuntos Regulatórios (OIRA) localizado dentro do Escritório de Administração e Orçamento (OMB). Em que pese os aspectos constitucionais, a doutrina e a prática têm reconhecido que o executivo é uma entidade unitária, de modo que em certo grau é legítimo que o controle do estabelecimento de regras seja exercido pelo Presidente. Uma variante dessa explicação é a que considera a AIR como um instrumento que persegue o paradigma regulatório do presidente. Assim, pode-se argumentar que a AIR é introduzida para promover a desregulamentação e parar as iniciativas de regulamentação das agências executivas. A avaliação centralizada da regulamentação também pode desencadear a ação, vencendo a inércia burocrática das agências ‘ossificadas’, e mudar a política no sentido de uma postura pró-regulamentação, como o demonstrado por Clinton e, talvez, na administração de Obama”. (RADAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assessment. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, 2010, p. 281.) Esse controle político realizado pelo OMB, entretanto, não é isento de críticas. Conforme aduz Shapiro, “it has been argued that the OMB cannot preserve rationality in the regulatory process by using CBA and the same time exercise a function of political control”. (SHAPIRO, S. Unequal Partners: Cost-Benefit Analysis and the Executive Review of Regulation, Environmental Law Reporter, 2005, p. 1043-1044. Disponível em: <http://policy.rutgers.edu/faculty/shapiro/elr%20article.pdf>. Acesso em: 30 mar. de 2015.) Em livre tradução: “Tem-se argumentado que o OMB não pode preservar a racionalidade no processo de regulamentação usando a ACB e, ao mesmo tempo, exercer uma função de controle político.”

Order nº 12.866¹⁰ ocorre a supervisão desta AIR pelo *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)¹¹.

O segundo aspecto característico da AIR nos EUA está relacionado à existência de um sistema *dual de avaliação regulatória*, composto pelas seguintes fases: a primeira se caracteriza por uma *Avaliação Preliminar*, por meio da qual se identificam quais atos das agências reguladoras, dada a sua repercussão econômica – neste particular, de pelo menos US\$ 100 milhões por ano –, serão submetidos à AIR. Trata-se de uma espécie de “filtro”. A segunda se caracteriza por uma *Avaliação Completa*, a qual só será realizada nas regulações que produzam impactos econômicos relevantes, adotando-se o método de Análise de Custo-Benefício – ACB.

No Reino Unido, o procedimento de AIR é realizado à semelhança do desenvolvido nos EUA. Num primeiro momento, a AIR é realizada pela agência setorial, sendo, posteriormente, encaminhada à supervisão do *Better Regulation Executive* (BRE). O BRE tem as seguintes funções: (i) emitir diretrizes para conduzir as avaliações de impacto; (ii) revisar as avaliações de impacto realizadas pelas agências; e (iii) emitir um relatório anual ao Parlamento sobre a AIR desenvolvida pelas agências¹².

Quanto às etapas deste procedimento, o Reino Unido, assim como os EUA, adota um regime *dual de avaliação regulatória*. Na primeira fase, *são selecionadas as propostas que serão submetidas à AIR*, considerando-se: (i) o incremento de custos desta regulação para os negócios; (ii) se os custos suportados pelo setor público superam 5 milhões de euros; e

10 Confira-se o teor do dispositivo: “The Office of Management and Budget. Coordinated review of agency rulemaking is necessary to ensure that regulations and guidance documents are consistent with applicable law. The President’s priorities, and the principles set forth in this Executive order, and that decisions made by one agency. The Office of Management and Budget (OMB) shall carry out that review function. Within OMB, the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) is the repository of expertise concerning regulatory issues. Including methodologies and procedures that affect more than one agency, this Executive order, and the President’s regulatory policies. To the extent permitted by law. OMB shall provide guidance to agencies and assist the President and regulatory policy advisors to the President in regulatory planning and shall be the entity that reviews individual regulations and guidance documents, as provided by this Executive order.” (Grifos nossos)

11 Trata-se de órgão vinculado à Presidência daquele país e que integra o Escritório de Gestão e Orçamento (Office of Management and Budget - OMB).

12 Para mais detalhes sobre esses seis estágios ver SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação, 2011. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>. Acesso em: 16 mar. de 2014.

(iii) se a regulação propiciará uma redistribuição de recursos¹³. Na segunda fase, é realizada a AIR das normas selecionadas.

A doutrina costuma apontar a existência de três métodos para implementação da AIR, quais sejam: Análise de Custo-Benefício, Análise de Custo-Efetividade e Análises Parciais.

A Análise de Custo-Benefício (ACB) é o método por meio do qual *“o regulador deve levar em consideração todos os custos e os benefícios envolvidos na regulação por ele proposta, inclusive aqueles que não podem ser aferidos economicamente”*¹⁴. Por meio deste método, são avaliados os custos, diretos e indiretos, das propostas de regulação, tais como os custos de execução e de monitoramento de determinada regulação, além da aferição do fluxo de efeitos futuros trazidos para o valor presente de determinada proposta regulatória. Destarte, caso esses custos e benefícios sejam monetizáveis, o nível adequado de regulação será aquele em que o benefício gerado será superior ao custo de determinada regulação, gerando um *benefício líquido*.

O método da Análise de Custo-Efetividade (ACE), por sua vez, *“consiste em uma ferramenta que compara políticas, programas e projetos, a fim de identificar o mais adequado para alcançar um resultado pré-definido pelo menor custo”*¹⁵. Isto é, tal método *“não se aplica para determinar quais metas devem ser atingidas, mas, uma vez determinadas, compara quais meios são menos custosos para atingi-las”*¹⁶. Ao contrário da ACB, na qual se discute, inclusive, quais os objetivos a serem atingidos, na ACE, já existe uma decisão prévia, legislativa ou administrativa,

13 SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>. Acesso em: 16 mar. de 2014.

14 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011, p. 11. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75973>>. Acesso em: 1 jul. de 2013.

15 Tradução livre de CELLINI, Stephanie Riegg; KEE, James Edwin. Cost-Effectiveness and Cost-Benefit Analysis. p. 496. In: WHOLEY, Joseph S.; HATRY, Harry P.; NEWCOMER, Kathryn E. Handbook of Practical Program Evaluation. 3ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2010. Disponível em: <http://home.gwu.edu/~scellini/CelliniKee21.pdf> Acesso em: 30 mar. de 2015.

16 SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória. Texto para Discussão nº 1463, Ipea, jan. 2010, p. 15. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20Uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>>. Acesso em: 29 mar. de 2015.

fixando um objetivo, restando a análise do melhor meio para atingi-lo. Em termos objetivos: enquanto a ACB ajuda a decidir “o que fazer”, a ACE ajuda a resolver “como fazer”¹⁷.

Quanto à amplitude, a AIR pode ser *global* ou *parcial*. A primeira modalidade (global) está relacionada à mensuração de todos os impactos macroeconômicos e multissetoriais da regulação; a segunda (parcial) analisa os impactos da regulação para determinado setor da economia ou da sociedade¹⁸. A justificativa da realização de análises parciais está no fato de que a regulação pode acarretar impactos desproporcionais em alguns grupos específicos da economia, o que pode justificar um procedimento de AIR segmentado¹⁹. Em alguns casos, a AIR parcial tem sido adotada como uma ferramenta *adicional* a uma AIR mais ampla, principalmente nos casos em que os impactos sobre algum setor ou grupo necessitem de uma análise mais aprofundada²⁰.

Um dos principais indicadores para a avaliação da qualidade de determinada proposta regulatória é a *redução dos custos de compliance*, assim considerados, de acordo com a definição da OCDE, “*custos despendidos pelas empresas para atender às etapas burocráticas do regulador*”²¹. Esse indicador se justifica, na medida em que, não raras vezes, o valor dos custos de *compliance* poderá ser tão elevado que a melhor decisão poderá ser a de não expedir determinada norma regulatória²².

Essa vertente da avaliação da qualidade da regulação, à luz do ordenamento jurídico pátrio, tem fundamento no *princípio da liberdade de iniciativa*, o qual visa interditar a expedição de regulações estatais que inviabilizem o exercício de atividades

17 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75973>>. Acesso em: 1 jul. de 2013.

18 É o que ocorre, por exemplo, na Finlândia onde a divisão de competências estabelecida entre os Ministérios atribui a cada um a função de realizar uma AIR parcial referente à sua área de atuação. (OCDE. Determinants of Quality in Regulatory Impact Analysis. 2009. Disponível em: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42047618.pdf)

19 BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Determinantes de Qualidade Regulatória: Principais Instrumentos e o caso brasileiro. IV Prêmio SEAE – 2009.

20 OCDE. Determinants of Quality in Regulatory Impact Analysis. 2009. Disponível em: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42047618.pdf

21 BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Determinantes de Qualidade Regulatória: Principais Instrumentos e o caso brasileiro. IV Prêmio SEAE – 2009, p.8.

22 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation. Paris: OECD, 1995. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)

econômicas²³. Além disso, em âmbito federal, o vetusto Decreto nº 83.740, de 18 de junho de 1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização – PND, em seu artigo 3º, b e d, estipula o dever de o Governo Federal reduzir sua interferência no exercício das atividades empresariais²⁴.

Não obstante, tal instrumento só será eficaz se os resultados dele advindos forem periodicamente controlados. Daí porque a OCDE recomenda que sejam publicados, periodicamente, relatórios sobre o desempenho da política regulatória e dos programas de reforma, verificando-se a necessidade de ajustes ou revisões.

Tal avaliação é necessária para conferir se as regulações existentes são efetivas, eficientes, consistentes e coerentes. Para tanto, devem ser considerados os critérios de avaliação que serão utilizados para medir o desempenho da regulação existente, assim como a alocação dos recursos institucionais, devendo as avaliações ser programadas sistematicamente.

A OCDE recomenda que, *“para as regulações importantes, a revisão deve ser independente das agências que administram a regulação”*. Essa avaliação do estoque regulatório é necessária para fins de se reduzir o volume da burocracia estatal, e, por conseguinte, os encargos regulatórios. Daí prossegue a OCDE afirmando que *“deve ser dada prioridade à identificação de regulações ineficazes e com significativos*

23 Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão da lavra do Superior Tribunal de Justiça – STJ: A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF. 2. Deveras, sólida a lição de que um “dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios. ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência’. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida, assim como o quantum a ser produzido ou comercializado, resulta de uma decisão livre dos agentes econômicos. (STJ. RESP. nº61.4048. Relator Luiz Fux. Data de Julgamento: 02/05/2005).

24 Confira-se o teor do dispositivo: Art. 3º - O programa terá por objetivo: b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco; (...) f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado.

*impactos econômicos sobre os usuários e/ou na gestão de riscos*²⁵.

É nesse sentido que o anteprojeto de lei prevê na seção III do capítulo II que cada Agência manterá um programa sistemático e periódico de análise e revisão de seu estoque regulatório, com reflexão nos objetivos a serem atingidos por meio da regulação. E, complementarmente, destaca-se que tal revisão deverá considerar os procedimentos de AIR realizados pela agência reguladora.

No Brasil, o incentivo à adoção da Análise de Impacto Regulatório vem sendo capitaneada pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, o PRO-REG, criado pelo Decreto nº 6.062/2007. Esse programa tem a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório em âmbito federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados (art. 1º).

Todavia, atualmente, no Brasil, não há um sistema de AIR integrado e formalmente estabelecido. Daí a necessidade da positivação de um sistema de gestão de riscos. Trata-se de uma tendência atual, por meio da qual considerações, determinísticas ou probabilísticas, sobre a probabilidade de ocorrência de eventos passam a integrar o processo regulatório. Nesse sentido, em 2012, o Comitê de Política Regulatória da OCDE recomendou que seja *“aplicado, conforme apropriado, a avaliação de riscos, gestão de riscos e estratégias de comunicação de risco para a concepção e implementação das regulações para garantir que a regulação seja direcionada e efetiva”*²⁶.

A previsão no anteprojeto de lei é de que a gestão de risco constitui um processo contínuo e amplo, utilizado no ambiente interno das Agências Reguladoras, informando o processo decisório.

25 OCDE. Recomendações do conselho sobre política regulatória e governança. Paris: OCDE, 2012, pp. 12 e 26. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 03 out. de 2014.

26 OCDE. Recomendações do conselho sobre política regulatória e governança. Paris: OCDE, 2012, pp. 12 e 26. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 03 out. de 2014.

Em prosseguimento, aduziu a referida organização que *“os reguladores devem avaliar os efeitos da regulação e devem elaborar estratégias para implementação responsiva e enforcement.”*²⁷. Diante disso, concluem que, como não raro a regulação é desenvolvida *“como uma medida de resposta a um risco percebido”*, os desenhos regulatórios devem considerar, também, avaliações de risco²⁸.

Tal recomendação também se encontra no anteprojeto de lei, o qual prevê que *“a partir do Relatório de Análise de Riscos serão definidas as possibilidades de respostas aos riscos apontados”*. Além disso, o projeto prediz que os riscos serão identificados e priorizados, considerando a probabilidade de se concretizar.

Apesar de não haver formalmente um sistema de gestão de riscos nas Agências Reguladoras Brasileiras, o Tribunal de Contas da União – TCU, por ocasião da Tomada de Contas nº 012.693/2009-9, apontou que há experiências pontuais de gestão de riscos na Agência Nacional de Águas – ANA, na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e na Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Segundo o TCU, o sistema de gerenciamento de riscos utilizados por essas agências se valeu dos documentos COSO (*Committee of Sponsoring Organizations*) I e II e ISO (*International Organization for Standardization*).

De acordo com a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID daquela Corte de Contas, o gerenciamento de risco é um processo *“contínuo e necessário para estabelecer uma visão ampla dos riscos a que uma organização está exposta”*. Nessa ocasião, o corpo técnico apontou os seguintes conceitos para que seja elaborado um

27 OCDE. Recomendações do conselho sobre política regulatória e governança. Paris: OCDE, 2012, p. 5. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 03 out. de 2014.

28 Confira-se: A avaliação de risco é uma ferramenta analítica fundamental para se identificar e avaliar a extensão de potenciais incertezas e para se estimar a probabilidade e as consequências dos resultados negativos para os cidadãos, a propriedade ou o meio ambiente. A gestão de riscos refere-se à criação e implementação de ações e soluções para enfrentar os riscos por meio da análise de potenciais soluções e da seleção do curso mais apropriado, ou da combinação de cursos de ação. A comunicação de riscos refere-se aos métodos e práticas de se educar e informar o público sobre os riscos ao se fazer avaliações sobre os trade-offs envolvidos, e é um componente crítico do ciclo de política de risco. Melhorar a compreensão do público sobre a natureza dos riscos e as medidas de gestão de risco pode aumentar a aceitação pública dos elementos de risco que não podem ser reduzidos através de gestão. (OCDE. Recomendações do conselho sobre política regulatória e governança. Paris: OCDE, 2012, p. 29. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 03 out. de 2014.

programa de gestão de riscos:

- (i) ambiente interno: é a base para a implantação do gerenciamento de riscos, compreendendo os valores e compromissos assumidos pela organização, assim como o processo de planejamento, definição clara de objetivos, competências e alcance de metas;
- (ii) análise de risco: representada pela identificação de eventos e avaliação de riscos, etapas nas quais os riscos são identificados e priorizados, de acordo com a probabilidade de ocorrência do evento e o impacto a ele associado²⁹. Segundo o corpo técnico do TCU, “o principal ganho do gerenciamento de risco (...) está no fato de ele ser um processo sistematizado, institucionalizado em todos os níveis da organização, que auxilia a priorização de atividades conforme os riscos identificados e o nível de risco aceitável para o alcance dos objetivos”;
- (iii) priorização das atividades conforme os riscos identificados: a partir da análise, podem ser definidas as respostas aos riscos apontados, conforme o grau de tolerância para cada um;
- (iv) atividades de controle: acompanhamento das políticas e procedimentos adotados em função do risco identificado.

Em prosseguimento, o referido acórdão se manifestou no sentido de que o sistema de monitoramento de riscos deve ser revisado, de modo a mantê-lo constantemente atualizado. Especificamente sobre as agências reguladoras, em outra oportunidade, o TCU apresentou o seguinte diagnóstico acerca das agências nacionais:

29 “328. Identificaram-se casos isolados de análise e documentação de riscos em setores específicos ou voltados para uma área de atuação de algumas agências. É o caso da ANA, Aneel e Anac. A análise e a identificação de riscos, nesses casos, foi considerada parcial, pois a gestão voltada para riscos não está inserida em todos os processos e atividades da autarquia. Apesar disso, essas experiências foram consideradas boas práticas, pois já representam uma preocupação quanto à identificação e priorização de áreas críticas. 329. A ANA definiu o mapa de gestão dos recursos hídricos que identifica e prioriza as bacias mais críticas para orientar a atuação da Agência. As auditorias internas da Anac e da Aneel implementar a documentos próprios para a escolha das fiscalizações conforme critérios de riscos. Além disso, a Anac está implementando, conforme preconizado em práticas internacionais, um plano para orientar prioridades regulatórias e de supervisão baseadas em gerenciamento de riscos (Programa Brasileiro de Segurança Operacional).” (TC 012.693/2009-9)

109. As dez agências reguladoras participantes do levantamento, apresentam graus de maturidade em gestão de riscos que variam de inicial a intermediário (...) o que indica haver um longo caminho de aprimoramento a ser percorrido para que essas entidades apresentem uma gestão de riscos compatível com as exigências de suas áreas de negócio. 110. Esses resultados corroboram o que foi verificado na auditoria operacional realizada pela Sefid na governança regulatória das agências reguladoras de infraestrutura (BRASIL, 2011). Um dos achados desse trabalho foi a existência de falhas no gerenciamento de riscos adotados pelas agências decorrentes da ausência de processos de gestão de riscos formalmente institucionalizados. 111. Na dimensão Ambiente, as agências exibem índices que variam de 18% a 54% (média de 36%). Ao se examinarem os subgrupos de perguntas que compõem esta dimensão, pode-se observar que: a) apenas em três entidades há sinais moderados da presença de práticas de liderança que promovem a gestão de riscos; b) nenhuma das agências reguladoras possui política institucional de gestão de riscos; c) nenhuma das agências declarou que existem papéis e responsabilidades relativos a gestão de riscos formalmente definidos para seus departamentos; e d) dos oito aspectos perguntados relativos a Pessoas, o único que parece estar presente é o que diz que 'os gestores mantêm suas equipes informadas dos objetivos e das prioridades de suas unidades organizacionais', item com o qual 70% das agências concordaram parcialmente. (...) 113. Na dimensão resultados, que procura refletir a eficácia das práticas de gestão de riscos e seu impacto nos resultados da organização, os índices alcançados pelas agências tiveram ampla variação (de 0% a 70%). As três agências mais bem posicionadas, com nível intermediário de maturidade em gestão de riscos, alcançaram índices na dimensão Resultados superiores aos índices obtidos em Ambiente e em Processos. Isso configura uma inconsistência nas respostas, pois é de se esperar que o índice em Resultados não supere os índices de Ambiente e Processos, que são as bases sobre as quais se constroem resultados. O caso extremo de inconsistência coube à Agência 5, que obteve 8% em Processos e 50% em Resultados. 114. Apesar das mencionadas inconsistências indicarem imprecisão nas respostas, a análise dos dados permite identificar que as maiores oportunidades de melhoria nas agências reguladoras visando à institucionalização da gestão de riscos são as seguintes:

- a) implantar planejamento estratégico nas agências onde esse processo não existe;
- b) obter o envolvimento ativo da alta administração com a implantação da gestão de riscos;
- c) instituir política corporativa de gestão de riscos;
- d) formalizar processos de identificação, avaliação,

tratamento, monitoramento e comunicação de riscos; e) delegar de forma clara e formal a responsabilidade pelo gerenciamento de riscos aos gestores; f) designar servidores para as atividades de identificação, avaliação e tratamento de riscos; e g) instituir a capacitação regular de gestores e servidores para lidar com riscos.

115. A adoção dessas medidas certamente levaria as agências reguladoras a um nível mais elevado de maturidade em gestão de riscos, necessário para conferir maior eficácia a suas atuações. 116. Finalmente, constatou-se que, nos setores de energia elétrica e de petróleo, a maturidade em gestão de riscos das agências é consideravelmente menor do que a maturidade das empresas que estão sob sua ação reguladora. (TC 011.745/2012-6)

Em 2014, o TCU publicou o manual “GOVERNANÇA PÚBLICA: Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública e Ações Indutoras de Melhoria”, o qual aborda a questão da gestão de riscos. Confira-se, por relevante, trecho do referido documento:

Por isso, considera importante: (a) a integridade, os valores éticos; (b) a abertura e o engajamento das partes interessadas; (c) a definição de resultados e de benefícios sustentáveis em termos econômicos, sociais e ambientais; (d) a definição de intervenções necessárias para potencializar e otimizar resultados e benefícios; e (e) o desenvolvimento das capacidades (das organizações, da liderança e dos indivíduos) necessárias àquele fim; (f) a gestão de riscos e de desempenho (sustentado por controles internos e instrumentos robustos de gestão das finanças públicas); e (g) a transparência e a accountability (possível por meio da implementação de boas práticas, como as relacionadas a prestação de contas e responsabilização)³⁰.

Nesse manual, são apontados os seguintes mecanismos para o sistema governança das entidades públicas: (i) Liderança: pessoas e competências; princípios e comportamentos; liderança organizacional; sistema de governança; (ii) Estratégia: relacionamento com partes interessadas; estratégia organizacional; alinhamento transorganizacional; e (iii) Controle: gestão de riscos e controle interno; auditoria interna; e

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 22.

accountability e transparência.

Por fim, destaca-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS publicou a Resolução Administrativa nº 60, de 15 de julho de 2014, que dispõe sobre sua política de gestão de riscos.

A referida resolução define a gestão de riscos como: “o conjunto de ações direcionadas ao desenvolvimento, disseminação e implementação de metodologias de gerenciamento de riscos institucionais, objetivando apoiar a melhoria contínua de processos de trabalho, projetos e a alocação e utilização eficaz dos recursos disponíveis, contribuindo para o cumprimento dos objetivos da ANS”. Enquanto o gerenciamento de riscos seria o “processo contínuo que consiste no desenvolvimento de um conjunto de ações destinadas a identificar, analisar, avaliar, priorizar, tratar e monitorar eventos capazes de afetar, positiva ou negativamente, os objetivos, processos de trabalho e projetos da ANS, nos níveis estratégico, tático e operacional”.

É, portanto, em virtude da atual prática não ajustada, dentre as Agências Reguladoras Brasileiras, no que se refere ao sistema de gestão de riscos, combinado com sua importância e efeitos positivos que confere ao ambiente regulatório, que se optou por estabelecer na seção I, do capítulo II, do anteprojeto de lei em comento, a adoção do modelo de gestão de riscos. Buscou-se extrair da literatura as melhores recomendações sobre o modelo, colocando-as no teor do projeto.

Ademais, ao conceituar o instrumento da Análise do Impacto Regulatório – AIR, indicou-se que esse procedimento será realizado pelo método da *Análise Custo-Benefício (ACB)*. Isto porque se considera ser este o método mais completo para avaliar as consequências de determinada proposta regulatória em termos sistêmicos – ainda que, complementarmente, seja autorizado que o Regulador se utilize do método do Custo-Efetividade, sobretudo em mercados regulados estratégicos que estejam sendo objeto de planejamento econômico. Não se desconsiderou o fato de que a regulação pode ter impactos outros que não só os econômicos. Daí porque se recomenda que sejam avaliados os “custos e benefícios” de medidas que possam ter impactos que não sejam aferidos economicamente.

Como visto, tanto nos EUA quanto no Reino Unido são adotados “limiares”, a fim de selecionar quais propostas normativas serão submetidas a um procedimento de AIR. Neste anteprojeto de lei, portanto, optou-se, em razão da diversidade dos subsistemas regulados no Brasil, por deixar a critério de cada Agência Reguladora Federal o estabelecimento de seus próprios “limiares”. Conforme previsto nas recomendações da OCDE, o procedimento de AIR deverá considerar como vertentes *alternativas à regulação, as contribuições dos agentes regulados nas audiências e Consultas Públicas e redução dos custos de compliance*.

É importante ressaltar que o anteprojeto de lei prevê que, nas situações em que a AIR for mandatória, esta será, também, condição de validade da norma a ser expedida pela Agência Reguladora. Além disso, haverá um mecanismo de controle interno dos procedimentos referentes às AIRs, que estabelece a obrigatoriedade de realização de ao menos uma consulta e audiência pública, pelo agente competente, no âmbito de operacionalização da Análise de Impacto Regulatório.

Por fim, é preciso destacar que tanto o sistema de Análise de Impacto Regulatório quanto o de gerenciamento de riscos tendem a ampliar o sistema de governança e de transparência dessas entidades, além de atender à determinação dos órgãos de controle.

Referências

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. **A Retomada da Reforma/ Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado**, 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf. Acesso em 02 jan. de 2016.

BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Determinantes de Qualidade Regulatória: Principais Instrumentos e o caso brasileiro**. IV Prêmio SEAE - 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

CELLINI, Stephanie Riegg; KEE, James Edwin. Cost-Effectiveness and Cost-Benefit Analysis. pp. 493 – 530. In: WHOLEY, Joseph S.; HATRY, Harry P.; NEWCOMER, Kathryn E. **Handbook of Practical Program Evaluation**. 3ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2010. Disponível em: <http://home.gwu.edu/~scellini/CelliniKee21.pdf> Acesso em: 30 mar. de 2015.

OCDE. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis**. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

OCDE. **Determinants of Quality in Regulatory Impact Analysis**. 2009. Disponível em: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42047618.pdf

OCDE. **Recomendações do conselho sobre política regulatória e governança**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 03 out. de 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) **Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation**. Paris: OECD, 1995. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdCntd=75973>. Acesso em: 1 jul. de 2013.

PECI, Alketa. **Avaliação do Impacto Regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção e contextos nacionais: o caso brasileiro**, XIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Salvador de Bahia, Brasil, 27 - 30 oct. 2009

RADAELLI, Claudio; FRANCESO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assesment. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin;

LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford University Press, 2010.

SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. **Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação**, 2011. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>. Acesso em: 16 mar. de 2014.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. **Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória**. Texto para Discussão nº 1463, Ipea, jan. 2010. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>. Acesso em: 29 mar. de 2015.

SHAPIRO, S. Unequal Partners: Cost-Benefit Analysis and the Executive Review of Regulation, **Environmental Law Reporter**, 2005. Disponível em: <http://policy.rutgers.edu/faculty/shapiro/elr%20article.pdf>. Acesso em: 30 mar. de 2015.

Capítulo 3

Fiscalização e processo administrativo sancionador

Danielle Duarte e Luis Lopes Martins

1. Introdução

O presente capítulo tem por objetivo apresentar os motivos ensejadores da estruturação da primeira parte do capítulo III do anteprojeto de lei de processo administrativo para as agências reguladoras federais, que trata da Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador.

O capítulo foi estruturado em sete seções, nas quais se pretendeu conferir meios de atuação regulatória que favoreçam o atendimento de cada um dos princípios constitucionais¹ norteadores das atividades desempenhadas pela Administração Pública, bem como sua ponderação no caso concreto, além de buscar a uniformização de procedimentos e prazos entre as diferentes agências reguladoras federais.

No que se refere às ações concretas de monitoramento e controle das condutas dos agentes de cada mercado regulado, prima-se pela elaboração de uma matriz de risco que permita a avaliação de comportamentos proporcional à complexidade, escala e natureza das operações empreendidas pelo agente regulado, de modo a otimizar o implemento de políticas fiscalizatórias preventivas e orientadoras, que resultem em maior efetividade e eficácia da atuação regulatória.

¹ Artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Desta forma, o trabalho será estruturado em duas partes, nas quais serão abordados os motivos gerais de pontos específicos do capítulo que poderiam ensejar maiores dúvidas. A Parte I estará adstrita às etapas de controle e monitoramento atinente à fase não litigiosa do processo. A Parte II abrangerá aspectos concernentes à etapa litigiosa.

2. Parte I – Etapa pré-litigiosa²

Esta seção abordará os motivos gerais de quatro pontos específicos que se pretendeu contemplar no anteprojeto de lei que, eventualmente, possam ensejar maiores dúvidas: (i) uniformização da utilização do vocábulo “representações”, ao se tratar de comunicações recepcionadas pela área competente da agência reguladora em face de condutas praticadas por agentes de cada mercado regulado; (ii) do registro e tratamento dessas comunicações, com o fim de melhor aproveitamento e gestão dessas informações, levando-se em conta, sobretudo, a globalização da economia; (iii) do inquérito administrativo, com o intuito de disponibilizar um procedimento de apuração pré-processual, evitando a abertura desnecessária de processos administrativos; e (iv) da reparação voluntária e eficaz, como instrumento para promover o alinhamento de condutas dos mercados supervisionados às respectivas políticas regulatórias.

O primeiro tópico se refere basicamente a um dos modos pelos quais se inicia a ação fiscalizadora: a representação. A escolha do vocábulo visou dirimir eventuais dúvidas interpretativas decorrentes de seus vários sentidos.

É cediço que os vocábulos “representação”³ e “representar” são utilizados, no ordenamento jurídico pátrio em, pelo menos, duas diferentes acepções: ora como (i) o ato

² Por Danielle Duarte.

³ Segundo Pitkin, o significado das palavras e o mundo mudam juntos. Destarte, a autora explica que, etimologicamente, a palavra “representação” teria tido origem no latim *repraesentare* no sentido de “tornar presente ou manifesto; ou apresentar novamente”, para designar o ato de apresentar-se em resposta a uma convocação, não sendo identificada, na sua origem, qualquer significação relativa ao ato de apresentar-se em lugar de terceiros ou atuar em nome de. Esse último sentido teria surgido a partir de uma evolução de uma atuação em separado para uma ação unificada entre cavaleiros e burgueses, no período compreendido entre os séculos XIV ao XVII, que, a partir da identificação de demandas comuns, teriam passado a apresentar petições conjuntas. (PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. In: Lua Nova - Revista de Cultura e Política [online] nº 67, São Paulo: 2006, p. 15, 17, 22-23).

de apresentar a outrem uma reclamação em virtude de suposta violação de direitos ou exercício abusivo deste, ou, ainda, para (ii) designar aquele que exerce, em nome de terceiros, a função de mandatário, procurador ou agente, papel este que pode ser desempenhado por pessoa natural ou entidade de caráter associativo⁴.

Na primeira acepção, o ato pode ser praticado ainda que a suposta irregularidade decorra de violação de direito próprio ou não, em virtude de ser parte legitimada para tanto⁵. Nessa hipótese, a representação está relacionada, por assim dizer, ao objeto ou conduta que, submetidos ao controle social, o direito pretende censurar. A segunda acepção decorrerá da condição de atuar perante a agência reguladora em nome de outrem, sendo exercida mediante determinação legal ou por vontade do interessado⁶.

Nesse sentido, o substantivo “representação”, utilizado no projeto, é considerado no primeiro sentido das acepções apresentadas. Pode ter origem: (i) externa, na hipótese de ser formulada por (i.a) usuário ou consumidor dos serviços ofertados pelos agentes do mercado regulado, na condição de pessoa natural ou jurídica; ou por (i.b) terceiros na condição de representante daqueles; ou, ainda, (ii) interna, quando formulada por servidor que, ao tomar conhecimento de suposta irregularidade, der ciência à autoridade competente.

No que concerne ao aproveitamento das informações obtidas com base nas representações recebidas, extrai-se do §2º do artigo 15 do projeto que a agência reguladora deverá providenciar seu registro e tratamento, tendo em vista que a convergência econômica decorrente de um sistema global cada vez mais integrado demanda uma ação fiscalizatória da autoridade reguladora que conjugue uma sistemática de aferição

4 Exemplos: Artigo 5º, incisos XXI, LXX, alínea a; e Artigo 11 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

5 Exemplos: Artigo 71, inciso XI, CFBR/1988 que confere ao Tribunal de Contas da União a atribuição para representar ao Poder competente em face de abusos ou irregularidades que, porventura, sejam apurados; Artigo 37, §3º, inciso III da CRFB/1988 c/c Artigo 2º da Lei nº 4.898/1965, que assegura ao administrado o direito de representação em face do conhecimento de exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública; Artigo 34, VII, CRFB/1988, que trata da representação interventiva de competência exclusiva do Procurador-Geral da República cabível nos casos de violação dos chamados princípios sensíveis da Constituição da República.

6 Lei nº 10.406/2002, Artigo 115.

e prevenção de riscos nos mercados sujeitos à sua supervisão por meio da adoção de princípios básicos⁷, que privilegiem um ambiente regulatório que minimize os efeitos das falhas de mercado inerentes à liberdade de iniciativa na exploração de atividades econômicas em cada setor regulado⁸, não estando, portanto, adstrita a uma ação fiscalizatória baseada no simples cumprimento de regras, de modo a assegurar a efetividade da aplicação de medidas que favoreçam o desenvolvimento desses setores.

Não se deve olvidar que a adoção de medidas que viabilizem maior estabilidade regulatória dos mercados supervisionados é um relevante indicador na avaliação de desempenho de países empreendida por organismos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Nesse sentido, é premente que a autoridade reguladora leve em consideração, sempre que possível, na avaliação de perfil de riscos de cada agente dos mercados supervisionados, a proporcionalidade da natureza, escala e complexidade das operações desenvolvidas, por meio de um processo contínuo de acompanhamento e controle.

Com isso, mostra-se relevante o aproveitamento e a gestão de informações disponíveis sobre os agentes supervisionados que possibilitem a identificação de áreas sensíveis que possam demandar uma ação fiscalizatória específica. Sejam tais informações obtidas por meio de (i) envio periódico de dados pelos agentes regulados à autoridade reguladora competente, (ii) representações formuladas pelos usuários/consumidores dos serviços ou produtos desses agentes, ou, ainda, por meio de entidades públicas ou privadas

7 ISO 31000 ABNT indica princípios e diretrizes básicos a serem observados para se alcançar um gerenciamento eficaz de riscos, sendo certo, contudo, a necessidade de observância da especificidade de cada setor.

8 Sampaio afirma que no “encontro de falhas de mercado com a necessidade de promoção de valores socialmente compartilhados faz com que o Estado, por meio do direito, utilize seu poder de império para garantir e condicionar a oferta desses bens e serviços, na forma de princípios constitucionais e outras normas jurídicas cogentes que criam um marco regulatório visando à sua melhor tutela”, destacando que a regulação estatal normalmente está associada “à mitigação de falhas de mercado”, bem como “a aspectos de natureza redistributiva”. (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, *Regulação e Concorrência: A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34, 62). Diversas são as falhas de mercado, todavia, consoante Viegas e Macedo, “as mais comumente encontradas” são: “assimetria de informações, externalidades, recursos comuns, bens públicos, e monopólio”. (VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Falhas de Mercado: causas, efeitos e controles*. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório - Série GV-Law*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91). Para maiores informações quanto ao assunto ver MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 3ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

no interesse daqueles, além (iii) daquelas obtidas diretamente pelas equipes de fiscalização no exercício de suas atribuições.

O registro e o processamento dessas informações pelas agências reguladoras contribuem para a formação de uma base de dados das ações empreendidas pelos agentes regulados no desenvolvimento de suas atividades, possibilitando, destarte, a adoção de políticas fiscalizatórias de modo proporcional aos riscos apresentados por cada um desses agentes, além de oportunizar a imposição de que sejam implementadas estruturas de governança e controles internos que protejam os interesses dos consumidores e usuários de produtos e serviços ofertados nos setores regulados, o que não poderia ser obtido com a adoção de medidas fiscalizatórias unidirecionais baseadas exclusivamente na análise de cumprimento de regras.

Nesse sentido, alinhado com a proposta de aproveitamento qualitativo desses dados pela agência reguladora, o projeto optou pela adoção do inquérito administrativo, que foi objeto de disposição na seção II do capítulo III. A natureza inquisitorial de que se qualifica esse procedimento pré-processual tem por escopo conferir meios necessários à coleta de informações destinadas à formação do convencimento da autoridade competente para a propositura de processo administrativo sancionador quanto ao cometimento de condutas ensejadoras de infração administrativa, razão pela qual não há que se falar que a apuração em sede investigativa configure gravame equivalente à sanção⁹.

Tem-se, destarte, o intuito de disponibilizar instrumental para que a autoridade reguladora, na seara de suas competências, possa averiguar informações decorrentes de representações formuladas por quaisquer interessados, desde que devidamente fundamentadas, quando os indícios não forem suficientes para a instauração do processo administrativo, sendo possível, também, sua instauração de ofício nessas condições.

A possibilidade de investigação sigilosa tem por escopo assegurar uma apuração mais eficiente dos fatos, principalmente nos casos em que sua ausência possa comprometer a eficácia da ação fiscalizatória. Nesse sentido, após a apuração dos

9 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48

fatos necessários à formação do convencimento da autoridade competente em sede de inquérito administrativo, o procedimento poderá ser arquivado ou, na circunstância de ser verificada a ocorrência de ilícitos administrativos, seguir-se-á a instauração do processo administrativo, devendo ser assegurado ao acusado as garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa.

Outro aspecto que merece destaque, no que se refere à etapa não litigiosa, diz respeito à possibilidade de haver a reparação voluntária e eficaz em sede de processo administrativo.

Com efeito, partindo-se da transposição de um Estado meramente repressor para um Estado fomentador de políticas públicas que promovam o desenvolvimento econômico e social, a imposição de políticas sancionatórias pautadas excessivamente em sanções negativas¹⁰ em cotejo à criação de estruturas de incentivos (sanções positivas) tem revelado limitações¹¹ na indução de comportamentos que propiciem o atendimento aos objetivos regulatórios perseguidos.

Bobbio¹² ao discorrer sobre o tema destaca que, a despeito de a literatura jurídica utilizar a palavra “sanção” de modo a denotar as “consequências desagradáveis” decorrentes da não observância de normas, na literatura sociológica e filosófica o termo é utilizado de modo a açambarcar, também, as consequências agradáveis concernentes à efetiva observância das normas, razão pela qual sanção seria, na verdade, o gênero do qual são espécies as sanções positivas e as sanções negativas.

Ante o exposto, importa que a autoridade reguladora disponha de mecanismos que possibilitem a substituição de uma sanção repressivo-punitiva por uma alternativa preventiva indutiva de comportamentos positivos, quando a análise dos fatos, no caso concreto, demonstrar a baixa lesividade da conduta praticada, possibilitando a solução de conflitos com

¹⁰ Consoante Bobbio, apud Gisele Mascarelli Salgado, seria uma espécie de controle social por meio de normas jurídicas que objetivaria exercer influências sobre o comportamento, limitando-o, restringindo-o e direcionando (tese de doutoramento intitulada “Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio”, p. 97).

¹¹ O tema é desenvolvido na dissertação intitulada “Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o Direito Penal” apresentada por Cristina Kruszewski à Universidade Federal do Paraná, em 2010, para a obtenção do título de mestre. p. 50.

¹² BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 7, 9.

maior eficiência e efetividade. Saliente-se a necessidade de que, na aplicação das sanções administrativas, prepondera a adequação entre meios e fins, devendo a autoridade reguladora perseguir um viés educativo/orientador.

Assim, as hipóteses de aplicabilidade do instituto da reparação voluntária e eficaz deverão estar, prévia e expressamente, determinadas no regulamento de cada agência reguladora que – levando-se em conta as peculiaridades de cada um dos mercados regulados – poderá adotá-las, a seu juízo, diante do caso concreto, desde que a reparação do dano seja tempestiva.

A adoção do adjetivo “voluntária” para qualificar a reparação justifica-se por aquele prescindir de análise valorativa acerca do fato de o agente estar ou não agindo por iniciativa própria ou respondendo a algum estímulo ou indução¹³, sobrelevando-se o objetivo de se evitar que os atos praticados pelo agente regulado levem à consumação de infrações que possam ensejar maior lesividade aos consumidores e usuários de produtos e serviços ofertados nos setores regulados, além de promover a penalização de modo a cumprir com os objetivos da regulação setorial.

Dessa forma, o registro das infrações a que se tenha aplicado o instituto da reparação voluntária e eficaz também deverá compor a matriz que determinará o perfil de risco de cada agente regulado no planejamento de futuras ações fiscalizatórias.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a etapa não litigiosa, constante da primeira parte do capítulo III do anteprojeto de lei, buscou agregar elementos de uniformização e coesão procedimental, visando disponibilizar instrumentos de concreção de medidas regulatórias que possibilitem a promoção de bem-estar social.

3. Parte II – Etapa litigiosa¹⁴

Neste tópico tecemos considerações acerca das questões mais polêmicas em torno da fase propriamente litigiosa

¹³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 269-276.

¹⁴ Por Luís Lopes Martins.

dos processos administrativos sancionadores.

3.1 A impossibilidade de Recurso Hierárquico Impróprio nas Agências Reguladoras

O cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras há muito é discutido. Caio Tácito assim define o recurso hierárquico:

O recurso hierárquico é a forma comum de revisão das decisões administrativas, mediante a devolução de competência à instância superior. As leis e regulamentos estabelecem os prazos e efeitos dos recursos hierárquicos e o seu caráter obrigatório ou voluntário¹⁵.

No mesmo sentido, a Constituição Federal estabelece como competência dos ministros de Estado a supervisão dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal:

Art. 87 [...]

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I — exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República.

No mesmo sentido, a Lei 9.784/99:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

Dessa forma, a partir dos aludidos dispositivos, surgem dois recursos possíveis para as decisões proferidas por órgãos ou entidades da administração pública. O primeiro é o recurso

15 TÁCITO, Caio. O abuso do poder administrativo no Brasil: conceito e remédios. In: Revista de Direito Administrativo, n. 56, 1959, p. 14.

hierárquico próprio, dirigido à autoridade imediatamente superior, no mesmo órgão em que o ato foi praticado. De forma distinta, o recurso hierárquico impróprio é dirigido à autoridade que estiver em outra estrutura da Administração.

Uma vez que inexistem dúvidas de que o recurso hierárquico impróprio é cabível contra decisões de autarquias não especiais, quando legalmente previstos, resta a discussão acerca do cabimento desse recurso contra as decisões proferidas por agências reguladoras.

Como tratado no primeiro capítulo, o presente anteprojeto buscou reforçar a autonomia das agências reguladoras como um traço fundamental dessas entidades. A proibição do recurso hierárquico impróprio visa justamente ratificar a autonomia majorada das agências, especialmente a inexistência de subordinação hierárquica em relação a quaisquer outros órgãos da Administração Pública e a autonomia das suas decisões técnicas.

Essa opção coaduna-se com o regime especial que caracteriza as agências reguladoras, estabelecendo expressa previsão legal do caráter final para as suas decisões, sendo impossível revisão por quaisquer órgãos ou entidades da Administração Pública. Esse caráter final das decisões das agências reguladoras é tratado por Di Pietro¹⁶ como um dos elementos da autonomia elevada dessas entidades:

Elas (as agências reguladoras) estão sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Dessa forma, o processo administrativo sancionador para apuração das infrações cometidas pelos regulados inicia-

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006. p. 459.

se e encerra-se na própria agência reguladora. Ainda que estas estejam inseridas na estrutura organizacional da Administração Pública, em razão da sua autonomia majorada, não é possível a interposição de recurso hierárquico impróprio.

3.2 Desconsideração da personalidade jurídica

A separação entre o patrimônio da sociedade empresarial e do sócio é uma característica básica do nosso sistema jurídico. Sabe-se que essa autonomia surgiu e continua tendo como objetivo principal criar incentivos ao desenvolvimento econômico e à realização de investimentos, uma vez que investidores e empresários, se resguardados pela autonomia patrimonial, não comprometerão seus patrimônios particulares ao realizar atividades econômicas por meio de uma pessoa jurídica. Assim, a autonomia patrimonial tem como objetivo principal limitar os riscos assumidos pela pessoa física.

Entretanto, não raramente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é utilizada como instrumento para a realização de fraudes à legislação, violação ao interesse público ou assunção de níveis irrazoáveis de risco.

Por essa razão, a doutrina, a jurisprudência e a legislação, há muito já admitem a relativização da personalidade jurídica nas hipóteses em que há uso abusivo da personalidade jurídica pelo sócio. Nesse sentido é o art. 50 do Código Civil de 2002:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No mesmo sentido, aponta Requião¹⁷:

Em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 391.

contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito.

O presente projeto buscou alinhar-se com a legislação, a jurisprudência e doutrina, prevendo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de fraude à lei ou violação do interesse público.

Essa relativização, evidentemente, é excepcional e não deve ser utilizada aleatoriamente, sob o risco de gerar forte desincentivo ao investimento nos setores regulados. Entretanto, sempre que observada fraude à legislação ou violação ao interesse público, a agência reguladora terá meios para evitar que a pessoa jurídica seja utilizada com abuso de direito.

Cabe apontar que esse caráter excepcional da decisão pela desconsideração da personalidade jurídica ratifica a necessidade de adequada fundamentação por parte da agência reguladora, nos termos do art. 50 da Lei 9.784/99.

3.3 Parâmetros para a aplicação da sanção de obrigação de fazer

O presente projeto buscou também apresentar parâmetros mínimos para as sanções consistentes em obrigações de fazer e não fazer. Esses parâmetros têm o objetivo de manter o caráter sancionador dessas medidas, vedando sanções que se restrinjam ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos já celebrados, ao mesmo tempo em que vinculem de forma direta tais sanções a melhorias, necessariamente, para a atividade regulada que foi atingida pela conduta irregular.

Essa opção abre algum espaço à busca de soluções negociadas para os conflitos nos setores regulados e, especialmente, possibilita que a solução adotada reflita diretamente em melhorias na área em que foi prejudicada pela conduta inadequada do regulado.

A necessária vinculação entre a obrigação de fazer e melhorias na atividade regulada atingida revela-se como um recurso que busca viabilizar uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na sociedade e efetivamente capaz de promover avanços na prestação das

atividades reguladas. Assim, a atividade de sanção perde um pouco do seu caráter de simples punição, passando a cumprir também uma finalidade de real concretização do interesse coletivo. Esse sentido mais plurilateral coaduna-se com a visão mais atual da regulação. Nesse sentido, expõe Floriano de Azevedo Marques¹⁸:

Essa perspectiva mais negocial e plurilateral adotada pela nova regulação deixou suas pegadas inclusive no exercício do poder sancionador pelos órgãos autônomos. Vista sob uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despidendo de seu caráter simbólico (a resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade regulatória) e adquirindo cada vez mais o papel único de meio para alcançar as pautas e finalidades de interesse coletivo.

3.4 Multa diária e não limitação ao valor do principal

A possibilidade de imposição de multa diária em razão da continuidade da infração após decisão da agência reguladora, assim como o estabelecimento de parâmetros das sanções de fazer e de não fazer, harmoniza-se com um novo entendimento da atividade sancionadora da agência reguladora, menos voltada para uma resposta necessária a uma conduta irregular e mais orientada para alcançar os interesses públicos objeto da atividade regulatória.

Nesse cenário, a previsão de imposição de multa diária apresenta-se como um instrumento que busca o efetivo cumprimento das obrigações impostas e, conseqüentemente, em efetivas melhorias na atividade regulada.

Diante desse objetivo, qual seja o efetivo cumprimento das obrigações impostas com a finalidade de melhorar a prestação da atividade prejudicada pela conduta irregular, entendeu-se inadequado estabelecer qualquer tipo de limitação máxima à sanção de multa diária. Por essa razão, a multa diária incidirá o tempo que for necessário para que a obrigação imposta seja realizada, devendo, sempre, respeitar os

18 MARQUES, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. 2011. p. 3.

parâmetros estabelecidos (a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado pela referida lei) e conter os requisitos mínimos (a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento) previstos.

Além disso, considerando-se que a imposição de multa diária tem como objetivo o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer determinada pela agência, sua aplicação não exclui a aplicação das demais sanções administrativas cabíveis.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT NBR 31000. **Gestão de Riscos - Princípios e Diretrizes. Disponível** em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=OCB0QFjAA&url=http%3A%2F%2F200.129.168.182%3A4030%2Fattachments%2Fdownload%2F7055%2F0000077796-ISO31000.pdf&ei=65eLVM-8DPG1sQTqvYGAAG&usg=AFQjCNFyCQDIQAZ4A7RS9pQphNWjko8fhg&bvm=bv.81828268,d.cWc>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. COSO: **Gerenciamento de Riscos Corporativos - Estrutura Integrada**. Disponível em: http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o Direito Penal**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/286/>

browse?value=Kruszewski%2C+Cristina&type=author. Acesso em: 09 de setembro de 2014.

LUFT, Celso Pedro. **Dicionário Prático de Regência Nominal**. 4ª ed. São Paulo: Ática, 2008.

_____, Celso Pedro. **Dicionário Prático de Regência Verbal**. 9ª ed. São Paulo: Ática, 2010.

MANKIW, Gregory. **Introdução à economia**. Tradução da 3ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARQUES, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2011. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. In: **Lua Nova - Revista de Cultura e Política** [online] n° 67, São Paulo: 2006, p. 15-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062574.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁCITO, Caio. O abuso do poder administrativo no Brasil: conceito e remédios. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 56, p. 1-28, 1959. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8591>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de Mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório - Série GV-Law**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Capítulo 4

Termo de ajustamento de conduta

Paulo Wunder de Alencar

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade tratar da consensualidade no exercício das sanções do poder de polícia e da sua aplicabilidade às agências reguladoras.

Não pretende, portanto, ser um trabalho exauriente sobre o poder de polícia, nem busca esgotar todas as complexas celeumas acerca dos compromissos de ajustamento de conduta, mas apenas despertar uma discussão sobre a possibilidade de utilização de soluções consensuais em vez da imposição de penas administrativas, em especial em matéria de atividades reguladas.

Por meio da consensualidade, além de se atingir o mesmo objetivo da sanção administrativa, ou seja, a repressão a uma conduta lesiva a direito coletivo, também se observa uma função social, na medida em que tanto os interesses transindividuais envolvidos, como a própria preservação da atividade que causou a lesão, são sopesados a fim de que as obrigações a serem impostas para recomposição do dano permitam, por exemplo, uma punição menos gravosa ao causador do dano, mas mais eficiente aos particulares afetados.

Assim, apesar de o exercício do poder de polícia ser obrigatório pelo seu titular legitimado, a sanção de polícia não precisa ser necessariamente uma pena imposta unilateralmente,

cabendo também a aplicação de medidas consensuais por meio de compromissos de ajustamento de condutas.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), instrumento de solução consensual de conflitos, deve ser estimulado, uma vez que pode extinguir investigações com maior celeridade e eficiência, ao evitar discussões no Judiciário e permitir que o causador do dano negocie a melhor forma de adequar a sua conduta, de modo que a atividade desempenhada pela sua sociedade não cesse diante de uma pena administrativa.

2. Natureza jurídica

A orientação clássica da doutrina define o poder de polícia como “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”¹.

A ideia de poder de polícia sempre esteve atrelada à soberania do Estado e à submissão da vontade dos particulares. Aliás, o conceito explícito no artigo 78 do Código Tributário Nacional deixa isso muito claro:

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razões de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Enfatiza-se, portanto, a face imperativa da Administração Pública e a supremacia do Estado e do interesse público sobre o privado. A partir do momento em que o Estado se organizou e assumiu para si o monopólio da força, aos particulares restou uma sujeição àquilo que era legitimamente decidido pelo agente público responsável.

Atualmente, entretanto, houve uma ampliação das funções do Estado e, conseqüentemente, do campo e da maneira da sua atuação. Agora, ao também operar na ordem

¹ TÁCITO, Caio. apud MOREIRA NETO. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 385.

econômica, na qual age em concorrência ao particular, bem como na ordem social, quando atende o cidadão de forma assistencialista, o Estado muda o caráter restritivo da sua conduta e parte para o incentivo.

Do papel de autoridade, que fazia cumprir o dever do cidadão de não interferir e perturbar o interesse público, evoluiu para um patamar em que o foco deixa de ser o Estado em si e passa para o particular, cabendo ao primeiro exercer uma função intervencionista, mas agora restringindo e condicionando o exercício de seus próprios direitos em prol de uma maior liberdade e atuação daqueles que antes eram apenas seus subordinados.

Essa evolução da natureza da atividade do Estado gera, conseqüentemente, uma mudança do perfil do poder de polícia, não apenas do ponto de vista doutrinário, mas na sua forma de aplicação.

A passagem do autoritarismo para o diálogo implica, também, a priorização da consensualidade na solução de conflitos em detrimento da aplicação unilateral de sanções, à medida que, a partir desse método, todos os interesses em jogo podem ser otimizados simultaneamente.

Cediço que o ciclo de polícia envolve as seguintes fases: ordem, consentimento, fiscalização e sanção, sendo esta última o momento em que ocorre a aplicação da penalidade decorrente do não cumprimento dos limites impostos nas etapas anteriores.

Sabe-se, ainda, que o exercício da função sancionadora deve ser sempre motivado e proporcional, o que significa que a pena deve ser graduada dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Isso porque a regra constitucional que determina o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX) se aplica às sanções de polícia administrativa. Em um Estado de Direito, no qual a atividade sancionadora está eminentemente vinculada a uma previsão legal anterior, a motivação é o elo essencial entre a sanção (*nulla poena sine lege* – artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88) e sua eventual revisão, pois o conhecimento é elemento da defesa.

Outrossim, o dever de motivação pode ser extraído

do artigo 37, *caput*, da Carta Magna, ao prescrever que a Administração Pública se submete, entre outros, aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade.

No que tange à fixação das penas, a proporcionalidade é a técnica de solução de conflitos entre princípios. Por meio dela, devem ser examinadas as condições especiais de importância de cada um dos princípios em jogo, conferindo-se o peso individual deles no confronto, para se aferir a precedência de um sobre o outro. Nesse conflito, não se deve escolher um dos lados, mas sim otimizar ambos, a fim de que possam conviver harmonicamente.

Diante desse raciocínio, ao se constatar uma ilegalidade no exercício da fiscalização de polícia, a sanção não pode ser irrisória, a ponto de deixar de cumprir com a sua função repressora, mas também não pode ser exagerada, a fim de que atenda à função social da empresa.

Em outras palavras, a sanção pode enfrentar o dilema entre a aplicação de uma pena e a continuidade da empresa (atividade), o que envolve tanto o interesse do particular e dos seus empregados, como dos cidadãos beneficiados direta ou indiretamente pelas funções desempenhadas.

Para se aferir esse embate, aplica-se a regra da proporcionalidade como mecanismo de ponderação de princípios, que busca maximizá-los em um caso concreto, subdividida em três sub-regras, consecutivas e subsidiárias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por adequação se entende o meio com cuja utilização um objetivo pode ser fomentado, promovido ou alcançado, o que significa, para Virgílio Afonso da Silva, que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”².

Esse primeiro estágio envolve, então, a premissa de se estabelecer o grau de não satisfação ou de prejuízo do princípio questionado. O foco é o princípio que supostamente traz algum tipo de restrição ou prejuízo para alguém, sem se examinar, por enquanto, o outro princípio que seria atingido.

2 AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, 2002, p. 36.

Destarte, adequado é aquilo que se presta à finalidade pretendida, ou seja, se determinada medida consagra certo princípio, ela será adequada para esse princípio. Não se busca aferir o outro princípio em choque, mas somente aquele que a medida visava a proteger ou incentivar.

Já necessário é o ato estatal que limita um direito fundamental que não poderia ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limitasse, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Portanto, enquanto o exame da necessidade é eminentemente comparativo, o da adequação é absoluto e se esgota em si próprio. É da essência do exame da necessidade a comparação da medida em debate com outras eventualmente possíveis, a fim de se aferir se a escolha, ou melhor, se a restrição causada a um dos princípios, foi necessária, ou se existe outra alternativa menos invasiva.

Diferentemente da fase da adequação, em que o princípio protegido é isoladamente examinado, afere-se na necessidade a importância da satisfação do mesmo princípio (ou melhor, seu grau de benefício), porém aqui já comparando a medida com outras soluções teoricamente possíveis, mas que não acarretariam a mesma restrição ou prejuízo ao outro princípio em conflito. No caso, se tanto uma suspensão temporária de uma atividade, como a sua interrupção permanente resolveriam o problema causado, ambas podem ser medidas adequadas, mas apenas a primeira seria necessária.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

É a fase em que ocorre a verdadeira ponderação entre os princípios envolvidos no conflito, pois, até aqui, ainda não se atribuíam pesos a eles. Conforme Alexy, “as submáximas da adequação e da necessidade demandam uma otimização relativa às possibilidades fáticas. Não se trata aqui de ponderação, mas de impedir restrições em direitos fundamentais evitáveis sem custos para outros princípios”³.

3 ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, FGV, v. 253, 2010, p. 26.

Para que uma medida seja desproporcional em sentido estrito os motivos que a fundamentam devem ter valor menor do que o peso do direito fundamental restringido. Ao transportar essas lições para a atividade sancionadora de polícia, havendo mais de uma pena possível, e sendo importante a permanência da empresa, a escolha deve recair sobre aquela que conciliar a repressão firme da ilegalidade e a continuidade da atividade, sem exageros que inviabilizem e fulminem o negócio, mas respeitando o maior dos interesses, ou seja, o interesse público e não os interesses do órgão público ou do empresário.

Nesse sentido, pode ser que, em vez da aplicação de uma pena, seja muito mais interessante a utilização da consensualidade na solução desses conflitos, o que significa que, por meio da regra da proporcionalidade no exercício da atividade sancionadora de polícia, a própria sanção punitiva deve ceder espaço para que antes se tente um ajustamento de condutas, em que as sanções não serão medidas restritivas impostas unilateralmente, mas condições discutidas e sopesadas entre as partes envolvidas.

Vale ressaltar, inclusive, a lição de Marcos Juruena, especialmente nos casos de atividades reguladas:

é importante que no exercício da função regulatória mais vale prevenir o litígio e a solução do conflito que a sua preservação (durante um longo procedimento de apuração, nem sempre bem conduzido ou concluído); assim, o órgão regulador pode, antes ou depois de lavrar o auto de infração, celebrar com as partes interessadas o que, genericamente, se denomina 'acordo substitutivo'.

Assim, em qualquer fase do processo administrativo, deve-se admitir a celebração de variedades de acordos substitutivos, com denominações específicas de compromisso de desempenho, acordo de cessação, acordo de leniência e outras variedades pactuais que importam em cessação de prática suspeita de investigação⁴.

No mesmo sentido, Karlin Olbertz assevera que:

um exemplo de funcionamento da proporcionalidade na execução de medidas de repressão consiste na celebração

4 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 74.

de termos de ajustamento de conduta. Isso porque a Administração Pública, na avaliação do caso concreto, pode chegar à conclusão de que o meio mais eficaz para atingimento da finalidade jurídica não é a imposição de uma sanção afitiva e retributiva, mas a imposição de compromisso e de obrigações de recomposição do bem jurídico afetado.⁵

Nessa linha, nota-se, modernamente, um caminho de maior consensualidade na solução dos conflitos entre a Administração Pública e o particular, principalmente nas atividades reguladas, nas quais há uma busca permanente por interesses comuns entre o regulador e aquele que exerce a atividade, o que justifica ainda mais a celebração de termos de ajustamento de conduta ao invés de processos impositivos de penas.

Isto posto, após a conclusão da fase fiscalizadora de polícia e antes da aplicação de uma sanção administrativa, cabe à Administração verificar a possibilidade de cabimento de um acordo. O compromisso seria uma nova fase do ciclo de polícia, entre a fiscalização e a sanção, ou uma etapa preliminar da fase sancionadora.

O TAC, então, pode ser chamado de acordo substitutivo da sanção administrativa, cuja origem se relaciona com a aplicação da proporcionalidade no exercício da atividade sancionadora do ciclo do poder de polícia.

Entretanto, o TAC não deixa de ser, também, uma sanção, embora de natureza consensual, na medida em que fixa diversas medidas restritivas que devem ser cumpridas (sujeitas a penas e multas, em caso de inadimplemento), ainda que essas condições tenham sido estabelecidas após debate entre as partes.

3. Legalidade

Firmada a premissa de que a consensualidade obedece à proporcionalidade e de que o oferecimento do compromisso de ajustamento de conduta deve preceder à imposição de uma pena administrativa, passa-se a verificar a legalidade do TAC.

5 MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder de polícia na atualidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55.

Evidentemente que, por fazer parte do processo sancionador, além da imprescindibilidade de lei definindo as penas, também é necessário que o legislador admita a celebração de acordo em substituição a uma sanção, especialmente no caso de uma nova legislação que trate do processo administrativo nas agências reguladoras⁶.

Isso porque a ausência de previsão legal de controle sobre o oferecimento de acordos substitutivos poderia significar, na prática, a desistência do exercício do poder de polícia sancionador e de eventual processo administrativo já instaurado, ou a adoção de livres critérios de conveniência e oportunidade na execução dessas fases finais do ciclo de polícia, situações essas que seriam inadmissíveis ante a indisponibilidade do interesse público tutelado pela restrição imposta na ordem de polícia.

Dessa forma, como a sanção é uma atividade vinculada da Administração, vigora nessa etapa do poder de polícia a regra da obrigatoriedade, em que o responsável não possui discricionariedade para deixar de exercer essa função da forma como prevista em lei.

Aliás, tal conclusão pode ser retirada do disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.784/99, que define o processo administrativo no âmbito da União:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...] II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

Assim, como eventual TAC cumprido iria gerar o arquivamento do procedimento administrativo correspondente,

⁶ Nas notas de rodapé do presente texto, estão dispostas as propostas de redação dos artigos do anteprojeto de Lei sobre as agências reguladoras.

Art. A agência reguladora poderá tomar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços, bem como com outros administrados sujeitos às suas respectivas regulamentações.

Parágrafo único. Os TAC regidos por esta Lei contemplarão processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa.

deve haver necessariamente algum ato normativo que estabeleça a possibilidade de celebração de acordo substitutivo, o que, por enquanto, vem sendo suprido pela Lei da Ação Civil Pública.

Na verdade, o compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, em seguida, pelo Código de Defesa do Consumidor, que alterou a redação da Lei da Ação Civil Pública dispondo, no artigo 5º, §6º, que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Dessa maneira, os órgãos públicos legitimados à ação civil pública podem tomar do causador de danos a interesses transindividuais o compromisso escrito (por isso chamado de termo) de adequação às exigências da lei, mediante cominações e com a validade de um título executivo extrajudicial⁷.

4. Legitimidade

Nota-se que esse compromisso não pode ser tomado por qualquer legitimado à ação civil pública ou coletiva, mas apenas pelos órgãos públicos. Isso significa que o legislador preserva as agências reguladoras, mas deixa de fora da legitimidade para a celebração de TAC as associações (artigo 5º, inciso V, da Lei 7.347/85) e as empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista (artigo 5º, inciso IV, da Lei 7.347/85), tendo em vista que possuem natureza jurídica de direito privado. Em consequência, não podem essas pessoas jurídicas de direito privado, nem os particulares, exercer atividade sancionadora de polícia.

Como o ordenamento jurídico é, na verdade, um grande sistema de quebra-cabeça, ao restringir o TAC aos órgãos públicos, diz a lei, implicitamente, que apenas os órgãos públicos exercem sanção de polícia.

Essa legitimidade do TAC confirma a sua própria natureza jurídica de poder de polícia consensual e reconhece

7 Art. A agência reguladora poderá firmar TAC, com eficácia de título executivo extrajudicial, com vistas a adequar a conduta da compromissária às disposições legais, regulamentares ou contratuais, mediante o estabelecimento de compromissos.

como essenciais para o exercício, pelo menos dessa atividade referente a essa etapa do ciclo, aquelas características clássicas de soberania, coercitividade e autoexecutoriedade, típicas dos órgãos públicos⁸.

Dentro da estrutura das agências reguladoras, o ideal seria que o TAC fosse firmado por seu diretor-geral, após deliberação da Diretoria Colegiada, considerando não apenas a importância do tema, mas também a necessidade de padronização dos acordos, evitando-se que dois casos semelhantes sejam tratados de formas diferentes.

No que se refere à compromissária, pode ser qualquer pessoa sujeita à fiscalização de polícia da agência reguladora, ou seja, concessionárias, permissionárias, autorizadas ou até pessoas físicas, desde que, de alguma forma, interfiram nas atribuições do ente regulador.

5. TAC: discricionariedade ou direito subjetivo?

Outrossim, embora no enunciado normativo da Lei da Ação Civil Pública acima transcrito tenha sido utilizado o verbo “poderão”, caso seja viável a celebração de termo de ajustamento de conduta, a Administração deve e o fiscalizado pode solicitar a sua aplicação.

Trata-se, assim, de verdadeiro direito subjetivo do interessado, não propriamente de celebrar, porém de exigir a verificação de viabilidade do TAC. Claro que não existe o direito de se impor o ajustamento de conduta, mas a Administração também não pode decidir livremente pelo seu oferecimento ou não⁹.

Ana Luiza de Andrade Nery, por exemplo, afirma que “inexiste discricionariedade pura, pois a escolha do melhor caminho e a fundamentação para isso torna o ato vinculado,

⁸ Art. O TAC será firmado pelo diretor-geral, após deliberação da Diretoria Colegiada, e pelo representante legal da compromissária.

Parágrafo único. A compromissária deverá comprovar a sua regularidade fiscal antes da celebração do TAC.

⁹ Art. O TAC poderá ser proposto, a qualquer tempo, de ofício pela agência reguladora ou mediante requerimento de concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços, e de demais administrados sujeitos à agência reguladora.

desprovido, portanto, de discricionariedade¹⁰.

O TAC não pode ser imposto pelo órgão público, pois o compromissário tem a liberdade de aceitá-lo ou não. Ele pode tanto preferir discutir sua responsabilidade, como discordar das cominações, optando, assim, por se abster de firmar o compromisso.

Contudo, o compromissário, tendo interesse, pode requerer do órgão público que seja verificada a possibilidade de oferecimento de um TAC. Não pode exigir o TAC, pois requisitos e pressupostos devem estar presentes. Mas pode demandar pela decisão justificada sobre a sua aplicabilidade ou não¹¹.

Daí a necessidade que a recusa de um TAC esteja calcada em hipóteses objetivas, dispostas em *numerus clausus* e sempre sujeitas à devida fundamentação.

Inclusive, vale fazer uma breve analogia entre o TAC e a transação penal, disposta no artigo 76, da Lei n° 9.099/1995:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Da mesma forma que no TAC, na transação penal o acusado possui o direito subjetivo a que a proposta seja oferecida ou fundamentadamente negada, sendo que o verbo “poderá” também não exprime uma livre discricionariedade do Ministério Público. Tal lógica parece ser seguida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, embora um pouco confuso na definição:

RE 776801/BA - Min. Roberto Barroso - Julgamento: 29/11/2013 [...] Preliminar de nulidade em face da ausência

10 NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 221.

11 Art. Não será admitido o requerimento de TAC:

I - quando a compromissária houver descumprido TAC há menos de 05 (cinco) anos, contados da data da emissão do respectivo Certificado de Descumprimento;

II - quando, por infração da mesma natureza, a compromissária tiver celebrado TAC nos últimos 02 (dois) anos;

III - quando a proposta apresentada tiver por objetivo restringir cláusulas ou responsabilidades assumidas em outro TAC ainda vigente, salvo o disposto no artigo 63;

IV - quando houver orientação contrária à celebração de TAC, seja da agência reguladora, de órgão de controle externo ou do Poder Judiciário;

V - quando, em avaliação de conveniência e oportunidade, não se vislumbrar interesse público na celebração do TAC.

de proposta de transação penal. Razoável discricionariedade auferida ao MPF. Inexistência de direito subjetivo do réu à transação em todas as situações. Necessidade de preenchimento dos requisitos ensejadores da transação penal [...].

Ao falar em razoável discricionariedade, o acórdão trata da necessidade de fundamentação para se negar o oferecimento de proposta de transação, enquanto a expressão inexistência de direito subjetivo seria o equivalente a direito subjetivo desde que preenchidos os requisitos, ou direito subjetivo ao exame do cabimento do oferecimento da proposta.

Destarte, o verbo “poderão” expressa apenas a existência de mais de uma possibilidade de solução dos conflitos, sendo uma consensual e a outra impositiva (a sanção administrativa), mas não significa que o órgão público pode livremente escolher qual irá adotar, tendo em vista que o termo de ajustamento de conduta sempre será a primeira alternativa, se for viável no caso concreto.

Com a autorização legal e a possibilidade fática e jurídica para a celebração de um termo de ajustamento de conduta, essa medida deve ser adotada preferencialmente, justamente por conciliar o atingimento dos interesses de todos os envolvidos, ou seja, da Administração, do favorecido com o consentimento e dos demais particulares atingidos direta ou indiretamente com a atividade regulada.

A sanção não precisa ser necessariamente aplicada, pois a obrigatoriedade é para o exercício do poder de polícia e não do poder de punir, sendo que firmar compromissos não significa deixar de punir.

Portanto, a discricionariedade do órgão público na verificação do interesse na celebração de um TAC não é ampla e absolutamente livre. Eventual negativa na opção pelo acordo deve estar muito bem fundamentada pela administração, especialmente abordando a razão pela qual a via da sanção administrativa se faz, naquele caso, mais oportuna e conveniente do que o ajustamento da conduta.

Como já mencionado anteriormente, tratando-se de aplicação de uma sanção administrativa, o órgão público deve

se pautar pela proporcionalidade, sendo, com isso, vedada a possibilidade meramente arbitrária e discricionária de se escolher pela pena em detrimento da solução conciliadora do TAC.

Ademais, se o TAC atinge a mesma finalidade do que a ação civil pública, mas em menor tempo e, conseqüentemente, com menor custo, a princípio não haveria interesse jurídico em se preferir a via judicial.

Vale ressaltar que, como pressuposto do TAC, o interessado deve demonstrar, além da sua regularidade fiscal, a sua boa-fé, estampada especialmente na credibilidade em cumprimento de acordos, na medida em que aquele que descumpriu um TAC há menos de 05 (cinco) anos, ou que já firmou um TAC por infração da mesma natureza nos últimos 02 (dois) anos, não inspira confiança para negociar.

6.TAC gera confissão?

Outrossim, definir o TAC como forma de poder de polícia consensual também evita a discussão sobre a sua caracterização como transação, negócio jurídico, ato jurídico, ato administrativo, contrato administrativo etc. Nesse sentido, o Código Civil prescreve, em seu artigo 840, que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”, sendo que, a seguir, no artigo 841, estabelece que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

Ao mesmo tempo, o TAC, que versa sobre direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), encontra no artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, a regra de que o interessado pode firmar “compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações”.

Isso poderia nos levar à conclusão de que o TAC não trata de concessões mútuas, mas sim de mera adequação da conduta do causador do dano às exigências da lei, razão pela qual a tomada do compromisso de ajustamento de conduta não permitiria aos órgãos públicos legitimados a disponibilidade sobre o seu objeto, uma vez que na ação civil pública não se tutela direitos patrimoniais de caráter privado.

Ocorre que, segundo ensina Ana Luiza de Andrade Nery:

A transação não exige igualdade das concessões pelas partes. Em outras palavras, se para entabular o compromisso de ajustamento o órgão público cedeu apenas em relação ao prazo para o cumprimento da obrigação, e a parte cedeu em outros aspectos, esse negócio é considerado uma transação, ainda que as partes não tenham cedido em igual monta.¹²

Cabe recordar, também, a partir da analogia acima referida, que na Lei dos Juizados Especiais se faz menção à transação penal, embora seja evidente que, por tratar do conflito entre os direitos da liberdade e da segurança pública, não poderia haver disponibilidade de qualquer das partes.

Enfim, parece de pouquíssima utilidade discutir qual instituto de Direito Civil se compatibiliza ao TAC, até porque temos, no Direito Administrativo, justamente no ramo que se dedica à atuação dos órgãos públicos, a categoria do poder de polícia e, nele, a aplicação do acordo como meio de sanção consensual de polícia.

Ao se tomar um compromisso, não se fala em reconhecimento de ilicitude, confissão ou assunção de culpa, mas apenas na adequação da conduta às exigências legais¹³.

Em outras palavras, o importante é o nexos causal entre a conduta do fiscalizado e o dano causado, não se discutindo dolo ou culpa.

Entretanto, ainda que não signifique uma remissão, o cumprimento do TAC deve ter o condão de gerar o arquivamento do procedimento apuratório instaurado para investigar o ato lesivo a direito transindividual¹⁴. Ora, se o dano foi recomposto e a lesão desapareceu, ocorre uma evidente perda superveniente do interesse no processo administrativo. A investigação se torna desnecessária, chegando ao fim através do TAC.

Ademais, como o TAC possui eficácia de título executivo

¹² NERY, ob. cit., p.150.

¹³ Art. Parágrafo único. O requerimento de TAC e a sua celebração não importam em confissão da compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

¹⁴ Art. O processo administrativo será arquivado ao término do prazo de vigência do TAC, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo, com a emissão do certificado de cumprimento.

extrajudicial, sua celebração também gera a falta de interesse na proposição de eventual ação civil pública.

Diante disso, durante uma investigação em que se vislumbra a possibilidade de formação de um TAC, o procedimento deve ser suspenso da sua assinatura até o seu efetivo cumprimento, pois não faz sentido continuar inquirindo se o TAC pode alcançar o mesmo resultado que uma ação civil pública¹⁵.

Com isso, até a assinatura do TAC, o inquérito deve correr normalmente. Porém, desde a sua assinatura até o seu efetivo cumprimento, apenas as medidas urgentes e irrepetíveis devem ser tomadas, ou seja, aquelas que, se não forem produzidas naquele momento, nunca mais seriam viáveis.

7. Cláusulas do TAC

Quanto aos danos, devem ser estabelecidas obrigações de dar, fazer ou de não fazer de natureza reparatória e preventiva, bem como as multas pelo descumprimento dessas obrigações¹⁶. Alexandre Amaral Gavronski ainda lembra a possibilidade de se agregar uma “obrigação de pagar determinada quantia (a título de danos morais coletivos, por exemplo)”. (GAVRONSKI, 2010, p. 396).

15 Art. Durante o período de celebração e vigência do TAC, a tramitação dos processos administrativos a que ele se refere será suspensa, ressalvando-se: I - a prática de atos cuja suspensão possa redundar em dano grave e irreparável ou de difícil reparação à instrução dos processos contemplados no TAC; II - a guarda, pela compromissária, de documentos e informações relativas às condutas que constituam objeto do TAC e dos processos a que ele se refere. Parágrafo único. A suspensão do processo administrativo a que se refere este artigo dar-se-á somente em relação à compromissária que firmou o TAC, seguindo o processo seu curso regular para os demais.

16 Art. São cláusulas obrigatórias do TAC: I - cronograma de metas e obrigações voltadas à regularização da situação e conduta da Compromissária, bem como de prevenção à prática de ações semelhantes; II - cronograma de metas e obrigações para a reparação de danos causados aos eventuais usuários atingidos; III - cronograma de metas e obrigações para a adoção de novos métodos ou tecnologias que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias no serviço prestado; IV - descrição dos meios, condições e da área de abrangência das condutas ajustadas e dos compromissos celebrados no TAC; V - obrigação de prestação de informações periódicas às Agências sobre a execução do cronograma de metas e condições dos compromissos; VI - multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, inclusive multas diárias pelo atraso na sua execução, quando for o caso; VII - relação de processos administrativos, com as respectivas multas aplicadas e estimadas, a que se refere o TAC, quando for o caso; VIII - determinação do valor de referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, nos termos do art. 59; IX - prazo de vigência, que será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos. § 1º A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos deverá corresponder a uma fração do valor de referência do TAC. § 2º No caso de processos administrativos com multa aplicada, para fins de fixação de Valor de Referência do TAC, serão considerados os valores de multa corrigidos. § 3º Na hipótese de os compromissos adicionais envolverem serviços prestados por outras sociedades empresárias do grupo econômico integrado pela compromissária, o TAC deverá ser subscrito pelos representantes legais de todos os envolvidos.

No que tange à previsão dessas obrigações, a padronização mínima de um TAC é essencial para que o acordo cumpra a sua finalidade e faça cessar a lesão, bem como para que o TAC celebrado seja aceito pelos demais legitimados como medida suficiente à tutela do direito transindividual. Em outras palavras, um TAC bem feito repara a lesão e gera o arquivamento do processo administrativo correspondente, mas ainda pode evitar outras investigações sobre o mesmo fato.

Como os danos a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos se referem aos mais diversos temas e podem ser extremamente amplos e complexos, envolvendo diversas formas, etapas ou tipos de reparação, o objeto de um TAC pode ser simples e unitário, porém também pode ser complexo e fracionado.

Alguns autores entendem que o TAC deve corresponder à satisfatória prevenção ou à integral reparação do dano, exatamente como seria se uma ação civil pública tivesse que ser oferecida.

Fernando Grella, por exemplo, entende que:

A transação, portanto, simplesmente substitui a fase de conhecimento do processo judicial, pois deve refletir o mesmo conteúdo esperado na prestação jurisdicional, caso houvesse a ação e fosse ela procedente, desfrutando, da mesma forma, de eficácia executiva.¹⁷

Todavia, melhor posição parece a de Ana Luiza de Andrade Nery:

Diversamente, entendemos que o compromisso de ajustamento de conduta pode versar sobre a totalidade, parte ou transcender a matéria discutida ou passível de discussão em sede de ação civil pública, bem como versar sobre matéria investigada por meio de procedimento administrativo ou inquérito civil [...].

Como já dissemos, o ponto fulcral do ajustamento é evitar ou reparar a lesão a bem de natureza transindividual, o que deverá ser feito pelo alcance da melhor solução entre o poder público e o administrado, solução essa que nem sempre abarcará todos os pontos passíveis de discussão em

17 GRELLA, Fernando. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. Revista *Justitia*, n. 55 (161), São Paulo, 1993, p. 48.

ação civil pública anterior ou posterior ao ato.¹⁸

Geisa de Assis Rodrigues pensa igualmente:

O objeto de ajustamento de conduta pode ser parcial em relação ao conjunto de fatos que estão sendo investigados. O denominado compromisso preliminar ou parcial é plenamente admissível, desde que em relação à conduta e ao dano de que trata possa representar a adequada reparação.¹⁹

Nesse sentido, o objeto do TAC não precisa ser a recomposição integral do dano, com todas as suas consequências. Até porque o objeto de eventual ação civil pública também não precisa ser absoluto.

Muitas vezes, o fato foi tão complexo que o inquérito pode ter juntado provas suficientes em relação a determinado ponto, mas não conseguiu apurar todas as suas circunstâncias. Nada impede, portanto, que o órgão público proponha a ação civil pública em relação àquilo que entende já possuir a justa causa, sem que isso signifique um arquivamento implícito quanto ao resto, continuando o inquérito para apurar a responsabilidade referente a outros fatos ou outras pessoas.

Não há qualquer inconveniente no oferecimento de um TAC e na continuidade do inquérito quanto a outras obrigações ainda em exame, desde que o fato a que o acordo se propõe conciliar, embora não contemple todo o objeto da apuração, seja exauriente naquele ponto.

O importante, portanto, não é que o TAC seja completo, abrangente e exauriente em todos os fatos que envolvem o dano a interesse transindividual, mas sim que, naquele objeto específico tratado no acordo, a matéria fique totalmente estabelecida.

Tal necessidade decorre da indisponibilidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse ponto, merece ser dito que a indisponibilidade em nada impede a celebração de um TAC, no qual, certamente, haverá disponibilidade em virtude da estipulação conjunta de direitos e obrigações de ambas as

¹⁸ NERY, ob. cit., p. 193.

¹⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. Teoria e Prática. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 170.

partes e da previsão de cláusulas sobre a forma, o tempo e o prazo de cumprimento da obrigação ajustada.

Novamente, vale recorrer à lição de Geisa de Assis Rodrigues:

não se pode admitir como objeto do termo a dispensa das obrigações necessárias para a efetiva satisfação do direito ofendido, devendo restringir-se às condições de cumprimento das obrigações como modo, tempo, lugar ou outras semelhantes.²⁰

Na mesma linha, Alexandre Amaral Gavronski esclarece que:

em tudo que a norma não preestabelece os critérios para essa concretização, ou seja, na lacuna, há um considerável espaço de atuação do legitimado coletivo na concretização do direito.²¹

Como antecipado acima, o TAC também pode contemplar obrigações ao órgão público, como realizar uma vistoria ou emitir uma licença.

Neste ponto, Geisa de Assis Rodrigues, mais uma vez, contribui demonstrando que:

O que não pode ocorrer é a vedação da atividade administrativa de fiscalização pelo ajuste, como se este fosse um “salvo-conduto” para as ações do agente no âmbito administrativo. O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC jamais pode limitar ou restringir as competências administrativas dos órgãos de fiscalização. (RODRIGUES, 2011, p. 156).

No que se refere às previsões propriamente ditas de um TAC, podem ser divididas em dois principais grupos: o primeiro, das obrigações relacionadas à regularização da situação lesada, isto é, prevenção e reparação de danos, e o segundo, das multas e sanções (não necessariamente pecuniárias, como, por exemplo, a suspensão da atividade) aplicadas em casos de descumprimento de cada obrigação prevista.

20 RODRIGUES, ob. cit., p. 155.

21 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 400.

Essas espécies de obrigações são essenciais, podendo somente estar sujeitas a descrição de meios, condições, prazos e forma de cumprimento, mas não podem estar ausentes.

Nada impede, entretanto, que existam medidas além dessas imprescindíveis, como aquelas previstas de modo a agraciar aqueles diretamente atingidos pelo dano ou a compensar pelo constrangimento causado.

Especificamente quanto aos valores monetários envolvidos no acordo, é importante que seja conferido um valor de referência ao TAC. Isso porque, deve se ter uma ideia do prejuízo causado, bem como da capacidade financeira do seu responsável, a fim de que as multas sejam razoáveis, ou seja, nem irrisórias, nem aviltantes²².

A natureza da sanção prevista no ajustamento de conduta pode ser compensatória, quando visar a compensar as lesões a direitos transindividuais por meio de pagamento do valor, ou cominatória, no caso de forçar o compromissário ao cumprimento da obrigação assumida²³.

Caso existam obrigações para ambas as partes, também podem ser previstas multas para o órgão público, já que também deve agir com lealdade e boa-fé ao assumir um compromisso, sendo, portanto, vedada a desistência de um TAC firmado, ou uma ação que vá contra ou ignore aquilo que foi pactuado.

Também não possui a multa uma natureza alternativa. A obrigação de fazer não pode ser trocada livremente pela multa, que somente deve incidir caso a obrigação principal e primária não possa ser adimplida.

22 Art. O Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento. Parágrafo único. Caso o TAC verse exclusivamente sobre condutas que não caracterizem infração administrativa, o valor de referência será estipulado tendo por base o valor estimado dos compromissos assumidos pela Compromissária.

23 Art. 61 Constatados indícios de descumprimento de uma obrigação do TAC:

I - a compromissária será intimada para, no prazo máximo de 10 (dez) dias, apresentar a sua manifestação;

II - caso consideradas improcedentes as alegações da compromissária:

a) havendo interesse na execução do TAC, mesmo com o descumprimento da obrigação, serão aplicadas as multas e sanções previstas no compromisso para o inadimplemento da respectiva cláusula;

b) não havendo mais interesse na execução do TAC, deve-se emitir o certificado de descumprimento e aplicar as sanções nele previstas, além do prosseguimento do processo administrativo e das demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução;

III - caso consideradas procedentes as alegações da compromissária, prosseguir-se-á com a execução do TAC até o seu termo final.

Outrossim, a multa não pode ser genérica, mas individual, para cada obrigação assumida, devendo, ainda, ser prevista a multa para o caso de descumprimento parcial ou total de cada obrigação.

Nada impede, ainda, a previsão de outra multa com natureza de astreinte, ou seja, uma multa periódica que incida gradativamente após o prazo do cumprimento da obrigação e force o compromissário a adimplir com a obrigação assumida.

Ademais, outras referências às multas devem constar do TAC, como o índice monetário e de correção do valor da multa e a destinação dos valores recolhidos.

8. Validade de um TAC perante terceiros com legitimidade ativa concorrente

Ponto interessante, no que se refere às obrigações assumidas em um TAC, que merece menção é a validade do acordo perante outros legitimados.

Isso porque, quando o fiscalizado assume as obrigações, realiza uma análise sobre a possibilidade de cumpri-las integralmente, o que significa que eventual novo acordo sobre o mesmo fato com outras cominações poderia gerar uma sanção exorbitante e a impossibilidade do adimplemento de ambos os TAC, ou seja, aquele já firmado e o novo.

Considerando que possuem legitimidade para a celebração de TAC os órgãos públicos que exercem poder de polícia, a celebração de um TAC impede outro acordo sobre o mesmo objeto por diferente legitimado?²⁴

Nota-se que o Código de Processo Civil, em seu artigo 301, §1º, estabelece que ocorra a litispendência e a coisa julgada “quando se reproduz ação anteriormente julgada”, enquanto no §2º acrescenta que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”, completando no §3º que “há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

24 Art. A celebração de TAC perante as agências reguladoras não prejudica a realização de outros acordos entre a compromissária e outros órgãos ou entidades. Parágrafo único. Havendo TAC já firmado com outro órgão ou entidade em relação aos mesmos fatos, a agência reguladora interessada em tomar novo compromisso poderá levar em consideração as obrigações já assumidas pela compromissária.

Nesse sentido, percebe-se que o conceito legal de litispendência não abrange a possibilidade de dois TAC sobre o mesmo fato, tendo em vista que, nesse caso, não haveria ação (pois se trata de procedimento extrajudicial) e as partes seriam, a princípio, diferentes (mais de um órgão público com atribuição, por exemplo, MP e Defensoria Pública).

Entretanto, se os objetivos do causador do dano ao firmar um TAC são adequar a sua conduta para poder continuar com sua atividade, colocar fim a um processo administrativo e evitar um processo judicial, se um TAC não impedir outro com o mesmo objeto não haveria interesse em sua celebração e se criaria uma grande insegurança jurídica.

Além disso, não poderia o causador do dano, após avaliar as condições financeiras para consentir com um TAC, ser surpreendido com o acréscimo de outra cominação imprevisível, modificando aquela situação econômica anterior.

Aliás, não se deve esquecer que, como o TAC versa sobre interesses transindividuais e gera um título executivo extrajudicial, esse título por ele gerado não é constituído em favor do órgão público que o toma, o que permite que o acordo possa ser executado por qualquer um dos legitimados ativos e não necessariamente por aquele que firmou o TAC.

Isso significa que a inércia na execução do TAC firmado não é justificativa para a celebração de outro acordo, motivo pelo qual não haveria interesse de agir de outro legitimado em instaurar diferente procedimento administrativo, celebrar outro TAC ou propor ação civil pública sobre o mesmo objeto.

Como essas medidas não seriam necessárias, basta a execução do título já existente, dispensando-se outro procedimento administrativo e evitando-se novas cominações ou um processo judicial.

Para equilibrar essa discussão, cabe admitir a possibilidade de um novo TAC sobre o mesmo fato, mas desde que o órgão público legitimado demonstre que o primeiro acordo foi omissivo ou insuficiente.

Esta é a importância para que haja tanto um regramento que preveja uma certa padronização às cominações de um TAC, como um cadastro unificado dos TAC celebrados. Visa-se, com

isso, conferir ao TAC uma garantia que evite a sua duplicidade e estimule a sua utilização.

De qualquer forma, caso o causador do dano não se oponha, poderá anuir com eventual cláusula que amplie as suas obrigações em outro compromisso.

Todavia, se novo TAC sobre o mesmo objeto e com a mesma abrangência for oferecido por outro legitimado, deve o interessado exigir que o novo acordo leve em consideração aquilo que foi previsto no primeiro termo, também podendo o interessado solicitar que as sanções por eventual descumprimento ou inadimplemento do TAC original sejam minoradas, preservando-se o equilíbrio econômico-financeiro da sua sociedade²⁵.

Contudo, um TAC não impede que os lesados individuais pelo mesmo fato peçam, em ações próprias, mais do que aquilo que espontaneamente possa ter sido reconhecido a eles no compromisso, tendo em vista que, nesse caso, terão que pormenorizar seus danos específicos.

9. Conclusões

Tendo em vista o acima exposto, sintetizamos abaixo nossas conclusões:

1. O TAC se caracteriza como um acordo substitutivo de sanção, e possui a natureza jurídica de exercício consensual do poder de polícia;
2. A escolha do TAC em detrimento da sanção impositiva observa o interesse do órgão público, o interesse público e a função social da empresa;
3. O oferecimento de um TAC não é uma discricionariedade do órgão público;
4. Requerer a verificação do cabimento do TAC é um direito subjetivo do fiscalizado;
5. O TAC somente pode ser oferecido por quem exerce atividade sancionadora de polícia, ou seja, a Administração Pública Direta, as autarquias e as agências reguladoras;

25 Art. As condições do TAC poderão ser alteradas caso se comprove sua excessiva onerosidade para a compromissária, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

6. O TAC não gera reconhecimento de culpa;
7. A celebração do TAC gera a suspensão do correspondente processo administrativo;
8. O cumprimento do TAC gera a perda superveniente do interesse no correspondente processo administrativo e o seu arquivamento;
9. O cumprimento do TAC gera a falta de interesse na propositura de uma ação civil pública;
10. O TAC gera um título executivo extrajudicial;
11. A celebração de um TAC afasta o interesse na instauração de um processo administrativo, na celebração de outro TAC e na propositura de uma ação civil pública, desde que sobre o mesmo fato e caso o acordo original não seja irrisório e contemple todas as cominações pertinentes;
12. A celebração de novo TAC sobre o mesmo fato tratado em outro TAC já firmado anteriormente garante a possibilidade de revisão do TAC original, a fim de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro da sociedade.

Referências

ALEXY, Robert. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, v. 253, 2010.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 798, 2002.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva. A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRELLA, Fernando. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. **Revista Justitia** n° 55 (161), São Paulo, 1993.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Poder de Polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Teoria e Prática. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**. Editora Lumen Juris, 2005.

Capítulo 5

Procedimentos administrativos consensuais de resolução de conflitos no âmbito das agências reguladoras federais

Romilson de Almeida Volotão

1. Introdução

Um dos principais objetivos da exposição de motivos de um anteprojeto de lei é tratar do seu conteúdo, limitando seu âmbito objetivo de aplicação, definindo sua capacidade inovadora, modificativa ou derogatória sobre o Direito vigente, devendo apresentar de forma clara e concisa uma declaração genérica das bases e propósitos da norma.¹

O Capítulo IV de nossa proposta de uma lei geral sobre o processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais independentes traz regras sobre procedimentos administrativos consensuais de resolução de conflitos entre os agentes regulados.

Nessa seara, é de suma importância atualmente proceder a uma releitura do direito administrativo, deixando de lado todo o ranço autoritário que marcou seu desenvolvimento na Europa continental, desde sua origem.

A dogmática do direito administrativo desenvolveu-se com base em interpretações extremas fundadas primordialmente na arbitrária expansão do poder do Estado sobre a sociedade.

Sob essa ótica o Direito era visto como um subproduto da projeção do poder do Estado, que precisava ser estabelecido

1 FONT Y LLOVET. Tomás, Desarrollo Reciente de Los Instrumentos de La Administración Consensual em Espana, p.367.

e aplicado de forma coercitiva para ter eficácia.

No entanto, a verdadeira origem do Direito está no gérmen da sociedade, e não na figura do poder do Estado. Nessa mesma linha de raciocínio encontra-se o pensamento de Ulpiano, exposto no *Corpo Iuris Civilis* e consubstanciado na frase “*ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”; expressão latina que, em tradução livre, significa o seguinte: “onde está o homem há sociedade; onde há sociedade há direito”.²

A antropologia estuda duas origens para o Direito: como ordenamento imposto pelo Estado (produto do poder), ou como resultado da interação social, produto espontâneo da sociabilidade dos grupos humanos. Assim, o Direito nasce da necessidade vital de organização do grupo, cooperação, defesa mútua, etc. A eficiência da ação conjunta sempre foi essencial para a sobrevivência e prosperidade dos grupos humanos.³

O ordenamento imposto coercitivamente pelo Estado possui legitimidade meramente formal, carecendo de verdadeira legitimação. Por essa razão foi tão importante para o Estado de Direito evoluir para o Estado Democrático de Direito. O desenvolvimento espontâneo e gradual de novos paradigmas na seara do Direito é a fonte de legitimação efetiva. Essa espontaneidade de desenvolvimento e evolução deita raízes na já referida gênese social do Direito. Quando os paradigmas não solucionam mais de forma eficiente os problemas que se apresentam diuturnamente, os pesquisadores e cientistas buscam novas alternativas, as quais são sempre submetidas a testes de eficácia, dada a natural aversão ao novo, os quais, após ultrapassados com êxito, estabelecem novos paradigmas que substituem os antigos.⁴

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

dentre esses novos paradigmas e as consequentes

2 ROMANO, Santi. L'ordinamento giuridico. Firenze: Sansoni, 1945, p. 21.

3 Para o antropólogo Bronislaw Malinovsky “o fio histórico do desenvolvimento das culturas está na eficiência acumulada das ações humanas, ou seja, nas respostas eficientes que ofereçam para o atendimento das respectivas necessidades básicas e derivadas, uma vez que, instintivamente, o homem tende a repetir os comportamentos que, observadamente, resulta em melhor atendimento de suas necessidades, sejam individuais, sejam coletivas”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.

4 Idem; p. 42.

revoluções culturais por eles produzidas, configuradoras da pós-modernidade destacam-se os que reviveram e reforçaram o primado do homem e conquistaram espaço político ecumênico, notadamente após a simbólica queda do Muro de Berlim, retornando a definição das fontes jurídicas à primitiva convicção histórica de que o Direito é uma expressão organizadora da sociedade – e não do Estado –, pois que também este é sua outra criação organizadora.⁵

Nos dias atuais, do chamado Estado pós-moderno⁶, a figura da Administração Pública no Brasil encontra-se permeada por novos princípios e valores, tais como o dever de eficiência, a busca de resultados e a consensualidade.

Destarte, para fazer frente aos seus novos desafios, e alcançar os resultados esperados e desejáveis no atendimento das necessidades da sociedade, a Administração passou a precisar de uma reformulação em sua forma de atuar.

Conforme destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, essa transformação do Estado e da própria sociedade acarretou a mutação de vários institutos do Direito Administrativo brasileiro, fazendo com que evoluíssemos da Administração Pública imperativa para uma fase de busca da consensualidade na tomada de decisões. Ainda de acordo com a lição do mestre, “o conceito pós-moderno de direito administrativo que se delinea nesta abertura do século XXI já passa a se apresentar com características bastante diferenciadas em relação ao conceito anterior”, sendo exemplos de características evolutivas desse ramo do direito público, “a de ser mais um direito dos administrados do que um direito do estado”, bem como, “a de tornar-se, cada vez mais, um direito da consensualidade, em vez de um direito da imperatividade”.⁷

Nesse ínterim, foram criadas no País, a partir de meados da década de 90 do século passado, agências reguladoras de setores específicos da economia, dotadas de autonomia financeira e orçamentária, além de independência em relação ao poder central, o que representa um novo estágio

5 Idem; p. 43.

6 CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 3.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 409/410.

de desenvolvimento do direito administrativo e do próprio Estado brasileiro.

A emergência de um Estado Regulador no Brasil reclama a busca por constantes aperfeiçoamentos normativos, tendo como um dos principais vetores desse movimento o atendimento ao princípio da eficiência na gestão pública. Nesse contexto insere-se a presente proposta de um anteprojeto de lei de processo administrativo para as agências reguladoras federais no Brasil.

De acordo com o texto proposto para a lei de processo administrativo das agências reguladoras federais, os concessionários ou permissionários de serviço público, assim como os demais detentores de títulos habilitantes ao exercício de atividades econômicas reguladas poderão requerer à respectiva agência a instauração de procedimento de mediação ou conciliação, visando à solução consensual de controvérsias específicas do setor, por meio da celebração de Termos de Acordo, os quais serão vinculantes e irrevogáveis para os interessados.

Vários sistemas jurídicos considerados avançados vêm caminhando firmemente ao encontro da adoção da consensualidade como instrumento de tomada de decisão pela Administração Pública. Na atualidade, a busca da eficiência na prestação dos serviços públicos e concretização de políticas públicas precisa estar na pauta de qualquer governo instituído democraticamente, como uma das formas de assegurar sua legitimidade.

Nessa linha, foi editada nos Estados Unidos a Executive Order nº 13563, em 18 de janeiro de 2011, pela Administração do Presidente Barack Obama, objetivando a análise e aperfeiçoamento do direito da regulação e das regras aplicáveis aos diversos setores da economia, por meio da criação de canais

de participação da sociedade na tomada de decisões.⁸

O procedimento de participação é precisamente a forma através da qual tem emergido a figura do consenso entre a Administração e os particulares para o exercício de poderes administrativos. O chamado exercício suave de poderes administrativos possui vantagens de ordem material e processual. Além disso, o consenso vai significar uma maior aceitação da decisão e, conseqüentemente, gerará menos litigiosidade. Em suma, o instrumento convencional em muitos casos permitirá que a Administração atenda aos interesses gerais de forma mais eficaz.⁹ Os acordos sobre o exercício de poderes administrativos substituem a atuação unilateral tradicional da Administração.¹⁰

Segundo Patrícia Baptista a primeira espécie de consenso administrativo diz respeito aos:

acordos procedimentais, pactuados com o fim de tomar o lugar da decisão unilateral final da Administração ou, ao menos, de determinar previamente o seu conteúdo. Trata-se de substituir a tradicional unilateralidade decisória da Administração por uma decisão consensual.¹¹

8 Executive Order 13563 -- Improving Regulation and Regulatory Review; "(...) Sec. 2. Public Participation. (a) Regulations shall be adopted through a process that involves public participation. To that end, regulations shall be based, to the extent feasible and consistent with law, on the open exchange of information and perspectives among State, local, and tribal officials, experts in relevant disciplines, affected stakeholders in the private sector, and the public as a whole. (b) To promote that open exchange, each agency, consistent with Executive Order 12866 and other applicable legal requirements, shall endeavor to provide the public with an opportunity to participate in the regulatory process. To the extent feasible and permitted by law, each agency shall afford the public a meaningful opportunity to comment through the Internet on any proposed regulation, with a comment period that should generally be at least 60 days. To the extent feasible and permitted by law, each agency shall also provide, for both proposed and final rules, timely online access to the rulemaking docket on regulations.gov, including relevant scientific and technical findings, in an open format that can be easily searched and downloaded. For proposed rules, such access shall include, to the extent feasible and permitted by law, an opportunity for public comment on all pertinent parts of the rulemaking docket, including relevant scientific and technical findings. (c) Before issuing a notice of proposed rulemaking, each agency, where feasible and appropriate, shall seek the views of those who are likely to be affected, including those who are likely to benefit from and those who are potentially subject to such rulemaking.(...)"

9 Font y Llovet. Tomás, Desarrollo Reciente de Los Instrumentos de La Administración Consensual em Espana, p. 365/366 texto original: El ejercicio paccionado de potestades administrativa comporta ventajas de orden sustancial y procesal. por un lado, la colaboración y el consenso de los propios afectados garantiza en mayor medida la consecución de los fines públicos encomendados a la Administración y, por tanto, la realización del principio de eficacia. por otra parte, el acuerdo supone también una mayor aceptación de la decisión y, en consecuencia, genera menor conflictividad. en definitiva, el instrumento convencional, en muchos casos, permitirá a la Administración servir los intereses generales de manera más eficaz.

10 Idem p. 379; texto original: En nuestro Derecho positivo también se ha previsto en algún caso la celebración de acuerdos de terminación convencional en el marco del procedimiento de resolución de recursos de alzada. Por tanto, de nuevo estaríamos ante acuerdos celebrados en ejercicio de potestades administrativas, el acuerdo sustituye la tradicional actuación unilateral.

11 BATISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro-São Paulo. Renovar: 2003, p. 281.

Com efeito, a proposta de criação de procedimentos para soluções consensuais de conflitos de interesses no âmbito das agências reguladoras não é propriamente nova. Cuidam de procedimentos convencionais de resolução de conflitos, em maior ou menor intensidade, os seguintes dispositivos legais e normativos: o art. 29 da Lei nº 9.656/98, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); o art. 3º, inciso V, da Lei nº 9.427/96 e a Resolução nº 333/2008, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Lei nº 10.233/2001 e a Resolução nº 442/2004 (Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Lei nº 10.233/2001 e a Resolução nº 987/2008, da Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ), o art. 20 da Lei nº 9.478/97 e o art. 20 da Portaria nº 69/2011, da Agência Nacional do Petróleo (ANP); o art.19, XVII, da Lei 9.472/97, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); e a Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001 (Aneel, Anatel e ANP), que aprovou o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

Não obstante, o presente estudo inova ao propor o estabelecimento de uniformização das normas referentes ao procedimento administrativo de resolução consensual de conflitos no âmbito das agências reguladoras federais no Brasil.

2. As justificativas para as escolhas contidas no texto proposto

O procedimento consensual de resolução administrativa de conflitos entre os agentes regulados setoriais será conduzido pela respectiva agência no exercício de sua função reguladora como forma de tomada de decisão, visando a assegurar a ampla, livre e justa competição no setor, ou subsistema, beneficiando os usuários dos serviços.

Quaisquer conflitos surgidos entre agentes prestadores de serviços públicos ou exploradores de atividades econômicas regulados em matérias de aplicação e interpretação do marco legal de cada setor específico, questões ligadas à execução dos contratos de concessão e demais títulos habilitantes e de

compartilhamento de infraestrutura poderão ser submetidos ao procedimento de resolução consensual no âmbito de cada agência reguladora.

As vantagens da solução de conflitos pela utilização dos métodos da mediação e conciliação são inegáveis. Entretanto, a racionalização e procedimentalização da conciliação são fundamentais para garantir a necessária segurança jurídica aos interessados e agentes públicos participantes do procedimento.

Os termos mediação e conciliação são utilizados neste estudo como sinônimos, tendo em vista que nos filiamos à corrente que entende que não há diferenciação jurídico-ontológico ou mesmo utilidade prática em tal separação de conceitos.¹²

O estabelecimento de procedimento uniforme não adversarial de resolução de conflitos de interesse entre agentes regulados visa a promover a construção de um ambiente cooperativo entre os mesmos, tendo por corolário a redução da judicialização de demandas e do tempo despendido em seu equacionamento.

Tanto na esfera administrativa quanto na judicial a disseminação da cultura da mediação no Brasil é um importante compromisso de natureza político-jurídica assumido pelas mais altas autoridades do País no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.

O referido pacto foi assinado em 13 de abril de 2009 pelos Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para reafirmar e ampliar os compromissos estabelecidos no Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, exarado em dezembro de 2004, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Para a consecução dos objetivos estabelecidos no II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo os Chefes dos Três Poderes assumiram em relação à questão da prevenção de judicialização de conflitos – sem prejuízo das respectivas competências constitucionais relativamente à iniciativa e à tramitação das proposições legislativas –, o compromisso de fortalecer a mediação e a

12 André Gomma de Azevedo: Perspectivas Deontológicas do Exercício Profissional da Magistratura; Conferência proferida no "4º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 3 a 5 de março de 2004, no auditório do Conselho da Justiça Federal, em Brasília-DF.

conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização, e ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação.¹³

Além disso, não há como perder de vista que no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil restou consignada a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A importância da visão prospectiva na solução da controvérsia está no fato de que as escolhas cooperativas feitas pelos interessados no momento da conciliação são de suma importância para manter e aprofundar seu relacionamento para o futuro.

De acordo com Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, mediação é um processo frequentemente formal, pelo qual um terceiro neutro tenta, através da organização de transações entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que se opõe.¹⁴

Ainda segundo o ponto de vista do referido pesquisador francês a mediação não é apenas uma técnica de gestão de conflito, mas também uma forma de regulação social. A dimensão social para a regulação de conflitos é intrínseca à mediação. Com a mediação são restaurados os laços sociais e redes de solidariedade.¹⁵

Nos termos de nossa proposta legislativa, caso haja processo arbitral ou judicial em curso versando sobre a controvérsia, as partes poderão submeter-se ao procedimento

¹³ Publicado no DJU de 26 de maio de 2009.

¹⁴ J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives, 1992. p.16/17 in MORAIS, José Luiz Balzan de; SPENGLER, Fabiana Marion; *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*, 2 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p.133, nota de rodapé

¹⁵ *Idem*; texto original: C'est à travers cette démarche que l'on mesure le mieux que la médiation n'est pas seulement une technique de gestion des conflits mais aussi une forme de régulation sociale. La dimension sociale, par la régulation des conflits, est intrinsèque à la médiation. En redonnant le pouvoir aux acteurs, ils retrouvent leurs responsabilités et ne délèguent plus la prise de décision à une instance. Seraient ainsi restaurés les liens sociaux et les réseaux de solidarité.

de mediação em tela, desde que requeiram ao juiz da causa ou árbitro a suspensão do processo judicial ou a arbitragem pelo prazo necessário à composição consensual do litígio ou à constatação de sua impossibilidade.

A inspiração para tal previsão legal foi buscada no texto do Projeto de Lei do Senado nº 517, apresentado em 25 de agosto de 2011 pelo Senador Ricardo Ferraço, objetivando regular a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e a composição consensual de conflitos no âmbito da Administração Pública.¹⁶

O procedimento de conciliação será conduzido por um servidor estável da agência reguladora nomeado *ad hoc*, o qual deverá possuir comprovado conhecimento na respectiva área técnica, ou científica, objeto da controvérsia.

Sobre a temática, o Manual de Procedimentos da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal define o papel do conciliador como aquele que:

atua como um facilitador do acordo, criando um contexto propício para o entendimento mútuo, aproximação dos interesses e harmonização das relações conflituosas. Assim, deve sempre buscar a melhor composição para a controvérsia jurídica e observar as seguintes premissas básicas: manter uma postura imparcial e adotar uma visão prospectiva da controvérsia; delimitar a controvérsia jurídica existente entre os interessados por meio de diálogo cooperativo – não de animosidade – e de efetiva participação – não de competição; propiciar uma análise multidisciplinar do conflito, a fim de reconhecer e articular os diversos fatores que componham a controvérsia; e, auxiliar na identificação dos interesses preponderantes para a solução do conflito.¹⁷

Normalmente exigir-se-ia de um mediador conhecimento sintético do universo da controvérsia¹⁸, contudo optou-se por exigir dele “comprovados conhecimentos na respectiva área técnica, ou científica, objeto da controvérsia” em razão da complexidade e tecnicidade da atividade de regulação, a qual decorre de diversos fatores.

¹⁶ O PLS nº 517/2011 foi votado em regime de urgência e transformado na Lei Ordinária nº 13.140/2015, publicada no DOU de 29/06/15, Seção 1, p. 04.

¹⁷ Manual de Procedimento da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, p.18.

¹⁸ Referencial de Gestão das Câmaras Locais de Conciliação da CCAF; item 2.1, alínea 'a', disponível em www.agu.gov.br.

Não estamos de acordo com a tese de que as agências reguladoras possuem uma discricionariedade técnica para tomarem decisões em relação ao setor específico. A despeito de não haver um consenso sobre a questão, entendemos que a discricionariedade inerente às atividades das agências reguladoras no Brasil consiste na discricionariedade administrativa pura, mas com algumas especificidades decorrentes da complexidade e tecnicidade existente, além das peculiaridades inerentes a cada setor regulado.¹⁹

Entretanto, não se pode perder de vista que qualquer um que queira adentrar de fato o cerne de uma controvérsia específica de um determinado setor regulado deve possuir conhecimentos prévios acerca das peculiaridades técnicas e jurídicas inerentes ao respectivo setor ou subsistema regulado.

Os conciliadores deverão ter acesso a todos os documentos e estudos técnicos necessários ao deslinde da controvérsia, estejam os mesmos em poder da agência ou dos agentes econômicos interessados. Da mesma forma, poderão os conciliadores solicitar assessoramento multidisciplinar a outros servidores da agência que possuam expertise na área de conhecimento objeto da controvérsia.

Bolzan e Spengler, citando estudo elaborado por William E. Simkim, elencaram as dezesseis características que seriam fundamentais ao perfil do conciliador, as quais, em suma, correspondem a: 1) paciência de Jó; 2) sinceridade e as características de um bulldog inglês; 3) presença de espírito de um irlandês; 4) resistência física de um maratonista; 5) habilidade de um half-back de esquivar-se ao avançar no campo; 6) astúcia de Maquiavel; 7) habilidade de um bom psiquiatra de sondar a personalidade dos outros; 8) capacidade de manter confidências como um mudo; 9) o couro de um rinoceronte; 10) a sabedoria do Rei Salomão; 11) comprovada integridade e imparcialidade; 12) o conhecimento básico e crença pessoal no processo de negociação; 13) firme crença no voluntarismo em contraste com o ditadorismo; 14) crença fundamental nos valores humanos e potencial, temperado pela habilidade para avaliar fraquezas e firmezas pessoais; 15) docilidade tanto quanto vigor; e 16)

¹⁹ Tratamos desse tema no artigo: "A discricionariedade administrativa e suas modalidades no Estado Regulador", in Teoria do Estado Regulador - organizador Sérgio Guerra - Juruá. Lisboa. 2015.

o desenvolvido olfato para analisar o que é disponível em contraste com o que possa ser desejável, suficiente capacidade de conduzir-se e ego pessoal qualificado pela humildade.²⁰

No mais, não sendo possível alcançar o consenso entre os interessados em torno de uma possível solução, o conflito de interesses entre os agentes regulados poderá ser submetido a um procedimento de arbitragem por meio de requerimento dirigido ao dirigente máximo da agência reguladora.

Com efeito, faz-se mister esclarecer que o procedimento previsto nesta proposta de lei sobre processo administrativo das agências reguladoras denominado de procedimento de arbitragem não se confunde com a arbitragem instituída pela Lei nº 9.307, editada em 23 de setembro de 1996. Isto porque, o procedimento de arbitragem proposto neste estudo é um meio de tomada de decisão pela agência com base na participação ativa dos interessados, e não verdadeira arbitragem.

Ademais, de acordo com o preceituado pela Lei nº 9.307/96, é lícito às partes decidir se a arbitragem será de direito ou equidade, escolhendo livremente as regras de direito que serão aplicadas no processo, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Em um juízo de equidade o árbitro busca uma solução justa para o caso sem estar propriamente balizado pela legislação aplicável.

No procedimento de arbitragem previsto em nossa proposta de lei de processo administrativo para as agências reguladoras, a comissão de arbitragem deverá seguir a normatização aplicável ao setor regulado específico, observando sempre os princípios da Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O procedimento de arbitragem será realizado por uma comissão especialmente designada, mediante nomeação pela Diretoria Colegiada, a qual será formada por servidores efetivos, que deverão possuir conhecimentos comprovados em relação ao tema da questão controvertida. O referido procedimento de arbitragem, conforme previsto neste estudo, consiste em um processo de tomada de decisão por meio de um colegiado no qual os interessados terão a oportunidade de participar da

20 MORAIS, José Luiz Balzan de; SPENGLES, Fabiana Marion; *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p.163.

construção da solução da controvérsia por meio da apresentação de documentos, estudos técnicos, arrazoados jurídicos, etc., na forma que vier a ser estabelecida em regulamento próprio.

Nos termos contidos em nossa proposição normativa, a comissão de arbitragem proferirá decisão por unanimidade ou maioria, motivada no voto condutor, com efeito vinculante, da qual serão intimados todos os interessados, sendo seu extrato publicado no Diário Oficial da União, restando assim assegurada a transparência e publicidade das decisões da comissão.

De acordo com o texto proposto para o anteprojeto de lei, as decisões da comissão de arbitragem poderão ser atacadas por recurso administrativo dirigido à Diretoria Colegiada da agência, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação da decisão aos interessados, a qual decidirá de forma definitiva na esfera administrativa.

Com o estabelecimento do prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso administrativo da decisão da comissão de arbitragem objetivou-se a uniformização com os prazos previstos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.²¹

De igual modo, propomos que os mediadores e membros da comissão de arbitragem sujeitem-se às normas que preveem hipóteses de impedimento e suspeição nos termos postos na Lei nº 9.784/99. De acordo com o referido diploma legal, fica impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; e III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. Além disso, poderá ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

²¹ Lei nº 9.784/99: “art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida”.

Como corolário da conciliação ou da mediação do conflito, o Termo de Acordo firmado pelos interessados possuirá natureza jurídica e eficácia de título executivo extrajudicial. Caso o Termo de Acordo seja homologado em juízo, terá o referido documento eficácia de título executivo judicial.

Os Termos de Acordo poderiam, em tese, ser enquadrados como títulos executivos extrajudiciais nos termos do inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil vigente, na redação dada pela Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, desde que considerados como típico “instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”. Entretanto, objetivou-se afastar quaisquer dúvidas de exegese em relação à eficácia executiva dos Termos de Acordo.

Com efeito, optamos por atribuir ao Termo de Acordo firmado pelos interessados força executiva por expressa disposição de lei, com eficácia de título executivo extrajudicial, seguindo a fórmula genérica prevista no inciso VII do artigo 585 do CPC vigente, para reforçar e tornar incontestes sua vinculação e irretratabilidade em relação aos interessados.

Por fim, possuirá o termo de acordo homologado judicialmente eficácia de título executivo judicial, nos termos dos incisos III e IV do artigo 475-N do atual CPC, incluídos pela Lei no 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que atribuem tal qualidade à sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo, e ao acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente.²²

Por fim, o texto proposto prevê expressamente a aplicação subsidiária ao procedimento de mediação em tela das disposições da Lei nº 13.140/ 2015, seguindo a linha daquele

²² Meramente a título de informação, fazemos menção às disposições legais que deverão regular a matéria, contidas na recém-editada Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, as quais possuem o seguinte teor:

“Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
(...)

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

§ 2o A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.
(...)

(...)

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

diploma legal, cujo art. 42 possui o seguinte teor: “aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências”.

Referências

- BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GOMMA DE AZEVEDO, André: **Perspectivas Deontológicas do Exercício Profissional da Magistratura**; Conferência proferida no “4º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 3 a 5 de março de 2004, no auditório do Conselho da Justiça Federal, em Brasília-DF. Publicado no DJU de 26 de maio de 2009.
- LLOVET, Tomàs Font y. **Desarrollo reciente de lós instrumentos de la administración consensual em España. Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Diogo Figueiredo Moreira Neto (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAIS, José Luiz Balzan de; SPENGLES, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição**. 2 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p.133, nota de rodapé.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. **Mutações do Direito Administrativo**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ROMANO, Santi. **L`ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1945. Manual de Procedimento da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em: 20 dez. 2014.
- Referencial de Gestão das Câmaras Locais de Conciliação da CCAF. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em: 20 dez. 2014.

USA - Executive Order 13563 - Improving Regulation and Regulatory Review; Federal Register / Vol. 76, Nº 14 / Friday, January 21, 2011 / Presidential Documents; Disponível em: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/eo12866/eo13563_01182011.pdf. Acesso em: 20 dez. 2014.

VOLOTÃO, Romilson de Almeida. **A discricionariedade administrativa e suas modalidades no Estado Regulador**. In: Teoria do Estado Regulador - organizador Sérgio Guerra - Lisboa: Juruá, 2015.

Capítulo 6

Mecanismos de governança da interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública no processo administrativo regulatório

Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves

1. Introdução

O presente capítulo tem o objetivo de descrever e apresentar uma compreensão dos problemas relativos à interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da administração pública, bem como oferecer alternativas para o tratamento de tais questões no contexto de uma proposta do anteprojeto de lei para regulamentar o processo administrativo nas agências reguladoras federais no Brasil.

Tal objetivo é relevante porque não há no Brasil, até o presente momento, um diploma normativo uniforme a normatizar como deve ser realizada a cooperação entre as agências reguladoras federais e os diversos entes e órgãos que compõem a estrutura da administração pública brasileira. Além disso, como amplamente reconhecido na doutrina e em diagnósticos recentes, a cooperação é uma necessidade num Estado regulador orientado, entre outros fins, pelos deveres constitucionais da segurança jurídica e eficiência.

Neste sentido, como será objeto de explanação, a proposta que ora se faz é a de se estabelecer a cooperação permanente entre as agências reguladoras federais e outros entes e órgãos da Administração Pública no âmbito dos processos administrativos regulatórios, mediante a utilização

de convênios, acordos de cooperação, e ajustes congêneres, vistos estes como mecanismos de governança para: (i) auxiliar na delimitação das fronteiras e preservação das competências das agências, mediante o alinhamento de ações, coordenação e/ou diálogos institucionais com outros entes ou órgãos da administração pública federal; (ii) racionalizar as atividades das agências reguladoras; (iii) promover a transparência e simplificação das atividades e decisões das agências reguladoras; (iv) promover a segurança jurídica dos participantes dos processos regulatórios; (v) descentralizar as ações das agências reguladoras federais através de agências reguladoras estaduais, municipais e do Distrito Federal; (vi) fomentar a construção do Estado regulador brasileiro e da cultura da regulação, mediante ações interfederativas; e (vii) contribuir para o fortalecimento e a melhora regulatória de serviços públicos e atividades reguladas de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante a troca de experiências e melhores práticas.

Para a consecução dos seus objetivos, texto está dividido em cinco seções.

A primeira seção é a introdutória.

A segunda seção, intitulada “Aportes teóricos para a disciplina da cooperação interadministrativa no processo administrativo regulatório”, é dedicada a detalhar o marco teórico deste trabalho, fornecendo uma nova perspectiva para a discussão do problema no Brasil. Pretende-se, a partir do reconhecimento doutrinário, utilizar Economia dos Custos de Transação para a resolução de problemas da burocracia pública relacionados à cooperação interadministrativa no âmbito do processo regulatório.

Neste sentido, a utilização de convênios, acordos de cooperação, e ajustes congêneres, vistos estes como mecanismos de governança das interações permanentes entre as agências reguladoras federais e outros entes e órgãos da Administração Pública, é capaz de tornar a atuação administrativa mais eficiente mediante a redução dos custos de transação entre tais entidades e órgãos, ao mesmo tempo em que promove a segurança jurídica para os demais participantes do processo de regulação, ao reduzir a incerteza decorrente de ações descoordenadas.

A terceira e a quarta seções, intituladas “Mecanismos de governança da interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública” e “A cooperação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública em contextos específicos” são destinadas a apresentar, a partir do referencial teórico e diagnósticos existentes, a proposta de regulamentação da interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública, contida no anteprojeto de lei do processo administrativo nas agências reguladoras federais no Brasil.

A quinta seção apresentará as considerações finais.

2. Aportes teóricos para a disciplina da cooperação interadministrativa no processo regulatório brasileiro

Esta seção é dividida em duas subseções. Na primeira será apresentada a abordagem da doutrina no tocante à necessidade da cooperação entre agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública. Na segunda, serão expostos os aportes teóricos da análise econômica do direito, os quais, conforme se verá, indicam uma justificativa doutrinária para a utilização de convênios, termos de cooperação e ajustes congêneres como meios propícios para regular a interação cooperativa entre agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública.

2.1. A cooperação interadministrativa no Estado regulador contemporâneo

A função reguladora é exercida mediante capacidades técnicas específicas para o setor regulado, com alta especialização e com demandas por coordenação entre os órgãos incumbidos de desenvolver o controle regulatório. No entender da doutrina do direito reflexivo¹, de Gunter Teubner, a uma dada ação de um agente do sistema não corresponde necessariamente uma resposta certa e determinada do entorno.

¹ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Sérgio Guerra é um dos autores que trata do tema do direito reflexivo no Brasil.

As ações são contingenciadas, por isso, Alexandre Aragão² afirma que se impõe a necessidade de coordenação.

André-Jean Arnaud e Maria José Farinas Dulce, citados por Aragão³, observam que “não seria de todo realista levar em consideração, hoje, a racionalidade universalista, simplista”, como, por exemplo, ocorre no modelo da administração hierarquizada, piramidal. Neste sentido, a racionalidade simplista, à qual também se refere Beck⁴, não seria apropriada, eis que o jurista depara-se cotidianamente com um plexo de normas e de atores criadores de múltiplas racionalidades, o que, de fato, exige do sistema jurídico o poder de imaginar uma ordenação da pluralidade sem reduzi-la à unidade⁵.

Marques Neto⁶ observa que existe uma dificuldade de articulação entre políticas públicas e políticas regulatórias, ou seja, há uma tensão existente entre entes reguladores e governo no desempenho de suas responsabilidades atribuídas em lei. O autor comenta que há uma diferença entre o *timing* político do governo que comanda a Administração Pública central e a atividade das agências reguladoras independentes. Estas, no desempenho da política regulatória, podem, todavia, ser “instrumento de ponderação e de redimensionamento no tempo dos objetivos contidos numa *política governamental*”.

No mesmo sentido, Guerra⁷ trata da dicotomia entre escolhas regulatórias e escolhas políticas, isto é, a tensão entre “escolhas executivas, quando permeadas por questões políticas, (...) e a implantação do modelo de regulação descentralizada e independente”. Guerra afirma que há entendimento de separação entre administração e governo, mas sem rigidez. Existe, segundo o autor, “um emaranhado que permite evitar, de um lado, um governo puramente político e, de outro, uma

2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 105-107.

3 *Ibid.*, p. 106.

4 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010

5 ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, op. cit., p. 106.

6 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 92-95.

7 GUERRA, *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, op. cit., p. 213-218.

Administração tecnocrática”⁸.

A dificuldade de articulação entre as diversas instituições do Estado Democrático de Direito e as agências reguladoras é tratada por Pereira Neto *et al.*⁹, ao abordarem o tema da independência destas agências reguladoras sob uma perspectiva dinâmica. Segundo os autores, os órgãos reguladores devem ser compreendidos como “um dos polos de atuação dentro de um ambiente mais complexo, no qual o espaço regulatório é moldado pela interação entre os diversos atores institucionais e *stakeholders*”¹⁰.

Ainda segundo Pereira Neto *et al.*, não basta o estudo da autonomia das agências reguladoras em abstrato, é necessária uma abordagem da qualidade da autonomia, o que se deve fazer a partir da exigência da “compreensão da interação entre agências e demais instituições do Estado Democrático de Direito”¹¹.

Apesar do interesse de Pereira Neto *et al.* ser direcionado especialmente às relações entre as agências reguladoras e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o diálogo institucional abordado pelos autores revela-se como meio dinâmico de delimitação dos espaços de competência das agências reguladoras, aspecto este que coincide com o objeto do presente artigo, que é o de estabelecer, a partir dos problemas reais diagnosticados, mecanismos para a promoção da cooperação (isto é, diálogo) entre agências reguladoras federais e outros entes e órgãos da Administração Pública, no âmbito do processo administrativo regulatório.

Um dos meios apontados por Aragão para a cooperação no ambiente das agências reguladoras é a “celebração de convênios entre os diversos entes reguladores para tratar com harmonia os casos atinentes a mais de uma esfera regulatória”¹². E, conforme se verá adiante, além de uma justificação jurídica

8 Ibid, p. 218.

9 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das Agências Reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização. In. Direito da regulação e políticas públicas (Carlo Ari Sundfeld e André Rosilho – Orgs.) São Paulo: Malheiros, 2014.

10 Ibid, p. 150.

11 Ibid, p. 150.

12 ARAGÃO, Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico, op. cit., p. 106. Aragão cita o exemplo de convênios firmados entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Economia e a maior parte das agências reguladoras.

para a demanda por coordenação através de convênios, há uma explicação econômica para a escolha destes mecanismos para esta finalidade.

2.2. Economia dos Custos de Transação como instrumento teórico para a promoção da cooperação interadministrativa no processo regulatório

Durante trinta anos após a segunda guerra mundial, o foco das pesquisas econômicas foi dirigido à economia neoclássica, com o desenvolvimento e aplicação de técnicas econométricas para medir parâmetros empiricamente, testar hipóteses relativas a modelos microeconômicos de demanda de consumo, produção de firmas, e funções de custo, por exemplo¹³. Todavia, esta linha de compreensão da economia possui falhas, podendo ser citada, entre elas, o fato de adotar um viés não institucional para a compreensão do fenômeno econômico¹⁴.

Tais limitações da economia neoclássica são amplamente reconhecidas atualmente, havendo um crescente número de pesquisas abordando estas falhas em diferentes caminhos, sendo um deles o da Nova Economia Institucional (NEI)¹⁵. Uma das opiniões compartilhadas pelos fundadores da *International Society for New Institutional Economics* é a de que a pesquisa interdisciplinar pode contribuir para a compreensão do papel das instituições e como elas afetam a performance e o comportamento econômicos¹⁶.

Quando se menciona “instituições”, Williamson utiliza um quadro analítico que é útil para delimitar o campo de interesse das pesquisas da NEI. O quadro de análise de Williamson, conforme relata Joskow¹⁷, é dividido em quatro níveis:

- i) o primeiro, mais amplo, refere-se a instituições informais (*social or cultural foundations*), que são mais enraizadas, e abrangem costumes, tradições, normas

13 JOSKOW, Paul L. Introduction to a new institutional economics: a report card. In *New institutional economics: a guidebook*, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008, p. 1.

14 *Ibid*, p. 2, tradução livre.

15 *Ibid*, p. 3, tradução livre.

16 *Ibid*, p. 5.

17 *Ibid*, p. 7-8.

sociais e éticas, religião e aspectos da linguagem e cognitivos;

ii) o segundo nível é o ambiente institucional básico (*basic institutional environment*), corresponde às instituições formais, e abrange constituição, sistema político, direitos humanos, direitos de propriedade e sua alocação, leis, tribunais, poder de tributar, etc.;

iii) o terceiro nível corresponde ao nível de governança (*institutions of governance*), e nele se incluem estruturas contratuais, formas de organização econômica, etc. As escolhas realizadas no terceiro nível são limitadas pelas condições do nível das instituições básicas, e são mais dinâmicas que estas;

iv) por fim, o quarto nível refere-se à alocação de recursos em curto prazo (*short-term resource allocation*), aproximando-se do modelo de economia neoclássica, e corresponde às operações econômicas e decisões cotidianas definidas nos três níveis anteriores.

O interesse de pesquisa da NEI dirige-se aos níveis 2 e 3, ou seja, ao ambiente institucional básico e à governança¹⁸, os quais, como visto, influenciam as decisões de alocação de recursos a curto prazo, tomadas no quarto nível. No nível de governança, destaca-se uma das linhas de pesquisa da NEI, a Economia dos Custos de Transação (ECT).

A Economia dos Custos de Transação surgiu inicialmente a partir do interesse pela organização da atividade econômica em firmas, mas sua aplicabilidade ampliou-se aos mais diversos assuntos como finanças, marketing, estratégia de negócios, etc. Uma das aplicações da Economia dos Custos de Transação relaciona-se à organização de agências reguladoras¹⁹.

No trabalho publicado em 1999, Williamson²⁰ abordou a aplicação da Economia dos Custos de Transação à organização da burocracia pública. Williamson defende que, apesar das diferenças existentes entre a política e o setor privado, “sempre

¹⁸ Ibid, p. 8.

¹⁹ WILLIAMSON, Oliver. The mechanisms of governance. Oxford University Press, 1996, p. 51.

²⁰ WILLIAMSON, Oliver. Public and private bureaucracies: a transaction-cost economics perspective, JLEO, V15 N1, 1999.

e em qualquer lugar, a Economia dos Custos de Transação compara modos de organização possíveis com referência a um critério de economia”²¹.

Em termos de governança, a Economia dos Custos de Transação elege a transação como a unidade básica de análise, sendo as relações internamente mantidas em hierarquias formas alternativas às relações ocorridas em ambientes descentralizados. Neste sentido, as burocracias verticalizadas e altamente intervencionistas, como na Administração do tipo piramidal, seriam alternativas à Administração em rede, setorizada e descentralizada, como a do Estado regulador contemporâneo²².

Este ambiente setorizado e em rede, todavia, há que ser pautado, segundo os critérios da Economia dos Custos de Transação, por modos de governança alternativos à imposição hierárquica existente num Estado centralizado. Isto decorre do fato de que, se no Estado centralizado a Administração piramidal permite a eliminação de “custos de transação” na burocracia pública mediante a ordem do superior hierárquico (*fiat*), num Estado regulador, com suas agências independentes, já não se torna possível a solução por meio de tal recurso, sob pena de ferir-se o pressuposto teórico fundamental do modelo em tela que é o da descentralização como forma de se atingir uma atuação mais efetiva e eficiente do Estado em matéria de intervenção no domínio econômico.

Deste modo, o diálogo entre as agências e outros entes e órgãos integrantes da administração pública são pautados previamente no ambiente institucional básico (nível 2 – leis, regras do jogo, poder judiciário), mediante a definição clara de competências administrativas. Por outro lado, a alocação de recursos em curto prazo, ou seja, as decisões cotidianas de tais entes e órgãos administrativos (nível 4), há que ser mediada por mecanismos de governança da burocracia pública (nível 3 – formas contratuais, formas de organização), que permitam a cooperação interadministrativa entre os diversos entes e órgãos públicos, inclusive as agências, isto é, que permitam à

21 *Ibid*, p. 311.

22 MATTOS (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.) descreve o Estado regulador contemporâneo brasileiro, apontando o desenho institucional e os processos decisórios como os pontos nos quais se verificam as diferenças entre este modelo de Estado e o anterior, instituído na década de 1930.

Administração Pública organizada em rede o diálogo intersetorial de modo mais eficiente, com menores custos de transação.

Conforme será objeto de análise na próxima seção deste artigo, os convênios, acordos de cooperação e ajustes administrativos congêneres são mecanismos de governança úteis à economia dos custos de transação na burocracia estatal no contexto de uma administração descentralizada, como é o caso do Estado regulador.

Ao promover a coordenação interadministrativa, os convênios, acordos de cooperação e ajustes administrativos congêneres tornam a atuação da administração pública mais eficiente do ponto de vista interno, e, via de consequência, menos incerta a percepção que os agentes econômicos têm do ambiente institucional básico e da atuação da administração pública no exercício da função reguladora, impactando positivamente na redução dos custos de transação existentes do ponto de vista externo, conforme observou Sampaio²³ ao analisar a interação entre regulação e defesa da concorrência:

Por outro lado, deve-se buscar a inclusão de mecanismos facilitadores da interação dessas entidades [concorrenciais] com as agências reguladoras, bem como a tutela dos interesses dos administrados que atuam em setores regulados, pois esses têm seus custos acrescidos em decorrência da necessidade de se relacionarem com duas autoridades distintas, que podem, por vezes, quando as políticas regulatória e concorrencial não estão alinhadas, emitir sinais contraditórios ao mercado. Nesse sentido, maior e mais rápida interação entre autoridades reguladoras e concorrenciais, e a efetiva instrução dos processos nesses casos, com a designação de servidores para implementar e desburocratizar esse processo, podem ser de grande valia.

3. Mecanismos de governança da interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da administração pública

A necessidade de coordenação entre agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública insere-se no contexto de reforma regulatória que visa ao aperfeiçoamento do Estado regulador brasileiro. Tal objetivo

23 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência - a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-340.

remonta ao grupo de trabalho interministerial instituído em 2003, do qual se originaram ações governamentais com o escopo de “aprimorar o modelo institucional para a regulação econômica no Brasil”²⁴.

Uma das ações governamentais foi a proposta do Projeto de Lei nº 3.337/2004 ao Congresso Nacional, o qual tinha o objetivo de alterar as leis de regência de cada uma das agências reguladoras, mediante a instituição de uma lei geral, “estendendo as melhores práticas adotadas em algumas agências e incorporando ao modelo novas práticas inspiradas na experiência e no debate internacional sobre o papel das agências, os instrumentos de supervisão, a responsabilização das agências perante o poder público e a sociedade, e a qualidade da regulação”²⁵.

Entre as alterações propostas estavam a instituição da interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, bem como da interação entre as agências reguladoras e os órgãos reguladores estaduais, municipais e do Distrito Federal²⁶. Para o fim de promover a interação mencionada, foram previstas no Projeto de Lei nº 3.337/2004 seções específicas disciplinando a formalização de convênios e acordos de cooperação técnica entre as agências reguladoras e órgãos e entes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e com órgãos reguladores estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Em 2014, a Confederação Nacional da Indústria publicou uma pesquisa no âmbito de atuação programática com a finalidade de contribuir para o processo de reforma regulatória no Brasil²⁷. Na publicação, a Confederação Nacional da Indústria apresenta o Índice de Qualidade Regulatória (IQR), o qual “serve como base para recomendações concretas a respeito dos desafios e lacunas nesse setor e como eles podem

24 BRASIL, ENAP; PROREG. Desafios da regulação no Brasil. Organizadores: Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montagner. Brasília: ENAP, 2006, p. 108.

25 Ibid, p.108.

26 Ibid, p. 108.

27 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Qualidade regulatória: como o Brasil pode fazer melhor. Brasília: CNI, 2014.

ser encaminhados no futuro”²⁸.

Um dos pontos abordados na publicação, que compõe o quadro do IQR, é a coordenação durante o processo regulatório. Segundo a Confederação Nacional da Indústria²⁹, a

[...] coordenação é reconhecida como uma importante ferramenta para assegurar a execução dos programas de governo e planos através da comunicação constante e realização de reuniões entre as diversas instituições envolvidas [...]. Na elaboração de normas regulatórias, como resoluções preparadas por agências reguladoras, é possível haver interações com outras instituições, e existem maneiras formais para garantir esse processo.

O diagnóstico da CNI aponta que “Enquanto algumas instituições indicam a existência de um acordo explícito para assegurar a coordenação, outros reconhecem que a coordenação é deixada a critério dos servidores ou de mecanismos já existentes”³⁰. Tal conclusão aponta que não há uma uniformidade no tratamento das questões relativas à interação entre agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública, razão pela qual, provavelmente, “as associações empresariais participantes do processo de validação também indicaram a necessidade de melhorar a coordenação para garantir que as decisões regulatórias sejam claras, consistentes e adequadamente baseadas em evidências”³¹.

Entre os instrumentos formais existentes no direito administrativo e que podem ser utilizados como mecanismos de governança para as interações interadministrativas, promovendo-se a cooperação entre as agências reguladoras federais e outros entes e órgãos da Administração Pública no processo regulatório mediante a economia de custos de transação, estão os convênios, termos de cooperação técnica e ajustes congêneres.

Tais instrumentos são previstos no ordenamento jurídico desde 1967, no decreto-lei 200/67, que dispõe sobre a

28 Ibid, p. 17.

29 Ibid, p. 54

30 Ibid, p. 55

31 Ibid, p. 55

organização da Administração Federal e dá outras providências. O art. 8º, por exemplo, dispõe que as “atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação”. O art. 10 dispõe que a “execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, sendo que o §1º, b, do referido dispositivo determina que a descentralização será realizada mediante convênio da Administração Federal para a das unidades federadas, desde que devidamente aparelhadas.

A Constituição Federal e a Lei n. 8.666/1993 também tratam do assunto, colocando o convênio como mecanismo de governança de relações envolvendo entes públicos com interesses institucionalmente alinhados no nível legislativo. Nesse sentido, segundo Miragem, a “transformação do perfil da Administração Pública brasileira impôs o estabelecimento de novos paradigmas, partindo-se a noção de coordenação gerencial num âmbito de cooperação (interno) e em outro de colaboração (externo)”³².

Segundo o autor, a “identificação dos convênios (...) como instrumentos de cooperação entre órgãos e entidades públicas, assim como entes federados em geral, desde logo pontua sua finalidade de descentralização da atividade administrativa, por intermédio da coordenação de ações de diversos envolvidos”³³.

Miragem³⁴ trata da natureza do compromisso entre os partícipes em convênios. Após a distinção apresentada por Hely Lopes Meirelles entre convênio e contrato, para quem o primeiro instrumento faculta aos partícipes o livre ingresso ou saída, o autor conclui que há hipóteses nas quais se preveem rescisão por inadimplemento, podendo gerar, nestes casos, sanções por perdas e danos. Por conseguinte, a formalização de convênios poderia, em certas hipóteses, obrigar os partícipes ao cumprimento do que foi ajustado, o que, de certa forma, é um reforço à importância desta espécie de acordo interadministrativo como um mecanismo de governança de

32 MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 129.

33 Ibid, p. 130.

34 Ibid, p. 134.

relações envolvendo as agências reguladoras.

Como se observa, a formalização de convênios, acordos de cooperação e ajustes congêneres possibilitam a vinculação entre as agências reguladoras federais e outros órgãos e entes da Administração Pública, mediante a realização de compromissos recíprocos baseados em prévia disposição legal. Tais compromissos podem ser objeto de regulação específica em cada mecanismo de governança firmado (convênio, acordo de cooperação técnica), mediando a atuação e os interesses de curto prazo dos partícipes ao nível institucional básico, relativo aos objetivos de longo prazo fixados nos ordenamentos jurídicos.

Dessa forma, na linha do pensamento da Economia dos Custos de Transação, os convênios, acordos de cooperação técnica e ajustes congêneres têm a aptidão para economizar os custos existentes no relacionamento pontual entre autonomias integrantes da burocracia descentralizada característica do Estado regulador contemporâneo, propiciando que a cooperação ocorra de modo permanente, sistemático e duradouro.

Há, todavia, um ponto que merece reflexão: em caso de conflitos de interesses entre os partícipes, a quem cabe o arbitramento? Esta questão é relevante porque propõe uma reflexão sobre a definição clara dos limites do objeto a ser conveniado, fixados, segundo o quadro de análise proposto por Williamson³⁵, no nível 2.

Sampaio³⁶ trata da hipótese apontando quatro alternativas como respostas.

A primeira remete à Advocacia Geral da União como detentora da competência para a solução da disputa, citando o caso CADE-BACEN, que deu origem a um parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República com força vinculante. Sampaio aponta a polêmica que se seguiu ao referido parecer, rejeitando a alternativa por considerar que tal solução violaria a independência das agências reguladoras³⁷.

A segunda alternativa aponta a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal como árbitro de eventuais

35 WILLIAMSON apud JOSKOW, Paul L. Introduction to a new institutional economics: a report card, op. cit., p. 7-8.

36 SAMPAIO, Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura, op. cit., p. 373-387.

37 Ibid, p. 373-376

conflitos de interesses entre agências reguladoras independentes e outros entes e órgãos da Administração Pública. A alternativa é rejeitada pelas mesmas razões da anterior, considerando que a CCAF é parte integrante da Advocacia Geral da União, não havendo óbice no tocante à promoção da conciliação³⁸.

A terceira alternativa remete à utilização de convênios como mecanismo para solucionar casos de conflitos de competência. Sampaio, apesar de considerar tais instrumentos “úteis para fins de racionalizar trâmites no âmbito da Administração Pública e incentivar o fluxo de informações relevantes, a fim de que cada órgão ou ente possa melhor desempenhar as funções que leis já lhe atribuíram”, rejeita a opção, pois considera que falta aos partícipes competência administrativa para este tipo de decisão³⁹.

Por fim, segundo a autora, se o “ordenamento jurídico apresentar lacunas, omissões ou redação dúbia, caberá tão somente ao Poder Judiciário elucidar a dúvida”⁴⁰ ou, como é óbvio, ao próprio Poder Legislativo.

Neste sentido, não se discorda de Sampaio. Acredita-se que a formalização de convênios é um mecanismo de governança útil para “fins de racionalizar trâmites no âmbito da Administração Pública e incentivar o fluxo de informações relevantes”, que propicia a economia dos custos de transação entre os partícipes e fomenta a cooperação permanente para o desempenho das atividades cometidas mediante lei formal.

Portanto, a correta utilização dos convênios e ajustes congêneres como mecanismos de governança da interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da administração pública pressupõe a clara definição de competências administrativas fixadas no ambiente institucional básico, pelo poder legislativo ou pelo poder judiciário na omissão daquele.

4. A cooperação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da Administração Pública em contextos específicos

38 Ibid, p. 378-380.

39 Ibid, p. 383.

40 Ibid, p. 383.

Além da ideia de cooperação mais abrangente, existem pontos específicos de interações entre agências reguladoras federais e órgãos e entes da Administração Pública que merecem disciplina especial. Como exemplos podem ser citadas as interações entre regulação e defesa da concorrência, regulação e defesa do consumidor, regulação e meio ambiente, e a cooperação entre a regulação em nível federal, estadual e municipal.

4.1. A cooperação entre as agências reguladoras e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Em relação à interação entre as agências reguladoras federais e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, esta pode ocorrer tanto (i) nas atuações preventiva e repressiva do SBDC, nas quais as agências devem cooperar para facilitar o exercício das competências do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e da Superintendência-Geral, especialmente nos procedimentos administrativos previstos no art. 48, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, como na (ii) advocacia da concorrência, na qual o SBDC, por meio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, coopera com as agências mediante a emissão de parecer prévio sobre minutas de normas e editais de licitação em processos de desestatização antes da sua disponibilização para consulta pública, a fim de colher manifestação acerca dos seus potenciais impactos nas condições de concorrência nos mercados.

É oportuno destacar que a proposta do anteprojeto de lei inova em relação aos pareceres prévios sobre minutas de editais de licitação em processos de desestatização, realizados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, eis que somente existe no ordenamento vigente previsão legal genérica sobre a competência desta para opinar sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência⁴¹.

A previsão legal expressa da cooperação entre as

⁴¹ Lei nº 12.529/2011, art. 19, II

agências reguladoras e o SBDC, por meio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, na modelagem das licitações, com a análise prévia de minutas de editais em processos de desestatização, é relevante porque o nível de competitividade da licitação tem relação direta com as exigências formuladas nos seus editais. Sampaio⁴² vê que a medida é positiva, merecendo reparo a omissão legislativa atual. A autora destaca que “setores de infraestrutura poderão beneficiar-se, em muito, de processos institucionalizados de advocacia da concorrência junto aos setores regulados.”

Assim, a cooperação eficiente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico nestes procedimentos, mediante ajustes prévios firmados entre esta e as agências reguladoras, possibilita a maximização da “concorrência entre os participantes capazes de prestar o serviço adequadamente, evitando estruturas de licitação que deixem espaço para a ocorrência de situações inibidoras da competição, como conluio, captura ou corrupção, e barreiras de entrada desnecessárias”⁴³.

4.2. A cooperação entre as agências reguladoras e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

A interação entre agências reguladoras e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor deve ter como objetivos (i) promover a eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário dos serviços regulados, quando for o caso, observado o disposto na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 e na legislação específica que organizar o setor regulado, (ii) promover a atuação coordenada no tocante à fiscalização de infrações no âmbito das relações de consumo, nos termos da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 e da legislação específica que organizar o setor regulado, (iii) obter diagnósticos precisos acerca das demandas de consumo e criar uma estrutura institucional para a elaboração de políticas públicas de promoção e defesa dos direitos do consumidor; e, por fim, (iv) promover a participação da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor em consultas

42 SAMPAIO, Regulação e concorrência - a atuação do CADE em setores de infraestrutura, op. cit., p. 364.

43 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

e audiências públicas realizadas em processos normativos ou decisórios que potencialmente afetem direitos e interesses dos consumidores ou usuários dos serviços regulados.

Os objetivos descritos, e que foram incluídos na proposta de anteprojeto de lei, podem ser justificados a partir dos resultados de pesquisa realizada em parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento e a Fundação Getulio Vargas⁴⁴.

Segundo o relatório apresentado como resultado da pesquisa mencionada, há, entre os 20 maiores setores objeto de reclamação por consumidores, diversos serviços objeto de regulação setorial. Tais reclamações, caso não recebam o tratamento adequado, podem resultar em judicialização desnecessária⁴⁵.

Portanto, “pensar em instrumentos de comunicação entre consumidores, empresas, agências e Judiciário é imprescindível para a) garantir os direitos do consumidor; b) reduzir conflitos e c) conseqüentemente, demandas no Judiciário”⁴⁶. Neste sentido, uma atuação coordenada entre as agências reguladoras e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com os objetivos acima descritos, pode influenciar não somente a eficiência interna da administração pública, mas a produção de efeitos positivos, inclusive no tocante à redução de demandas judiciais.

4.3. A cooperação entre as agências reguladoras e o Sistema Nacional do Meio Ambiente

No tocante à interação entre as agências reguladoras e o Sistema Nacional do Meio Ambiente, além da necessidade de estabelecer reciprocidade no processo normativo desenvolvido por ambos, deve-se promover a simplificação dos procedimentos de licenciamento ambiental em licitações que tenham como objetivo a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de

44 BRASIL, Ministério da Justiça; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; PNUD. Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais. Coordenadores: Fabiana Luci de Oliveira e Leandro Molhano Ribeiro. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

45 Ibid, p. 14.

46 Ibid, p. 14.

recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Tal finalidade possibilita maior segurança jurídica na realização de investimentos em infraestrutura, reduzindo custos públicos e privados envolvidos nos processos administrativos regulatórios.

4.4. A cooperação entre as agências reguladoras federais e os entes reguladores estaduais, do Distrito Federal e municipais

Seguindo a mesma linha de pensamento da cooperação mantida entre agências reguladoras federais e outros sistemas relacionados a políticas públicas específicas, por meio da cooperação entre as agências reguladoras e os entes de regulação estaduais, do Distrito Federal e municipais pode-se promover a redução dos custos de transação relacionados às atividades das agências reguladoras federais.

Por outro lado, com a atuação coordenada, é possível também fomentar a construção e o fortalecimento da atividade reguladora e da cultura da regulação, superando o mito do Estado regulador no país⁴⁷, mediante ações interfederativas. Contribui-se igualmente para a melhora regulatória dos serviços públicos e de atividades reguladas da União, estados, Distrito Federal e municípios, mediante a troca de experiências e melhores práticas.

5. Considerações finais

No presente capítulo foi apresentada a necessidade de coordenação na atuação do Estado regulador contemporâneo, caracterizado pela setorização e descentralização. Tal necessidade decorre tanto de formulações teóricas, como de diagnósticos empíricos obtidos mediante a realização de pesquisas no Brasil.

Uma forma de se realizar a coordenação na atuação do Estado regulador contemporâneo no Brasil é a utilização de convênios e ajustes congêneres como mecanismos de governança da interação entre as agências reguladoras e

47 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 38-41.

outros entes e órgãos da administração pública no processo administrativo regulatório. Tal proposta é assentada na Economia dos Custos de Transação, uma das linhas da análise econômica do direito, aplicável como suporte para a governança de organizações, inclusive públicas.

Por meio dos convênios e ajustes congêneres é possível, portanto, a redução de custos de transação internos à burocracia pública, relacionados à interação entre as agências reguladoras e outros entes e órgãos da administração, como também a promoção da segurança jurídica dos regulados, diante da redução da incerteza na atuação dos entes reguladores.

Referências

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

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL, ENAP; PROREG. **Desafios da regulação no Brasil**. Organizadores: Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montagner. Brasília: ENAP, 2006.

_____, Ministério da Justiça; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; PNUD. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**. Coordenadores: Fabiana Luci de Oliveira e Leandro Molhano Ribeiro. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Qualidade regulatória: como o Brasil pode fazer melhor**. Brasília: CNI, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. (capítulo II, 2.5).

JOSKOW, Paul L. Introduction to a new institutional economics: a report card. In. **New institutional economics: a guidebook**, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das Agências Reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização. In. **Direito da regulação e políticas públicas** (Carlo Ari Sundfeld e André Rosilho – Orgs.) São Paulo: Malheiros, 2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. Oxford University Press, 1996.

_____, Oliver. **Public and private bureaucracies: a transaction-cost economics perspective**, JLEO, V15 N1, 1999.

Capítulo 7

Participação, consensualidade, efetividade: no caminho da Administração Concertada

Maíra Ayres Torres

1. Das regras gerais de participação e da divulgação de informações

No que concerne ao capítulo de criação dos mecanismos de participação e de prestação de contas, instrumentos estes inseridos no contexto da tão propagada *accountability*, tem-se que o desenho institucional buscado pautou-se na premente preocupação de minimizar os riscos de um suposto *déficit* democrático¹, do qual as agências reguladoras encontrar-se-iam maculadas.

Em tal esteira, as proposições aqui expostas estão em sintonia com a doutrina que propugna pelo reconhecimento de que a legitimidade dos atos advindos de tais entidades pode emergir de um hígido procedimento que se desenvolva no bojo daquelas, razão pela qual não se cogitaria de qualquer vício

¹ A celeuma em torno da existência de um suposto déficit democrático, que acometeria as agências reguladoras é explicada por Marçal Justen Filho ao concluir que: "Em suma, um aspecto do déficit democrático essencial, que estará na essência das discussões pertinentes às agências reguladoras, residirá na pretensão de alterar as relações entre povo e Estado, modificando sem consulta ao cidadão o modelo consagrado na Constituição." JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"?* In: *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. (Coord.). ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 244.

Parcela da problemática aludida circunscreve-se aos limites de atuação das agências reguladoras, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Melo. Confira-se: "O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa (...)." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 176.

intrínseco à natureza das agências reguladoras². É dizer, a dita legitimidade pelo procedimento³ é que seria tida como o mote indelével das agências reguladoras do Novo Século.

Explica-se. Parte considerável da doutrina pátria⁴ ocupou-se, nos primórdios da configuração do modelo de agências reguladoras, de questão relacionada à legitimidade dos atos emanados daquelas, visto que as mesmas não continham, em sua composição estrutural, membros oriundos de um processo de eleição, sobre os quais repousasse a chancela popular, tal qual ocorre com os integrantes do Poder Legislativo e com a chefia do Poder Executivo.

Destarte, questionou-se, sobremaneira, se o grau de legitimidade da tomada de decisão advinda de tais atores seria ou não aceitável no bojo de um Estado Democrático de Direito. Em suma, o batismo popular, muito embora revista-se como um instituto de garantias e contornos desejáveis em sede de um ambiente democrático, restou, em alguma medida, mitigado pela necessidade de estruturação de entidades que primassem pela tecnicidade e acuidade no ambiente da

2 Parcela da problemática aludida circunscreve-se aos limites de atuação das agências reguladoras, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Melo. Confira-se: "O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa (...)." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 176.

3 Digno de ressaltar as lições de Gustavo Binbenjoni frente à temática referida da legitimidade pelo procedimento: "Tal situação - de déficit de legitimidade - se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político (...)" (...) No Brasil, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão, embora incipiente, nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências (...) Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos." BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 294-296.

4 Pode-se citar, a título de exemplificação, ainda que não exaustiva: GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade. São Paulo: Singular, 2006; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003; CRETELLA JR., José. Direito Administrativo Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Tomo 2, La Defensa del usuario y del Administrado. 9 edición, Buenos Aires, 2009.

regulação, dotadas de independência e autonomia⁵ para a tomada de decisões desvinculadas, em certo grau, do caráter político das decisões governamentais.

Oportuno anotar aqui, sem se aprofundar no tema, que esta crítica já restou superada pela doutrina, ressurgindo, vez ou outra, como parte de pura retórica de quem objetiva assumir a defesa de uma política autoritária de concentração de poder⁶, contrária à moderna configuração policêntrica dos Estados globalizados.

Preliminarmente, resta assentar alguns pontos que servem como fio condutor para as premissas ora adotadas, logrando-se a *ratio* de elaboração dos institutos e mecanismos a seguir vislumbrados. Com o fito de reduzir eventuais arguições de insulamento burocrático⁷ das agências reguladoras, em uma suposta seara de corpo técnico e pouco receptivo às demandas e pleitos sociais, as medidas aqui propostas conjugam, no mais das vezes, um propiciar de conciliação de uma estrutura dotada de membros com elevado grau de qualificação na área regulada

5 As características singulares das agências reguladoras residem na autonomia e independência conferida a tais entidades, de modo a incrementar a relação tripartite existente em sede de um determinado subsistema que seja objeto de regulação. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto preleciona que: "A independência das agências constitui praticamente um elemento de sua definição. A razão para tanto não nos parece muito complexa. Dissemos há pouco que o surgimento destes órgãos coincide com um novo estágio da regulação estatal marcado pela separação entre o prestador de serviço essencial e o ente encarregado de regulá-la. Em se tratando de serviços ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, teremos sempre uma relação tripartida. Há i) o produtor da utilidade pública; ii) o seu consumidor; e iii) o Poder Público. A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (...)." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 67-68.

6 Comentando um episódio em que, no início de seu governo, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva ameaçou deflagrar uma guerra contra as agências reguladoras, em virtude de discordância com uma decisão da ANATEL, propondo submetê-las a maior controle do Executivo, o jurista lusitano Vital Moreira pontificou: "As agências reguladoras independentes suscitam naturalmente problemas de "accountability" pública. Desde há muito que esse problema se deparou na pátria delas, os Estados Unidos. Mas o remédio para o déficit de legitimidade democrática e de prestação de contas das autoridades reguladoras independentes não é a sua governamentalização, sujeitando-as à superintendência ministerial, mas sim através de mecanismos de "democracia procedimental" (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e sobretudo através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares competentes". MOREIRA, Vital. *Agências Reguladoras Independentes em Xequê no Brasil*. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão Invisível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 229.

7 O risco do insulamento das agências reguladoras é objeto de análise por parte de Alexandre Santos de Aragão, ao dispor que o procedimento a ser empregado no âmbito das mesmas é que garantirá o abrandamento das desvantagens de uma eventual tecnocracia. Propõe o autor: "(...) nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar as suas posições perante a Administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, uma vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes." ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2013. p. 468.

pertinente à agência, aliado a um canal direto de comunicação com a sociedade civil, a fim de replicar na política regulatória os anseios da coletividade, bem como externar maior transparência em seu cotidiano de atuação.

Nesse sentido, os cânones, tão repisados na moderna doutrina administrativa que dizem respeito ao fomento de um ambiente marcado pela consensualidade⁸, democracia participativa⁹ e ampla divulgação da tomada de contas dos agentes públicos (*accountability*)¹⁰ merecem ser prestigiados nas relações entre atores intermédios e governamentais, demarcando-

8 Na esteira da tão aclamada Administração Pública Consensual, Jessé Torres Pereira Junior comenta essa tendência na direção de um Direito Administrativo de vanguarda: "O consenso é íntimo do princípio da participação administrativa. A participação por meio da consensualidade está relacionada à expansão da consciência social e ao anseio de influir nas decisões de poder, nas quais a sociedade se vê envolvida. A prática jurídica tem demonstrado que "inúmeros são os instrumentos de participação administrativa com vistas a legitimar as tomadas de decisão, a propiciar mais freios contra os abusos, a proporcionar a decisão mais sábia e prudente, a aprimorar a governabilidade e a desenvolver a responsabilidade nas pessoas, tornando as normas mais aceitáveis e facilmente cumpridas." PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: Direito Administrativo e Democracia Econômica. (Coords.). FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lirio do. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 297-298.

9 As novas tendências do Direito Administrativo têm como escopo a interação entre o Poder Público e a coletividade, afastando-se, na maior parte dos casos, a faceta autoritária do Estado, como bem ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "(...) a experiência brasileira, em particular, apresentada aqui resumidamente como estudo de caso, têm evoluído no sentido da realização da democracia substantiva, pela adoção de inúmeros instrumentos publicísticos de natureza consensual, em que a legitimidade da ação pública decorre imediatamente da participação, daí, a necessidade de lastrearem-se as reformas do Estado, que inelutavelmente se nos vão apresentando à frente, nesses novos valores." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 79.

10 A origem do tema remonta ao Direito Norte-americano e encontra certo empecilho quanto a uma tradução literal que contemple de forma mais ampla seu significado. Nesse sentido, José Antonio Gomes de Pinho e Ana Rita Silva Sacramento abordam a questão com propriedade, note-se: "Vinte anos se passaram desde que Ana Maria Campos expôs sua angústia sobre a ausência do conceito e, conseqüentemente, de uma palavra que, no dicionário da língua portuguesa, traduzisse com perfeição o significado de *accountability*¹. Na oportunidade, a estudiosa indicou que a possibilidade de tornar a administração pública brasileira *accountable* estava diretamente relacionada às chances das seguintes ocorrências, as quais, como podem ser verificadas, guardam certa interdependência e estão diretamente relacionadas à democracia: a) organização dos cidadãos para exercer o controle político do governo; b) descentralização e transparência do aparato governamental; e c) substituição de valores tradicionais por valores sociais emergentes (Campos, 1990:48). Aliás, a angústia de Campos é ainda mais antiga, pois, como ela mesma relata, se iniciou em 1975, período em que cursando o master of public administration, nos EUA, ouviu pela primeira vez a palavra *accountability*. Como se sabe, naquele período se vivia no Brasil o auge da ditadura, terreno infértil para brotar qualquer *accountability* e onde a primazia era a luta contra o estado autoritário. Quando a autora finalmente concluiu seu trabalho, em 1988, o qual geraria a publicação do famoso artigo no Brasil em 1990, o país desfrutava de ventos mais democráticos, uma vez que o regime militar já havia sido encerrado, mas muito longe ainda de qualquer prática efetiva de *accountability*, conforme demonstrou seu estudo. Observa-se, desde então, que o cenário político brasileiro mudou substancialmente: uma nova Constituição Federal foi elaborada, a democracia se consolidou e reformas no aparelho do Estado foram empreendidas com a promessa de tornar a administração pública mais eficiente e, inclusive, mais controlável. Paralelamente, no meio acadêmico, uma imensa literatura tem sido produzida no intuito de analisar e compreender os impactos de tais mudanças no tecido social, bem como suas contribuições para viabilizar pelo menos uma aproximação do conteúdo do conceito da *accountability* com a realidade da administração pública brasileira. Nesses estudos, a palavra *accountability* tem sido comumente traduzida como "responsabilização". PINHO, José Antonio Gomes de; CAMPOS, Ana Maria Rita Silva Sacramento. *Accountability: Can We Now Translate It into Portuguese?* Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600006> Acessado em: 06/12/2014.

se como traço distintivo no âmbito das agências reguladoras.

Desse modo, pensar a configuração das agências reguladoras olvidando-se tais pontos de partida é eivá-las do mais deletério vício que poderiam ostentar, ou seja, predestiná-las ao verdadeiro insucesso. Razão pela qual impende ressaltar que a fisiologia dos organismos aqui desenhada deu-se com a máxima preocupação de minar as referidas barreiras naturais a que a própria doutrina administrativa há muito já alertara.

Destaca-se, nesse ínterim, que o mandamento do *caput* do preliminar dispositivo deste capítulo do anteprojeto de lei (*“Com o objetivo de viabilizar a participação da sociedade nos processos administrativos, cada agência reguladora disponibilizará, por diversos meios, o conjunto de informações necessário.”*), ao asseverar que a participação e a manifestação dos interessados dar-se-á de forma ampla e revestida da gama de informações que se faça imprescindível para tanto, garantindo-se, em grau satisfatório, a prestação de contas de tais entidades, por meio do controle externo - exercido pelo crivo popular ou mesmo pelos órgãos de controle incumbidos de tal mister -, intenciona, primordialmente, o alcance de uma participação efetiva e não meramente formalista¹¹.

Nesse diapasão, a concepção de uma estrutura de agência que seja permeável ao controle externo pressupõe, *prima facie*, a modelagem de um arcabouço documentado de toda a atuação e do passo a passo da política regulatória pretendida. Não por outro motivo, o texto prossegue (*“Sem prejuízo de outros institutos que venham a ser adotados, considerar-se-á como de observância obrigatória a divulgação do seguinte conjunto de informações: I - agenda regulatória plurianual: a ser divulgada a cada quatro anos, conterà as diretrizes gerais da política regulatória da agência reguladora, tendo como base os planos plurianuais expedidos pelo governo federal; II - agenda anual; III - relatório anual de Atividades da*

¹¹ Para Marcos Juruena, o controle social dos atos regulatórios pode revelar-se como verdadeira condição de validade dos mesmos. Veja-se: “Frise-se que a consulta específica a tais grupos (além de lhes ser facultada a participação em audiências públicas) pode representar condição de validade e /ou legitimidade da norma regulatória. Afinal, não há como se presumir legítima a atividade regulatória se não resulta de uma ponderação entre os interesses em tensão, publicamente revelados e sopesados. Daí a proposta de ser obrigatória a manifestação do controle social pela via da participação”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 356.

Agência; IV - relatório anual de comportamento dos agentes regulados;”) salientando a necessidade de manutenção, como exigência legal, atribuída em grau mínimo, frise-se, de tudo o que seja objeto de produção pelas agências reguladoras como decorrência do processo de prestação de contas¹² a que as mesmas encontram-se submetidas.

As agendas e os relatórios ali designados são mecanismos imprescindíveis para que a tomada de contas sobre tais entes dê-se em patamar, preliminarmente, desejável; caso contrário, a transparência e o exercício por parte dos controladores podem restar comprometidos, desestruturando-se o processo de fiscalização da conduta perpetrada por tais agências independentes.

Acrescente-se, por oportuno, que a sistematização e a padronização do controle por meio da instituição de agendas prospectivas e da elaboração contínua de relatórios com periodicidade monitorada permite uniformizar os mecanismos de controlabilidade no âmbito das agências reguladoras federais, concentrando-os em documentos acessíveis e, primordialmente, pontuais.

Convém destacar, nesse passo, que a opção por exigir que sejam divulgados, pelas agências, as agendas e os relatórios acima mencionados visa a exigir dos agentes reguladores uma postura comprometida com o princípio do planejamento¹³. Como cediço, toda ação política, para ser eficiente, deve ser antes bem planejada. No caso de políticas regulatórias, tal condição se torna ainda mais crucial. Daí porque, a obrigação cometida aos agentes reguladores de, periódica e sistematicamente, divulgar agendas de atuação e relatórios de resultados tem o condão de impingir-lhes a planejar suas ações e, constantemente, analisar os

12 A propósito, leia-se: GUERRA, Glauco Martins. *Agências Reguladoras no Brasil: Princípios da Legalidade e Regulação*. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. (Org.). *Direito Regulatório - Temas Polêmicos*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-337.

13 A advertência do saudoso professor Marcos Juruena, a respeito do princípio do planejamento, mantém-se sempre atual. Confira-se: “A ideia seria partir um pouco para a lógica, pois quem recebe algum objetivo deve se planejar para atingi-lo. Portanto, se o objetivo é o desenvolvimento econômico, este somente poderá ser alcançado através do planejamento deste desenvolvimento econômico, que é previsto na Constituição, no artigo 174.

O planejamento do desenvolvimento econômico envolve, primeiramente, um retrato da situação existente, chamado diagnóstico, e neste vão ser detectadas as carências e os anseios da sociedade sobre como fazer um Estado melhor e como resolver tais problemas. A partir desse diagnóstico se tem uma segunda etapa, que é o desenvolvimento das ações ou o prognóstico”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Ordem Econômica na Constituição*. In: *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48.

êxitos e fracassos alcançados, de modo a rever o planejamento anteriormente traçado.

Importa também assentar que a determinação de elaboração de agendas plurianuais e anuais tal qual ocorre com a sistemática de planejamento do Poder Executivo não se deu por mera coincidência, ao revés. Há nessa previsão a inequívoca intenção de atrelar o planejamento das políticas regulatórias ao planejamento das políticas públicas em geral, em especial àquelas voltadas ao setor regulado. Isto porque a função regulatória, conquanto deva ser imune a injunções políticas de caráter egoístico, não pode e não deve ser impermeável a considerações políticas de cunho programático.

Em outras palavras, é dizer que os agentes reguladores devem pautar suas atuações por critérios técnicos que não se deixem influenciar pelo jogo político, este entendido enquanto disputa de interesses pessoais. Todavia, não podem tais agentes olvidar-se de que sua função é a de conduzir de maneira técnica o desenvolvimento de uma política pública definida por agentes políticos que receberam uma chancela popular para tanto.

É gratificante ver, assim, que a regulação bem exercida é aquela que não abandona a boa técnica para atender a interesses políticos, ao mesmo passo que não se utiliza do argumento técnico para desrespeitar políticas públicas definidas a partir de um programa político que tenha se revelado vencedor nas urnas e que se encontre albergado pela pauta programática constitucional.

Se assim o é, tem-se que as agendas políticas e regulatórias devem caminhar de forma parêlha, evitando-se sobreposições ou distanciamentos indesejáveis. De tal sorte que, definido um plano de ações (plurianual e/ou anual) pelos agentes políticos, impositiva se torna a sua complementação mediante a elaboração de um plano de ações pelos agentes reguladores, sob pena de o planejamento estatal como um todo restar deficiente. Por isso é que, estando o Poder Executivo obrigado constitucionalmente a apresentar planos plurianuais e anuais, devem os agentes reguladores ser obrigados a elaborar, no mínimo, agendas de atuação com a mesma periodicidade, a fim de complementá-los.

Essas previsões não impedem, todavia, o alargamento do rol de documentos a serem criados no bojo do poder normativo das agências reguladoras, quando da configuração de seus próprios regimentos internos, não se admitindo, ao revés, a redução do rol já descrito em sede da legislação geral, que ora se projeta, sob pena de aviltamento das garantias e instrumentos minimamente aptos ao exercício de um efetivo planejamento e controle.

Nos termos propostos, tem-se que, por meio do conjunto dos aparatos de controle narrados, o que se intenta é a verdadeira busca pelo controle de evidências¹⁴, o qual seja desprovido de idiosincrasias e meras suposições pelo agente controlador, mas sim revestido de dados concretos e embasamento empírico.

Avançando-se, é de se consignar que a eleição do ambiente virtual como meio primordial para a divulgação e facilitação do acesso dos interessados a todo o arcabouço documental e à rotina desenvolvida pelas agências reguladoras (*“Todos os documentos acima elencados serão disponibilizados no sítio eletrônico da agência reguladora e encaminhados ao Congresso Nacional, em até 60 dias contados da data de sua conclusão.”*) não se deu de forma aleatória, ao revés, pautou-se na concepção de vanguarda que enxerga que mídias sociais e sítios eletrônicos são canais de veiculação ímpares¹⁵ no contexto da era vivenciada, marcadamente digital. Não excluindo, por óbvio, a publicação e a divulgação por outras vias oficiais e *in loco*, eis que o ambiente eletrônico revela-se complementar aos mesmos, mas não menos relevante do que estes últimos.

Cabe mencionar, ainda, a previsão de encaminhamento das agendas e relatórios produzidos pela agência ao Congresso

14 Em tal direção, o professor Juarez Freitas aponta para a imperiosa necessidade de um controle de evidências, ao invés daquele meramente formalista. Veja-se: “O controle das políticas públicas requer escrutínio em novos moldes, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, no encaixo (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico dos benefícios líquidos, a longo prazo”. FREITAS, Juarez. O Controle das Políticas Públicas e as Prioridades Constitucionais Vinculantes. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>>. Acessado em: 21.03.2015.

15 Digno de citação o trabalho de Otávio Prado ao detectar a tendência da informatização dos mecanismos de prestação de contas, como forma de estender o acesso ao público e corroborar o argumento de que os instrumentos de accountability são, na atualidade, indissociáveis da noção de uma gestão tida como democrática. PRADO, Otávio. Governo Eletrônico e Transparência: A Publicização das Contas Públicas das Capitais Brasileiras. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2432>> Acessado em: 13/12/2014.

Nacional, no prazo de 60 dias após a sua conclusão. A previsão em tela não almeja tornar-se um mero requisito formal, mas um mecanismo de estímulo ao necessário e adequado controle legislativo das atividades das agências reguladoras.

Deveras, nos anos que se passaram, desde o início da criação das agências reguladoras no Brasil, até o presente momento, a postura do Poder Legislativo pátrio tem sido a de ignorar a existência de tais órgãos, o que tem acarretado duas consequências nefastas, seja porque o congresso se omite no controle das atividades desenvolvidas pelas agências (não examinando se os reguladores têm agido dentro de sua esfera de competências e em consonância com as políticas públicas traçadas), seja em razão do atropelo da função regulatória por aquele órgão, que se imiscui, muitas vezes, na elaboração de normas setoriais e de forte caráter técnico-econômico que seriam melhor definidas por agentes com expertise para tanto. Mirando essa conjuntura é que o anteprojeto de lei propõe um relacionamento mais próximo do Legislativo com as agências reguladoras, que viabilize um maior exercício do controle do parlamento sobre as entidades incumbidas da regulação, ao mesmo tempo em que se consagre uma maior deferência daquele Poder em relação aos agentes reguladores, a partir do maior conhecimento sobre a sua forma de atuação.

Com vistas à sistematização e ao condensamento dos dados produzidos pelas agências reguladoras, a *mens* estampada no texto (*“O relatório anual de comportamento dos agentes regulados conterá, no mínimo, as seguintes informações estruturadas em forma de classificação: I - cumprimento de decisões e metas estabelecidas pela regulação setorial; II - quantitativo de reclamações recebidas e de sanções aplicadas; III - quantitativo de Termos de Ajustamento de Conduta - (TACs) firmados, estágio de sua execução ou informações sobre seu descumprimento, quando for o caso; IV - quantitativo de ações judiciais, nos termos do § 3º.”*) deu-se no sentido de promover uma radiografia do setor regulado a partir das informações obtidas no seio de tais entidades.

Noutros termos, o ranqueamento de dados e a ilustração evolutiva dos elementos quantitativos constante dos relatórios supramencionados dá-se com o intuito de prestigiar o critério

empirista de avaliação e controle¹⁶, promovendo-se, até mesmo, uma possível classificação de desempenho interagências e, não menos desejável, um verdadeiro ambiente competitivo entre as mesmas pela busca de produtividade e eficiência de atuação na seara regulatória.

É de se destacar, por oportuno, que a inclusão de dados referentes às demandas judiciais e ao quantitativo de TACs (Termos de Ajustamento de Condutas) deve-se ao fato de tais indicadores serem de suma valia no que diz respeito ao reflexo da atuação das agências para além do universo circunscrito das mesmas, ou seja, proporciona uma dimensão mais acurada de como a política regulatória revela-se capaz de espriar efeitos em outras searas, tais como a própria recepção do Poder Judiciário como instância dialógica¹⁷ e não refreadora dos objetivos regulatórios. É dizer, receptiva à regulação.

Digno de nota o objetivo de promover ampla publicidade dos dados colhidos pelas agências, ao instituir-se que a veiculação de informações que se encontrem relacionadas com processo regulatório levado a cabo pelas agências reguladoras seja objeto de uma política de acessibilidade aos públicos mais diversos, tal qual descrito no anteprojeto de lei (*“As informações que sejam de conteúdo relevante serão disponibilizadas segundo o Princípio do Acesso Amplo e Irrestrito, atendendo aos públicos deficientes auditivo e visual, primordialmente.”*), em prestígio a uma principiologia própria e reinante do Microssistema de tutela dos grupos hipossuficientes, inaugurado pós-edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Tal diploma legal buscou instituir todo um universo de proteção às partes desprestigiadas pelas mais variadas razões, daí porque princípios como o do *acesso à informação e do amplo acesso aos públicos deficientes* veio ao encontro do proclamado pela Constituição Federal de 1988.

16 A análise empírica tem de ser o mote da política regulatória, a qual não mais comporta uma concepção vetusta de formulações especulativas e sem comprovação técnica em determinado período, de modo a conferir maior racionalidade ao método empregado, a incluir as análises de custo-benefício e de custo-efetividade. A propósito, vale destacar as considerações levadas a cabo por Patrícia Pessoa Valente em: VALENTE, Patrícia Pessoa. Análise de Impacto Regulatório - Uma Ferramenta à Disposição do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 89-101.

17 A recepção e reação das políticas regulatórias pelo Poder Judiciário podem ser sintetizadas no estudo levado a cabo por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, ao se debruçar sobre a revisão dos marcos regulatórios por aquele Poder. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.p. 237-270.

Não é por demais acrescer que o próprio caput do artigo 37, CRFB/88, também preconiza como ditame basilar de soerguimento da Administração Pública, seja qual for sua vertente, que os *princípios da publicidade e impessoalidade* devem ser a pedra de toque da função de administrar; razão pela qual, o *princípio da ampla divulgação dos atos administrativos* encontra esteio na própria Carta Magna de 1988.

Impende ainda acrescer que a proposta de medidas com o escopo de assegurar acessibilidade ao público não técnico, primordialmente, também norteou a criação de mecanismos aptos à promoção da inclusão social, via orientação pedagógico-educacional da coletividade.

Nessa esteira, a modelagem dos meios viabilizadores de tais fins dá-se mediante a manutenção, por parte das agências reguladoras - segundo seu critério de alocação orçamentária - de programas educacionais contínuos, bem como da produção de material instrutivo ao público em geral (*“A agência reguladora promoverá ações de divulgação de suas atribuições, concernentes às regras básicas do setor regulado, bem como quanto aos direitos e deveres dos agentes regulados e respectivos consumidores. Parágrafo único. Tais ações poderão consistir em mecanismos de caráter permanente ou em atividades esporádicas, tais como a produção de cartilhas informativas e a realização de programas de divulgação em instituições de ensino.”*), tendo por conteúdo temáticas e aspectos inerentes às atividades perpetradas por aquelas entidades.

Na linha das iniciativas ora aventadas, tem-se que a ampliação dos canais de comunicação, como instrumento de convocação da sociedade civil à efetiva atuação conjugada com o Poder Público, nada mais significa do que o preenchimento de uma lacuna ínsita à realidade brasileira, em consideráveis períodos da História nacional¹⁸, qual seja, a de omissão popular. Isto porque as questões tidas como “de governo”, no mais das vezes, tendem a manter-se alijadas da pauta de debates sociais, daí, pois, a imprescindível acuidade na formulação dos instrumentos de cooperação entre particulares e a Administração Pública,

¹⁸ A atuação dos agentes sociais, tidos como entes intermédios, é, atualmente, uma característica que singulariza o Estado pós-moderno, conforme bem delineado em monografia de Sílvia Faber Torres. TORRES, Sílvia Faber. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

com vistas à concretização da dita democracia participativa, a representar, de certo modo, uma reescrita da experiência pátria por tais entidades independentes.

Até mesmo em atenção à substituição do traço da unilateralidade e verticalização (subordinação) do agir pelo Poder Público, em prol da bilateralidade e da horizontalidade¹⁹ da relação do Estado com o corpo social, decorrências estas de um discernimento mais apropriado de Administração Pública de vanguarda.

2. Das consultas e audiências públicas

A concepção de um ambiente plural e permeado pela multiplicidade de atores sociais – marca esta de um Estado Pluriclasse²⁰ –, em verdadeira concretização de um espaço deliberativo de ideias, demanda, sobremaneira, o amadurecimento e a familiarização de procedimentos propícios ao engajamento e à postura colaborativa dos indivíduos, sejam eles usuários dos serviços regulados, agentes econômicos (*market players*), bem como entidades associativas dotadas de pleitos próprios.

Sob tal ótica, o aparato das consultas e das audiências públicas²¹ deu-se com o fito de angariar tais atores sociais para dentro do “palco” da tomada de decisões, rechaçando-se qualquer tentativa de obstaculizar a participação dos agentes sociais em tal processo construtivo da política regulatória.

Ainda que pare dado ceticismo quanto à efetividade de tais ferramentas institucionais, apontado por parcela de

19 No contexto narrado, revela-se ímpar o controle a ser exercido pela sociedade, tal qual afirmado por Floriano de Azevedo Marques Neto, em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal*. In. Sérgio Guerra (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2005. p. 200-242.

20 Ver JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17-25.

21 A doutrina, por nós prestigiada, salienta a seguinte distinção entre os institutos abordados: “Mister se faz distinguir as audiências públicas das consultas públicas, que, apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem. Na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 605-606.

estudiosos que identifica falhas patentes em sua orquestração²², fato é que tais institutos são, na atualidade, o que se logrou de mais eficaz e com vocação prestacional às demandas sociais, o que não implica afirmar que se encontrariam imunes ao constante aperfeiçoamento.

Sinaliza este ambiente deliberativo de tomada de decisão regulatória – proporcionado pelos institutos da consulta e da audiência públicas – como a configuração de um *locus* de composição dos interesses sociais e efetivação da democracia, em sua vertente, predominantemente, substancial.

Destarte, o debate travado há muito pela doutrina, já narrado em linhas pretéritas – existência de um suposto *déficit* democrático das agências reguladoras, em especial, quanto ao poder normativo das mesmas – resta, consideravelmente, mitigado ante a incorporação dos referidos instrumentos de participação social no seio de tais entidades independentes, como forma de aprimoramento do grau de legitimação no processo de tomada de decisão pelas agências.

Até mesmo porque a chancela popular, em tais hipóteses, não advém da escolha dos agentes reguladores, *ex ante*, tal qual se dá frente aos agentes portadores de mandatos eletivos, mas sim, *a posteriori*, à luz da atuação conjunta em tais procedimentos de chamamento à participação da sociedade civil, assegurando-se impessoalidade na eleição das políticas e construção dialógica²³, em consonância com a lógica consensual decorrente da dita Administração Pública policêntrica²⁴.

Assim é que os instrumentos da consulta e da audiência

22 É de se trazer à baila, recente estudo realizado pelo IPEA, o qual aponta uma série de constatações empíricas quanto a determinadas ineficiências apresentadas pelos mecanismos de participação e consensualidade, tais como as audiências públicas e que, de certa forma, foram considerados para fins de elaboração do anteprojeto de lei em comento. Audiências Públicas no Âmbito do Governo Federal: Análise Preliminar e Bases para Avaliação. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf> Acessado em: 10/12/2014.

23 A regulação pressupõe a cooperação entre diversos agentes envolvidos, daí Calixto Salomão Filho salienta que o consenso no seio da coletividade e a consideração de grupos de interesses relevantes são imprescindíveis quando da formulação da política regulatória. Leia-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos). 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-201.

24 A transmutação de um modelo de Estado unitário para aquele que se proponha policêntrico, em que diversos atores sociais são participes na formação das decisões que influirão na sociedade é destaque nas palavras de Sérgio Guerra: "Essa mudança, segundo Jacques Chevalier, é sensível a partir do início da década de 80, assistindo-se a um movimento de desintegração, que se traduz pela diversificação crescente das estruturas administrativas. A ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder de hierarquia (...)." GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.107.

pública foram delineados a partir das premissas que caracterizam todo o desenho institucional arquitetado por este anteprojeto de lei, sobretudo no que diz respeito:

- a) à definição apenas de um mínimo legalmente exigível (*“Sem prejuízo de outras formas de participação na elaboração dos atos regulatórios que venham a ser definidas por ato próprio, de cada agência reguladora, é obrigatória a observância dos mecanismos a seguir elencados, que poderão ser adotados, individual ou conjuntamente, a depender da complexidade do ato: I - Consulta pública; II - Audiência pública;”*);
- b) à exigência de ampla publicidade (*“Os prazos e os procedimentos das consultas e audiências públicas serão divulgados com antecedência mínima de quinze dias a partir da data prevista para realização do ato, devendo as consultas públicas permanecer abertas pelo prazo mínimo de trinta dias*);
- c) à disponibilização do máximo de subsídios possíveis para facilitar a manifestação embasada das partes interessadas (*“A realização de consulta pública será precedida de aprovação pela Diretoria Colegiada no âmbito do processo administrativo referente ao seu objeto, visando à coleta de subsídios e informações dos agentes econômicos referente a cada setor regulado, devendo ser observados os seguintes critérios: (...)II - Disponibilização de todos os documentos pertinentes à consulta pública no sítio eletrônico de cada agência reguladora; / As propostas e seus respectivos fundamentos deverão ser apresentados em linguagem clara, objetiva e acessível ao público em geral. / A proposta objeto da consulta pública disporá da avaliação do impacto regulatório, quando possível e pertinente.”*).

Particularmente no que diz respeito aos percalços e às vicissitudes experimentados pela prática dos instrumentos de consulta e audiência públicas, no âmbito das agências

reguladoras²⁵, o anteprojeto de lei teve a pretensão de elaborar um desenho flexível que mais se adeque às exigências cotidianas (*“A audiência pública será gravada e poderá, havendo viabilidade técnica e econômica, ser transmitida ou receber contribuições por videoconferência ou Internet, assegurado aos interessados o direito à obtenção de cópia da gravação, observados os procedimentos de cada agência reguladora, anexando-se o áudio e a transcrição ao processo correspondente.”*), abrindo-se, ainda, à discricionariedade do corpo técnico das entidades independentes e às peculiaridades que a casuística de cada hipótese a ser tratada assim o fizer exigir.

Daí porque o anteprojeto de lei ressaltar que: *“A depender do grau de complexidade da matéria tratada, o formato das audiências públicas deverá ajustar-se às peculiaridades do caso concreto, sobretudo, no que se refere aos grupos de interesses envolvidos, visando a assegurar a mais ampla participação popular”*. Envidando-se, destarte, todos os esforços possíveis na tentativa de minimizar a vulnerabilidade a que as mesmas encontram-se submetidas; razão pela qual se optou por conferir certo grau de maleabilidade na formulação dos institutos em apreço, com o intento de melhor prestigiar o alcance finalístico dos instrumentos de participação social.

Nada obstante, de nada valeria todo este cuidado se tais instrumentos de oitiva da sociedade fossem encarados como meros ritos formais. Não por outra razão o anteprojeto de lei consagra de modo expresso o dever dos agentes reguladores de, ao menos, oferecer aos participantes um *feedback* sobre as contribuições colhidas (*“As contribuições recebidas nas consultas e audiências públicas deverão ser consolidadas em relatório motivado e enviadas à Diretoria Colegiada para deliberação. / Disponibilização da análise das contribuições recebidas, contendo a respectiva justificativa acerca do seu acolhimento ou rejeição, no prazo de 10 (dez) dias contados da data de encerramento da consulta pública.”*).

Ora, se os atos regulatórios, como espécie de atos administrativos, devem prestar reverência à eficiência, à

25 Ver p. 65-66. Audiências Públicas no Âmbito do Governo Federal: Análise Preliminar e Bases para Avaliação. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf> Acessado em: 10/12/2014.

motivação e à participação social, resulta impositivo que, para serem regularmente editados, contenham uma demonstração de que resultaram de um processo dialógico com as partes interessadas no qual foram colhidas sugestões, as quais foram acatadas ou rejeitadas porque a proposta original mostrava-se mais ou menos eficiente.

A toda evidência, esta obrigação de responder justificadamente às contribuições recebidas dos participantes das consultas e audiências públicas não tem o condão de exigir dos agentes reguladores respostas específicas a cada uma das propostas, podendo elas ser agrupadas em blocos, sob pena de o ônus de tais mecanismos se tornarem demasiados. O importante é que nenhum argumento relevante e singular apresentado seja simplesmente descartado imotivadamente.

3. Da participação nas fases de execução e fiscalização dos atos regulatórios

Em tal vertente de enunciações, oportuno ainda salientar a faculdade conferida às agências reguladoras federais de criar – sob a incumbência de suas próprias ouvidorias, que tratarão de discipliná-las nos pormenores de atuação – comissões de representantes dos diversos grupos de interesses do setor regulado para fins consultivos (*“Sem prejuízo das atribuições da Ouvidoria previstas nesta lei, a agência reguladora poderá criar uma, ou mais, comissão composta por usuários, consumidores, agentes econômicos, representantes da sociedade civil, dentre outros, a qual exercerá função de caráter consultivo.”*).

Tal previsão, embora não mandatária, tem o objetivo de estimular as entidades reguladoras a se esmerarem no desafio de tornar cada vez mais plural e harmônico o diálogo travado entre os diversos atores que compõem um dado ambiente regulado. Assinalável, pois, que a marca de uma política regulatória mais consentânea com os programas de melhora regulatória tem como norte a constituição de uma ambiência simpática aos mecanismos da consensualidade e da deliberação, eis que a gênese de uma regulação eficaz – como dantes demonstrado – reside na internalização da necessidade da adoção das medidas pelos atores regulados.

O instituto adotado, nessa esteira, coaduna-se com a dita *accountability vertical*²⁶, no qual os instrumentos de participação social e legitimidade exercem controle sobre a própria política regulatória, mandamento este da própria Carta Magna de 1988.

Numa visão ampla, pode-se consignar que a despeito de a gama de institutos aqui versados propiciar um ambiente favorável ao exercício de um controle – via sociedade e via órgãos externos – com caráter mais finalístico e buscando, em última instância, a efetividade do monitoramento, não se pode *perder de foco que a intenção perpetrada pelos aparatos de accountability* jamais deverão priorizar a forma, em detrimento do conteúdo e dos fins a serem alcançados.

A todas as luzes, o risco de um controle excessivo²⁷ e desvirtuado pode revelar-se tão ou mais nocivo quanto a própria ausência de prestação de contas, manipulando-se as finalidades verdadeiramente intencionadas. Mais grave, ainda, no ambiente das tão aclamadas autonomia e independência – atributos estes ímpares na constituição das agências reguladoras – residiria a possibilidade de as mesmas não somente serem capturadas pelos agentes regulados, temática esta já repisada com considerável frequência pela doutrina, mas sim a própria captura pelo agente

26 Paulo Todescan Lessa Mattos leciona nos seguintes termos: “A partir de uma análise constante da Constituição, é possível afirmar que a participação pública no controle da administração pública também passou a ser uma garantia constitucional. O parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 19/998, prevê expressamente que devem ser disciplinadas em lei as formas de participação do usuário na administração pública.” MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade. São Paulo: Singular, 2006, p. 262.

Algumas das ideias que este estudo prestigia referem-se ao ensaio desenvolvido por Jacob Gersen e Matthew C. Stephenson. Ver: GERSEN, Jacob; STEPHENSON, Matthew C. Over-Accountability. Working Paper. Disponível em: <http://law.harvard.edu/faculty/mstephenson/2013PDFs/Over-Accountability%20-%20Oct%2018.pdf>.> Acessado em: 10/12/2014.

27 Algumas das ideias que este estudo prestigia referem-se ao ensaio desenvolvido por Jacob Gersen e Matthew C. Stephenson. Ver: GERSEN, Jacob; STEPHENSON, Matthew C. Over-Accountability. Working Paper. Disponível em: <http://law.harvard.edu/faculty/mstephenson/2013PDFs/Over-Accountability%20-%20Oct%2018.pdf>.> Acessado em: 10/12/2014.

controlador²⁸ a inquinar, de forma incomensurável, a verdadeira essência de tais entidades.

Percebe-se, desse modo, que a arquitetura concebida pelo anteprojeto de lei em tela, a qual se pretende um normativo geral e mínimo do arcabouço legislativo que regerá as agências reguladoras federais, quando da efetivação dos mecanismos e institutos ora discorridos, deverá ocupar-se, com certa parcimônia, da sua configuração, sob pena de se atravancar ou mesmo enviesar os objetivos perseguidos por aqueles, revelando-se como obstáculos intransponíveis²⁹ para a hígida fluidez da política regulatória.

Assim é que, de nada bastará um desenho institucional bem orquestrado, em termos de respaldo normativo, caso a prática dos enunciados legais não seja acompanhada da *mens* que se encontra por detrás da arquitetura dos mecanismos de participação e de prestação de contas, a serem erguidos no âmago estrutural das agências reguladoras.

Finalmente, ante a devida aprovação, sanção, edição e publicação do presente anteprojeto de lei, encontrar-se-ão, automaticamente revogados os seguintes dispositivos legais: artigo 4º, parágrafo terceiro, L.9.427/96; artigo 18, L.9.478/97; artigo 19, inciso III, artigo 39, artigo 42, artigo 89, inciso II e artigo 195, todos da L.9.472/97; artigo 68, L.10.233/01; artigo 32,

28 Sobre a captura dos agentes reguladores, é precisa a análise de Egon Bockmann Moreira, que conclui: "Sublinhe-se que, ao se mencionar a captura das entidades reguladoras, não se está a tratar propriamente de corrupção ou improbidade (sem se destacar estes crimes, que podem ocorrer). A ideia é bem mais sofisticada. Ser capturado antes significa não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido em lei. Ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal beneficiário é o próprio regulado (ou o governante de plantão, a procura de votos). A regulação a impor maiores custos à própria Economia - e a vangloriar os agentes regulados e/ou eleger políticos. Por meio da captura, a norma regulatória - que, em tese, se prestaria a alterar a conduta dos agentes econômicos submetidos à agência - acaba por se tornar um produto, eis que manufaturada pelos regulados (ou pelo Executivo central) em seu próprio favor. Como nos monopólios, em que o monopolista é um price maker, aqui os regulados (e/ou os governantes) tornam-se regulation makers. Trata-se de sofisticada técnica de conquista dos principais mercados de uma Nação, sobretudo pelo manejo da assimetria de informações que instala custos desnecessários e aumenta indevidamente os ganhos de alguns dos regulados.

O problema da captura das agências independentes é de grande envergadura, antes talvez de Economia Política - o poder econômico, sua institucionalização, efetivo exercício e objetivos a serem atingidos - que propriamente uma questão jurídico-regulatória em sentido estrito. A rigor, aqui, o direito da regulação se revela como instrumento por meio do qual o problema da captura pode ser juridicamente detectado, tratado e assumir esta ou aquela feição; gerar este ou aquele resultado (inclusive, para os mais radicais, a pura e simples supressão de qualquer regulação econômica: o suicídio do direito da regulação a resolver os problemas regulatórios)". MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.) Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 134-135.

29 Salutar reflexão acerca da temática: SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de Axé no Direito Administrativo. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/cheга-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html> Acessado em: 15/12/2014.

Decreto 3.327/00 (Regulamenta a L.9.961/00), o que se sugere seja explicitado nas disposições finais do anteprojeto de lei, a fim de auxiliar os intérpretes da novel legislação.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FREITAS, Juarez. **O Controle das Políticas Públicas e as Prioridades Constitucionais Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>>. Acessado em: 21/03/2015.

GERSEN, Jacob; STEPHENSON, Matthew C. **Over-Accountability**. Working Paper. Disponível em: <http://law.harvard.edu/faculty/mstephenson/2013PDFs/Over-Accountability%20-%20Oct%2018.pdf>.> Acessado: em 23/07/2014.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípios da Legalidade e Regulação. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório - Temas Polêmicos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-337.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"?* In. ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 227 - 249.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- _____. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: Sérgio Guerra (Coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2005. p. 200-248.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil?* In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.
- MOREIRA, Vital. Agências Reguladoras Independentes em Xequê no Brasil. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **A Mão Invisível: Mercado e Regulação**. Coimbra: Almedina, 2008. p 227-230.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coords.). **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 293-317.
- PINHO, José Antonio Gomes de; CAMPOS, Ana Maria Rita Silva Sacramento. **Accountability: Can We Now Translate It Into Portuguese?** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600006> Acessado em: 22/07/2014.
- PRADO, Otávio. **Governo Eletrônico e Transparência: A Publicização das Contas Públicas das Capitais Brasileiras**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2432>> Acessado em: 30/07/2014.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2 edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Ordem Econômica na Constituição. In: **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de Axé no Direito Administrativo**. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html> Acessado em: 15/12/2014.

TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de Impacto Regulatório - Uma Ferramenta à Disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- Documentos e Estudos:

Audiências Públicas no Âmbito do Governo Federal: Análise Preliminar e Bases para Avaliação. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf> Acessado em: 10/12/2014.

Capítulo 8

Dos mecanismos de participação e de prestação de contas

Mariam Daychoum e Rafael Véras

Seguindo uma tendência mundial, decorrente, sobretudo, do fenômeno da globalização, os presentes dispositivos do anteprojeto de lei em comento têm o objetivo de uniformizar, no âmbito das Agências Reguladoras Federais, os parâmetros de participação dos agentes regulados na edição das normas regulatórias (*rulemaking*).

Essa proposta se justifica, considerando a mudança de paradigmas por que vem passando o Direito Administrativo nos últimos anos. Atualmente, a Administração Pública passa a atuar de forma a promover maior diálogo com os particulares, ao invés de impor unilateralmente a sua vontade. Trata-se da consagração do princípio da consensualidade administrativa¹. Nas palavras de ESTORNINHO trata-se da passagem “*da Administração autoritária à Administração soberana consensual, instituindo-se uma administração negociada (ou contratual), em que o acordo substitui os tradicionais atos administrativos unilaterais de autoridade,*

¹ Sobre o tema, confira-se os ensinamentos de Oliveira: Conforme aludiu-se supra, é a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica contrato no setor público. E em virtude da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual da administração pública, o qual englobaria todos os ajustes - não somente o contrato administrativo - passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão na administração pública brasileira. Tese de doutorado da Universidade de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito, 2005, p 172).

*exigindo uma atuação ativa do particular*².

Por conseguinte, a Administração Pública passa a buscar diálogo com os destinatários da decisão administrativa. Isto porque, como ensina MOREIRA NETO, “*A democracia tradicionalmente praticada, como exclusivamente representativa, que se exerce pela participação mínima do sufrágio eletivo de mandatários populares para o desempenho de cargos políticos – e, no caso brasileiro, de legisladores e de governantes nos seus três níveis federativos – se tem mostrado insuficiente como instrumento de legitimação de condutas públicas, estimulando-se, assim, cada vez mais intensamente, o seu exercício por outras formas de participação política, que se ampliam e confluem no conceito de democracia participativa.*”³.

Destarte, o denominado procedimento participativo passa a se configurar como uma manifestação da Democracia Participativa⁴, sob um aspecto de participação administrativa procedimental⁵.

Os objetivos da participação procedimental, na visão de DUARTE, passam pela otimização de três princípios jurídicos centrais: (i) princípio democrático: a participação implica uma racionalização da decisão mediante a obtenção de informação pelo administrado e o controle popular da ação administrativa (transparência); (ii) princípio do Estado de Direito: há uma previsibilidade do administrado em relação à decisão administrativa que será tomada, possibilitando a sua intervenção e defesa no procedimento administrativo em tempo útil; e (iii) princípio do Estado Social: é um meio

2 ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p.113.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 2014, p.84.

4 Nesse sentido, MEDAUAR leciona que: “Na verdade o ato administrativo não mais se apresenta no papel de protagonista; mas, configura, ainda, um dos grandes tópicos do Direito Administrativo. O processo administrativo despontou sob o contexto da democracia administrativa, da melhoria das relações Administração/Administrado, da atuação dos administrados na tomada de decisões, entre outros fatores”. (MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo, p. 419. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.)

5 Tal expressão é bem desenvolvida por Luísa Cristina Pinto e Netto: “Neste contexto, a participação procedimental, espécie de participação administrativa, categoria medular do procedimento, pode ser entendida como a intervenção particular que, mantendo sua executoriedade em relação ao aparato administrativo, toma parte da atuação administrativa, colaborando com o seu íter, pode ser levada a cabo individualmente, com caráter mais voltado à defesa de posições subjetivas, ou de forma coletiva, no sentido de colaborar com a atuação administrativa, como dito anteriormente”. (NETTO, Luísa Cristina Pinto. Participação administrativa procedimental. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p.80.)

de realização do bem comum, funcionando como importante instrumento de autodeterminação e emancipação dos indivíduos e grupos sociais⁶.

No Direito alienígena, o princípio da participação administrativa está consagrado nas Constituições espanhola (arts. 9º.2 e 105)⁷, portuguesa (art. 267, I)⁸ e italiana (art. 3º)⁹, bem como na Constituição da União Europeia (art. I-47)¹⁰.

Especialmente para o exercício da função regulatória, a participação processualizada tem a função de possibilitar a aferição das repercussões de determinada proposta normativa nos diversos setores regulados. Partindo-se da necessidade de levar à sociedade a matéria objeto de regulação, o que se busca é a valoração dos diversos interesses atingidos; daí porque se entende que a participação é pressuposto de legitimidade

6 DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, 00. 166 - 172.

7 Veja-se: Art. 9º.2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.;" Art. 105. "La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado." Fonte: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/12/2014. Em livre tradução: É responsabilidade das autoridades públicas promover as condições para que a liberdade e igualdade dos indivíduos e dos grupos a que pertencem sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. Art. 105. A lei regulará: a) A oitiva dos cidadãos, diretamente ou através de organizações e associações reconhecidas pela lei, no processo de elaboração das disposições administrativas que os afetem; b) O acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, salvo os que afetem a segurança e defesa do Estado, a investigação de crimes e a intimidade das pessoas; c) O procedimento através do qual devem ser produzidos os atos administrativos, garantindo, se for o caso, a oitiva dos interessados.

8 Veja-se: Art. 267, I. "A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática." Fonte: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/12/2014.

9 Veja-se: Art. 3º. "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese." Fonte: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/12/2014.

10 Veja-se: Art. I-47. Artigo I-47º. "Princípio da democracia participativa 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União. 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil. 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas. 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Constituição. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia." Fonte: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em: 10/12/2014.

do ato emanado dos agentes reguladores. Nesse sentido, PEREIRA DA SILVA assevera que a “*a Participação é não apenas consubstanciada no instituto do contraditório, mas destinada à ‘ponderação de interesses’, sendo o seu escopo principal a composição material dos interesses*”¹¹.

Daí porque se costuma afirmar que, no âmbito da regulação, a participação dos agentes regulados tem duas funções: (i) conferir legitimidade para agentes não eleitos; e (ii) possibilitar o controle de eficiência do exercício da regulação¹². Mas não é só. Moncada, ao tratar do direito de participação, tece considerações sobre o princípio do *hard look*, assim considerado como a obrigação de decidir de acordo com o *input* fornecido, constante do *Record*, diminuindo a autonomia da Administração¹³. Afinal, de nada adiantaria o mero ato formal de audiência pública e coleta de opinião se as contribuições oferecidas não fossem consideradas.

Ressalta-se que, nas leis que instituíram as agências reguladoras federais, já existe previsão expressa da consagração

11 PEREIRA DA SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias. Em Busca do Ato Administrativo. Coimbra: Almedina, 1996, p. 539.

12 SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 56.

13 Acerca do princípio do “hard look” Moncada disserta: “Este princípio, de criação jurisprudencial, aplica-se ao procedimento regulamentar informal e o seu alcance prático tem sido o de potenciar a sua transformação num procedimento formal ou quase formal, pois que o controlo judicial só é viável se os dados, cuja relevância na decisão normativa final se pretende assegurar, constarem do “dossier” administrativo, “on the record” portanto. Seu pressuposto é o prévio dever administrativo de elaboração de um “record” tendencialmente exaustivo e completo, para além dos casos em que a lei expressamente o prevê, assim se convertendo o procedimento informal ou seja, o “notice-and-comment rulemaking” num procedimento formal “on the record”, possibilitando este um amplo controlo judicial. A aplicação do princípio do “hard look” alterou substancialmente os termos reais do procedimento informal e demonstra o empenho dos juizes no reforço dos mecanismos da democracia directa, em prol da melhoria da qualidade das normas, do acréscimo da sua legitimação e da criação das condições óptimas para a respectiva aplicabilidade e aceitação, de algum modo reconciliando a burocracia com os cidadãos. O princípio em causa tem-se revelado um poderoso meio de limitação da liberdade discricionária e interpretativa de que a lei dota as “agencias”. A obrigação de decidir de acordo com o “input” fornecido, o constante “record”, diminui a legitimidade dos pontos de vista autónomos da Administração. A noção de interesse público aproxima-se assim de um somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar, em vez de ser vista como um critério unilateral da Administração. Foi o desejo dos Tribunais de controlar as normas administrativas que levou a este resultado, tão de acordo aliás com as tradições jurídicas estadunidenses. A conformidade com o direito, ou seja, a “rule of law” resulta aqui da obrigatoriedade do peso dos interesses privados, devidamente registrados e organizados, na decisão administrativa final, reduzindo ao mínimo a sua autonomia. Poderá, pois, dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o “record”) ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa. Assim se sedimenta a “rule of law”. O “hard look” distingue claramente o procedimento das modalidades de participação dos interessados na elaboração da decisão administrativa final e até de concertação, tão vulgares no direito europeu. De facto, o atendimento devido aos resultados do procedimento na decisão final, que é como quem diz, a consideração obrigatória dos interesses privados, coloca o procedimento num lugar à parte perante os referidos institutos, que apenas funcionam como meio de canalizar informação para a decisão administrativa, mas sempre sem carácter vinculativo, no caso da participação, sem modificar, portanto, o carácter unilateral da decisão final, a cargo da Administração.” (n/grifo) (MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de direito público. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 127-134).

do princípio da participação, seja por meio da realização de Consultas Públicas, ou de Audiências Públicas. O art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/96 (Lei de criação da ANEEL), prevê a obrigatoriedade de realização de audiência pública prévia para os processos decisórios que afetarem os direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores; o artigo 42 da Lei nº 9.472/97 (Lei de criação da ANATEL) prevê que 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; o artigo 19 da Lei nº 9.478/97 (Lei de criação da ANP) exige a realização de audiência pública para iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, dentre outras¹⁴.

Por tais razões, o presente projeto tem por objeto uniformizar a disciplina das Consultas e das Audiências Públicas.

A *Consulta Pública* consiste em um mecanismo de participação dos agentes que podem ter os seus interesses afetados por determinada proposta de regulação, os quais se manifestam por meio de *peças formais*, que serão parte integrante de um processo administrativo.¹⁵ Diferentemente, na Audiência Pública, a participação dos interessados ocorre oralmente em reunião presenciais realizadas no órgão ou entidades administrativas. As principais diferenças entre os instrumentos da “Consulta Pública” e a “Audiência Pública” são apontadas no gráfico abaixo, extraído do Relatório “Audiências Públicas no âmbito do Governo Federal: análise preliminar e

14 Esse é uma tendência de toda a Administração Pública: A Lei nº 11.079/04, por sua vez, ao tratar das Parcerias Público-Privadas (PPPs), prevê, em seu art. 10, inciso VI, a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão. Nesse sentido, por exemplo, a Lei nº 10.257/01, ao instituir o Estatuto da Cidade, consagrou uma série de normas relativas à participação administrativa, revelando um dos mais importantes diplomas legais de efetivação da democracia, conforme demonstram os itens exemplificativos abaixo descritos a participação da população, mediante a realização de audiência pública e debates, no processo de elaboração do Plano Diretor (art. 40, § 4º, I);

15 De acordo com Aragão, essa característica diferencia a consulta pública da chamada audiência pública, em que a participação popular se dá fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 471)

Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf> (Acesso em: 17/12/2014).

bases para avaliação”¹⁶, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA:

Dimensão pública	Audiência	Consulta pública
Resultado do processo	Consultivo	Consultivo
Perenidade	Pontual	Pontual
Forma de interação	Presencial	Não presencial
Forma de manifestação	Oral	Escrita ou manifestação por telefone
Relação entre Estado e sociedade civil	Caráter coletivo, mas permite manifestações individuais	Caráter individual
Aberto a qualquer cidadão	Sim	Sim

Por se considerar que as normas regulatórias afetam direitos dos administrados, entende-se, no âmbito de um Estado de Direito, que as agências reguladoras devem observar o princípio da motivação (consagrado no artigo 50, inciso I, da Lei nº 9.784/1999), ao analisarem as contribuições dos agentes realizadas nas Consultas e nas Audiências Públicas¹⁷.

¹⁶ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf> (Acesso em: 17/12/2014).

¹⁷ Neste sentido, CAVALCANTI, em estudo monográfico específico sobre o tema: “A motivação também é um meio importante para demonstrar que a ação do administrador não configurou desvio de poder ou de finalidade, bem como seu objeto não foi absurdo, contraditório ou desproporcional, muito pelo contrário, que exerceu sua função nos limites traçados pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. A motivação funciona como instrumento para verificar se a Administração Pública fez cumprir os princípios constitucionais, tais como o da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, expressamente previstos no art. 37 da Constituição Federal. Por meio da motivação demonstra-se a conformidade do ato com a lei e consequentemente a obediência ao princípio da legalidade que norteia a Administração Pública.

No projeto apresentado, estipula-se que a realização de Consultas e Audiências Públicas no âmbito das agências reguladoras federais será obrigatória, de modo a se evitar o equivocado entendimento de que tais instrumentos de participação administrativa seriam facultativos.

Adota-se o entendimento doutrinário e do IPEA no sentido que as “Consultas Públicas” serão realizadas por meio de contribuições escritas, ao passo que as “Audiências Públicas” serão realizadas presencialmente. Tais instrumentos serão formatados, de forma a que seja ampliado o número de participantes - o que inclui a apresentação de linguagem clara e objetiva. Segundo os termos deste anteprojeto de lei, ficam as agências reguladoras federais obrigadas a responder, de forma motivada, todas as contribuições realizadas pelos agentes regulados.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

IPEA. **Audiências Públicas no âmbito do Governo Federal**: análise preliminar e bases para avaliação: Relatório de Pesquisa. 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**.

Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **Participação administrativa procedimental**. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p.80.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão na administração pública brasileira**. Tese de doutorado da Universidade de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito, 2005.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em Busca do Ato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Anexo

Anteprojeto de lei

*Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos*

*LEI Nº [], DE [] DE [] DE []
Regula o processo administrativo
no âmbito das agências reguladoras
federais.*

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I

Da estrutura das agências reguladoras

Art. 1º Esta lei estabelece normas acerca do processo administrativo no âmbito das agências reguladoras federais.

Art. 2º Agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta, submetidas a regime autárquico especial, dotadas de competências de normatização, fomento, fiscalização, resolução de controvérsias e aplicação de sanções, na forma da legislação específica.

§ 1º O regime autárquico especial das agências reguladoras

se caracteriza por:

I - autonomia das decisões da Diretoria Colegiada, que não são passíveis de revisão no âmbito do Poder Executivo;

II - autonomia financeira, orçamentária e patrimonial;

III - autonomia administrativa e gerencial, inclusive a de gestão de recursos humanos; e

IV - mandato fixo de seus Diretores, de seu Procurador-Geral e de seu Ouvidor-Geral, vedada a exoneração imotivada.

Seção II

Da Diretoria Colegiada

Art. 3º A agência reguladora será dirigida por uma Diretoria Colegiada.

§ 1º A Diretoria Colegiada será composta por cinco Diretores escolhidos pelo Presidente da República, entre cidadãos brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito em seu campo de especialidade, e por ele nomeados após aprovação no Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, para exercerem mandatos de quatro anos não coincidentes, vedada a recondução.

§ 2º O Diretor-Geral será escolhido pelos Diretores, por maioria absoluta de votos, mediante voto aberto e em sessão pública com a presença de todos os Diretores, e será nomeado pelo Presidente da República para exercer mandato de três anos, ou pelo prazo remanescente de seu mandato de Diretor, quando inferior a três anos, vedada a recondução.

§ 3º Perderá automaticamente o mandato o Diretor que faltar a 3 (três) reuniões ordinárias consecutivas, ou 20 (vinte) intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pela Diretoria Colegiada.

§ 4º Em caso de vacância no curso do mandato, a vaga de Diretor será preenchida por sucessor investido na forma prevista no § 1º deste artigo, pelo período remanescente

do mandato de seu antecessor.

§ 5º Não será admitida a nomeação de Diretores interinos ou por qualquer outra forma que não a disposta no § 1º.

§ 6º A Diretoria Colegiada reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três Diretores e deliberará por maioria de votos dos presentes à sessão.

§ 7º Ressalvadas as hipóteses de sigilo estabelecidas em lei, as deliberações da Diretoria Colegiada realizar-se-ão em sessão pública, aberta e gravada, cuja pauta será publicada com antecedência mínima de quarenta e oito horas, facilitando-se o acesso da população aos locais de sessão, aos autos de processos e a quaisquer documentos que se relacionem, direta ou indiretamente, ao desempenho das atividades da agência reguladora, inclusive mediante disponibilização de andamentos processuais e de cópias digitais na Internet.

Seção III

Da Procuradoria Federal junto às Agências Reguladoras

Art. 4º Funcionará junto à agência reguladora uma Procuradoria Federal Especializada incumbida da assessoria jurídica da autarquia bem como da defesa de seus interesses em juízo ou fora dele.

§ 1º Não se aplica à Procuradoria Federal junto à agência reguladora o disposto no art. 28, II; no art. 40, parágrafos 1º e 2º; no art. 41; no art. 42; e no art. 43, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

§ 2º O Procurador-Chefe será escolhido pela Diretoria Colegiada entre os membros da Procuradoria Federal junto à agência reguladora, e nomeado pelo Advogado-Geral da União para exercer mandato de quatro anos, vedada a sua exoneração imotivada, bem como a recondução ao cargo.

§ 3º Não se aplica ao Procurador-Chefe da agência reguladora o disposto no art. 49, caput e inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o disposto no art. 12, § 3º, da Lei nº 10.480, de 2 de julho

de 2002.

§ 4º O Procurador-Chefe poderá participar, sem direito a voto, das reuniões da diretoria colegiada, prestando assistência e esclarecimentos, quando requisitado pelos Diretores, na forma do regimento interno da agência reguladora.

§ 5º Nos casos de faltas, de afastamento temporário ou de impedimento do Procurador-Chefe a Diretoria indicará e o Diretor-Geral designará o substituto eventual entre os integrantes da Procuradoria Federal vinculados à agência reguladora.

Seção IV

Da Ouvidoria

Art. 5º Haverá, em cada agência reguladora, um Ouvidor-Geral, que atuará junto à Diretoria Colegiada, sem subordinação hierárquica, exercendo exclusivamente a função de coordenador da Ouvidoria, vedada a acumulação com qualquer outra função no âmbito da agência reguladora.

Parágrafo único O Ouvidor-Geral será escolhido pelo Presidente da República entre os servidores estáveis da agência reguladora, e por ele nomeado após aprovação no Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, para exercer mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Art. 6º Compete à Ouvidoria:

I - Receber pedidos de informações, esclarecimentos, críticas, comentários e representações referentes ao setor regulado;

II - Produzir, no mínimo em periodicidade semestral, relatório circunstanciado de suas atividades e disponibilizá-lo em sítio eletrônico;

III - Promover as ações necessárias à apuração da veracidade das representações, solicitando as providências necessárias ao saneamento das irregularidades e ilegalidades constatadas;

IV - Providenciar o registro e o processamento das representações a ela apresentadas, inclusive daquelas efetuadas pelos consumidores e usuários de produtos e serviços ofertados nos setores regulados.

§ 1º O Ouvidor-Geral terá acesso a todos os assuntos, autos e documentos da respectiva agência reguladora e contará com o apoio administrativo adequado ao desempenho de suas funções, mantendo o sigilo das informações, quando for o caso.

§ 2º A Ouvidoria manterá o sigilo da fonte e a proteção do representante, se requerido.

§ 3º A Diretoria Colegiada assegurará os meios adequados ao exercício das atividades da Ouvidoria.

§ 4º O Ouvidor-Geral contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, ao menos semestralmente, relatório circunstanciado contendo sua apreciação acerca das denúncias e reclamações recebidas, providências tomadas, bem como sobre a atuação da agência reguladora, encaminhando-o à Diretoria Colegiada, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao Ministério a que estiver vinculada a agência reguladora e à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, dando-lhe ampla publicidade.

§ 5º O Ouvidor-Geral participará, sem direito a voto, das reuniões da Diretoria Colegiada.

Seção V

Disposições comuns

Art. 7º Os Diretores, inclusive o Diretor-Geral, assim como o Procurador-Chefe e o Ouvidor, somente perderão o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou em processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. O afastamento cautelar ou preventivo dos Diretores, inclusive do Diretor-Geral, assim como do Procurador-Chefe e do Ouvidor-Geral, somente poderá ser determinado por decisão judicial.

Art. 8º Aplicam-se ao Procurador-Chefe e ao Ouvidor-Geral as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Diretores.

CAPÍTULO II DO PROCESSO NORMATIVO

Seção I

Do Programa de Gestão de Riscos Regulatórios

Art. 9º As agências reguladoras adotarão o modelo de gestão de riscos, processo contínuo e amplo de acompanhamento dos potenciais riscos ao atingimento de seus objetivos institucionais.

§1º A gestão de riscos será aplicada no ambiente interno da agência reguladora e constituirá uma ferramenta de planejamento de suas atividades, assim como um instrumento informador do processo de tomada de decisão.

§2º Anualmente deverá ser produzido relatório de análise de risco, no qual os riscos serão identificados e priorizados, considerando a probabilidade de sua ocorrência e o impacto a ele associado.

§3º A partir do Relatório de Análise de Riscos serão definidas as possibilidades de respostas aos riscos apontados.

§4º As políticas, procedimentos e/ou outras medidas implementadas em resposta aos riscos apontados serão acompanhados e revistos de modo permanente.

§5º A elaboração de propostas de atos normativos das agências reguladoras considerará os elementos identificados a partir de seu Programa de Gestão de Riscos Regulatórios.

Seção II

Da análise de impacto regulatório

Art. 10 As propostas de atos normativos das agências

reguladoras serão submetidas à Análise de Impacto Regulatório (AIR), procedimento administrativo participativo, por meio do qual a agência reguladora busca identificar claramente o problema a ser endereçado e levar em consideração os custos e os benefícios envolvidos na regulação proposta, mesmo que não possam ser aferidos economicamente.

§1º Caberá a cada agência reguladora, no âmbito de sua competência, estabelecer limiares, quantitativos ou qualitativos, a fim de selecionar os temas que serão submetidos à AIR.

§2º Quando atingidos os critérios a que se refere o art. 10, a realização prévia de AIR é condição de validade da norma que venha a ser expedida pela agência reguladora.

§3º Caberá ao órgão interno de auditoria dos procedimentos de cada agência reguladora observar se a AIR foi devidamente realizada nos casos mandatórios, de acordo com as normas internas de cada agência reguladora.

Art. 11 A AIR conterá ao menos:

- I - a descrição dos problemas que ensejaram a proposta;
- II - a apresentação dos aspectos econômicos, jurídicos, sociais, ambientais e concorrenciais referentes ao problema;
- III - a apresentação dos custos e benefícios da proposta de ato normativo e seus potenciais efeitos;
- IV - a delimitação dos custos de cumprimento da norma proposta e suas alternativas;
- V - as considerações referentes aos resultados da consulta e da audiência pública realizadas durante este procedimento;
- VI - a adequação da proposta às ações de planejamento e à agenda regulatória anual e plurianual; e
- VII - a previsão acerca dos mecanismos de monitoramento e avaliação dos resultados da proposta.

Art. 12 O agente competente para a condução do procedimento de AIR realizará pelo menos uma consulta e uma audiência pública para o fim de informar e de

racionalizar este procedimento, na forma estabelecida nesta lei.

Art. 13 O procedimento de AIR deverá ser observado no Programa de Análise e Revisão de Estoque Regulatório a que se refere o art. 14.

Seção III

Do Programa de Análise e Revisão de Estoque Regulatório

Art. 14 Cada agência reguladora manterá um programa sistemático de análise e revisão de seu estoque regulatório, com base nos objetivos definidos pela política regulatória.

§1º O programa verificará se as normas em vigor são efetivas, eficientes, consistentes e coerentes com os objetivos da regulação, por meio de critérios claros de ponderação que serão empregados para medir o desempenho da regulação existente, assim como para avaliar a alocação dos recursos institucionais.

§2º As avaliações ocorrerão periodicamente e terão por objeto não somente as normas de produção própria, mas também outras que incidam e onerem as atividades dos agentes regulados, buscando-se reduzir os encargos regulatórios desnecessários e identificando consequências não intencionais geradas pela regulação.

§3º Caberá à agência reguladora normatizar a periodicidade das avaliações a que se refere o parágrafo anterior.

§4º A agência reguladora manterá permanentemente atualizada página na rede mundial de computadores, na qual constará de forma clara a lista e o inteiro teor das resoluções e demais atos normativos por ela produzidos, inclusive eventuais alterações e revogação de dispositivos, quando for o caso, de modo a facilitar o conhecimento da sociedade quanto ao conjunto de normas regulatórias em vigor.

CAPÍTULO III DA FISCALIZAÇÃO E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Seção I

Da Ação Fiscalizadora

Art. 15 A ação fiscalizadora será iniciada de ofício ou mediante representação, podendo realizar-se nas dependências da agência reguladora com base em informações e dados apresentados pelos representantes, órgãos públicos, agentes regulados, consumidores e usuários, bem como quaisquer terceiros, ou, ainda, ser realizada externamente, nas dependências do fiscalizado, o qual deverá garantir o pleno acesso dos agentes públicos encarregados da ação fiscalizadora às suas dependências e instalações.

§1º Qualquer pessoa, constatando a ocorrência de infração cometida por agente econômico sujeito à fiscalização da agência reguladora, poderá encaminhar representação dando notícia dos fatos de que tenha conhecimento.

§2º A agência reguladora providenciará o registro e o processamento das representações recebidas, inclusive daquelas formuladas por consumidores ou usuários de produtos e serviços ofertados nos setores regulados.

§3º Após análise da área competente, as representações serão classificadas e disponibilizadas no sítio da agência reguladora na rede mundial de computadores, ressalvados os casos de sigilo legal.

§4º Na elaboração do programa de fiscalização serão observadas as normas que tratam do Programa de Gestão de Riscos Regulatórios, de modo a estabelecer parâmetros que permitam identificar riscos inerentes às operações dos agentes econômicos de cada mercado regulado.

Art. 16 Constatada uma infração ou irregularidade, a autoridade competente lavrará auto de infração

circunstanciado.

Art. 17 A autoridade competente para proferir decisão nos processos administrativos de que trata esta lei não poderá ser a mesma autoridade responsável pela ação fiscalizadora.

Seção II

Do inquérito administrativo

Art. 18. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela unidade organizacional responsável pela apuração da infração.

§1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

§2º O representante e o indiciado poderão requerer a realização de diligências, que serão ou não deferidas, a juízo da autoridade competente.

§3º A Diretoria Colegiada poderá solicitar o auxílio da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações, quando houver indícios da ocorrência de crime.

§4º O inquérito administrativo será concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua instauração, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias, por meio de despacho fundamentado, quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

§5º Ao inquérito administrativo poderá ser conferido tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da autoridade competente.

Art. 19. Até 10 (dez) dias contados da data de encerramento do inquérito administrativo, a autoridade administrativa decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento, observando-se, quando cabível, o

disposto no art. 21.

Parágrafo único. O inquérito administrativo será arquivado quando:

- I - não ficar comprovada a ocorrência de infração; ou
- II - não forem observados os requisitos de lavratura do auto de infração.

Art. 20. A Diretoria Colegiada poderá, mediante provocação de um de seus Diretores e por meio de decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo arquivado pela autoridade competente, no prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação da decisão de arquivamento, ficando prevento o Diretor que tenha requerido a avocação.

Parágrafo único. Avocado o inquérito administrativo, o Diretor-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias para:

- I - confirmar a decisão de arquivamento, observando-se, quando for o caso, o disposto no art. 21; ou
- II - transformar o inquérito administrativo em processo administrativo, mediante decisão fundamentada, determinando a realização de instrução complementar, podendo, a seu critério, solicitar que a autoridade competente a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

Seção III

Da reparação voluntária e eficaz de condutas de baixa lesividade

Art. 21 Em sendo verificada a ocorrência de uma conduta irregular de baixa lesividade, tendo o fiscalizado agido de boa-fé, a autoridade competente poderá, a seu critério, antes de impor medida sancionadora, e mediante intimação dos interessados:

- I - alertar quanto à irregularidade verificada, assinalando prazo para que seja sanada;
- II - determinar a imediata cessação de prática irregular, quando for o caso.

§1º Havendo reparação voluntária e eficaz, o processo será arquivado, devendo os interessados ser intimados da decisão.

§2º Considera-se reparação voluntária e eficaz a ação comprovadamente realizada antes da lavratura do auto de infração, com vistas a sanar a irregularidade.

§3º Persistindo a irregularidade, será lavrado auto de infração.

§4º Ato normativo de cada agência reguladora regulará as hipóteses que caracterizam conduta irregular de baixa lesividade.

Art. 22 Não se aplica o disposto no artigo anterior aos casos em que o agente já tenha sido condenado definitivamente pela agência reguladora pela prática de qualquer infração nos últimos três anos.

§1º Para os efeitos deste artigo, ato normativo de cada agência regulará os prazos para caracterização de reincidência genérica e específica.

§2º Poderão ser estabelecidos outros critérios de inaplicabilidade para o benefício de que trata este artigo.

Art. 23 Para os efeitos desta Lei, considera-se reincidência específica, falta de igual natureza no período de até 5 (cinco) anos contados do trânsito em julgado de processo administrativo sancionador e o cometimento da nova infração; e reincidência genérica, o cometimento de falta de qualquer natureza após trânsito em julgado de processo administrativo sancionador.

Seção IV

Do Processo Administrativo Sancionador

Art. 24 O processo administrativo para apuração das infrações previstas nesta lei será iniciado com a lavratura do auto de infração, em duas vias de igual teor e forma.

§1º A primeira via do auto de infração será entregue ao autuado, ao preposto ou ao representante do autuado, a fim de que seja facultado o contraditório e a ampla defesa; a segunda via será juntada aos autos do processo.

§2º A aposição do “ciente” equivale, para todos os fins, à notificação do autuado.

§3º Em caso de recusa de aposição do “ciente” ou na hipótese de impossibilidade de sua obtenção, o

responsável pela autuação registrará no auto de infração tais circunstâncias, ficando o autuado intimado da autuação.

§4º O auto de infração poderá ser entregue pessoalmente ou por correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por qualquer outro meio idôneo que permita atestar de forma inequívoca o recebimento pelo autuado.

Art. 25 O auto de infração será lavrado quando constatada a ocorrência de violação à legislação em vigor.

Art. 26 O auto de infração conterá:

- I - identificação do autuado;
- II - relato circunstanciado da infração cometida;
- III - dispositivo legal ou regulamentar infringido e as penalidades previstas;
- IV - intimação para cessação imediata da prática irregular, quando for o caso, bem como para adoção de medidas de reparação dos efeitos da infração, se houver;
- V - prazo e local para apresentação de defesa;
- VI - local, data e hora da lavratura do auto de infração;
- VII - identificação e assinatura do responsável pela autuação; e
- VIII - assinatura do autuado ou certificação de sua recusa em assinar, nos casos de flagrante verificado em diligência.

Parágrafo único. O agente público que lavrar o auto de infração deverá, quando possível, instruí-lo com os documentos comprobatórios da ocorrência.

Art. 27 Ocorrendo pluralidade de infrações cometidas por um mesmo infrator, a autoridade competente poderá, motivadamente, lavrar um ou vários autos de infração distintos, considerando, dentre outros fatores, a natureza das infrações e as circunstâncias dos fatos.

Art. 28 Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também deverão ser autuados seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé.

Parágrafo único. A apuração da infração praticada por administrador ou controlador deve ser realizada em autos apartados, observando se todos os princípios processuais legais.

Art. 29 Após ciência do auto de infração, começa a fluir o prazo de 15 (quinze) dias para defesa, a ser apresentada por escrito, instruída com os documentos em que se fundamentar e firmada pelo autuado, por seu representante legal ou por mandatário com poderes expressos.

§1º A não apresentação de defesa será certificada nos autos, prosseguindo o processo com a prática dos atos processuais subsequentes.

§2º O autuado poderá, a qualquer tempo, ingressar nos autos, prosseguindo o processo na fase em que se encontra.

Art. 30 Encerrada a instrução, o autuado terá o direito de se manifestar no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Art. 31 Concluída a fase de instrução e encerrado o prazo para apresentação de alegações finais, os autos serão encaminhados à autoridade competente para decidir sobre a aplicação de penalidades, conforme estabelecido em regulamento próprio.

Art. 32 A decisão proferida será fundamentada e motivada, reconhecendo ou não a ocorrência de infração e aplicando as penalidades cabíveis quando for o caso.

§1º O autuado será sempre intimado da decisão, devendo constar da intimação:

I - Nome e identificação do autuado, seu CPF ou CNPJ;

II - Número do processo administrativo;

III - Teor da decisão;

IV - Quando houver condenação ao pagamento de multa, o valor devido, com sua fundamentação legal e remessa de Guia de Recolhimento da União - GRU com a respectiva data de vencimento;

V - Prazo para apresentação de recurso ou para efetuar o pagamento da multa; e

VI - Informação de que o pagamento fora dos prazos previstos na legislação em vigor acarretará a devida atualização do débito.

§2º Havendo na decisão inexatidão material, poderá ela ser corrigida de ofício ou a requerimento da parte interessada, reabrindo-se prazo para recurso.

Art. 33 Comprovada a prática de duas ou mais infrações de natureza diversa, serão aplicadas, cumulativamente, as penalidades correspondentes a cada uma delas.

Art. 34 Será caracterizada como infração administrativa continuada a prática, pelo mesmo agente, de mais de uma ação ou omissão que configurem a mesma infração administrativa e que, pelas condições de tempo, segmento de mercado e maneira de execução, indiquem a existência de relação de continuidade entre as condutas praticadas.

Parágrafo único. Nos casos de infração administrativa continuada deverá ser agravada a sanção, conforme critérios a serem disciplinados em ato normativo de cada agência reguladora.

Art. 35 Da decisão administrativa que aplicar penalidade, caberá recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, que será dirigido ao órgão que proferiu a decisão, o qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à Diretoria Colegiada, que terá 30 (trinta) dias para decidir.

Art. 36 Os recursos não têm efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade julgadora poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Art. 37 As decisões proferidas pela Diretoria Colegiada são irrecuráveis na esfera administrativa, salvo na hipótese de decisões proferidas pela Diretoria Colegiada em única instância, das quais caberá pedido de reconsideração, distribuindo-se os autos a novo relator.

Parágrafo único. Aplicam-se aos pedidos de reconsideração, no que couber, as regras referentes ao recurso.

Art. 38 Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a inadequação da penalidade aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção anteriormente aplicada.

Art. 39 A Agência poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

§ 1º A decisão de extinção do processo poderá ser tomada de forma monocrática pelo Diretor-Geral ou pelo Diretor-Relator do processo, de ofício ou por meio de requerimento da parte interessada.

§ 2º Da decisão monocrática referida no §1º caberá agravo à Diretoria Colegiada, no prazo de 10 (dez) dias, devendo o recurso ser dirigido ao Diretor que proferiu a decisão.

Seção V

Das sanções

Art. 40 As sanções pela prática de atos infracionais serão estabelecidas nas respectivas legislações, podendo consistir, entre outras, em:

I - advertência;

II - multa;

III - obrigação de fazer ou não fazer;

IV - interdição de estabelecimento;

V - impedimento ao exercício de atividade econômica, enquanto não sanada a infração;

VI - cassação de licença;

VII - revogação de autorização;

VIII - caducidade da concessão ou permissão.

Art. 41 Para determinação da sanção aplicável, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, e a reincidência.

§1º A sanção de advertência não poderá ser aplicada quando constatada a reincidência específica.

§2º A sanção de multa, inclusive diária, poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção e, na sua aplicação, serão considerados a condição econômica do infrator e a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Art. 42 As circunstâncias agravantes ou atenuantes serão consideradas após a cominação da pena-base, na forma estabelecida em norma específica, e implicarão o aumento ou a redução na penalidade estabelecida.

Art. 43 Em caso de sociedade constituída com abuso de forma, fraude à lei ou violação ao interesse público, com objetivo de burla à aplicação de sanção administrativa, poderá a autoridade julgadora, em decisão fundamentada, observado o contraditório e a ampla defesa, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para estender os efeitos da sanção aos sócios e às sociedades por eles irregularmente constituídas.

Art. 44 As sanções consistentes em obrigação de fazer e de não fazer poderão ser aplicadas exclusiva ou cumulativamente à sanção de multa, quando a autoridade competente, valendo-se da oportunidade e conveniência, verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta à sancionada será mais razoável e adequada para o atingimento do interesse público, devendo a escolha ser devidamente motivada, observada a legalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a economicidade.

Art. 45 As sanções consistentes em obrigação de fazer e de não fazer devem observar os seguintes parâmetros:

I não podem se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados;

II devem estar estritamente relacionadas com a infração cometida, sendo vedada a determinação de prática ou abstenção de ato que não tenha relação com a conduta irregular apenada;

III devem buscar melhorias para a atividade regulada atingida, de preferência na área afetada, de modo a beneficiar os seus usuários.

§1º O ônus da prova do cumprimento da ordem mandamental imposta pela autoridade competente recairá sobre o sancionado, que, dentro do prazo fixado na decisão condenatória, deverá comprovar o cumprimento da obrigação.

§2º O não atendimento da ordem emanada pela

autoridade administrativa implicará a conversão da sanção de obrigação de fazer ou de não fazer em multa, independentemente de responsabilização civil ou criminal, que levará em consideração o grau de cumprimento da obrigação imposta e a gravidade da infração originalmente cometida.

§3º As sanções consistentes em obrigação de fazer e não fazer não se confundem com a determinação para reparação de danos aos usuários prejudicados, nem com medidas de caráter meramente acautelatório.

Art. 46 Poderá ser imposta multa diária pela continuidade da infração após a decisão da agência reguladora.

§ 1º O valor da sanção de multa diária deverá observar a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado pela referida lei, e ser fundamentado pela Agência.

§ 2º A intimação da sanção de multa diária deverá conter, no mínimo, a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento.

§ 3º A sanção de multa diária incide a partir do primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova intimação para tanto.

§ 4º A aplicação da sanção de multa diária não exclui a aplicação das demais sanções administrativas estabelecidas em lei específica.

Seção VI

Do Compromisso de Ajustamento de Conduta

Art. 47 A agência reguladora poderá tomar Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) com concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços, bem como com outros administrados sujeitos às suas respectivas regulamentações, com vistas a adequar a conduta da compromissária às disposições legais, regulamentares ou contratuais, mediante o estabelecimento de compromissos.

Parágrafo único. Os TAC regidos por esta Lei contemplarão processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa.

Art. 48 O TAC terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 49 O TAC será firmado pelo Diretor-Geral, após deliberação da Diretoria Colegiada, e pelo representante legal da compromissária.

Parágrafo único. A compromissária deverá comprovar a sua regularidade fiscal antes da celebração do TAC.

Art. 50 O TAC poderá ser proposto, a qualquer tempo, de ofício pela agência reguladora ou mediante requerimento de concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços, e de demais administrados sujeitos à agência reguladora.

Parágrafo único. O requerimento de TAC e a sua celebração não importam em confissão da compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Art. 51 Não será admitido o requerimento de TAC:

I - quando a compromissária houver descumprido um TAC há menos de 05 (cinco) anos, contados da data da emissão do respectivo Certificado de Descumprimento;

II - quando, por infração da mesma natureza, a compromissária tiver celebrado TAC nos últimos 02 (dois) anos;

III - quando a proposta apresentada tiver por objetivo restringir cláusulas ou responsabilidades assumidas em outro TAC ainda vigente, ressalvado o disposto no artigo 58;

IV - quando houver orientação contrária à celebração de TAC, seja da agência reguladora, de órgão de controle externo ou do Poder Judiciário;

V - quando, em avaliação de conveniência e oportunidade, não se vislumbrar interesse público na celebração do TAC.

Art. 52 Durante o período de celebração e vigência do TAC, a tramitação dos processos administrativos a que ele se refere será suspensa, ressalvando-se:

I - a prática de atos cuja suspensão possa redundar

em dano grave e irreparável ou de difícil reparação à instrução dos processos contemplados no TAC;

II - a guarda, pela compromissária, de documentos e informações relativas às condutas que constituam objeto do TAC e dos processos a que ele se refere.

Parágrafo único. A suspensão do processo administrativo a que se refere este artigo dar-se-á somente em relação à compromissária que firmou o TAC, seguindo o processo seu curso regular para os demais.

Art. 53 São cláusulas obrigatórias do TAC:

I - cronograma de metas e obrigações voltadas à regularização da situação e conduta da Compromissária, bem como de prevenção à prática de ações semelhantes;

II - cronograma de metas e obrigações para a reparação de danos causados aos eventuais usuários atingidos;

III - cronograma de metas e obrigações para a adoção de novos métodos ou tecnologias que impliquem em benefícios a usuários e/ou melhorias no serviço prestado;

IV - descrição dos meios, condições e área de abrangência das condutas ajustadas e dos compromissos celebrados no TAC;

V - obrigação de prestação de informações periódicas à agência reguladora sobre a execução do cronograma de metas e condições dos compromissos;

VI - multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, inclusive multas diárias pelo atraso na sua execução, quando for o caso;

VII - relação de processos administrativos, com as respectivas multas aplicadas ou estimadas a que se refere o TAC, quando for o caso;

VIII - determinação do valor de referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, nos termos do art. 56;

IX - prazo de vigência, que não poderá ser superior a 4 (quatro) anos, improrrogáveis.

§ 1º A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos deverá corresponder a uma fração do valor de referência

do TAC.

§ 2º No caso de processos administrativos com multa aplicada, para fins de fixação de Valor de Referência do TAC, serão considerados os valores de multa corrigidos.

§ 3º Na hipótese de os compromissos adicionais envolverem serviços prestados por outras sociedades empresárias do grupo econômico integrado pela compromissária, o TAC deverá ser subscrito pelos representantes legais de todos os envolvidos.

Art. 54 O valor de referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento.

Parágrafo único. Caso o TAC verse exclusivamente sobre condutas que não caracterizem infração administrativa, o valor de referência será estipulado tendo por base o valor estimado dos compromissos assumidos pela Compromissária.

Art. 55 O processo administrativo será arquivado ao término do prazo de vigência do TAC, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo, com a emissão do certificado de cumprimento.

Art. 56 Constatados indícios de descumprimento de uma obrigação do TAC:

I – a compromissária será intimada para, no prazo máximo de 10 (dez) dias, apresentar a sua manifestação;

II – caso consideradas improcedentes as alegações da compromissária:

a) havendo interesse na execução do TAC, mesmo com o descumprimento da obrigação, serão aplicadas as multas e sanções previstas no compromisso para o inadimplemento da respectiva cláusula;

b) não havendo mais interesse na execução do TAC, será emitido certificado de descumprimento e aplicadas as sanções nele previstas, além do prosseguimento do processo administrativo e das demais medidas

administrativas e judiciais cabíveis;

III - caso consideradas procedentes as alegações da compromissária, prosseguir-se-á com a execução do TAC até o seu termo final.

Art. 57 A celebração de TAC perante uma agência reguladora não impede a realização de outros acordos entre a compromissária e outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Parágrafo único. Havendo TAC já firmado com outro órgão ou entidade em relação aos mesmos fatos, a agência reguladora interessada em tomar novo compromisso poderá levar em consideração as obrigações já assumidas pela compromissária.

Art. 58 As condições do TAC poderão ser alteradas caso se comprove sua excessiva onerosidade para a compromissária, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou a coletividade.

Art. 59 Os requerimentos de celebração de TAC que estiverem em trâmite na agência reguladora quando da entrada em vigor desta Lei devem se adequar às novas diretrizes, no caso de persistência do interesse no ajustamento de conduta.

CAPÍTULO IV DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Art. 60 As concessionárias ou permissionárias de serviço público assim como os demais detentores de títulos habilitantes ao exercício de atividades econômicas reguladas poderão requerer à respectiva agência reguladora a instauração de procedimento de mediação ou conciliação, visando à solução consensual de controvérsias específicas do setor entre agentes regulados, por meio da celebração de Termos de Acordo, os quais serão vinculantes para os interessados e irretroatáveis.

§1º. Caso já se tenha procedido à judicialização da controvérsia, as partes poderão submeter-se ao

procedimento de mediação previsto neste capítulo, desde que requeiram ao juiz da causa a suspensão do processo judicial em curso pelo prazo necessário à composição consensual do litígio, ou à constatação de sua impossibilidade, que não poderá ser inferior a 180 (cento e oitenta) dias, contados da instauração do procedimento de mediação.

§2º Aplicar-se-ão as mesmas regras na hipótese da controvérsia ter sido submetida à arbitragem, conforme estabelecida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

Art. 61 O procedimento de conciliação será conduzido por um servidor da agência reguladora nomeado ad hoc, o qual deverá possuir comprovado conhecimento na respectiva área técnica ou científica, objeto da controvérsia.

Art. 62 A mediação poderá abranger todo o conflito ou apenas parte dele, podendo versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§1º Os acordos relacionados a direitos indisponíveis, mas transigíveis, serão homologados judicialmente, ouvido o órgão do Ministério Público Federal.

§2º Aplicar-se-á, no que couber, ao procedimento de mediação disciplinado neste Capítulo a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Art. 63 Não sendo possível alcançar consenso entre os interessados, o conflito poderá ser submetido a um procedimento de arbitragem por meio de requerimento dirigido pelos interessados ao Diretor-Geral da agência reguladora.

Art. 64 O procedimento de arbitragem será realizado por uma comissão especialmente designada, mediante nomeação pela Diretoria Colegiada, a qual será formada por três servidores efetivos e estáveis com comprovado conhecimento na área da questão controvertida.

Art. 65 A comissão proferirá decisão, por unanimidade ou maioria, motivada no voto condutor, com efeito vinculante, da qual serão intimados todos os interessados,

sendo seu extrato publicado no Diário Oficial da União.

Art. 66 Da referida decisão caberá recurso administrativo à Diretoria Colegiada, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação da decisão aos interessados, que decidirá a controvérsia de forma definitiva na esfera administrativa.

Art. 67 Os mediadores, conciliadores e membros da comissão de arbitragem sujeitam-se às normas de impedimento e suspeição estabelecidas na Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

Art. 68 O Termo de Acordo firmado pelos interessados terá eficácia de título executivo extrajudicial.

CAPÍTULO V DA COOPERAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OUTROS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seção I

Disposições Preliminares

Art. 69 A cooperação entre agências reguladoras e outros entes e órgãos da administração pública federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal será realizada de modo permanente, preferencialmente mediante a celebração de convênios, acordos de cooperação técnica e ajustes congêneres, com o objetivo de melhoria da ação fiscalizadora, simplificação de procedimentos e promoção da clareza das normas e das decisões regulatórias.

Parágrafo único. Para implementação do disposto no caput, a Diretoria Colegiada poderá contar com o assessoramento de um comitê interno especializado formado por servidores da agência reguladora para essa finalidade específica.

Seção II

Da Interação entre as Agências Reguladoras e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Art. 70 Com vistas à promoção da concorrência e à

eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as agências reguladoras atuarão de forma coordenada.

Art. 71 No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a cooperar com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no cumprimento da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Art. 72 A interação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE terá como objetivo a facilitação do exercício das competências do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e da Superintendência-Geral, especialmente nos procedimentos administrativos previstos no art. 48, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, mediante a troca de informações, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso.

§ 1º Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução.

§ 2º Os pareceres de que trata o §1º serão encaminhados pelas agências reguladoras no prazo máximo de trinta dias contados do recebimento do pedido.

Art. 73 As agências reguladoras solicitarão à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda parecer prévio sobre minutas de normas, regulamentos e editais de licitação em processos de desestatização antes da sua disponibilização para consulta pública, a fim de colher manifestação acerca dos seus eventuais potenciais impactos nas condições de concorrência nos mercados.

Art. 74 Quando, no exercício das suas atribuições, as agências reguladoras tomarem conhecimento da ocorrência de ato de concentração nos termos dos arts. 88 e seguintes da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, ou de fato que possa configurar infração à ordem

econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos competentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para que esses adotem as providências previstas em lei específica. Art. 75 Sem prejuízo das suas competências legais, o CADE notificará as agências reguladoras do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão.

Seção III

Da Interação entre as Agências Reguladoras e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

Art. 76 As agências reguladoras articularão sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário dos serviços regulados, quando for o caso, observado o disposto na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 e na legislação específica que organizar o setor regulado.

Art. 77 As agências reguladoras poderão formalizar convênios, acordos de cooperação técnica ou ajustes congêneres com a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor e órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para a atuação coordenada no tocante à fiscalização de infrações no âmbito das relações de consumo, nos termos da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 e da legislação específica que organizar o setor regulado.

Art. 78 Será promovida, pelas agências reguladoras, mediante convênio, acordo de cooperação técnica ou ajuste congênere firmado com o Ministério da Justiça a integração dos dados de suas ouvidorias com os do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, com o objetivo de:

I - obter diagnósticos precisos acerca das demandas de consumo;

II - criar uma estrutura institucional para a elaboração de políticas públicas de promoção e defesa dos direitos do consumidor.

Art. 79 As agências reguladoras convidarão a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor para participar de consultas e audiências públicas realizadas em processos normativos ou decisórios que potencialmente afetem direitos e interesses dos consumidores ou usuários dos serviços regulados.

Seção IV

Da Interação entre as Agências Reguladoras e o Sistema Nacional do Meio Ambiente

Art. 80 As agências reguladoras articularão sua atuação com a do Sistema Nacional do Meio Ambiente, visando à implementação das políticas públicas setoriais.

Art. 81 As agências reguladoras poderão formalizar convênios, acordos de cooperação técnica ou ajustes congêneres com o Conselho Nacional do Meio Ambiente e demais órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente, para atuação coordenada, especialmente com a finalidade de:

I - viabilizar a participação das agências reguladoras no processo de elaboração de normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, de competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente;

II - viabilizar a participação dos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente nas consultas públicas realizadas no âmbito do processo normativo das agências reguladoras;

III - viabilizar a participação das agências reguladoras no processo de elaboração de normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais;

IV- realizar a troca de informações necessárias à elaboração de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos no caso

de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional;

V – promover a simplificação dos procedimentos de licenciamento ambiental em licitações que tenham como objetivo a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Seção V

Da cooperação entre as Agências Reguladoras e os órgãos de regulação estaduais, do Distrito Federal e municipais

Art. 82 As agências reguladoras de que trata esta lei promoverão, a seu critério, a descentralização de suas atividades complementares de regulação, controle e fiscalização, mediante convênios, acordos de cooperação técnica e ajustes congêneres firmados com as das agências reguladoras dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º A cooperação de que trata o caput será instituída desde que as agências reguladoras dos demais entes federativos possuam serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento da agência reguladora federal.

§ 2º A execução pelos Estados, Distrito Federal e pelos municípios das atividades delegadas não dispensa o acompanhamento e a avaliação pela agência reguladora federal.

§ 3º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, o ente regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal que receber a delegação atuará no estrito limite da competência delegada, conforme discriminado no convênio, acordo de cooperação técnica ou ajuste congênere.

§ 4º Não será objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo, a decisão de recursos administrativos ou as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

§ 5º Para o estrito fim de viabilizar a cooperação ajustada, os atos de caráter normativo editados pelo órgão regulador estadual ou municipal que receber a delegação deverão se harmonizar com as normas expedidas pela agência reguladora federal.

CAPÍTULO VI DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

Seção I

Da divulgação de informações e das normas gerais de participação

Art. 83 Com o objetivo de viabilizar a participação da sociedade nos processos administrativos, cada agência reguladora disponibilizará, por diversos meios, o conjunto de informações necessário.

Art. 84 Sem prejuízo de outros institutos que venham a ser adotados, considerar-se-á como de observância obrigatória a divulgação do seguinte conjunto de informações:

I - agenda regulatória plurianual: conterá as diretrizes gerais da política regulatória da agência reguladora, tendo como base os planos plurianuais expedidos pelo governo federal, devendo ter a duração de quatro anos;

II - agenda anual: conterá as diretrizes específicas da política regulatória anual a ser implementada pela agência reguladora;

III - relatório anual de Atividades da Agência: conterá informações acerca das atividades efetivamente desenvolvidas pelas agências reguladoras;

IV - relatório anual de comportamento dos agentes regulados: conterá informações acerca do cumprimento das normas regulatórias pelos agentes regulados.

§1º Os documentos acima elencados serão disponibilizados no sítio eletrônico da agência reguladora e encaminhados ao Congresso Nacional em até 60 dias contados da data de sua conclusão.

§ 2º O relatório anual conterá informações acerca do comportamento dos agentes regulados e conterá, no mínimo, as seguintes informações estruturadas em forma de classificação:

I - cumprimento de decisões e metas estabelecidas pela regulação setorial;

II - quantitativo de reclamações recebidas e de sanções aplicadas;

III - quantitativo de TACs firmados, estágio de sua execução ou informações sobre seu descumprimento, quando for o caso;

IV - quantitativo de ações judiciais, nos termos do § 3º.

§ 3º A agência reguladora exigirá dos agentes regulados a apresentação do quantitativo de demandas judiciais em que figurem consumidores ou usuários, de um lado, e empresas do setor regulado, de outro, em periodicidade semestral.

Art. 85 Cada agência reguladora manterá um sistema informatizado, sem limitação de acesso de pesquisa, contendo no mínimo as seguintes informações:

I - minutas de atos normativos em discussão;

II - atos normativos editados e em vigor;

III - decisões e deliberações da agência reguladora;

IV - orientações e enunciados da agência reguladora;

V - pautas de reunião da Diretoria Colegiada;

VI - atas das reuniões da Diretoria Colegiada;

VII - os documentos a que se refere o art. 86.

§1º As informações serão veiculadas em linguagem clara e objetiva, acessível a todos os públicos.

§2º As informações que sejam de conteúdo relevante serão disponibilizadas segundo o princípio do acesso amplo e irrestrito, atendendo aos públicos deficientes auditivo e visual, primordialmente.

§3º A agência reguladora manterá um registro gratuito dos interessados em receber notificações eletrônicas

referentes à abertura de prazos para manifestação em processos administrativos normativos.

Art. 86 A agência reguladora promoverá ações de divulgação de suas atribuições, concernentes às regras básicas do setor regulado, bem como quanto aos direitos e deveres dos agentes regulados e respectivos consumidores.

Parágrafo único. Tais ações poderão consistir em mecanismos de caráter permanente ou em atividades esporádicas, tais como a produção de cartilhas informativas e a realização de programas de divulgação em instituições de ensino.

Seção II

Das consultas e audiências públicas

Art. 87 Sem prejuízo de outras formas de participação na elaboração dos atos regulatórios que venham a ser definidas por ato próprio, de cada agência reguladora, é obrigatória a observância dos mecanismos a seguir elencados, que poderão ser adotados, individual ou conjuntamente, a depender da complexidade do ato:

I - consulta pública;

II - audiência pública;

§ 1º Os prazos e os procedimentos das consultas e audiências públicas serão divulgados com antecedência mínima de quinze dias a partir da data prevista para realização do ato, devendo as consultas públicas permanecer abertas pelo prazo mínimo de trinta dias.

§ 2º As contribuições recebidas nas consultas e audiências públicas deverão ser consolidadas em relatório motivado e enviadas à Diretoria Colegiada para deliberação.

§ 3º A realização de consulta pública será precedida de aprovação pela Diretoria Colegiada no âmbito do processo administrativo referente ao seu objeto, visando à coleta de subsídios e informações dos agentes econômicos referentes a cada setor regulado, devendo ser observados os seguintes critérios:

I - Abertura mediante publicação de aviso de consulta

pública no Diário Oficial da União e no respectivo sítio eletrônico de cada agência reguladora;

II - Disponibilização de todos os documentos pertinentes à consulta pública no sítio eletrônico de cada agência reguladora;

III - Disponibilização da análise das contribuições recebidas, contendo a respectiva justificativa acerca do seu acolhimento ou rejeição, no prazo de 10 (dez) dias contados da data de encerramento da consulta pública.

§ 4º As propostas e seus respectivos fundamentos deverão ser apresentados em linguagem clara, objetiva e acessível ao público em geral.

§ 5º A proposta objeto da consulta pública disporá da avaliação do impacto regulatório, quando possível e pertinente.

§ 6º A critério do Diretor-Relator, na audiência pública poderá ser realizada uma apresentação técnica sobre o seu objeto.

§ 7º A audiência pública será gravada e poderá, havendo viabilidade técnica e econômica, ser transmitida ou receber contribuições por videoconferência ou Internet, assegurado aos interessados o direito à obtenção de cópia da gravação, observados os procedimentos de cada agência reguladora, anexando-se o áudio e a transcrição ao processo correspondente.

§ 8º A depender do grau de complexidade da matéria tratada, o formato das audiências públicas deverá ajustar-se às peculiaridades do caso concreto, sobretudo, no que se refere aos grupos de interesses envolvidos, visando a assegurar a mais ampla participação popular.

Seção III

Da participação nas fases de execução e fiscalização dos atos regulatórios

Art. 88 Sem prejuízo das atribuições da Ouvidoria previstas nesta lei, a agência reguladora poderá criar uma ou mais comissão composta de usuários, consumidores, agentes econômicos, representantes da sociedade

civil, dentre outros, a qual exercerá função de caráter consultivo.

CAPÍTULO VII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 89 Visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, as nomeações dos Diretores observarão os seguintes critérios de duração dos mandatos, nessa ordem:

I - 2 (dois) anos para os primeiros 2 (dois) mandatos vagos; e

II - 3 (três) anos para o terceiro e o quarto mandatos vagos.

§ 1º Os mandatos dos Diretores e do Procurador-Chefe em exercício na data de entrada em vigor desta lei serão mantidos até o seu término original, devendo as nomeações subsequentes à extinção desses mandatos observar o disposto neste artigo.

Art. 90 Nas agências reguladoras em que não houver mandato do Procurador-Chefe, este será nomeado no prazo de até 60 (sessenta) dias contados da entrada em vigor desta lei.

Art. 91 Aplicam-se subsidiariamente a esta lei as disposições da Lei nºs. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 92 Revogam-se os arts. 4º, 5º, 29 e 34 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; 20, 23, 24, 25 e 27 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; 11 e 75 da Lei nº 9.478/97, de 6 de agosto de 1997; 5º, 10, 11, 12, §1º do art. 15 e 29 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999; 6º, 7º, 8º, § 1º do art. 10 e 31 da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000; 9º e 10 da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000; 53, 54, 55, 56, 62, 63 e 64 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; 8º e parágrafo único do art. 9º da Medida Provisória 2228-1, de 06 de setembro de 2001; 9º, 10, 12, 13, 15, 18 e 19 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e demais disposições em contrário.

Art. 93 Esta lei entrará em vigor 90 (noventa) dias após

a sua publicação.

Art. 94 As agências reguladoras adaptarão seus atos normativos ao disposto nesta lei no prazo de 90 (noventa) dias contados da sua entrada em vigor.

Brasília, [] de [] de [] de []; []º da Independência e []º da República.

Sobre os autores

SÉRGIO GUERRA (ORG.)

Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, na qual ocupa o cargo de Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação e Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação. Embaixador da Yale University no Brasil, onde foi Visiting Researcher na Yale Law School (2014). Editor da Revista de Direito Administrativo - RDA. Coordenador do Curso International Business Law da University of California (Irvine, EUA). Consultor Jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

PATRÍCIA SAMPAIO (ORG.)

Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia CPDE/FGV Direito Rio.

DANIELLE DUARTE

Mestranda em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Agente Executivo da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), Advogada.

GABRIEL COZENDEY

Mestrando em Direito da Regulação na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador bolsista visitante no Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg, Alemanha). Advogado.

LEONARDO GOMES RIBEIRO GONÇALVES

Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Especialista em direito público pela PUC Minas e MBA em gestão e business law pela EBAPE/EPGE. Procurador do Estado do Piauí, onde atua como consultor jurídico junto à Superintendência de Parcerias Público-Privadas e Concessões da Secretaria de Governo. Advogado.

LUIS LOPES MARTINS

Mestrando em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Assessor de Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Pesquisador-bolsista vinculado ao Centro de Pesquisa em Direito e Economia da Fundação Getulio Vargas - CPDE/FGV Direito Rio.

MAÍRA AYRES TORRES

Mestranda em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Advogada.

MARIAM DAYCHOUM

Mestranda no Instituto de Economia da UFRJ. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia - CPDE/FGV Direito Rio.

PAULO WUNDER DE ALENCAR

Mestrando em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Coordenador de Segurança e Inteligência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

RAFAEL VÉRAS

Mestrando em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Advogado.

ROMILSON DE ALMEIDA VOLOTÃO

Mestrando em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Advogado da União e Coordenador da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal no Rio de Janeiro.



Este livro foi produzido pela FGV DIREITO RIO,
composto com a família tipográfica Gotham e
impresso em papel offset, no ano de 2016.

O livro apresenta uma proposta de normatização das diferentes espécies de processos administrativos que tramitam nas agências reguladoras federais. Trata-se de uma coletânea de artigos que fornece fundamentação doutrinária para o anteprojeto de lei sugerido ao final. A pesquisa, realizada no âmbito do Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, busca trazer uma contribuição para o aprimoramento do arcabouço jurídico que embasa o exercício das funções regulatórias no país.

