

Eficiência e eficácia de sistemas de regulação: o caso brasileiro

Luiz Alberto dos Santos

Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais
Casa Civil - Presidência da República - Brasil

1 Introdução

O Governo Brasileiro vem promovendo a reavaliação e reformatação institucional das Agências Reguladoras, visando a melhorar a qualidade da gestão dessas instituições e assegurar-lhes condições de operação adequadas ao contexto da governabilidade democrática.

Em abril de 2004, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.337, que “Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências”. Com esta proposta, que será oportunamente analisada no decorrer do texto, pretende o Governo Federal promover a revisão da legislação em vigor e a criação de uma “Lei Geral” das Agências Reguladoras. Espera-se, assim, estruturar um aparelho regulador e fiscalizador em conformidade com as necessidades brasileiras.

Enquanto aguarda a sua aprovação, o Governo Federal brasileiro avança em outras frentes, com vistas a assegurar que as agências reguladoras possam atuar com maior eficiência, eficácia e sob melhores instrumentos de controle social e de gestão, sem prejuízo de sua autonomia técnica e decisória. Tal preocupação decorre do próprio texto da Constituição Federal, que erigiu o princípio da eficiência como um dos princípios basilares da Administração Pública.

Entre os instrumentos acima mencionados, acha-se a implementação e aperfeiçoamento de mecanismos de supervisão ministerial e adequação da atuação das Agências às políticas e diretrizes governamentais. Além disso, é necessário aperfeiçoar o sistema de indicações para cargos de dirigentes de agências reguladoras, com definições mais precisas de atributos e qualificações a serem exigidas dos seus ocupantes, e o desenvolvimento de competências em regulação, ampliando o número de *experts* em regulação setorial e gestão dessas novas instituições.

Nesse contexto, o fortalecimento institucional das Agências Reguladoras e a criação de mecanismos que assegurem a melhoria da qualidade da regulação e da gestão do sistema regulatório, sua maior eficiência, transparência e legitimidade, tornam-se um imperativo decorrente do compromisso com o desenvolvimento econômico do país, o aperfeiçoamento das instituições, o fortalecimento da livre iniciativa e a ampliação da democracia.

O presente estudo visa abordar as medidas que o Governo Federal brasileiro vem adotando, desde 2003, com esse objetivo, tendo como referência algumas experiências internacionais, bem assim os obstáculos e dificuldades para tanto, num contexto de grande complexidade, sob os aspectos político, econômico e jurídico.

2 A proposta de nova Lei Geral as Agências Reguladoras no Brasil

O Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, busca constituir-se numa “Lei Geral das Agências Reguladoras” do Governo Federal do Brasil, ajustando e harmonizando o arcabouço jurídico e institucional que rege essas entidades de natureza autárquica especial, criadas a partir de 1997 para regular setores específicos da economia.

Trata-se de proposição que resultou de um processo iniciado cerca de um ano antes, quando o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva solicitou à Casa Civil da Presidência da República que coordenasse os trabalhos de um grupo técnico com o propósito de diagnosticar, inicialmente, a situação das agências reguladoras federais no Brasil e elaborar um relatório apontando as necessidades de adequação no marco legal das agências reguladoras.

Ao longo dos quatro meses em que desenvolveu suas atividades, o Grupo de Trabalho promoveu o levantamento dos principais problemas na gestão das políticas públicas setoriais, ouviu parlamentares com atuação nos debates sobre regulação no Congresso Nacional e consultou extensa literatura nacional e estrangeira acerca das questões relacionadas, tanto com o formato institucional das agências reguladoras no Brasil, quanto com o desenho de instituições regulatórias genericamente considerado.

Em julho de 2004, o Grupo de Trabalho concluiu uma primeira versão de seu relatório de trabalho, o qual foi discutido no âmbito do Comitê Executivo da Câmara de Políticas de Infra-Estrutura e da Câmara de Política Econômica do Conselho de Governo da Presidência da República. As sugestões oriundas das discussões havidas nas duas Câmaras foram analisadas e incorporadas no documento final do Grupo, submetido à apreciação do Presidente da República em 2 de setembro de 2003.

Conforme registrado na Exposição de Motivos nº 12, o então Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, José Dirceu, apontou que a preocupação do Presidente da República com a atuação das agências permitiu aclarar uma série de ambigüidades sobre o papel e as condições de funcionamento dessas entidades na atual configuração institucional dos órgãos regulatórios da infra-estrutura. Registra, ainda, que

“O trabalho do Grupo chegou à conclusão que o modelo de agências independentes, não obstante a necessidade de aprimoramento do quadro atual, é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia. Afirmou-se, portanto, o papel das agências tanto do ponto de vista conceitual quanto à luz do direito positivo pátrio, para que os consumidores obtenham serviços com qualidade, diversidade, quantidade e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do negócio e o retorno do investimento. As discussões dentro do Governo levaram à conclusão que a presença das agências reguladoras é indispensável para a atração dos investimentos privados; para a redução do chamado “risco de captura” do processo regulatório por grupos de interesse; e para a necessidade de fortalecer as agências.”¹

Aprovadas pelo Presidente da República as suas diretrizes e princípios e recomendações gerais, foi iniciada, sob a coordenação da Casa Civil, a elaboração dos instrumentos legislativos necessários. As primeiras versões dos projetos de lei elaborados foram concluídas no final de agosto de 2003. As minutas elaboradas foram submetidas a consulta pública, tendo sido apresentadas 658 propostas de alteração a dispositivos diversos. Cerca de 65% das contribuições foram enviadas por pessoas jurídicas – entre organizações não-governamentais, empresas e entidades de classe, a maior parte representativas

¹ Brasil. Presidência da República. Exposição de Motivos nº 12, de 12 de abril de 2004. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/28-MCTMDICMFCIVIL.htm.

de empresas de setores regulados – e 35% por pessoas físicas, inclusive advogados especializados em regulação, consumidores e cidadãos em geral.

Durante trinta dias, a equipe técnica da Casa Civil da Presidência da República promoveu a análise das propostas, consolidando-as e avaliando-as, e elaborando novas versões do texto que veio a ser apresentado aos Ministros de Estado para aprovação e encaminhamento ao Presidente da República.

Em janeiro de 2004, foi concluída a tarefa de elaboração do texto final; no entanto, novas propostas de alteração foram apresentadas pelo Ministério da Fazenda, as quais exigiram novas rodadas de discussão entre as equipes técnicas. Em abril de 2004 foi enviada, finalmente, após mais de um ano do início das discussões sobre o tema, uma proposta ao Congresso Nacional que objetiva, essencialmente, superar as dificuldades identificadas no funcionamento das Agências, e promover os aperfeiçoamentos considerados necessários. Para tanto, foram propostas alterações em dez leis federais, além da fixação de novas regras que, uma vez aprovadas, segundo a Exposição de Motivos que acompanha o projeto, serão instrumentos de grande importância e efetividade para o aperfeiçoamento das Agências Reguladoras Federais.

A proposta enviada ao Congresso Nacional visa promover a revisão da legislação em vigor para aperfeiçoar o aparelho regulador e fiscalizador e avançar no rumo da maior legitimação das agências. Tal legitimação significa tornar as Agências socialmente controladas, transparentes, eficientes e efetivamente comprometidas com o interesse dos consumidores e usuários de serviços públicos regulados, zelando pelo cumprimento dos contratos de concessão, fomentando a competitividade, induzindo à universalização de serviços, aplicando a legislação relativa à fixação de tarifas e arbitrando conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários, tornando-se, dessa forma, aptas a enfrentar não apenas as “falhas de Governo” mas também as “falhas do mercado”. Para tanto, busca dar maior clareza ao papel das agências, restituindo-se aos ministérios a competência para adotar decisões políticas no que se refere à concessão e permissão de exploração de serviços públicos, por meio de outorgas, e maior ênfase aos mecanismos de *accountability* e transparência em sua gestão.

Assim, visa o Projeto de Lei “*deixar claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabe aos órgãos da administração direta. Às agências reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial.*” Contudo, o Governo admite a possibilidade de delegar o exercício das competências de Poder Concedente às Agências Reguladoras, tendo em vista a natureza eminentemente técnica dessas atividades. Assim, caso entendam adequado à natureza das atividades e ao setor regulado, os Ministros de Estado poderiam delegar essas tarefas às agências, situação em que estas as exerceriam em caráter privativo, enquanto vigorasse a delegação. Mantém-se, ainda, na esfera das Agências Reguladoras, a competência de promover os **procedimentos licitatórios**, de modo a superar-se as críticas de que a realização de licitações pelo Poder Concedente^{2 e 3}, que também é acionista ou controlador de empresas que poderiam estar participando das licitações, feriria o princípio da igualdade entre os licitantes, e também assegurar-se a observância de aspectos técnicos que irão ter direta consequência nas funções de

² Ministério não precisa fazer as licitações, diz Dilma. Valor On Line, 25 set 2003.

³ Além disso, a maior porosidade do Ministério a pressões políticas poderia distorcer os resultados das licitações cfe. BARROS, José Roberto Mendonça de & BAER, Mônica. Mudanças nas agências reguladoras: avanços e riscos. O Estado de São Paulo, 5 out 2003. Essa, porém, não é a opinião do ex-Ministro das Comunicações Luiz Carlos Mendonça de Barros (BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. A questão das agências reguladoras. Folha de São Paulo, 26 set 2003). Em suas palavras:

“... não me incomodam questões como a de atribuir responsabilidade ao Executivo para realizar as licitações para concessão de serviços públicos. Isso é uma função do governo, e não das agências. Mesmo o potencial conflito de interesses, no caso de empresas estatais que participam de licitações comandadas pelos ministérios, pode ser minimizado na medida em que esse processo será feito por meio de leilões, com regras estabelecidas por antecedência e sujeitas a consultas públicas transparentes. Qualquer desvio será de conhecimento da opinião pública e poderá ser denunciado.”

regulação e fiscalização sob sua responsabilidade.

No que se refere ao desenvolvimento de instrumentos de controle social, a proposta enfatiza o uso de consultas e audiências públicas, o papel das Ouvidorias e a utilização de contratos de gestão nas agências reguladoras, além da maior articulação das agências com os órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência, mediante a definição mais precisa de competências na área e a instituição de mecanismos de consulta e notificação recíproca sobre ações que tenham efeitos em cada campo de atividade.

Dessa forma, para tornar o controle e a participação social efetivos no processo de regulação dos setores regulados, o projeto destaca como necessidades: a) aperfeiçoar mecanismos de consulta pública, que devem ser obrigatórios para todas as agências, além da necessidade de ampla divulgação dos resultados da consulta e audiência pública realizadas (arts. 4º e 7º); b) as entidades de defesa do consumidor/usuário e da ordem econômica devem ter a prerrogativa de indicar representantes de conhecimento notório para acompanhar os processos de consulta pública, custeados – dentro das disponibilidades orçamentárias – pela própria agência (art. 4º, § 5º); c) ouvidorias devem ser criadas no âmbito de todas as agências, e o Ouvidor deve exercer em caráter privativo as suas funções, sem subordinação hierárquica à direção da Agência e sem acumulação com outras funções; d) a transparência das regras deve ser aumentada, bem como tornadas homogêneas entre as agências; e) de modo mais geral, mecanismos de prestação de contas ao Poder Legislativo devem ser rapidamente instituídos.

Segundo a E.M, o desenvolvimento de instrumentos de controle social das agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse controle atua como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória. Nesse sentido, afirma, *“a experiência internacional indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do Projeto de Lei.”*

Outro aspecto relevante abordado pela proposta é a interação entre as Agências Reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência. Segundo a E.M., a *“a prática internacional tem demonstrado a necessidade de intensa troca de informações e experiências entre setores encarregados da regulação setorial e órgãos de defesa da concorrência - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - com o propósito de encorajar ações que fortaleçam a concorrência onde esta seja possível”*. Além disso, aponta o fato de que a política de concorrência pode contribuir para o bom funcionamento das atividades reguladas fomentando a concorrência no próprio desenho do marco regulatório.

Para tanto, o Projeto de Lei propõe ampliar a interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência (arts. 15-18). No exercício de suas atribuições, as Agências Reguladoras deverão monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência. Aos órgãos de defesa da concorrência incumbe a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica. 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 e análise dos atos de concentração e processos administrativos. No exercício de suas atividades, as agências solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da

Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, e, quando tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis. O CADE deverá notificar às agências reguladoras do teor da decisão sobre condutas cometidas por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, para que sejam adotadas as providências legais.

Finalmente, o Projeto de Lei estende em caráter geral para todas as agências a exigência de celebração do contrato de gestão e de desempenho com o titular da Pasta a que estiver vinculada cada uma delas, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal. Segundo a E.M., *“trata-se de medida voltada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar meios e fins no exercício das atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades da Administração Pública, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação a necessidade de um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da Administração Pública.”*

Assim, todas as Agências Reguladoras passarão a firmar contratos de gestão com os respectivos ministérios, tornando-se o contrato de gestão e de desempenho instrumento essencial para a mediação das relações entre as Agências e o Poder Público. Esses contratos serão negociados e celebrados entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor-Geral, Diretor-Presidente ou Presidente, e cada contrato deverá ser submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da Agência Reguladora ou a uma das Câmaras do Conselho de Governo, na forma do regulamento. Será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho, tendo como objetivos aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social e aperfeiçoando as relações de cooperação da Agência com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei.

Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da Agência Reguladora, o contrato de gestão e de desempenho deverá especificar, minimamente, as metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance, estimar os recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas, e fixar as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas e a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos, bem como as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas. O contrato de gestão e de desempenho terá duração mínima de um ano, será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da Agência, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros. Caberá ao Regulamento dispor sobre os instrumentos de acompanhamento e avaliação do contrato de gestão e de desempenho, bem assim os procedimentos a serem observados para a sua assinatura e a emissão periódica de relatórios de acompanhamento e avaliação do desempenho da Agência Reguladora. Cada Agência deverá apresentar, semestralmente, tais relatórios, que deverão ser ampla e permanente divulgados e enviados ao órgão supervisor, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Tribunal de Contas da União.

Apesar das premissas adotadas pelo Projeto de constituir meios para fortalecer e legitimar a atuação das Agências, reduzindo o seu déficit democrático, a proposta gerou certa controvérsia, a partir da avaliação de setores do mercado de que as medidas propostas estariam buscando subordinar as

Agências ao controle político do Governo. Outro aspecto relevante é a intensificação da atuação do Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo vinculado ao Congresso Nacional, que vem também sendo questionada como intromissão na autonomia das agências. Tais críticas, porém, têm sido verbalizadas com maior insistência pelos próprios agentes econômicos, com o apoio de setores da mídia, embora não possam ser consideradas unânimes. Antes, revelam a desconfiança com o Governo e com o seu perfil “intervencionista” ou estatizante, razão pela qual qualquer proposta que possa, minimamente, afetar o “status quo” existente é, antes mesmo de ser analisada ou considerada pelos seus próprios méritos, duramente criticada e questionada.

Um exemplo dessas críticas é o estudo elaborado por OLIVEIRA a pedido da Confederação Nacional da Indústria, que consigna a seguinte opinião:

“A transferência do poder de concessão das agências para o Poder Executivo suscita o risco de influência política indesejada na análise das questões que devem ser estritamente técnicas.”

“O contrato de gestão pode funcionar como uma forma de pressão política indevida na atuação das agências, devendo, portanto, ser suprimido. A fiscalização das agências reguladoras, em prejuízo do controle social, deve ficar a cargo da comissão de Infra-estrutura do Senado Federal.” (Oliveira: 2004)

Em Nota Oficial, a Associação Brasileira de Agências Reguladoras assumiu, ainda, a seguinte posição:

“As atividades regulatórias, diferentemente das atividades típicas do Poder Executivo, não podem ser objeto de mensuração prévia. Querer estabelecer, previamente, ações e metas a serem desenvolvidas, significa engessar a atividade regulatória e desnaturar o seu fundamento e o seu sentido.

A atividade regulatória não de ser objeto de controle e fiscalização, por uma das partes sob regulação – o Poder Executivo, quanto poder concedente – conforme disposto nos projetos que instituem o contrato de gestão e a figura do ouvidor. A ABAR entende fundamental o controle de todos os órgãos públicos, inclusive as agências, o que já é amplamente exercido e pode ser ainda aprimorado, desde que efetuado pelo Poder ao qual incumbe a fiscalização da execução das políticas públicas – o Legislativo.”

Apesar do elevado nível do debate que tem sido travado desde o seu envio ao Congresso, inclusive mediante a realização de audiências públicas, seminários e Fóruns onde o seu conteúdo foi objeto de discussão, promovidos por diversos atores sociais e econômicos, não se logrou, ainda, a construção de um consenso sobre a matéria e a conseqüente aprovação da proposta pelo Poder Legislativo. Com efeito, as dificuldades experimentadas no âmbito do Congresso Nacional, desde o início do segundo semestre de 2004, praticamente inviabilizaram a continuidade dos debates sobre a matéria, primeiramente pela virtual paralisação dos trabalhos legislativos decorrentes da realização de eleições municipais em outubro de 2004, e o final da sessão legislativa, em dezembro daquele ano.

A retomada dos trabalhos do Poder Legislativo, em fevereiro de 2005, contudo, não se deu de forma mais favorável: a obstrução da pauta congressual, devida a medidas provisórias pendentes de apreciação⁴, e as complexas negociações em torno da recomposição da base de sustentação do Governo do Presidente Lula no Congresso, que deveria refletir-se numa reforma ministerial, foram agravadas pela erupção de uma crise política derivada de denúncias de corrupção envolvendo parlamentares da base de sustentação do Governo e pessoas a eles ligadas, nomeadas para cargos de direção em setores da Administração Federal. As discussões a respeito da instalação de duas Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito para investigar as denúncias e o início dos trabalhos dessas comissões também contribuíram para impedir que temas de maior complexidade pudessem obter espaço na agenda

⁴ As medidas provisórias são editadas, com força de lei, pelo Presidente da República, em casos de relevância e urgência, com prazo de vigência de sessenta dias, renováveis por mais sessenta dias. Caso não seja apreciadas nesse período, perdem a eficácia. Caso não tenha sido apreciada, a partir do quadragésimo quinto dia de vigência, elas passam a obstruir a pauta do Congresso Nacional, impedindo quaisquer outras votações.

legislativa.

Apesar dessas dificuldades, a proposição foi elencada entre as prioridades do Poder Executivo, e deverá ser objeto de esforços e negociações intensivas para que seja aprovada ainda no segundo semestre de 2005.

3 Eficácia e Eficiência nas Agências Reguladoras do Governo Federal

A Administração Pública no Brasil, por determinação constitucional, deve seguir um rol de princípios voltado a assegurar o cumprimento de seu fim maior, que é a satisfação do bem comum. Como princípios, são regras básicas a seguir, supernormas que informam todo o ordenamento jurídico e que se constituem em fonte da aplicação e interpretação do Direito. Como bem ensina o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello (1992), um dos maiores administrativistas brasileiros,

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irrenunciável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com o ofendê-lo, abatem-se as vigas os sustém, e alui-se a estrutura neles esforçada.”

Os princípios elencados no “caput” do art. 37 são os da *moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade*, tendo a eles se incorporado, com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o *princípio da eficiência*, que, em sua acepção primeira⁵, achava-se redigido como princípio da “qualidade do serviço prestado”. Esse novo princípio, na interpretação do Prof. Paulo Modesto (2001), tem como sentido

“...a exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público.”

Diz ainda o Professor:

“Exige-se do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos. Hoje essas são pautas de comportamento exigíveis do administrador para a validade e legitimidade da ação estatal. São imposições normativas, com caráter principiológico, condensadas sob o rótulo de princípio da eficiência, referido expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998.”

Para ele, ainda, o princípio da eficiência comporta duas dimensões, sendo a *segunda* dimensão a que mais interessa e se aplica ao campo da Administração Pública:

“Na primeira dimensão do princípio da eficiência insere-se a exigência de economicidade, igualmente positivada entre nós, sendo o desperdício a idéia oposta imediata. Trata-se aqui da eficiência como qualidade da ação administrativa que maximiza recursos na obtenção de resultados previstos. Na segunda dimensão, cuida-se da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes, constituindo a obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios uma das formas de contravenção mais comuns ao princípio.”

⁵ A redação aprovada pela Câmara dos Deputados para a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, consignava o princípio da qualidade do serviço prestado. O Senado Federal promoveu alteração na redação, introduzindo o termo “eficiência” em lugar de “qualidade do serviço prestado”. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão (ADIN 2.135), entendeu que as expressões tinham sentido equivalente.

No entanto, a primeira dimensão não é de ser desprezada, e a ela remetem dispositivos constitucionais diversos, dentre eles o art. 37, § 8º da Constituição Federal, que prevê que “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.” Por seu turno, o § 7º do art. 39 prevê estabelece que “Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.”

Com base em tais dispositivos, e voltada tanto ao aumento da eficiência quanto da legitimidade das agências reguladoras no exercício de suas funções, assim como de sua autonomia administrativa, a proposta de reformatação das agências reguladoras brasileiras trouxe a extensão, ao conjunto das Agências, da obrigação da assinatura de contratos de gestão e de desempenho.

O projeto, no § 4º do art. 9º, prevê que são objetivos do contrato de gestão aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social, aperfeiçoar as relações de cooperação das agências com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei.

Além das críticas antes mencionadas, oriundas da ABAR e de estudo patrocinado pela Confederação Nacional da Indústria, e apesar de sua fundamentação constitucional e material e dos aspectos positivos gerais do projeto, a proposta foi identificada, pela mídia, como um excesso a ser combatido. Em editorial de 30 de setembro de 2003, a Folha de São Paulo apontava que

“a proposta em debate não compromete a necessária independência desses órgãos, parecendo precipitadas as avaliações de que as mudanças ‘afugentariam investidores’. O que desestimula os investimentos privados é a ausência de segurança e a clareza legal dos contratos, com deveres e obrigações predefinidos. Isso não significa que não haja o que ser aperfeiçoado nos anteprojetos. É o caso da criação de um ‘ouvidor’ e de uma comissão de acompanhamento e avaliação que seriam subordinados à administração direta, quando ao função supervisora seria mais adequada ao Congresso, como ocorre nos Estados Unidos.”⁶

Para representantes de empresas do setor de infra-estrutura, o contrato daria margem a intervenções diretas do Governo nas agências. As agências, como órgãos “de Estado”, e não “de Governo”, deveriam ser imunes a essas interferências, que o contrato de gestão viabilizaria, já que teria a prerrogativa de definir as verbas da agência e, com isso, prejudicar a sua atuação⁷.

A obrigatoriedade de que as agências se vinculem a contratos de gestão a serem negociados com os Ministérios supervisores chegou a ser apontada, inclusive, por alguns críticos da proposta, como *inconstitucional*. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, jurista que participou da elaboração da Lei Geral de Telecomunicações e da criação da ANATEL,

“a submissão das Agências aos contratos de gestão (agora rebatizados como contratos de gestão e desempenho) é inconveniente, contraditória e inconstitucional, pois introduz um perigoso instrumento que pode servir para manietar as agências. O exercício das competências do regulador,

⁶ As novas agências. Editorial. Folha de São Paulo. 30 set 2003.

⁷ CRUZ, Renato. Para especialistas, autonomia é ameaçada. O Estado de São Paulo, 14 abril 2004.

como função pública que é, não pode ser medido como a performance de um atleta, por índices e resultados. A previsão (art. 10, I) de que o desempenho das agências deveria ser avaliado por “indicadores que permitam quantificar (sic), de forma objetiva, o seu alcance” trai uma visão reducionista e singela do que seja a atividade de regular complexos setores da economia.

É ainda contraditório porque, ao mesmo tempo em que se quer – segundo alega-se na exposição de motivos – aclarar a fronteira entre a política setorial e a regulação, prevê que um contrato deverá especificar “as obrigações e responsabilidades” do governo e da agência relação às metas de regulação (artigo 10, III). Por fim, é inconstitucional, pois o artigo 37, § 8º da Constituição Federal, só admite contrato de gestão para ampliar, por seu intermédio, a autonomia de entes da administração. A autonomia das agências decorre de lei e não de um contrato. Tal como consta do projeto, o contrato de gestão servira para reduzir esta autonomia, ferindo a previsão constitucional.”⁸

A mesma ponderação é feita em Parecer formulado a pedido da ABAR por Alexandre Santos de Aragão, jurista estudioso do tema, para quem

“A obrigação de a agência reguladora, sob o pretexto da fixação de políticas públicas pelo Executivo central, celebrar contratos de gestão, principalmente na forma com que é colocada no Anteprojeto, constitui uma séria ameaça ao modelo contemporâneo de regulação da economia – de relativa imunidade à arena político-partidária –, perpetrando ainda uma série de afrontas ao art. 37, § 8º, da Constituição Federal, que integrou a figura do contrato de gestão em nosso ordenamento jurídico-constitucional.”⁹

Em suma, conclui o jurista que “os contratos de gestão com as agências reguladoras podem vir a ser inconstitucionalmente manejados para, ao contrário do que determina o art. 37, § 8º, da Constituição Federal, restringir, não ampliar, a autonomia dessas entidades”, pois a lei, ao fim, não estaria concedendo qualquer autonomia adicional que já não fosse assegurada, também pela Lei, à Agência Reguladora.

Crítica semelhante foi feita pela Presidente da ABAR, que afirmou que o contrato de gestão “acabará por limitar a autonomia administrativa e financeira dos órgãos reguladores, permitindo o contingenciamento e o repasse de recursos somente conforme o estabelecido no contrato”. Além disso, os contratos acentuariam o risco de influência política e, com isso, inibiriam investimentos privados no Brasil¹⁰. Segundo dirigentes da mesma entidade, o contrato de gestão seria um “cavalo de tróia”, colocando as agências em situação de dependência total dos ministérios.¹¹

Por fim, relatório realizado por consultoria internacional contratada no âmbito do Projeto Public-Private Infrastructure Facility – PPIAF, do Banco Mundial, concluiu que, ao invés do uso de contratos de desempenho, os Poderes Executivo e Legislativo devem exercer o controle social mediante revisões periódicas regulares em todo o sistema regulatório, de maneira transparente, com a assessoria do Tribunal de Contas e com a utilização de “serviços de consultores independentes e imparciais”, por meio de procedimentos abertos à participação pública, finalizados com a publicação de um relatório com os resultados e recomendações (BROWN & DE PAULA).

Trata-se, todavia, de um falso dilema. A autonomia das agências reguladoras já é, por vários

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências independentes: a oportunidade ameaçada. Valor Econômico, 12 mai 2004.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. In A organização e o controle social das Agências Reguladoras. Parecer. Porto Alegre: ABAR, 2004. p. 25-26.

¹⁰ BASILE, Juliano. Contrato de gestão impedirá que empresas “capturem” agências. Valor Econômico, 8 jun 2004.

¹¹ Diretor da ABAR faz duras críticas à reestruturação das reguladoras. O Estado de São Paulo, 2 out 2003.

mecanismos, “relativa”. Em primeiro lugar, é importante registrar, mais uma vez, a opinião de Alexandre Aragão, quando afirma que

“Nunca é demais lembrar, toda autonomia é, por definição, limitada: autonomia é a liberdade de agir dentro de limites fixados por uma instância normativa superior. Não há um conceito unívoco de autonomia, conceito que só pode ser formulado em relação a cada autonomia concretamente considerada, uma vez que os mencionados limites podem variar imensamente.

Podemos afirmar, dessa maneira, que todas as entidades da Administração Indireta possuem alguma autonomia, ainda que muitas vezes seja uma autonomia quase que apenas nominal. Mas temos uma espécie de entidade da Administração Indireta – as agências reguladoras – cuja autonomia, se comparada com a das demais, é bem mais intensa, já que as suas leis instituidoras fixam competências próprias e garantias para o exercício delas de forma bem mais firme da que faz ordinariamente.

A autonomia das agências reguladoras, apesar das variações que possui em cada direito positivo e mesmo no interior de cada um deles, pode ser identificada pela conjunção de quatro fatores:

(a) competências regulatórias, ou seja, atribuições normativas, administrativas stricto sensu e contratuais, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos particulares, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis;

(b) procedimento especial de nomeação dos membros do seu colegiado diretor, geralmente com a prévia aprovação pelo Poder Legislativo dos nomes indicados pelo Chefe do Poder Executivo;

(c) autonomia orgânica, sendo os seus dirigentes nomeados por prazo determinado, vedada a exoneração ad nutum e sem prévio contraditório; e

(d) autonomia funcional, pela qual constituem a última instância administrativa – vedação de anulação ou revogação dos seus atos pelo Poder Executivo central (vedação do recurso hierárquico impróprio), que apenas pode, em alguns casos (no Brasil em todos eles), fixar as diretrizes gerais de políticas públicas a serem seguidas.”¹²

A proposta ora em discussão no Congresso Nacional não mitiga nenhuma das autonomias que são essenciais às Agências, conforme apontado por Aragão. É um evidente exagero considerar que um instrumento quase-contratual que estabeleça princípios a serem observados pelas Agências Reguladoras no exercício de suas atividades possa contrariar o que a Constituição estabelece, ao prever o contrato de gestão como instrumento para ampliação da autonomia dos entes administrativos. Desde que não interfiram em seus atributos essenciais de autonomia, tais contratos poderão, sim, tornar mais efetivo o exercício dessa mesma autonomia, inclusive afastando restrições que a lei que delimita tal autonomia não tenha afastado.

De fato, é um contrasenso acreditar que a autonomia das agências reguladoras possa ser reduzida pela assinatura de um contrato de gestão, pois o alcance desta autonomia e a forma de exercê-la são dados pela própria legislação. As propostas apresentadas pelo Governo como produto de uma discussão de vários meses e de um cuidadoso diagnóstico da situação não se encaminham para essa finalidade, mas sim, como afirma o Governo, para o fortalecimento das próprias agências, à medida que se tornam mais claras as suas competências no âmbito da regulação, da fiscalização e da implementação das políticas públicas nos vários setores regulados e que se reconhece que, para exercê-las, são necessários meios que ainda não foram proporcionados às agências.

A figura do contrato de gestão, além disso, não é nova. A possibilidade consta do texto da Constituição

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A organização e o controle social das Agências Reguladoras. Parecer. Porto Alegre: ABAR, 2004. p. 10-11.

Federal, resultante da Emenda Constitucional nº 19/98, que inseriu o novo § 8º do art. 37 da CF. Segundo esse dispositivo, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato de gestão, o qual terá por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.

As próprias agências reguladoras já criadas têm, em alguns casos, a previsão da obrigação de firmarem contratos de gestão, como a ANEEL, a ANA, a ANVISA e a ANS. Nenhuma delas foi “cerceada” em sua autonomia por força de contrato de gestão já firmado, e tampouco esses contratos se tornaram garrotes à sua ação, mesmo que tenham, em alguns casos, fixado metas de desempenho que envolvem, como é adequado, a melhoria da própria qualidade da regulação e fiscalização feita pela agência. Além disso, se a autonomia das agências é essencial para os investidores, também assim se deve considerar os dados que permitirão uma análise custo-benefício das agências reguladoras para os contribuintes e usuários de serviços que são, afinal, quem mantém as agências. O contrato de gestão é o meio capaz de permitir a análise dessa adequação.

Com efeito, o contrato de gestão, como instrumento adicional de controle social e de aperfeiçoamento da gestão e desempenho das agências, visa a assegurar a compatibilidade entre meios e fins, viabilizando melhores condições operacionais às próprias agências reguladoras e permitindo uma melhor avaliação da relação custo-benefício da sua atuação para o conjunto da sociedade ao indicar a necessidade de medidas, no âmbito da gestão, para permitir essa adequação. Além das quatro agências que já têm sua gestão vinculada à assinatura de contratos, todas as demais passarão a ter que firmá-los, fixando metas e definindo critérios de avaliação, bem como produzir relatórios semestrais, garantindo a transparência à gestão da agência, e a compatibilidade de suas metas e prioridades com as políticas setoriais.

Além disso, as prerrogativas de autonomia conferidas por Lei não foram, ainda, eficazes no sentido de garantir às Agências autonomia e legitimidade suficientes para contornar problemas de ordem geral na Administração Pública Federal, tais como os decorrentes do contingenciamento de recursos que atinge o setor público como um todo, em decorrência da insuficiência de recursos. Ao longo da tramitação da lei orçamentária, praticamente todos os órgãos da Administração Pública, através de suas Assessorias Parlamentares, fazem chegar aos congressistas as dificuldades que os órgãos encontram em decorrência da carência de recursos que atinge o conjunto da Administração Pública, o que não revela situação de inferioridade ou subordinação, mas a existência de graves necessidades de financiamento do setor público no Brasil.

O contingenciamento de recursos tem acarretado sérias dificuldades às agências reguladoras. Em 2002 e 2003, os cortes orçamentários na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL atingiram 24 e 50%, respectivamente, das dotações previstas na Lei Orçamentária. Em 2004, o corte foi de 56%.

Para o conjunto das nove agências reguladoras federais, o montante efetivamente executado, vis-à-vis o orçamento aprovado pelo Congresso, em 2003, foi de 54,9% do total. Em 2004, houve uma significativa melhora: o percentual executado do orçamento aprovado foi de 77,7%.

Em 2005, as dotações orçamentárias totais consignadas são da ordem de R\$ 1,1 bilhões, ou 13% a mais do que o autorizado em 2004 (Gráfico 1), com aumentos significativos no âmbito da ANATEL e da ANP. Contudo, não há garantias de que esse orçamento será efetivamente executado, em virtude dos limites de empenho e pagamento fixados para o exercício, como evidencia o Gráfico 2.

Além disso, o orçamento estabelecido pelo Congresso, a cada ano, já representa, por si só, uma perda de receitas para as agências. Em 2003, o contingenciamento de recursos orçamentários atingiu

duramente as entidades mas, além dos limites de empenho aplicados, elas deixaram de contar com receitas da ordem de R\$ 1,1 bilhão, destinados à reserva de contingência. Em 2004, a “perda” de recursos oriundos de receitas próprias das agências que contam com fontes específicas, que foi de R\$ 2,54 bilhões, e em 2005 será de R\$ 4,02 bilhões (Tabela 1).

Tal situação tem, evidentemente, efeitos perversos, que se refletem na capacidade de atuação das agências, e na eficiência e eficácia de suas ações. Sem recursos “as agências perdem, por exemplo, o poder e fiscalização e de regulação”¹³.

Embora não sejam o único elemento que contribui para isso, é, sem dúvida, um fator relevante.

Com efeito, a qualidade da regulação no Brasil, como um dos indicadores básicos de governança¹⁴, acha-se ainda em patamar inferior ao verificado em países desenvolvidos. Segundo o Banco Mundial, embora o grau de qualidade da regulação no Brasil seja superior à média da América Latina, ele é ainda inferior ao verificado nos países da OCDE, tendo, inclusive, segundo os critérios adotados pelo Banco Mundial, sofrido um decréscimo entre 2000 e 2002, e entre 2002 e 2004. Nesse período, porém, praticamente todos os países que dispõem de sistemas regulatórios desenvolvidos apresentaram comportamento semelhante (Gráfico 3)¹⁵. As deficiências estruturais e institucionais das agências são, ainda, apontadas por estudos e auditorias do Tribunal de Contas da União, cuja atuação tem-se fortalecido num segmento novo da Administração Pública Federal, marcado, ainda, pela má definição de papéis e competências, pela fragilidade institucional e pela visão mítica de que a “autonomia” que deve ser concedida às agências deve ser absoluta, desconhecendo-se a legitimidade do Poder Executivo para exercer a função de supervisão ministerial sobre todos as entidades da administração indireta.

Alguns estudos e pesquisas realizadas no Brasil por instituições privadas confirmam que as agências reguladoras federais ainda carecem de aperfeiçoamentos e de melhorias na sua eficiência e efetividade.

Estudos divulgados pela Câmara Americana de Comércio - AMCHAM, em agosto de 2004, indicam, por exemplo:

- a) no âmbito da ANEEL, apenas 5,6% dos agentes do mercado de eletricidade (incluindo empresas ligadas à distribuição, comercialização, transmissão e geração de energia, elétrica, e associações de classe desses segmentos, e consumidores e suas associações representativas) consideraram que os atos regulatórios expedidos pela agência são “bons”; 61,11% consideram-nos somente “regulares”, 33,33%, “ruins” ou “péssimos”;
- b) quanto aos direitos dos consumidores, 55,56% consideram que a sua atuação é “ótima” no atendimento das suas necessidades, mediante regulação e fiscalização dos direitos previstos na legislação;
- c) 44,44% consideram que as normas regulatórias emitidas pela ANEEL são “pouco claras”; apenas 16,67% as consideram “bastante claras”;
- d) a atuação da ANEEL em relação à repressão ao abuso do poder econômico foi

¹³ MURPHY, Priscilla. Ataque de governo a agências prejudica usuário. O Estado de São Paulo, 30 mar 2003.

¹⁴ O Banco Mundial atribui a seis indicadores de governança notas que vão de 1 a 100, para cada país. Entre os indicadores estão “voz e responsabilização”, “estabilidade política e ausência de violência”, “Efetividade do Governo”, “qualidade da regulação”, “estado de direito” e “controle da corrupção”.

¹⁵ Num grupo de 25 países selecionados para fins comparativos deste estudo, somente o Chile experimentou melhorias contínuas no período. O Brasil, porém, acha-se em situação de desvantagem quando comparado não apenas ao Chile, mas também ao México, embora em situação melhor do que China, Índia e Rússia. As médias dos países “paradigmáticos” do primeiro mundo estão bastante acima da avaliação do sistema regulatório brasileiro – e especialmente se considerarmos os avanços obtidos pela Irlanda, que lidera o “ranking” mundial, tendo superado países como Canadá, Austrália e Reino Unido.

- considerada boa por apenas 16,67%, quanto à regulação, e por 23,53%, quanto à fiscalização;
- e) em relação à agilidade no estabelecimento da regulação e na fiscalização do setor, a atuação da ANEEL foi considerada “boa” por 33,33%; 28,89% a consideram “ruim” ou “péssima”;
 - f) o nível de interferência do governo nas decisões e ações de regulação e fiscalização, por sua vez, foi considerado “excessivo” ou “alto” por 49%, e “médio”, por outros 33,33%. Apenas 16,67% o consideraram “baixo”.
 - g) 61,11% consideram que o nível de independência financeira da ANEEL é insuficiente para que possa exercer sua autonomia administrativa;
 - h) 55,56% consideram que os atos e decisões da ANEEL são insuficientemente, ou não são, fundamentados.
 - i) Apenas 22,22% consideram “bom” o nível em que as audiências e consultas públicas promovidas pela ANEEL garantem a participação da sociedade na elaboração dos instrumentos normativos por ela emitidos¹⁶.

No âmbito da ANATEL, os dados apresentados pela AMCHAM são os seguintes:

- a) quanto à solução de impasses existentes entre os agentes de mercado, a ANATEL atua “raramente” para 74,2%. No entanto, ela atua “geralmente” para 61% na fiscalização e aplicação de penalidades em relação à exploração de serviços de telecomunicações.
- b) Para 77% ela atua “geralmente” na proteção dos direitos dos usuários pessoas físicas;
- c) Para 54,8% a ANATEL é “raramente” um órgão ágil, que atende à dinâmica do mercado, quanto à edição e revisão de regulamentos;
- d) 73% consideram, também, que “raramente” a agência atende às demandas da sociedade e dos usuários dando respostas e soluções satisfatórias às questões que lhe são apresentadas;
- e) No entanto, 65% consideram que ela “geralmente” age para proteger o exercício dos direitos dos usuários;

A ANVISA foi, também, objeto do mesmo escrutínio, destacando-se os seguintes resultados:

- a) 50% consideram que a agência nunca ou raramente atende às funções para as quais foi criada de maneira satisfatória;
- b) 59% consideram que raramente ou nunca interpreta e executa as normas regulatórias de maneira uniforme, harmônica ou adequada;
- c) a fiscalização da ANVISA na área de alimentos é considerada “boa” por apenas 26%;
- d) os prazos para atendimento de pedidos de registro ou suas alterações são, em média, superiores ao dobro do prazo legalmente previsto;

¹⁶ Por outro lado, o Relatório do Projeto PPIAF – Fase 2 para o Setor Energético Brasileiro, elaborado para o Banco Mundial por Ashley C. Brown, Diretor Executivo do Harvard Electricity Group e por Ericson de Paula, Diretor Executivo da DCT Energia, considerou a ANEEL “talvez a agência reguladora de eletricidade mais transparente na América Latina”.

- e) Numa escala de 1 a 5, sendo 5 a nota relativa a melhor atuação, apenas 11,8% atribuíram notas 4 ou 5 à ANVISA; 48,9% atribuíram notas 1 e 2.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, realizou também pesquisa que concluiu ser insuficiente a atuação das agências reguladoras federais. Segundo reportagem publicada no jornal *Correio Braziliense* (NUNES, 2005) em março de 2005,

“a insatisfação da população com as agências reguladoras é evidente. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) finalizou um estudo sobre as queixas dos consumidores contra esses órgãos nos últimos cinco anos. Encabeçam a lista de reclamações a Agência Nacional de Saúde (ANS), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o Banco Central (BC) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).”

O IDEC realizou uma “avaliação de efetividade” de sete instituições reguladoras, dentre elas quatro das nove agências federais, observando trinta quesitos distribuídos em cinco itens (existência de canais institucionalizados e condições para participação dos consumidores; transparência; acesso à informação; publicidade; efetividade em prol do consumidor)¹⁷.

A ANEEL recebeu, num total de 10 pontos, nota 5,8 – a mais alta dentre as agências avaliadas - e foi considerada “regular”, mas também foi apontada a aplicação de poucas penalidades por desrespeito aos padrões estabelecidos, e o fato de que poucos indicadores possuem acompanhamento sistemático.

A ANVISA mereceu a avaliação de “regular” (nota 5,5), tendo assumido, segundo o IDEC, questões de interesse do consumidor e proporcionado avanços na revisão de regulamentos técnicos e na implantação de alguns programas. No entanto, é apontada a omissão na fiscalização de produtos com ingredientes transgênicos, a revogação ou adiamento da aplicação de regulamentos por pressão das empresas, e a aplicação de poucas penalidades/multas em casos de infração.

A atuação da ANATEL, que recebeu nota 3,5, foi considerada como “muito ruim”, identificando, quanto à sua atuação na regulação econômica e regulamentação técnica, omissão na implementação de um sistema de discriminação de pulsos e fechamento dos postos de atendimento das empresas de telefonia, e, quanto à fiscalização, a aplicação de penalidades irrisórias e após prazos excessivos, além da aplicação de multas esporádicas por infrações ao Código de Defesa do Consumidor.

A ANS foi julgada “muito ruim”, com nota 1,5, em vista de problemas na regulação econômica e regulamentação técnica do setor de planos de saúde, tais como exclusão de procedimentos, autorização de reajustes por alteração de faixa etária, revisão técnica que permite às empresas impor alterações unilaterais, como reajustes de mensalidades ou redução dos hospitais e laboratórios credenciados ao plano de saúde, além do baixo índice de aproveitamento das multas aplicadas contra as operadoras (de R\$ 46,6 milhões a ANS arrecadou cerca de 0,5%).

Na mesma ocasião, foi registrada a opinião de Ruy Coutinho, ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para o qual

“Temos no Brasil o fenômeno da captura. Os regulados capturaram os reguladores. O que prevalece é o interesse das empresas e não o interesse público. Será preciso uma ampla mobilização da sociedade, do Congresso, da Justiça para as agências cumprirem o papel para o qual foram criadas: regular e fiscalizar, corrigindo as falhas do mercado”

¹⁷ Avaliação de agências e órgãos reguladores. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.idec.org.br/arquivos/site_agencias.doc

Há, portanto, grandes lacunas a serem preenchidas, no sentido de que a atuação das agências possa suprir as necessidades das empresas e consumidores.

O fato de que as agências reguladoras dispõem, em alguns casos, de receitas próprias, não é suficiente para assegurar a sua autonomia, ou para que se coloquem acima do bem e do mal e de atuem de forma independente do contexto geral da Administração Pública.

É preciso que se dê razoabilidade às suas necessidades, assim como aos meios para atendê-las, e que as receitas que arrecadam, no exercício de suas competências, sejam bem aplicadas, sejam administradas eficiente e transparentemente, com vinculação a metas e resultados de desempenho.

O contrato de gestão, na forma proposta pelo Projeto de Lei em discussão no Congresso, objetiva permitir um melhor acompanhamento da atuação administrativa das agências, da avaliação do seu desempenho, compatibilizando meios e fins. Não há nisso nenhum absurdo: algumas agências já dispõem desse instrumento. O contrato dá às agências maior autoridade e legitimidade para exigir os recursos que as leis de criação já estabelecem para o seu custeio e financiamento.

O art. 10 do projeto, com essa finalidade, prevê que os contratos deverão fixar metas de desempenho administrativo e de fiscalização, os prazos para concepção de indicadores de desempenho e de mecanismos de avaliação que permitam quantificar de forma objetiva o seu alcance, a estimativa de recursos orçamentários e cronograma de desembolso, as obrigações e responsabilidades das partes, a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos, as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas, período de vigência e condições para revisão e renovação.

A apresentação, a cada seis meses, dos relatórios de gestão e desempenho, que deverão ser amplamente divulgados e enviados ao Tribunal de Contas da União, garantirá transparência plena, inibindo quaisquer manipulações que poderiam advir do uso desse instrumento, para o bem ou para o mal, e impedindo que o Poder Executivo utilize os contratos para manietar as Agências.

O contrato, como instrumento bilateral, irá prever obrigações para ambas as partes. Deverá prever obrigações tanto para o órgão supervisor quanto para a agência, assim como prever que os meios necessários para o alcance das metas, que deverão ser disponibilizados, observado o cronograma de execução, sob pena de não poder-se exigir o cumprimento das mesmas. O contrato de gestão, é evidente, não assegurará apenas por sua existência o bom desempenho das agências, sendo necessárias mudanças que vão além do plano jurídico-institucional. Entre os requisitos adicionais, é necessário o efetivo compromisso por parte da direção e do corpo funcional da agência, o que demandaria um processo de preparação contemplando a sensibilização da direção e servidores para a mudança proposta, programas de treinamento e capacitação, a revisão de processos de trabalho e até a revisão da estrutura organizacional. Essas são, inclusive, etapas prévias à assinatura do contrato, e condições essenciais para que as metas – que podem ser qualitativas, quantitativas, processuais, financeiras, etc - possam ser atingidas. Essa tem sido uma preocupação freqüente na experiência internacional, como o caso das Agências nos Estados Unidos, que firmaram acordos de desempenho com base no *General Performance and Results Act*, ou que estabelecem metas de desempenho anuais em seus planos de gestão, sujeitas a amplo escrutínio e aferição, como é o caso da *Security and Exchanges Commission*, da *Environmental Protection Agency*, da *Federal Aviation Agency*, da *Food and Drug Administration* e da *Federal Communications Commission*. Na Nova Zelândia, país que levou ao extremo as “reformas” da administração pública e a separação de funções de Estado e de Governo mediante a criação de agências reguladoras, entre outras instituições, também são adotados instrumentos de avaliação do desempenho dessas entidades, como meio de assegurar maior responsabilização perante o Parlamento e

a sociedade.

Razão assiste, é claro, aos que dizem que é difícil fixar ou aferir metas em atividades como regulação e fiscalização. Mas essa não é tarefa impossível, como mostra a experiência internacional. Mesmo assim, o projeto enviado ao Congresso intenciona, apenas, por meio dos contratos de gestão e de desempenho, aperfeiçoar o acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social, e aperfeiçoar as relações de cooperação da Agência Reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei. Para tanto, eles deverão especificar as metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance; estimar os recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas; e definir as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas, pois se trata de uma relação de reciprocidade entre o Governo e as Agências.

As experiências internacionais, tanto na França quanto no Reino Unido e nos Estados Unidos, permitem concluir pela adequação desse instrumento, mesmo quando se trata de agência reguladora. Na própria América Latina, há experiência nesse sentido, no caso da agência reguladora de telecomunicações do Peru. Nos EUA, várias entidades reguladoras têm suas relações com o Executivo mediadas por contratos de *performance*, assegurando maior eficiência à sua gestão, como é o caso da *Security Exchange Commission – SEC* e da *Environment Protection Agency - EPA*, que têm sua gestão vinculada a contratos de gestão regularmente.

No Brasil, por sua vez, a experiência com contratos de gestão demonstra que, apesar da sua potencialidade, esses contratos não foram adequadamente explorados para assegurar a vinculação entre autonomia e desempenho, funcionando, muitas vezes, como “cortina de fumaça” para a concessão de autonomia sem a exigência de melhor desempenho. No âmbito das agências, há alguns problemas desse tipo, como demonstra a descontinuidade dos contratos de gestão, mesmo quando exigidos legalmente. O fato de ter-se experiências de implementação incompleta ou inadequada não invalida o instrumento, como revelam as experiências internacionais. Trata-se, portanto, de um instrumento cuja implementação merece ser aperfeiçoada, superando-se o déficit de capacidade e aperfeiçoando-se as técnicas de contratualização, explorando-se as suas potencialidades não somente para legitimar a autonomia concedida por lei às agências, mas para dar maior transparência e eficiência a sua atuação.

Além disso, a gestão, seja por meio de contratos ou sem eles, requer capacidade gerencial instalada, planejamento e participação. Como toda inovação, o contrato de gestão somente se tornará uma alternativa concreta para o aperfeiçoamento da gestão pública se conseguir superar a tendência ao formalismo reinante na Administração Pública brasileira. Da mesma maneira, a avaliação de desempenho e o aperfeiçoamento da *accountability* das instituições públicas requer mais do que instrumentos normativos e técnicas, mas também exige o desenvolvimento de novos padrões de comportamento e de uma capacidade gerencial ainda insuficiente, tanto nos próprios ministérios quanto nas agências reguladoras. A proposta do Governo é de superar esse estágio, por meio das várias iniciativas que pretende adotar, e dar à sociedade melhores instrumentos para que seus interesses sejam efetivamente atendidos.

Enquanto isso, no resto do mundo, avança-se na criação de mecanismos de supervisão e de controle social sobre a atividade regulatória, como exemplifica a atuação de órgãos como o *Government Accountability Office – GAO* e *Office of Management and Budget*, nos EUA, da *Comisión Federal de Mejora Regulatoria*, no México, e da *Superintendencia General Del Sistema de Regulacion Sectorial – SIRESE*, na Bolívia, sem falar na experiência canadense de fixação de metas de desempenho gerencial e avaliação da eficiência de agências reguladoras. A melhoria da eficiência dos entes de regulação –

seja em seu sentido estrito ou no que se refere à própria qualidade regulatória – tem impactos diretos no grau de competitividade dos setores regulados, tanto pela redução de prazos quanto pela eliminação de redundâncias, desperdícios, redução da vulnerabilidade à captura e aumento da transparência perante a sociedade.

4 O Projeto de Fortalecimento da capacidade institucional para Gestão em Regulação.

Embora a implementação de instituições autônomas voltadas exclusivamente para o exercício de atividades de regulação de setores econômicos-as “agências reguladoras”- tenha se iniciado, no Brasil, há cerca de 9 anos, o modelo ainda se acha em fase de implementação e aperfeiçoamento. Ancoradas nos princípios da autonomia, transparência e competência, as agências existentes ainda hoje carecem de déficits institucionais diversos, e estão longe de seus paradigmas internacionais.

De forma semelhante ao que ocorre em outros setores da Administração Pública, no que se refere às Agências também é relevante o seu grau de institucionalização, pois, como se sabe, o diferencial de *performance* econômica entre as nações pode ser explicado também pela qualidade de suas Instituições¹⁸. Um adequado grau de institucionalização, e a qualidade das instituições é fundamental para que não apenas o Estado opere de forma eficiente e legítima, mas também que as regras de controle dentro do mercado, a organização das firmas e as contendas entre os agentes que operam no referido mercado se dêem de acordo com o interesse da sociedade, e não apenas dos agentes econômicos ou dos grupos de pressão. O mercado não é capaz, por si só, de promover a alocação eficiente de bens, produtos e serviços, ou de minimizar os custos de oportunidade. O antagonismo das forças sociais enseja o surgimento de instituições mediadoras, assim como se faz necessária a regulação para estabelecer uma relação Estado-Economia mais estável e transparente. Ao fazê-lo, o Estado opera no campo da economia política, e não deixa de empregar, na sua atuação, uma visão de política pública que reflete as opções da sociedade num dado momento histórico, e cujo vocalizador é o Governo eleito.

Desde a criação, os critérios adotados para assegurar a “isenção” das agências frente à vontade política do Governo foram os mais diversos, indo desde a garantia dos mandatos e da indelimitabilidade para os dirigentes, a necessidade de ratificação da escolha dos mesmos pelo Senado Federal, até a forma de decisão colegiada, as distintas formas de controle e transparência em seus processos decisórios. Não se procurou, como ocorre nos EUA, institucionalizar o critério do “bipartidarismo”, por meio do qual Republicanos e Democratas alternam-se na indicação de dirigentes para as Agências Reguladoras, mas, inclusive por conta do que prevê a Constituição Federal, reconheceu-se a liberdade de o Presidente da República escolher os dirigentes das agências, fixando-se, porém, como critério geral para a escolha a reputação ilibada, a experiência profissional compatível e o elevado conceito no campo de sua especialidade, cabendo ao Senado, mediante arguição pública e votação secreta, aferir a adequação do escolhido pelo Presidente da República ao cargo.

A partir de diagnósticos realizados pelo próprio Governo, mas corroborados por avaliações externas, vem-se buscando, como já relatado, desde março de 2003, promover a reavaliação e reformatação da organização institucional das Agências Reguladoras, tanto na área de regulação de serviços públicos e infra-estrutura quanto na área de regulação social, visando melhorar a qualidade da gestão dessas

¹⁸ North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press. Destaque-se que o caráter dinâmico, intertemporal e singular das Instituições devem refletir particularidades históricas e culturais de cada país e não apenas serem “importadas” ou “transplantadas” dos países desenvolvidos conforme enfatiza Chang, H-J (2002., *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*. Anthem Press, London.

instituições e assegurar-lhes condições de operação adequadas ao contexto da governabilidade democrática.

O debate que tem sido travado no Brasil sobre os níveis de autonomia das Agências Reguladoras e do uso de mecanismos de supervisão ministerial e adequação da atuação das Agências às políticas e diretrizes governamentais evidencia a dificuldade com o tratamento conceitual da “autonomia regulatória”, indispensável à redução do nível de incerteza no exercício da atividade regulatória.

Ao mesmo tempo, é um pré-requisito para a legitimação dessa autonomia que as Agências atuem com maior eficiência e transparência, bem como com maior porosidade ao controle e participação da sociedade.

Outro aspecto importante é a necessidade de aperfeiçoar-se o sistema de indicações para cargos de dirigentes de agências reguladoras. A Agência Reguladora, apesar da tecnicidade que a permeia, é um instrumento da sociedade, no qual co-habitam elementos, tanto econômicos quanto políticos. Portanto, o perfil técnico aliado ao conhecimento da dimensão política pode ser um facilitador na condução e resolução de conflitos, antes que um complicador, ou mais ainda, um fator de risco de captura a Agência pelo campo político. A experiência política dos seus dirigentes é um elemento, assim, facilitador da atuação do regulador, que deve levar em conta as inúmeras facetas do ambiente regulado, entre as quais o impacto das suas decisões para o conjunto da sociedade. A sensibilidade política, assim, é um trunfo, e nunca um demérito. Mas é preciso que se avance para definições mais precisas de atributos e qualificações a serem exigidas desses dirigentes. O desenvolvimento de competências em regulação, ampliando o número de *experts* em regulação setorial e gestão dessas novas instituições, e mesmo a maior presença de servidores de carreira no provimento desses cargos, será possível à medida que a experiência brasileira avance, reduzindo-se, assim, a necessidade de que tais cargos sejam providos por profissionais externos às instituições.

Nesse contexto, o fortalecimento institucional das Agências Reguladoras e a criação de mecanismos que assegurem a melhoria da qualidade da regulação e da gestão do sistema regulatório, sua maior eficiência, transparência e legitimidade, tornam-se um imperativo decorrente do compromisso do Governo Federal em promover o desenvolvimento econômico do país, fortalecer a livre iniciativa e ampliar a democracia, conferindo ao Estado maior capacidade de gestão e transparência.

Com essa finalidade, a Casa Civil da Presidência da República¹⁹, por meio da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais- SAG/CC²⁰, elaborou um Projeto de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, já aprovado pela Comissão de Financiamentos Externos – COFIEIX, e apresentado preliminarmente ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID. A SAG/CC, que será a responsável pela coordenação do Projeto, desde o início do atual Governo vem coordenando, no âmbito do Poder Executivo, os estudos e medidas dirigidas a promover a reestruturação das Agências Reguladoras Federais. No curso desses trabalhos, a SAG/CC coordenou a elaboração do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, assim como de debates e estudos sobre a gestão de desempenho de agências reguladoras, além de haver promovido a realização de eventos destinados a discutir medidas voltadas à implementação de sistemas de monitoramento e avaliação de desempenho

¹⁹ A Casa Civil da Presidência da República é a instituição responsável, no âmbito do Governo Federal da República Federativa do Brasil, pela assistência e assessoramento direto e imediato ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, em especial nos assuntos relacionados com a coordenação e a integração das ações do Governo.

²⁰ A SAG/CC tem como competências acompanhar a formulação e execução de programas e projetos governamentais, promover a análise de mérito de assuntos relativos a Estados e Municípios, bem assim proceder à análise do mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas e projetos submetidos ao Presidente da República, bem como das matérias em tramitação no Congresso Nacional, com as diretrizes governamentais. A SAG/CC é responsável, ainda, por promover, em parceria com a Subchefia de Articulação e Monitoramento da Casa Civil, a coordenação e a integração das ações de Governo.

no Brasil.

A implementação do projeto terá, como instituições parceiras, os ministérios setoriais, aos quais compete a coordenação e supervisão de agências reguladoras, além dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. A atuação dos ministérios setoriais se dará mediante a negociação de propostas de ações concretas, compatíveis com os componentes do Projeto, a serem implementados no âmbito dos próprios ministérios ou de suas agências reguladoras. A atuação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e do Ministério da Fazenda se dará no desenvolvimento da formulação e implementação dos componentes afetos às suas áreas de atuação.

O Projeto envolve os seguintes componentes básicos e ações, que serão detalhados à medida que sejam cumpridas as etapas de aprovação e implementação da proposta:

Componente I: Transparência e Prestação de Contas (*accountability*) de Agências Reguladoras

- Ações Previstas:**
- a) desenhar e apoiar a implementação de instrumentos que apoiem o controle institucional e social de agências reguladoras;
 - b) promover a definição clara de modelos de contratos de gestão, concentrados em aspectos relacionados ao desempenho da agência, sem afetar a autonomia do processo técnico-normativo;
 - c) desenvolver sistemas e conjuntos de indicadores setoriais de eficiência e qualidade da gestão em agências reguladoras;
 - d) consolidar a autonomia administrativa das agências, inclusive aspectos relativos a custeio e financiamento por meio de fontes próprias de arrecadação;

Componente II: Melhoria da Qualidade da Regulação

- Ações Previstas:**
- a) desenvolver instrumentos e capacitar as agências e ministérios supervisores em análises custo-benefício da regulação, gestão de risco e outro conteúdos técnicos, hoje considerados em muitos países desenvolvidos (exemplo: a atuação do Office of Management and Budget nos USA);
 - b) apoiar instituições da sociedade civil voltadas ao acompanhamento e monitoramento da qualidade da regulação;
 - c) aperfeiçoar mecanismos de cooperação intergovernamental voltados ao acompanhamento e avaliação da qualidade da gestão e atuação das agências reguladoras, incluindo órgãos do Poder Legislativo e outros níveis de Governo.

Componente III: Ética e Profissionalização da Gestão

- Ações Previstas:**
- a) desenvolver e implantar um sistema de definição de requisitos profissionais e processos transparentes de pré-seleção para a escolha dos Diretores e Gerentes das Agências;
 - b) desenvolver instrumentos para a promoção e o controle da ética no

âmbito das agências reguladoras, incluindo regras para identificação e tratamento de conflitos de interesses, prevenção de “*revolving door*”, mecanismos de “quarentena”, etc.

c) desenvolver programa de capacitação para dirigentes de Ministérios e agências focado no aperfeiçoamento de capacidades voltadas ao exercício da supervisão ministerial, avaliação e negociação de contratos de gestão, aperfeiçoamento de habilidades e conhecimentos específicos exigidos para atuação em mercados regulados e para a melhor administração dos recursos materiais, humanos e financeiros das agências.

Componente IV: Concepção e implantação de uma Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios, no âmbito do Poder Executivo, para coordenar, avaliar e acompanhar assuntos regulatórios. O projeto deverá gerar capacidade técnica e bases de dados para apoio à nova unidade, caso venha a ser implementada.

Ações Previstas: a) promover estudos de análise institucional para definição de competências, natureza jurídica e inserção institucional de uma unidade de coordenação, acompanhamento e avaliação de assuntos regulatórios, voltada à articulação das ações de governo relativas supervisão das agências reguladoras, avaliação de sua gestão, análises de impacto regulatório, avaliação custo-benefício das atividades regulatórias, etc;

b) avaliação dos instrumentos de articulação e supervisão existentes entre Administração Direta e Agências Reguladoras, e avaliação das medidas adotadas pelas agências reguladoras decorrentes de recomendações emanadas dos Poderes Executivo e Legislativo, na avaliação dos relatórios periódicos de prestação de contas das agências, colaborando com os ministérios supervisores e no aperfeiçoamento dos mecanismos de desempenho e transparência das agências reguladoras;

c) elaboração de termos de referência e anteprojetos de legislação e regulamentos necessários à criação e implementação da Unidade de Coordenação, Acompanhamento e Avaliação de Assuntos Regulatórios;

c) elaboração de estudos e análises para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da capacidade regulatória de órgãos e entidades do Poder Executivo Federal e avaliação de sua compatibilidade com as políticas públicas setoriais;

Componente V: Capacitação Técnica e Gerencial para Regulação.

Ações Previstas: a) identificar, organizar e promover ações de capacitação técnica e gerencial a serem implementadas nos órgãos supervisores de agências reguladoras para formulação de políticas de regulação e para supervisão de agências reguladoras;

b) identificar, organizar e promover ações de capacitação técnica e gerencial a serem implementadas por agências reguladoras voltadas ao

exercício de suas competências de regulação, fiscalização e gestão.

Os componentes II e IV buscam, especialmente, desenvolver uma proposta de instituição, no Brasil, de uma unidade no âmbito do Poder Executivo que possa desenvolver atividades assemelhadas às que, nos Estados Unidos da América, estão atualmente a cargo do *Office of Management and Budget – OMB* e, no México, a cargo da *Comisión Federal de Mejora Regulatoria*, particularmente na avaliação da eficiência do sistema regulatório e de suas gestão, e de aspectos relativos à relação custo-benefício da regulação e na avaliação prévia de impacto regulatório.

A análise de impacto regulatório, ou *Regulatory Impact Analysis*, é considerada uma das mais importantes capacidades de um sistema de regulação moderno. Por meio desse processo, são avaliados os impactos potenciais de uma ação ou não-ação no campo regulatório, e permite-se que os tomadores de decisão e que os que serão por ela atingidos possam ser adequadamente informados sobre seus custos e benefícios. Atualmente, mais de vinte países, entre eles EUA, Canadá, Reino Unido, Irlanda, Coreia do Sul, México e Espanha, adotam análises de impacto regulatório prévias. Segundo o Banco Mundial, “*RIA is a valuable tool that is especially needed in low income countries with weak governance and urgent need for good economic policy*” (JACOBS, 2005). Como esclarecem HAHN & LITAN (2003), embora não haja impacto fiscal direto, a regulação impõe custos reais aos consumidores e aos agentes do mercado: nos EUA, por exemplo, a regulação nas áreas de saúde, segurança e meio ambiente implicam custos anuais da ordem de 200 bilhões de dólares, ou cerca de 2% do Produto Interno Bruto.

No caso dos EUA, o *OMB* e sua unidade *Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA*²¹ exercem uma supervisão mais efetiva sobre as agências reguladoras vinculadas ao Poder Executivo²². No entanto, as agências independentes (*independent commissions*), em face de sua vinculação maior ao Poder Legislativo não se submetem, formalmente, à supervisão do *OMB*, limitando-se esse à avaliação dos formulários exigidos por aquelas agências nos termos do “*Paperwork Reduction Act*”. Conforme OLIVEIRA, “a atuação do Poder Executivo em relação às agências tem caráter vinculativo quando se trata das agências dependentes e caráter meramente indicativo no que se refere às agências independentes”.

As agências ditas “dependentes” são obrigadas, desde 1983, conforme a *Executive Order 12.291*, de 1981, a apresentar análises de impacto regulatório prévias das regulações que tenham impacto social superior a 100 milhões de dólares por ano. Segundo esse regulamento, “*regulatory action shall not be undertaken unless the potential benefits to society outweigh the potential costs to society*”. Atualmente nos termos da *Executive Order 12.866*, a edição de uma nova regulação depende não mais de seus benefícios ultrapassarem os custos, mas *justificar* os custos decorrentes. As agências devem, ainda, antes de editar novos regulamentos, identificar e avaliar formas alternativas de regulação, e especificar

²¹ Segundo OLIVEIRA, nos EUA “o Poder Executivo atua por meio do Office of Management and Budget (OMB), cuja missão predominante é auxiliar o presidente na supervisão da preparação do orçamento federal e supervisionar a ação das agências. Ao ajudar na formulação de tal orçamento, o OMB avalia a eficácia dos programas, políticas e procedimentos adotados pelas agências, avalia as demandas de recursos formuladas por elas e estabelece prioridades que devem receber maiores dotações orçamentárias. A atuação do OMB na área regulatória fica a cargo do Office of Information and Regulatory Affairs (Oira), criado em 1981 com o objetivo de supervisionar a regulação adotada pelas agências reguladoras dependentes. O Oira revisa as regulações mais relevantes adotadas pelas agências e suas análises de impacto com vistas a: i) identificar decisões, regulações e políticas que não são consistentes com a lei; ii) coordenar as agências para dirimir quaisquer inconsistências; e iii) sugerir alternativas. A revisão exercida pelo Oira também permite que sejam garantidas a consistência, a credibilidade e a qualidade das regulações adotadas pelas agências dependentes.”

²² Segundo a avaliação de integrantes do *OMB*, o sistema de agências dos EUA não apresenta maior coerência ou lógica interna do ponto de vista da independência e da matéria tratada: enquanto há agências independentes que cuidam de temas que vão da política monetária (Federal Reserve Board) à política nuclear (Nuclear Regulatory Commission), temas como meio-ambiente, aviação civil e sanidade alimentar são tratados por agências reguladoras do Executivo (Environment Protection Agency, Federal Aviation Administration e Food and Drug Administration).

objetivos de desempenho ao invés de metas excessivamente detalhadas. Devem, ainda, deve demonstrar que foi adotado o método que tem a melhor relação custo-benefício para resolver o problema diagnosticado.

Como contraponto à atuação do Poder Executivo, além do papel exercido do Poder Legislativo, por meio da Comissão de Reforma do Governo e da Subcomissão de Assuntos Regulatórios, e de um intenso monitoramento realizado pelo Legislativo por meio de audiências públicas, para as quais dispõem os parlamentares de poder de intimação ("subpoena"), aplicável mesmo aos comissários de agências independentes, e do "*Government Accountability Office*", órgão auxiliar do Congresso americano que monitora a eficácia das operações de qualquer órgão público, inclusive na área regulatória, merece destaque também o papel desempenhado por organizações não-governamentais, como o "*OMB Watch*", que há 20 anos atua com o objetivo de promover transparência e "*accountability*" governamental e maior participação dos cidadãos no processo decisório, e que promove um permanente escrutínio do papel tanto do OMB quanto das agências reguladoras, objetivando preservar o interesse dos cidadãos.

Outra instituição privada de destaque é o *AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies*, criado em 1998 para avaliar o impacto da regulação nos consumidores, empresas e governo, e para aumentar a *accountability* de legisladores e reguladores através de análises objetivas e compreensíveis sobre programas regulatórios existentes e novas propostas de regulação. Para essa instituição, a melhoria da qualidade da regulação nos EUA poderia gerar ganhos adicionais de 300 bilhões de dólares (HAHN & LITAN).

Levando-se em consideração experiências bem sucedidas no plano internacional, com a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, e com a implementação do Projeto de Fortalecimento da capacidade institucional para Gestão em Regulação, o Governo Federal espera alcançar, no horizonte de três anos, uma significativa e progressiva melhoria da qualidade e transparência da atuação das agências reguladoras no Brasil. Além da consolidação de sua autonomia decisória e capacidade técnica, essas iniciativas visam promover o aperfeiçoamento de seus mecanismos de monitoramento e controle social, a redução da assimetria de informações entre Estado e Sociedade relativas às atividades regulatórias e sua relação custo-benefício, a melhoria da sua gestão, o desenvolvimento de sistemas de supervisão e avaliação de contratos de gestão e uma melhor sintonia entre as Agências Reguladoras e os ministérios responsáveis pela formulação de políticas setoriais, bem assim da capacidade de coordenação e gestão governamental e do acompanhamento da economia pelo Poder Executivo.

5 Conclusão

As metas que o Governo Lula pretende alcançar, relativas à eficiência e eficácia do sistema regulatório, por meio da melhoria da qualidade da gestão em regulação, e do aperfeiçoamento de mecanismos gerais de *accountability* das agências diante do Congresso e dos ministérios supervisores, mas sem causar qualquer redução da autonomia decisória ou técnica das mesmas, são desafios cuja implementação transcende a duração do mandato presidencial. São, no entanto, propostas essenciais para que o processo de constituição de agências reguladoras autônomas no Brasil se complete de forma suficiente e transparente, sem dar margem, apenas, a criação de um "*cluster*" de poder no aparelho do

Estado, agravando ainda mais a sua impermeabilidade às demandas da sociedade.

A implementação do contrato de gestão, na sua singeleza, como instrumento para associar o planejamento das ações à avaliação de resultados, permitirá que os recursos destinados a elas sejam legitimados pelos resultados a serem atingidos em benefício de toda a economia e dos consumidores e cidadãos, e não a redução de uma “independência” que, a rigor, a Constituição Federal não contempla e que vários juristas já ressaltaram tratar-se de um termo impróprio para o grau de autonomia que, no Brasil, pode ser atribuído por lei às agências reguladoras.

A tentativa de implementação de instituições reguladoras, no Brasil, não pode mais ser apenas mais um exercício de isomorfismo institucional mimético. As experiências internacionais, que têm muito a nos oferecer, são, de fato, importantíssimas, influenciando modelos e concepções para que se aperfeiçoem as agências reguladoras no Brasil. Mas não podem, por óbvio, ser transplantadas sem a ponderação das peculiaridades da ordem constitucional, da cultura política, do grau de organização da sociedade e da estrutura dos mercados existentes no país.

As propostas em debate têm em mente essas características e, por isso, merecem ser avaliadas e implementadas.

É hora, portanto, de, por parte das agências, deixar-se de lado a postura corporativa que por vezes se manifesta e olhar o processo em curso como o que ele, na nossa avaliação, realmente é: uma oportunidade para o aperfeiçoamento institucional das agências reguladoras e de sua relação com os Poderes constituídos.

As Agências Reguladoras, como instituições do Estado brasileiro, não podem atuar, ainda que na defesa de interesses legítimos, como se estivessem sob o cerco do inimigo e protegendo a sua própria sobrevivência. Devem, sim, atuar propositivamente, e contribuir para que, da melhor forma, os objetivos colimados pela proposta em fase de discussão no Congresso sejam efetivamente alcançados.

BIBLIOGRAFIA

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. A organização e o controle das agências reguladoras – Crítica aos anteprojetos de lei. ABAR, 2004.
- BROWN, Ashley & DE PAULA, Ericson. Relatório do Projeto PPIAF – Fase 2, par ao Setor Energético Brasileiro – Tarefa 4: Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro. Julho de 2004.
- CRUZ, Renato. Para especialistas, autonomia é ameaçada. O Estado de São Paulo, 14 abril 2004.
- HAHN, Robert W. & LITAN, Robert E. Recommendations for Improving Regulatory Accountability and Transparency. Testimony before the House Government Reform Committee, March 2003. Disponível em <https://www.aei.brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=250>
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Avaliação de agencias e órgãos reguladores. Disponível http://www.idec.org.br/arquivos/site_agencias.doc
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Elementos de direito administrativo, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências independentes: a oportunidade ameaçada. Valor Econômico, 12 mai 2004.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Revista Diálogo Jurídico, vol. 1 n° 2, maio de 2001.

- MURPHY, Priscilla. Ataque de governo a agências prejudica usuário. O Estado de São Paulo, 30 mar 2003.
- NUNES, Vicente. Consumidor desprotegido. Correio Braziliense, 12 mar 2005.
- OLIVEIRA, Gesner. Agências Reguladoras: a experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira. Brasília: CNI, 2004, 127 p.
- PRATES, Caio. Estudo do IDEC aponta falhas em agências reguladoras. O Estado de São Paulo, 11 mar 2003.
- RELATÓRIO SOBRE A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Câmara Americana de Comércio. Agosto de 2004. Disponível em http://pulitzer.amcham.com.br/advocacy/advocacy2002-06-04b/informativo2004-12-15b/informativo2004-12-15b_arquivo
- RELATÓRIO SOBRE A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Câmara Americana de Comércio. Outubro de 2004. Disponível em http://pulitzer.amcham.com.br/advocacy/advocacy2002-06-04b/informativo2004-12-15d/informativo2004-12-15d_arquivo
- RELATÓRIO SOBRE A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. Câmara Americana de Comércio. Maio de 2005. Disponível em http://pulitzer.amcham.com.br/advocacy/advocacy2002-06-04b/informativo2005-06-02a/informativo2005-06-02a_arquivo
- RITNER, Daniel. Titulares da ANA e ANEEL assumem órgãos esvaziados. Valor Econômico, 14 jan 2005.
- JACOBS & ASSOCIATES. Marching onward: regulatory impact analysis. The Better Regulator, Spring/Summer 2005.

RESENHA BIOGRÁFICA

Luiz Alberto dos Santos

Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – Casa Civil – Presidência da República

Palácio do Planalto – 4º andar – Sala 89 – 70150-900 - Brasília – DF

55 61 34111300

Luizsan@planalto.gov.br

<http://www.planalto.gov.br/casacivil>

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é também formado em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do RS. Concluiu o mestrado em Administração de Brasília e fez o curso de Políticas Públicas e Gestão Governamental na ENAP. Foi professor de Direito Administrativo no Centro de Ensino Unificado de Brasília. Sua atividade na administração pública iniciou em 1990, quando foi nomeado Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, no Ministério do Planejamento, em virtude de aprovação em concurso público. Atuou como Chefe de Divisão no Departamento de Modernização da Secretaria da Administração Federal e Assessor da Coordenação do Programa Federal de Desregulamentação, na Presidência da República, Assessor da Diretoria de Relações de Trabalho do Instituto Nacional do Seguro Social e Assessor da Secretaria Executiva do Ministério do Trabalho e Administração. Trabalhos técnicos de sua autoria tem sido publicados em revistas especializadas. Publicou, em 1997, o livro “Reforma Administrativa no Contexto da Democracia”, pelo DIAP/ARKO Advice Editorial. Em 2000, publicou o livro "Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle Social - possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado" pelo DIAP. Em 2000, foi vencedor do XV Concurso de Monografias do CLAD, com a monografia “Avaliação de Desempenho da Ação Governamental no Brasil: Problemas e Perspectivas”, em co-autoria com Regina Luna Santos de Souza. É doutorando em

Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC, da Universidade de Brasília.

Assessorou, de 1992 a 2002, a Bancada do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados. A partir de agosto de 2002, passou a ocupar, em virtude de aprovação em concurso público, o cargo de Consultor Legislativo do Senado Federal para a área de Administração Pública. Desde 1º de janeiro de 2003 é Subchefe de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República.

QUADROS, TABELAS E GRÁFICOS

**Tabela 1 - Agências Reguladoras
Reserva de Contingência**

Em R\$ 1,00

Agências	2003	2004	2005
ANATEL	243.318.439	516.990.559	1.559.157.105
ANA	40.183.738	47.507.316	29.479.404
ANEEL	909.371.691	1.923.058.738	2.358.100.525
Total	1.192.873.868	2.543.337.694	4.022.900.063

Fonte: Sec. do Tesouro Nacional - SIAFI

**GRÁFICO 1
AGÊNCIAS REGULADORAS
ORÇAMENTO APROVADO 2003-2005 EM R\$**

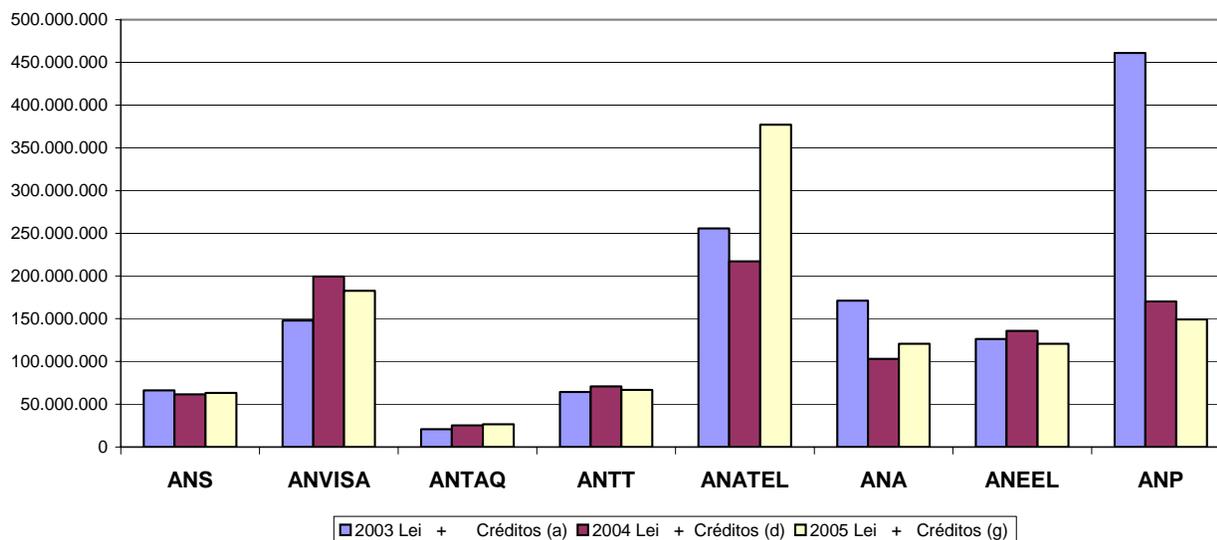


GRÁFICO 2
AGÊNCIAS REGULADORAS
ORÇAMENTO EXECUTADO 2003-2005 - EM R\$

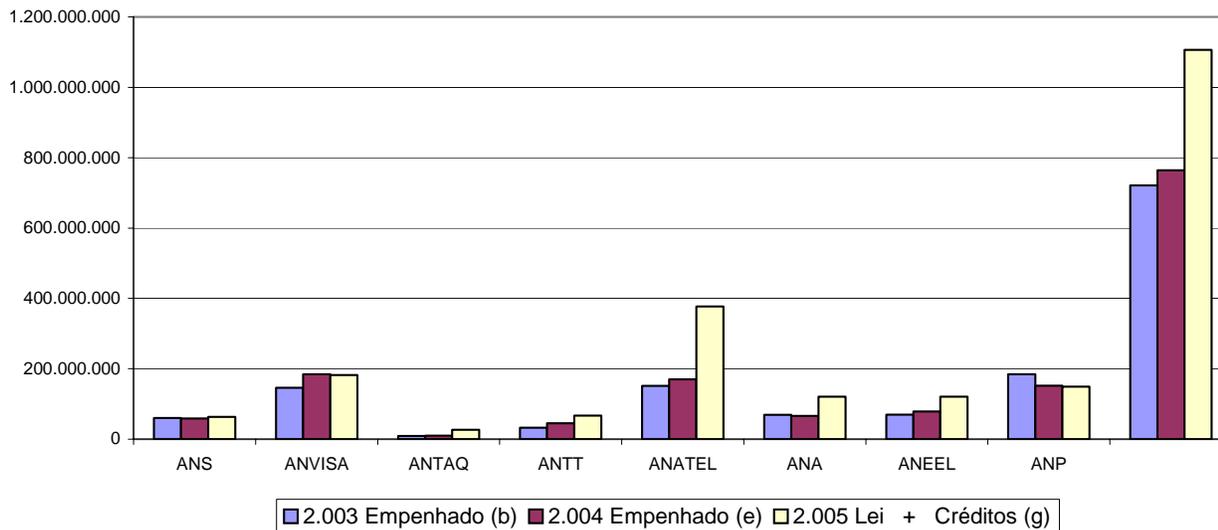
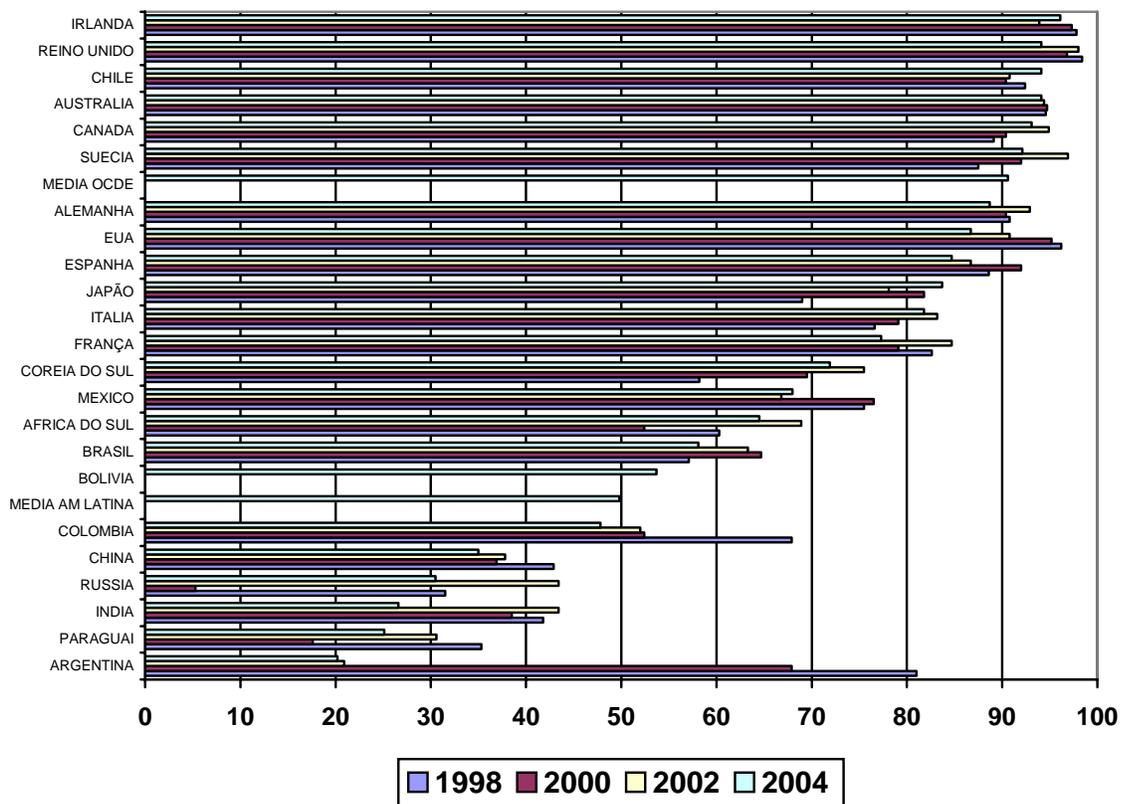


GRÁFICO 3
QUALIDADE DA REGULAÇÃO – PAÍSES SELECIONADOS – 1998 A 2004



Fonte: World Bank – <http://www.worldbank.org/wbi/governance/govdata>. Elaboração: Autor