

Sérgio Guerra



A adequação das estruturas administrativas estatais às características do século XXI torna-se difícil perante exigências incontornáveis. Dentre outras, busca-se preservar — e ampliar — as garantias aos direitos dos cidadãos; eliminar as tentações de autoritarismo e abuso do poder; e preservar os dinheiros pagos pelo contribuinte das inclinações perdulárias ou criminosas de seus administradores, muitas vezes sob o rótulo da discricionariedade administrativa. Desde as iniciativas pioneiras de Getúlio Vargas, na década de 1930, até a criação das Agências e Organizações Sociais do Plano de Reforma de FHC e Bresser Pereira, a história administrativa do Brasil é uma sucessão de soluções criativas para contornar a rigidez da estrutura estatal tradicional. E, nesse sentido, a história não tem fim. É isso o que o Professor Sérgio Guerra nos mostra neste livro. O autor analisa a maioria das novas formas jurídicas de que se reveste o Estado, seja nas instituições que integram a Administração Pública *stricto sensu*, bem como aquelas que foram criadas para apoiar as prestações estatais do Estado Regulador Brasileiro.

AGÊNCIAS REGULADORAS

Da organização administrativa piramidal à governança em rede

2ª edição revista, ampliada e atualizada

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO

Áreas afins

DIREITO CONSTITUCIONAL,
DIREITO ECONÔMICO, DIREITO
EMPRESARIAL, DIREITO PÚBLICO,
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Público-alvo/consumidores

ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO, MESTRADO,
DOUTORADO EM DIREITO E EM
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROFISSIONAIS
DA ÁREA DE DIREITO: MAGISTRADOS,
MEMBROS DAS CARREIRAS JURÍDICAS
PÚBLICAS E PRIVADAS (MINISTÉRIO
PÚBLICO, DEFENSORIAS, PROCURADORES).

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm
CÓDIGO: 10002955

G934a

Guerra, Sérgio

Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede / Sérgio Guerra. 2. ed.– Belo Horizonte : Fórum, 2021.

369 p.; 14,5x21,5cm

ISBN: 978-65-5518-142-5

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Econômico. I. Título.

CDD 341.3

CDU: 342.9

Sérgio Guerra é Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio. *Visiting Researcher* (Yale Law School), com Pós-Doutorado em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Embaixador no Brasil da Yale University. Membro Vogal da Comissão de Arbitragem e Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná. Árbitro do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Tem atuação, também como árbitro, na Câmara de Comércio Internacional (CCI).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
Sérgio Guerra	17
INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 1	
ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	39
1.1 Poder Executivo dos Estados Unidos da América	43
1.2 Evolução da burocracia norte-americana no período progressista	45
1.3 Agências nos Estados Unidos da América	55
1.3.1 Separação de poderes e a nova função administrativa.....	58
1.3.2 Críticas contrárias à função administrativa.....	61
1.3.3 Argumentos a favor da função administrativa.....	63
1.4 Modelo de agencificação: executivas e reguladoras, subordinadas ou independentes.....	64
1.5 Agências corporativas	67
1.6 Evolução das agências norte-americanas	69
1.7 Análise dos debates sobre a constitucionalidade do modelo das agências nos Estados Unidos da América.....	80
1.7.1 Separação de poderes	81
1.7.2 Delegação de poderes normativos.....	82
1.7.3 Função judicante	86
1.7.3.1 <i>Administrative Law Judge</i>	88
1.7.4 Função executiva.....	90
1.7.5 Enquadramento das agências em um dos três poderes	91
1.7.6 Mandato fixo dos dirigentes (tenure).....	92
1.7.6.1 <i>Humphrey's Executor v. United States</i>	93
1.7.6.2 <i>Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau</i> (CFPB)	94
1.8 Conclusões sobre as agências norte-americanas	96
CAPÍTULO 2	
ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA NO ESTADO MODERNO DE DIREITO	103
2.1 Estruturação da organização administrativa racional-legal.....	105
2.1.1 Constituição Federal de 1891.....	106
2.1.2 Constituição Federal de 1934.....	109
2.1.3 Constituição Federal de 1937.....	110
2.1.3.1 Criação do Departamento de Administração e Serviço Público (DASP).....	111
2.1.3.2 Criação de comissões reguladoras.....	113
2.1.4 Constituição Federal de 1946.....	115
2.2 Estado Empresário	117
2.3 Modelo intervencionista sob o regime militar	119
2.3.1 Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 1969	120
2.3.2 Programa Nacional de Desburocratização.....	122
2.4 Modelo burocrático hierarquizado.....	123
2.4.1 Modelo de administração racional-legal	123
2.4.2 Configurações jurídicas da organização estatal no Brasil e o ingresso de novas formas organizativas da administração pública	125

2.4.2.1	Decreto-Lei nº 200/67: primeira reforma gerencial	125
2.4.2.2	Administração pública direta e indireta	127
2.4.2.2.1	Autarquia	128
2.4.2.2.2	Empresa pública	130
2.4.2.2.3	Sociedade de economia mista	132
2.4.2.2.4	Fundação pública	133
2.4.3	Alargamento das formas organizativas na administração pública	134

CAPÍTULO 3

IMPLANTAÇÃO DE ESTRUTURAS REGULATÓRIAS: PROGRAMAS E REFORMAS QUE LEVARAM À MITIGAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA HIERARQUIZADA

3.1	Constituição Federal de 1988: organização econômica brasileira impositiva de uma nova forma de atuação estatal e governamental	144
3.2	Formas de intervenção estatal no modelo de Estado regulador	148
3.3	Ajustes nas funções estatais diante da complexidade, pluralismo e ambivalência atual	151
3.4	Evolução do processo das privatizações, parcerias entre o setor público e privado e as consequentes reformas da administração pública: a criação de agências autônomas	155
3.4.1	Influências da reforma administrativa inglesa: <i>next steps</i>	156
3.4.2	Reforma administrativa no Brasil	158
3.4.2.1	Programa Nacional de Desburocratização na década de 1980	159
3.4.2.2	Desestatização no Governo Fernando Collor de Mello	160
3.4.2.3	Privatizações e reforma da administração pública no Governo Fernando Henrique Cardoso	162
3.4.2.3.1	Emendas constitucionais	164
3.4.2.3.2	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado	164
3.4.2.3.3	Agência Executiva	170
3.4.2.4	Desestatizações e programa de parcerias público-privadas no Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva	173
3.4.2.4.1	Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública de 2007	180
3.4.2.5	Desestatizações no Governo da Presidente Dilma Rousseff	181
3.4.2.6	Desestatizações e medidas jurídico-regulatórias no Governo do Presidente Michel Temer	186
3.4.2.7	Movimentos de liberalização da economia no Governo do Presidente Jair Bolsonaro e a nova Lei Geral das Agências Reguladoras	189

CAPÍTULO 4

NOVOS ENTES PÚBLICOS FEDERAIS COM CARACTERÍSTICA ESTRUTURAL DE ORGANIZAÇÃO POR REDE (NÃO PIRAMIDAL)

4.1	Funções neutras constitucionalmente independentes	195
4.2	Função neutral regulatória legalmente independente	198
4.3	Surgimento e estruturação do modelo de Agências Reguladoras no Brasil	202
4.3.1	Natureza jurídica das Agências Reguladoras	204
4.3.2	Organização colegiada	206

4.3.3	Crerios e procedimentos para a nomeaçaõ, mandato fixo e restrições à exoneraçaõ <i>ad nutum</i> dos dirigentes das Agências Reguladoras	208
4.3.3.1	Impedimentos para ocupaçaõ de cargos	209
4.3.3.2	Mandato	213
4.4	Autonomia das Agências Reguladoras	216
4.4.1	Autonomia funcional e administrativa	217
4.4.2	Autonomia financeira	218
4.4.3	Autonomia decisória.....	220
4.4.3.1	Controle das Agências Reguladoras por meio de supervisãõ ministerial	224
4.4.3.2	Parecer normativo da Advocacia-Geral da Uniãõ: limites no cabimento de recurso hierárquico impróprio.....	231
4.5	Análise de impacto regulatório.....	233
4.6	Plano estratégico.....	236
4.7	Plano de gestão anual	237
4.8	Agenda regulatória	238
4.9	Controle das escolhas regulatórias pelo Tribunal de Contas da Uniãõ	239
4.10	Constitucionalidade do modelo das agências no Brasil.....	241
4.10.1	Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do modelo brasileiro de Agências Reguladoras	243
4.10.1.1	ADI nº 1.668-DF.....	243
4.10.1.2	ADI nº 1.949-0-RS.....	246
4.11	Análise comparativa entre as agências reguladoras norte-americanas e as agências reguladoras brasileiras	248

CAPÍTULO 5

CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS DAS ENTIDADES COM FUNÇÕES NEUTRAIS, REESTRUTURADAS OU INSTITUÍDAS NO BRASIL SOB OS INFLUXOS DO MODELO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA GERENCIAL

5.1	Agências reguladoras	251
5.1.1	Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).....	252
5.1.2	Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).....	255
5.1.3	Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP).....	257
5.1.4	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	259
5.1.5	Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	262
5.1.6	Agência Nacional de Águas (ANA)	265
5.1.7	Agência Nacional de Cinema (ANCINE).....	269
5.1.8	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	271
5.1.9	Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).....	274
5.1.10	Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)	276
5.1.11	Agência Nacional de Mineração (ANM)	281
5.2	Outras entidades com características próximas às agências reguladoras	285
5.2.1	Comissão de Valores Mobiliários (CVM)	286
5.2.2	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ..	289
5.2.3	Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPc)	291
5.2.4	Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC)	293

5.3	Entidades exógenas à organização administrativa que gerenciam temas de interesse geral com competências imbricadas com atividades regulatórias	295
5.3.1	Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)	295
5.3.2	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) ..	297

CAPÍTULO 6

ARBITRAGEM ENVOLVENDO AS AGÊNCIAS REGULADORAS		301
6.1	Função judicante das agências reguladoras: a arbitragem regulatória como processo administrativo sujeito ao controle jurisdicional	306
6.2	Arbitragem comercial: agente regulado <i>versus</i> agência reguladora	310
6.3	Arbitragem comercial entre dois ou mais agentes regulados: agência reguladora como órgão arbitral institucional.....	316
6.3.1	Estudo de caso: criação de comissão ou câmara arbitral estatal pela PREVIC em regime de competição com órgãos arbitrais privados	322
6.3.1.1	Fundamentos jurídicos para a criação da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CMCA)	323
6.3.1.2	Estrutura da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CMCA)	327
6.3.1.3	Fundamentos jurídicos e estruturação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CMCA)	329
6.3.1.4	Análise quanto à juridicidade da criação da câmara arbitral pela diretoria da PREVIC.....	330
CONCLUSÕES.....		339
REFERÊNCIAS		347
TRABALHOS PUBLICADOS PELO AUTOR		361