

SÉRGIO GUERRA

SÉRGIO GUERRA

AGÊNCIAS REGULADORAS

*Da Organização Administrativa
Piramidal à Governança em Rede*

3ª edição revista, ampliada e atualizada

FORUM

AGÊNCIAS REGULADORAS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PIRAMIDAL À GOVERNANÇA EM REDE

3ª edição revista, ampliada e atualizada

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.

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: 10003529

G934a

Guerra, Sérgio

Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede / Sérgio Guerra. - 3. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2023

385p.; 14,5cm x 21,5cm.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5518-501-0

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Econômico. 4. Direito Empresarial. 5. Direito Público. 6. Administração Pública. I. Título.

CDD 342

CDU 342

2023-20

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 385p. ISBN 978-65-5518-501-0.

SÉRGIO GUERRA

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. Editor da *Revista de Direito Administrativo (RDA)*. 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 DA TERCEIRA EDIÇÃO	
Sérgio Guerra.....	17
APRESENTAÇÃO DA SEGUNDA EDIÇÃO	
Sérgio Guerra.....	19
APRESENTAÇÃO DA PRIMEIRA EDIÇÃO	
Sérgio Guerra.....	21
PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO	
Enrique Saravia	23
INTRODUÇÃO	27
CAPÍTULO 1	
ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UM ESTUDO COMPARADO	45
1.1 Poder Executivo dos Estados Unidos da América.....	49
1.2 Evolução da burocracia norte-americana no período progressista...52	
1.2.1 Criação da primeira agência reguladora: <i>Insterstate Commerce</i> <i>Comission</i>	52
1.2.2 Governo de Theodore Roosevelt: Square Deal.....	56
1.2.3 Governo do Presidente Woodron Wilson: superação da teoria da separação de poderes	57
1.2.4 Governo do Presidente Franklin D. Roosevelt: New Deal	59
1.3 Sistema administrativo dos Estados Unidos da América.....	60
1.3.1 Separação de poderes e a função administrativa.....	64
1.3.2 Críticas contrárias à função administrativa (headless fourth branch).....	67
1.3.3 Argumentos a favor da função administrativa	69
1.4 Modelo de agencificação: agências executivas e reguladoras, subordinadas ou independentes	70
1.5 Agências corporativas.....	73
1.6 Evolução das agências norte-americanas.....	75
1.7 Análise dos debates sobre a constitucionalidade do modelo das agências nos Estados Unidos da América.....	88
1.7.1 Separação de poderes.....	88
1.7.2 Delegação de poderes normativos	90
1.7.2.1 Princípio da deferência: Chevron doctrine	93
1.7.2.2 Críticas à deferência judicial: major questions doctrine.....	94
1.7.3 Função judicante.....	96
1.7.3.1 Administrative Law Judge	97
1.7.4 Função executiva	99
1.7.5 Enquadramento (vinculação) das agências em um dos três poderes.....	100
1.7.6 Mandato fixo dos dirigentes (<i>tenure</i>)	101
1.7.6.1 <i>Humphrey's Executor v. United States</i>	102
1.7.6.2 <i>Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)</i>	103
1.8 Conclusões sobre as agências norte-americanas.....	104
CAPÍTULO 2	
ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA NO ESTADO MODERNO DE DIREITO	111
2.1 Estruturação da organização administrativa racional-legal.....	113
2.1.1 Constituição Federal de 1891	114
2.1.2 Constituição Federal de 1934	116
2.1.3 Constituição Federal de 1937.....	118
2.1.3.1 Criação do Departamento de Administração e Serviço Público (DASP) e da Fundação Getulio Vargas (FGV).....	119
2.1.3.2 Criação de comissões reguladoras	121

2.1.4	Constituição Federal de 1946	122
2.2	Estado Empresário.....	124
2.3	Modelo intervencionista sob o regime militar.....	126
2.3.1	Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 1969...	127
2.3.2	Programa Nacional de Desburocratização	129
2.4	Modelo burocrático hierarquizado	130
2.4.1	Modelo de administração racional-legal	130
2.4.2	Configurações jurídicas da organização estatal no Brasil e o ingresso de novas formas organizativas da administração pública	131
2.4.2.1	Decreto-Lei nº 200/67: primeira reforma gerencial	132
2.4.2.2	Administração pública direta e indireta	134
2.4.2.2.1	Autarquia	134
2.4.2.2.2	Empresa pública	136
2.4.2.2.3	Sociedade de economia mista	138
2.4.2.2.4	Fundação pública.....	140
2.4.3	Alargamento das formas organizativas na administração pública	140

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	148
3.2	Formas de intervenção estatal no modelo de Estado regulador...	152
3.3	Ajustes nos instrumentos administrativos diante da complexidade, pluralismo e evolução tecnológica.....	155
3.4	Evolução no processo das privatizações, parcerias entre o setor público e privado e a consequente reforma da administração pública na década de 1990: a criação de agências autônomas	158
3.4.1	Influências da reforma administrativa inglesa: <i>next steps</i>	158
3.4.2	Programa de desestatizações e reforma administrativa no Brasil ...	160
3.4.2.1	Programa Nacional de Desburocratização na década de 1980	161
3.4.2.2	Desestatização no Governo Fernando Collor de Mello	161
3.4.2.3	Privatizações no Governo Itamar Franco	163
3.4.2.4	Privatizações e reforma da administração pública no Governo Fernando Henrique Cardoso	164
3.4.2.4.1	Emendas constitucionais	165
3.4.2.4.2	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.....	166
3.4.2.4.3	Agências reguladoras.....	169
3.4.2.4.4	Agência Executiva	171
3.4.2.5	Desestatizações e programa de parcerias público-privadas no Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010).....	174
3.4.2.5.1	Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública de 2007...	180
3.4.2.6	Desestatizações no Governo da Presidente Dilma Rousseff	181
3.4.2.7	Desestatizações e medidas jurídico-regulatórias no Governo do Presidente Michel Temer	185
3.4.2.8	Movimentos de liberalização da economia no Governo do Presidente Jair Bolsonaro e a edição da nova Lei Geral das Agências Reguladoras.....	189
3.4.2.8.1	Desestatizações	190
3.4.2.8.2	Criação de entes estatais.....	197

CAPÍTULO 4

NOVOS ENTES PÚBLICOS FEDERAIS COM ESTRUTURA ORGANIZACIONAL POR REDE (NÃO PIRAMIDAL)

4.1	Funções neutrais constitucionalmente independentes	200
4.2	Função neutral regulatória legalmente independente	204
4.3	Surgimento e estruturação do modelo de agências reguladoras no Brasil.....	206
4.3.1	Natureza jurídica das agências reguladoras.....	208
4.3.2	Organização colegiada.....	210
4.3.2.1	Transparência das decisões colegiadas.....	210
4.3.3	Crerios e procedimentos para a nomeação, mandato fixo e	

	restrições à exoneração <i>ad nutum</i> dos dirigentes das agências reguladoras.....	212
4.3.3.1	Impedimentos para ocupação de cargos.....	212
4.3.3.2	Mandato.....	216
4.4	Autonomia das agências reguladoras.....	219
4.4.1	Autonomia funcional e administrativa.....	220
4.4.2	Autonomia financeira.....	221
4.4.3	Autonomia decisória.....	222
4.4.3.1	Controle das agências reguladoras por meio de supervisão ministerial.....	226
4.4.3.2	Parecer normativo da Advocacia-Geral da União: limites no cabimento de recurso hierárquico impróprio.....	232
4.5	Análise de Impacto Regulatório – AIR.....	234
4.6	Análise de Resultado Regulatório – ARR.....	237
4.7	Plano estratégico.....	238
4.8	Plano de gestão anual.....	239
4.9	Agenda regulatória.....	240
4.10	Controle das escolhas regulatórias pelo Tribunal de Contas da União.....	242
4.11	Abuso do Poder Regulatório.....	243
4.12	Constitucionalidade do modelo das agências no Brasil.....	246
4.12.1	Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do modelo brasileiro de agências reguladoras.....	248
4.12.1.1	ADI nº 1.668-DF.....	249
4.12.1.2	ADI nº 1.949-0-RS.....	251
4.13	Análise comparativa entre as agências reguladoras norte-americanas e as agências reguladoras brasileiras.....	254

CAPÍTULO 5

CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS DE ENTIDADES COM FUNÇÕES NEUTRAIS, REESTRUTURADAS E INSTITUÍDAS SOB INSPIRAÇÃO DO MODELO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA GERENCIAL.....

	257	
5.1	Agências reguladoras.....	257
5.1.1	Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).....	259
5.1.2	Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).....	261
5.1.3	Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP).....	263
5.1.4	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).....	265
5.1.5	Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).....	267
5.1.6	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).....	270
5.1.7	Agência Nacional de Cinema (ANCINE).....	274
5.1.8	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).....	276
5.1.9	Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).....	278
5.1.10	Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).....	280
5.1.11	Agência Nacional de Mineração (ANM).....	286
5.2	Outras entidades com características próximas às agências reguladoras.....	289
5.2.1	Comissão de Valores Mobiliários (CVM).....	289
5.2.2	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	292
5.2.3	Banco Central do Brasil (BACEN).....	294
5.2.4	Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).....	296
5.2.5	Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPCC).....	299
5.2.6	Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC).....	300
5.3	Entidades exógenas à organização administrativa que gerenciam temas de interesse geral com competências imbricadas com atividades regulatórias.....	302
5.3.1	Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS).....	302
5.3.2	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).....	303

CAPÍTULO 6

ARBITRAGEM ENVOLVENDO AS AGÊNCIAS REGULADORAS...307

6.1	Função judicante das agências reguladoras: a arbitragem regulatória como processo administrativo sujeito ao controle jurisdicional.....	313
-----	---	-----

6.2	Experiências das agências reguladoras em arbitragens comerciais	317
6.3	Arbitragem comercial: agente regulado <i>versus</i> agência reguladora.....	321
6.3.1	Limites objetivos da arbitragem envolvendo as agências reguladoras.....	324
6.4	Arbitragem comercial entre dois ou mais agentes regulados: agência reguladora como órgão arbitral institucional	328
6.5	Estudo de caso: criação de comissão ou câmara arbitral estatal pela PREVIC em regime de competição com órgãos arbitrais privados	333
6.5.1	Fundamentos jurídicos para criação da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CMCA)	334
6.5.2	Estrutura da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CMCA)	338
6.5.3	Fundamentos jurídicos e estruturação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CMCA)	340
6.5.4	Análise quanto à juridicidade da criação da Câmara Arbitral pela diretoria da PREVIC	341
	CONCLUSÕES.....	349
	REFERÊNCIAS.....	355
	TRABALHOS PUBLICADOS PELO AUTOR.....	371