

SÉRGIO GUERRA

AGÊNCIAS REGULADORAS
DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
PIRAMIDAL À GOVERNANÇA EM REDE

3ª edição revista, ampliada e atualizada

Belo Horizonte

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2023

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrcio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Claudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
 Aline Sobreira de Oliveira

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430
 Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 99412.0131
 www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

1246129

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

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 Odílio 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.

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 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		145
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 conseqüente 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).....		199
4.1	Funções neutras 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	Critérios 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 n° 1.668-DF	249
4.12.1.2	ADI n° 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 (CNP)C)	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