

# O MODELO INSTITUCIONAL DO SETOR PORTUÁRIO: OS INSTITUTOS DA ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) E DA CONFERÊNCIA DE SERVIÇOS COMO MECANISMOS DE EQUALIZAÇÃO DO CONTROLE POLÍTICO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sergio Guerra\*  
Rafael Vêras de Freitas\*\*

**Sumário:** Introdução; 1. A transferência da condição de Poder Concedente da ANTAQ para a SEP; 2. Da previsão da subordinação entre a ANTAQ e a SEP em violação ao atual modelo do Estado Regulador brasileiro; 3. Da violação à “tutela” exercida pelos órgãos da Administração Direta sobre as entidades autárquicas; 4. Sugestões para o exercício do controle político sobre as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras sem o estabelecimento de uma relação hierárquica; 4.1. A utilização do instrumento da Análise do Impacto Regulatório – AIR à luz da Análise Econômica do Direito – AED; 4.2. Da implementação do instituto da Conferência de Serviços no ordenamento jurídico pátrio; 5. Conclusões objetivas.

## Introdução

Desde a “primeira abertura dos portos”, o setor portuário passou por momentos de grande intervenção Estatal – tendo seu ápice na estatização de sua gestão, por meio de uma empresa estatal federal, a PORTOBRÁS –, até a sua abertura à iniciativa privada. Essa “segunda abertura” dos portos foi levada a efeito pela edição da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispunha sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias (conhecida como a “Lei de Modernização dos Portos”).

---

\* Pós-Doutor em Administração Pública pela FGV/EBAPE. Doutor em Direito pela UGF e Mestre em Direito pela UCAM. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo — RDA. Coordenador Geral do Curso Internacional Business Law (FGV/UCI). Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

\*\* Mestrando em Direito da Regulação pela FGV. Professor do Programa de Educação Continuada da FGV Direito Rio. Professor da Pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Administrativo do IAB. Advogado.

O advento deste regime jurídico tinha por desiderato: (i) atrair investimentos da iniciativa privada, modernizando as infraestruturas portuárias brasileiras; (ii) fomentar a concorrência entre os terminais portuários, produzindo externalidades positivas para esse setor; (iii) angariar recursos para o Poder Público, por meio do arrendamento das instalações portuárias; e (iv) extinguir o monopólio da gestão dos trabalhadores portuários.

Nesse contexto, consolidou-se um ambiente regulatório estável, composto: (i) por uma agência reguladora independente (a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ), que tinha por função implementar, sob uma ótica preponderantemente técnica, as políticas públicas setoriais; (ii) pela Secretaria Especial de Portos – SEP, órgão político que determinava o conteúdo dessas políticas públicas; (iii) pelas respectivas Autoridades Portuárias – função, usualmente, exercida pelas Companhias Docas –; e (iv) pelos usuários dos serviços portuários.

Especificamente no que se refere ao arcabouço regulatório deste setor, o mercado se acostumou com um modelo que tinha como objetivo alcançar o equilíbrio entre os interesses do Estado, do Governo, dos concessionários, dos arrendatários, dos autorizatários e dos usuários de serviços portuários de forma equidistante.

Tal cenário, contudo, restou, profundamente, alterado pela edição da Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013 (O Novo Marco Regulatório do Setor Portuário).

A referida lei trouxe duas novas diretrizes para o desenho institucional do setor portuário, a saber: (i) a condição de Poder Concedente foi transferida da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidade integrante da administração federal indireta, a quem foi atribuída competência para *exercer atribuições técnicas*, para a Secretaria Especial de Portos – SEP, órgão destinado ao assessoramento do Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento do setor de portos e que, portanto, tem por objetivo o exercício de *funções políticas*; e (ii) foram transferidas *funções técnicas* daquela agência reguladora setorial para este órgão de governo, estabelecendo-se uma *subordinação* entre essas entidades.

São, portanto, sobre esses temas que versará o presente ensaio.

Para tanto, será percorrido o seguinte itinerário: inicialmente, será analisada a transferência da condição de Poder Concedente da ANTAQ para a SEP; após, serão examinados os dispositivos previstos no novo Marco Regulatório do Setor Portuário que transferem competências técnicas da ANTAQ para a SEP e a sua compatibilidade com o modelo brasileiro de Estado Regulador; em prosseguimento, abordar-se-á a compatibilidade dessas transferências com a sistemática da organização administrativa instituída pelo vetusto Decreto-lei nº 200/67; e, por fim, serão apresentadas duas propostas para que se possa estabelecer um equilíbrio entre as funções técnicas, exercidas pelas agências reguladoras, e as funções políticas, exercidas pelos órgãos de governo.

## 1. A Transferência da Condição de Poder Concedente da ANTAQ para a SEP

Sob o regime anterior de exploração da infraestrutura portuária, a função de Poder Concedente era exercida pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, sob as diretrizes da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP/PR (órgão com status de ministério)<sup>1</sup>.

Significa dizer que, embora o órgão de governo exercesse a função política de avaliar a conveniência e a oportunidade em licitar a infraestrutura do “porto organizado”, quem figurava na qualidade de Poder Concedente era a agência reguladora setorial (ANTAQ). Nesse modelo, a ANTAQ exercia a função de entidade contratante, a qual, por certo, comprometia a sua independência – sob um viés de *neutralidade* – para o exercício da função regulatória setorial.

Isto porque, quando as agências reguladoras exercem a função de Poder Concedente, ficam, necessariamente, incumbidas, dentre outras, das funções de: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; extinguir a concessão; homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas; cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários (artigo 29, inciso I a IV, da Lei nº 8.987/1955). Trata-se, pois, de funções que comprometem a *neutralidade* dessas entidades para o exercício da função regulatória, na medida em que as transforma em parte contratual, com interesses próprios e divergentes dos concessionários.

Tal arquitetura institucional restou alterada pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário. De acordo com artigo 1º, parágrafo único, do Decreto nº 8.033/2013, a função de Poder concedente foi transferida da ANTAQ para a SEP.<sup>2</sup>

Trata-se de alteração salutar, uma vez que a entidade reguladora se encontra em manifesto conflito de interesses, quando exerce, de forma concomitante, as funções de Poder Concedente e a de agente fiscalizador dessas atividades, no exercício da função de polícia administrativa<sup>3</sup>. Dito de outro modo, a *neutralidade* exigida da entidade

<sup>1</sup> Essa função pode ser conferida no disposto no artigo 2º da Portaria nº 108, de 06 de abril de 2010, da SEP, cuja redação é a seguinte: Art. 2º. Caberá à Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR decidir pela oportunidade e conveniência da licitação de porto organizado, que será realizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, por meio de concessão à pessoa jurídica de direito público ou privado, em decorrência de uma das motivações abaixo.

<sup>2</sup> Art. 1º. Este Decreto regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Parágrafo único. O poder concedente será exercido por intermédio da Secretaria de Portos da Presidência da República.

<sup>3</sup> A função de polícia administrativa, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto pode ser definida: tanto como uma atividade destinada a manter a *ordem social*, neste caso, referida às pessoas, bens e instituições sociais em geral, como manter a *ordem jurídica*, que está referida ao Estado e suas instituições juspolíticas. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Rio de Janeiro: Forense, p. 443).

regulatória, para o fim de compor os interesses envolvidos no setor regulado (do Poder Concedente, do concessionário e dos usuários da infraestrutura portuária) se apresenta comprometida, quando esta assume a condição de representante dos interesses do “Governo”, na qualidade de entidade contratante<sup>4</sup>, e não dos interesses do “Estado”.

Nas hipóteses em que a Agência Reguladora exerce a função de Poder Concedente, a sua vontade técnica acaba sendo substituída pela vontade política do governo central. Isto é, tem-se, nesse particular, um *institucional by-pass*, ou, numa tradução aproximada, um contorno institucional para que a vontade política prevaleça sobre a vontade técnica exercida pelas agências reguladoras<sup>5</sup>. Daí a necessidade da separação das figuras do agente regulador e do Poder Concedente, como observado, há muito, por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO<sup>6</sup>:

Para exercer a atividade regulatória, o órgão regulador disporá de uma competência normativa para manter viva a leitura de contratos de longo prazo, traduzindo as obrigações legais e contratuais em benefício da qualidade e atualidade do serviço e das informações que devem ser fornecidas ao consumidor. A regulação nos contratos de concessão é exaustiva, interferindo em diversos detalhes técnicos, que escapam à competência política do legislador, ao editar a norma, e do próprio administrador, nos casos em que cabe ao agente político a celebração do contrato. A regulação, quando não envolve a própria elaboração do edital e do contrato, vai desde a imposição de informações até a análise do perfil de investimentos e da composição e revisão das tarifas.

Demais disso, à medida que as concessões de serviços públicos se constituem como projetos de longo prazo, compostos por um plexo de relações jurídicas – resumidas,

<sup>4</sup> Nesse sentido, confira-se as conclusões que se extrai do Relatório do Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória – Pro-Reg: “A retirada da concessão das agências que lidam com setores de infraestrutura é defendida pelos formuladores dos anteprojetos com o argumento de que há um conflito de interesses quando um mesmo órgão tem a responsabilidade pela concessão e pela fiscalização dos contratos estabelecidos.” (*Análise dos contratos de gestão celebrados com as agências reguladoras quanto à regularidade, efetividade e contribuição para a gestão regulatória e fiscalizatória no período 2003/2012*. Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória – Pro-Reg. Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/estudo-sobre-os-contratos-de-gestao-firmados-pelas-agencias-reguladoras-federais>. Acesso em: 07/01/2014).

<sup>5</sup> Como bem observado por Vitor Rhein Shirato: O movimento que leva a isso é claro. O Governo, com a finalidade de não demonstrar ao mercado o desmanche do sistema regulatório, cria órgãos e entidades por ele controlados e transfere a essas competências das autoridades de regulação. Já que não se pode formalmente mudar a lei que assegura autonomia às autoridades reguladoras, porque prejudicaria o ambiente de investimentos no País, faz-se um institucional bypass, ou, em tradução aproximada, um contorno institucional para que a vontade política prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta). (SCHIRATO, Vitor Rhein. *A deterioração do sistema regulatório brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249274, out./dez. 2013).

<sup>6</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2005, p.317.

na feliz expressão de Egon Bockmann Moreira<sup>7</sup> em um “projeto concessionário” –, o concessionário não pode ficar ao alvedrio dos interesses de “Governo” (como tem ocorrido em hipóteses de instituição de gratuidades populistas e, até mesmo, de encampações imotivadas). Destarte, pode-se afirmar que a *segurança jurídica* deste “projeto concessionário” depende de uma regulação, equidistante e técnica, dos interesses das entidades contratantes, que não se submeta ao “jogo político”, nem a exorbitâncias contratuais que violem o princípio da *proporcionalidade*.

Daí poder-se afirmar que esse novo modelo institucional do Setor Portuário, ao retirar a função de Poder Concedente da ANTAQ, equilibrou as funções técnicas, que devem ser exercidas por uma entidade reguladora setorial, e as funções políticas, que devem ser exercidas pelos órgãos de governo. Um avanço em termos de modelagem institucional regulatória.<sup>8</sup>

Tal modelagem vai ao encontro, também, de alterações institucionais que já foram levadas a efeito em outros setores regulados, como, por exemplo, no setor elétrico, no qual houve a transferência da função de Poder Concedente da ANEEL para o Ministério de Minas e Energia –MME, por meio da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.

Nesse passo, é possível concluir no sentido de que a alteração da condição de Poder Concedente da ANTAQ para a SEP, introduzida pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, é institucionalmente salutar para a manutenção do equilíbrio dos interesses dos agentes do setor portuário. Trata-se, pois, de alteração legislativa que, ao atender o *princípio da segurança jurídica* – materializado em sua vertente da “*segurança regulatória*” –, poderá fomentar a realização de investimentos neste setor.

<sup>7</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço: inteligência da Lei nº8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

<sup>8</sup> Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3337/2004 – ainda em discussão no Congresso Nacional –, que dispõe acerca de um regime genérico sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras Federais: O projeto de lei que ora lhe submeto, em nome dos Ministros de Estado que participaram ativamente desse debate e da formulação das propostas em tela, pretende 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. 11. No caso do poder de outorga de concessões, permissões e autorizações, entendeu-se que, nos termos da própria Constituição Federal, o Estado é o titular do direito de explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos. Ao Estado compete, assim, outorgar ou não a terceiros o direito de explorar e prestar esses serviços ou de exercer atividade econômica mediante concessão ou permissão. Assim, a faculdade de celebração de contratos de outorgas atribuída às Agências em suas leis específicas é vista como mera liberalidade do legislador, tendo o projeto de lei previsto a transferência dessas atribuições para os respectivos ministérios. No entanto, de tal forma a questão se reveste de aspectos práticos, que o projeto de lei, embora disponha expressamente que a competência de conceder outorgas e celebrar contratos de concessão e permissão é do Poder Executivo, deixa ao alvedrio de cada Ministério a possibilidade de delegar essas atribuições à Agência (arts. 21, 22 e 27). Preserva-se, porém, na esfera das Agências Reguladoras, a competência de promover os procedimentos licitatórios, a fim de evitar-se o desperdício da experiência já acumulada e assegurar-se a observância de aspectos técnicos que irão ter direta consequência nas funções de regulação e fiscalização sob sua responsabilidade. 12. Na área dos transportes, o projeto de lei também transfere da ANTAQ para o Ministério dos Transportes a competência de nomeação do presidente do Conselho de Autoridade Portuária, referido na alínea “a” do inciso I do art. 31 da Lei nº8.630, de 25 de fevereiro de 1993, sendo esse presidente, até então, representante da Agência em cada porto organizado. (grifos nossos)

## 2. Da Previsão da Subordinação entre a ANTAQ e a SEP em Violação às Diretrizes do Modelo de Estado Regulador Brasileiro

A segunda diretriz institucional trazida pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, no sentido de se estabelecer uma subordinação da ANTAQ frente à SEP, vai de encontro ao modelo de Estado Regulador, consagrado no artigo 174 da Constituição da República – CRFB.

Essa subordinação pode ser extraída, por exemplo, da disciplina dos procedimentos licitatórios prévios à delegação de Concessões de “Portos Organizados”. Os §§ 2º e 3º, do artigo 6º, da Lei nº 12.815/2013, preveem subordinação técnica da ANTAQ em relação ao Poder Concedente (função exercida pela SEP) na condução das licitações para a delegação da infraestrutura portuária.<sup>9</sup>

Da mesma forma, o §5º do mesmo dispositivo prevê que a ANTAQ deverá observar a determinação do Poder Concedente para a transferência das competências de elaboração do edital e da realização dos procedimentos licitatórios para a Administração do Porto Organizado.<sup>10</sup>

Por fim, cite-se o disposto no artigo 10 da Lei nº 12.815/2013, o qual prevê que a ANTAQ se subordinará às determinações do Poder Concedente para que instaure o procedimento de Chamada Pública, previsto neste Novo Marco Regulatório.<sup>11</sup>

Como se pode perceber, de acordo com a sistemática do Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, a SEP, na qualidade de Poder Concedente, não se limita a fixar as políticas públicas do Setor Portuário – tal como previsto, originalmente, na Lei nº 11.518/2007. Esse órgão de governo passa a se imiscuir nas atribuições técnicas da agência reguladora setorial, podendo, assim, violar a sistemática regulatória do Estado Brasileiro. Aprofunde-se o ponto.

Para se fixarem os limites da intervenção ministerial nas atividades das agências reguladoras, é imprescindível delimitar-se: (i) o conceito de política pública, a ser traçada pelo órgão de governo; e (ii) os limites de sua implementação técnica pela agência reguladora setorial.

As políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci, em trabalho específico sobre o tema, *funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento,*

<sup>9</sup> Art. 6º. Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento. §2º. Compete à Antaq, com base nas diretrizes do poder concedente, realizar os procedimentos licitatórios de que trata este artigo. §3º. Os editais das licitações de que trata este artigo serão elaborados pela Antaq, observadas as diretrizes do poder concedente. (grifos nossos)

<sup>10</sup> Art. 6º. §5º. Sem prejuízo das diretrizes previstas no art. 3º, o poder concedente poderá determinar a transferência das competências de elaboração do edital e a realização dos procedimentos licitatórios de que trata este artigo à Administração do Porto, delegado ou não. (grifos nossos)

<sup>11</sup> Art. 10. O poder concedente poderá determinar à Antaq, a qualquer momento e em consonância com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, a abertura de processo de chamada pública para identificar a existência de interessados na obtenção de autorização de instalação portuária, na forma do regulamento e observado o prazo previsto no inciso II do § 1º do art. 9º. (grifos nossos)

*racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobram esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização*<sup>12</sup>.

Sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio, tais políticas devem estar previstas no plano de desenvolvimento econômico, assim considerado como o instrumento de intervenção do Estado do Domínio Econômico, por meio do qual os Poderes Executivo e Legislativo preveem, de forma conjunta (como se extrai da interpretação dos artigos 84, inciso XI e 48, inciso IV<sup>13</sup>, todos da CRFB), as prioridades que orientarão a prossecução do interesse público, bem como a forma de custeio desses objetivos (na forma do artigo 165, §4º<sup>14</sup>, da CRFB)<sup>14</sup>. Todo esse procedimento se materializa na planificação dos objetivos do Estado, que extrai seu fundamento de validade do artigo 174 da CRFB.<sup>15</sup>

Em resumo, o conceito de política pública que deve orientar a fixação das diretrizes para o regulador está relacionado aos objetivos gerais do Estado, em especial, os previstos no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, de: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>12</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo, Pólis, 2001, pag. 13. Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>. Acesso em: 06.01.2014

<sup>13</sup> Confira-se o teor dos dispositivos: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; Art. 48 - Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

<sup>14</sup> Cite-se o dispositivo: Art. 165. § 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional

<sup>14</sup> Sobre o tema, confira-se SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>15</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (grifos nossos). Embora o planejamento econômico seja imperioso para o setor público e indicativo para o setor privado, isso não significa que os particulares não devem participar da elaboração deste planejamento, como assevera Luís Cabral de Moncada: A audição dos interesses socioeconômicos que potencia nos nossos dias a organização do poder público traz à luz interesses organizados encabeçados por grupos de pressão e de influência ou por associações, nomeadamente partidárias, e não interesses de sujeitos individuais. Não se pode ignorar o papel importantíssimo que tem a intervenção dos grupos de interesse e partidos na tomada das decisões políticas mais importantes, quer em nível legislativo quer em nível administrativo. Esta intervenção vai modificar o próprio conteúdo das decisões em causa, pois que este passa a ser o resultado do compromisso possível entre os interesses organizados em presença em vez de o produto de uma tomada de posição racionalizada de uma maioria representativa homogênea, até porque o acesso desses interesses organizados ao poder se faz amiúde através de vias estranhas a representação parlamentar. (MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 44).

Tais diretrizes estão previstas no artigo 3º da Lei nº 12.815/2013, nos seguintes termos:

Art. 3º. A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas;

IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e

V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

Daí porque é lícito se concluir que, no arranjo institucional do setor portuário, a atuação da SEP deve se limitar ao *planejamento* da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias.

Essas diretrizes políticas se materializam, por exemplo, na elaboração do plano geral de outorgas no setor portuário; em disciplinar o conteúdo, forma e periodicidade de atualização dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos; em definir as diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração do porto organizado; na elaboração do relatório com o resultado da implementação das medidas previstas para o setor portuário (artigo 2º, incisos I, II, III e VI, do Decreto nº 8.033/2013), e *não em estabelecer determinações à agência reguladora setorial*.

São, portanto, funções preponderantemente políticas, e não técnicas.

Não é por outra razão que se entende que a SEP não deveria se imiscuir na função técnica de elaboração dos instrumentos convocatórios, nem, muito menos, expedir determinações à ANTAQ para que esta entidade delegue à Administração do Porto as competências de elaboração do edital e da realização dos procedimentos licitatórios.

Isto porque, como assevera MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO<sup>16</sup>, a função regulatória é *atividade administrativa, que deve se desenvolver, com autonomia e independência, dentro dos limites da lei, podendo ser praticados atos normativos*

<sup>16</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 407.

– que orientem o seu cumprimento – e seu desempenho é controlado tomando por base a observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

Trata-se, portanto, de função administrativa equidistante dos interesses de governo – composta pelas atividades normativa, executiva e judicante –, que, ponderando todos os interesses envolvidos, tem por fim atingir o “ponto ótimo” na implementação das políticas públicas governamentais.

Em termos objetivos: a entidade regulatória recebe da autoridade eleita as diretrizes para o atendimento do interesse público geral, materializadas em políticas públicas; desse modo, como tais políticas necessitam de *eficiência* para a sua aplicação, a atividade regulatória traduz, *em comandos técnicos permeados pela participação do setor regulado*, os preceitos traçados pelo agente albergado pela legitimidade democrática formal<sup>17</sup>. Daí porque Luís Cabral de Moncada<sup>18</sup> assevera que as funções técnicas devem ser exercidas por entidades especializadas, e não por entidades políticas:

Ora, a atividade parlamentar não é uma atividade técnica, naturalmente inclinada para a resolução daquelas questões, pelo que o seu tratamento só pode ser levado a cabo com êxito e eficácia no seio de entidades técnicas especializadas gravitando em torno do poder executivo, emprestando às decisões normativas deste não a legitimidade derivada do sufrágio mas sim a derivada do know-how, da especialização técnica, da tecnologia supra... Os órgãos técnicos são independentes, na sua maioria, da administração central. São órgãos autônomos, compostos por peritos e simples particulares e não majoritariamente por funcionários públicos. É este o preço que a administração tem de pagar pelo caráter técnico que a sua nova atividade reclama; o recurso cada vez maior a entidades estranhas cujo contributo se torna indispensável para a realização capaz dos objetivos que se propõe.

Todo esse arranjo institucional restou em parte violado pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário. Com essa alteração, pode-se colocar em risco a independência destas entidades frente ao poder político, o que é contrário à própria

<sup>17</sup> Nesse sentido, confirma-se os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto: o mecanismo, em apertada síntese, envolve o recebimento do poder político da autoridade eleita, com instruções de atendimento do poder político pela autoridade eleita, com as instruções de atendimento do interesse geral (mediante o acolhimento de um determinado programa político no processo eleitoral); o agente político formula a política pública que, para atender o interesse geral, deve executar com eficiência; aí entra a atividade regulatória, expedindo diretrizes para a eficiente implementação da política pública sufraga. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40).

<sup>18</sup> Moncada, Luís. S. *Cabral de. Direito Econômico*, pp. 61-63.

característica intrínseca das agências reguladoras<sup>19</sup>. Isto porque tais entidades, em razão de sua *especificidade e especialidade*, devem ser imunes às influências do “jogo político”, com vista a garantir a necessária *segurança regulatória*, como assevera Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>20</sup>:

Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador se desenvolva com independência frente às vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: ou seja, tanto as leis que ancilam os instrumentos regulatórios como mesmo as macropolíticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em mera longa manus do núcleo estratégico estatal. A especificidade e a especialidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A Nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular. Um exemplo parece ser ilustrativo.

Na mesma direção, confira-se trecho de monografia premiada sobre este tema, de autoria de BÁRBARA MARCHIOR DE ASSIS<sup>21</sup>:

<sup>19</sup> A independência das agências reguladoras está prevista, expressamente, na maioria das Leis que instituíram as agências reguladoras federais, como se extrai, por exemplo, do artigo 9º da Lei nº9.472/1997, que criou a ANATEL, o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº9.782/1999, que criou a ANVISA, e o artigo 1º da Lei nº9.427/1996. Confira-se:

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Art. 3o Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001) Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Art. 1o É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.

<sup>20</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. p.87.

<sup>21</sup> ASSIS, Bárbara Marchiori. *Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras na Formulação de Políticas Públicas*. IV Prêmio SEAE – 2009, 2º lugar em Regulação Econômica, Concurso de Monografia em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. p. 46 Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/ivpremio/estudantes/monografia-2o-lugar-barbara-marchiori-de-assis.pdf/view](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/ivpremio/estudantes/monografia-2o-lugar-barbara-marchiori-de-assis.pdf/view). Acesso em: 08 jan.14

Percebe-se que o meio de formalização da relação entre os Ministérios e as agências reguladoras pode assumir diversas faces, como contratos de gestão e desempenho ou mesmo os Planos Estratégicos, que possuem uma patente inspiração nos Planos que envolvem o orçamento público. *Contudo, mais importante do que a forma em si, é garantir que os mecanismos usados não sejam deturpados para mitigar a autonomia reforçada das Agências e contribuam para um diálogo entre as entidades*. Vê-se, por isso, que a supervisão ministerial deve se limitar à construção de diretrizes para a atuação das agências reguladoras, determinando os resultados desejados por meio de contratos de gestão. (grifos nossos)

A necessidade de resguardar-se a independência das agências reguladoras frente aos ministérios já chegou a ser reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal – STF<sup>22</sup>, quando o Exmo. Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO deferiu liminar, nos autos da ADI nº 2310 MC / DF, como se extrai da seguinte passagem:

Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos - ineficiência, domínio do mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros. Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes - detentores de mandato -, mas também dos servidores - reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação.(grifos nossos)

Daí porque Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, ao analisar a qualidade da regulação brasileira, asseverou *que a vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas. Se quiserem ser efetivas, suas estruturas devem ser ajustadas em meio a um conjunto de reformas estruturais coerentes e oportunas. A independência é a garantia de transparência, previsibilidade e qualidade em relação à tomada de decisões*<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> STF. ADI 2310 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 19/12/2000

<sup>23</sup> Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento, p. 19. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>

Por todas essas razões, entende-se que o Novo Marco Regulatório do Setor Portuário acaba por afetar a independência da ANTAQ para o exercício da regulação setorial.

Essa, aliás, não é a primeira vez que se atenta contra independência das agências reguladoras no Brasil. Tal subversão do sistema regulatório ocorreu: (i) em 2003, quando o então Presidente da República considerou abusivo o reajuste das tarifas de telefonia fixa e recomendou ao Ministro das Comunicações *que determinasse* à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a sua redução; (ii) em 12 de junho de 2006, quando da prolação do Parecer Normativo nº51, da lavra da Advocacia Geral da União – AGU<sup>24</sup>, no qual se questionou a submissão de decisão da ANTAQ à supervisão do Ministério do Transporte; e (iii) em agosto de 2007, quando, após o acidente aéreo de Congonhas, o Congresso Nacional, por meio de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instituiu uma investigação nas funções da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC<sup>25</sup>. Essa tendência foi, há muito, observada por Vital Moreira<sup>26</sup>:

A verdade é que as agências reguladoras brasileiras enfrentam agora um desafio político, que contesta a sua própria filosofia como autoridades independentes. A sua lógica está justamente em estabelecer uma separação entre a definição de opções de política regulatória, que devem ser do foro governamental e permanecer dentro da esfera do “comércio político” e sob o império das orientações mutáveis de cada governo, e a regulação econômica e “técnica” propriamente dita, que deve ser desgovernamentalizada, depender somente da lei e ficar isenta de orientações governamentais, porque deve constituir um quadro estável, seguro e previsível para a economia, ou seja, para os empresários e investidores.

<sup>24</sup> Confira-se trecho deste pronunciamento: Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, *violam as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta* (grifos nossos). (Parecer AGU Nº AC-51, de 12 de junho de 2006. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID\\_SITE=](http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=) Acesso em: 08 jan. 2014)

<sup>25</sup> A esse respeito veja-se: FEITOSA, Maria Luiza P. de A. Mayer *et al.* A crise no setor aéreo pode atingir o perfil regulador do estado brasileiro? Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/6531/4095> Acesso em: 08 jan. 2014. Vide também: Suspeita de captura política da ANAC. Disponível em: <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2008/06/05/suspeita-de-captura-politica-na-anac/> Acesso em: 8 jan. 2014; Lula “capturou” ANAC e ANTT, acusa associação de agências. Disponível em: <http://portal.pps.org.br/portal/showData/102455> Acesso em: 8 jan. 2014

<sup>26</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão Marques; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, pg. 228.

Trata-se de hipóteses de “Captura” da agência reguladora pelo próprio poder político, vicissitude que se caracteriza como uma captura política, a ser corrigida por meio da intervenção regulatória<sup>27</sup>.

Diante do exposto, é possível concluir no sentido de que o Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, ao possibilitar que a SEP se imiscua nas atividades técnicas desenvolvidas pela ANTAQ, acaba por violar parte significativa do arcabouço regulatório instituído no Estado Brasileiro.

### 3. Da Violação à “Tutela” Exercida pelos Órgãos da Administração Direta sobre as Entidades Autárquicas

Se não bastasse a violação à sistemática regulatória acima mencionada, tal ingerência de órgão da Administração Direta sobre entidade da Administração Indireta viola o próprio conceito de “supervisão ministerial ou tutela”, consagrado, há muito, no artigo 19 do Decreto-lei nº200, de 25 de fevereiro de 1967.<sup>28</sup>

Explica-se.

Como é de conhecimento convencional, as entidades da Administração Indireta – de que são espécie as agências reguladoras – resultam de um *processo de descentralização* administrativa, por meio do qual são transferidos poderes da entidade central para *entidades autônomas*<sup>29</sup>. A descentralização tem origem na transferência – seja por contrato, seja pela criação de entidades por lei – de atribuições que poderiam ser exercidas pelo poder central, mas que, por conveniência administrativa – em consonância com *princípio da especialidade* –, são descentralizadas.

<sup>27</sup> Como observado por Egon Bockmann Moreira: Por meio da captura, a norma regulatória — que, em tese, se prestaria a alterar a conduta dos agentes econômicos submetidos à agência — acaba por se tornar um produto, eis que manufaturada pelos regulados (ou pelo Executivo central) em seu próprio favor. Como nos monopólios, em que o monopolista é um *pricemaker*, aqui os regulados (e/ou os governantes) tornam-se *regulationmakers*. Trata-se de sofisticada técnica de conquista dos principais mercados de uma nação, sobretudo pelo manejo da assimetria de informações, que instala custos desnecessários e aumenta indevidamente os ganhos de alguns dos regulados. O problema da captura das agências independentes é de grande envergadura, antes talvez de Economia política — o poder econômico, sua institucionalização, efetivo exercício e objetivos a ser atingidos — do que propriamente uma questão jurídico-regulatória em sentido estrito. A rigor, aqui, o Direito da regulação se revela como um instrumento por meio do qual o problema da captura pode ser juridicamente detectado, tratado e assumir esta ou aquela feição; gerar este ou aquele resultado (inclusive, para os mais radicais, a pura e simples supressão de qualquer regulação econômica: o suicídio do Direito da regulação a resolver os problemas regulatórios). (MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

<sup>28</sup> Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

<sup>29</sup> Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a descentralização funcional administrativa: é a que se dá pela instituição legal de entes administrativamente autônomos, como o são as autarquias e fundações com personalidade de direito público, que exercitam uma parcela do poder público por direito próprio, conformando novas pessoas jurídicas de direito público, ostentando linhas hierárquicas próprias e distintas do ente central, do qual se abotoam. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg. 138.).

Esse processo de personificação de funções administrativas se diferencia, sobretudo, do processo de *desconcentração* das funções exercidas pelo Chefe do Poder Executivo – no exercício do mister de direção superior da Administração Pública, na forma do artigo 84, inciso II, da CRFB –, segundo o qual tais funções administrativas são repartidas entre unidades a ele subordinadas. Nessas hipóteses, não há a criação de novas pessoas jurídicas, mas, tão somente, são repartidas funções em unidades despersonalizadas, as quais estabelecem uma relação hierárquica com a Administração Direta<sup>30</sup>.

No processo de *descentralização*, diferentemente, são constituídas pessoas jurídicas autônomas para a prestação de atividades administrativas, ou de serviços públicos. Em decorrência da natureza das funções que exercem, essas entidades se dividem em duas espécies: (i) as dotadas de *personalidade jurídica de direito público* (autarquias, associações públicas e fundações autárquicas); e (ii) as dotadas de *personalidade jurídica de direito privado* (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado).

Para o *exercício da atividade regulatória*, por se tratar de função típica de Estado<sup>31</sup>, optou-se pela descentralização funcional, por meio de *entidades autárquicas*, assim consideradas como as pessoas jurídicas criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, que são constituídas para o exercício de serviços administrativos<sup>32</sup>. Autarquia significa, etimologicamente, “autogoverno”.

<sup>30</sup> Nesse sentido, confira-se Alexandre Santos de Aragão: a desconcentração significa, simplesmente, uma divisão de competências entre órgãos integrantes de uma mesma pessoa jurídica. É método de organização que distribuir competências e atribuições de um órgão central para órgãos periféricos de escalões inferiores. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pg.106/107).

<sup>31</sup> Como já asseverado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 2310-DF: que apreciou o regime de pessoal das agências reguladoras: Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos - ineficiência, domínio do mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros. Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes - detentores de mandato -, mas também dos servidores - reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação - Anexo I da Lei nº 9.986/2000 - que, juntamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. *Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.* (ADI 2310-DF, STF, Relator Min. Carlos Velloso, Publicada no DJ de 15/12/2004).

<sup>32</sup> Como já consagrado pelo clássico conceito de Hely Lopes Meirelles: as autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, pg.66).

Nessa qualidade, tais entidades da Administração Indireta não se submetem ao controle hierárquico da Administração Direta, mas, tão somente, a um controle finalístico. Trata-se de mecanismo de controle específico denominado de “*supervisão ministerial*”, ou de “*tutela administrativa*”. A tutela exercida pelos órgãos da Direita Administração sobre as entidades da Administração Indireta se materializa: (i) pelo controle político, quando da nomeação dos seus dirigentes; (ii) pelo controle institucional, que visa a aferir se tais entidades estão desenvolvendo atividades compatíveis com finalidades para as quais foram criadas; (iii) pelo controle financeiro, atinente à destinação dos recursos públicos que lhes são repassados. Não se trata, portanto, de uma relação hierárquica, como ressaltado por Almiro do Couto e Silva<sup>33</sup>:

A autarquia é um pedaço do Estado que se desprende de sua matriz (a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios), por descentralização por serviços ou técnica, para adquirir vida e personalidade jurídica própria, mas igualmente de direito público, submetendo-se “ao regime jurídico de gestão da administração direta, inclusive quanto a atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, serviços públicos, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais”. (art. 12). Não há, portanto, vínculo hierárquico entre a autarquia e a pessoa jurídica da qual se destacou; o que há é supervisão daquela sobre esta, a que a doutrina francesa denomina tutela.

Dá já se pode inferir que, se as agências reguladoras se constituem como *autarquias de regime especial*, o estabelecimento de um controle hierárquico pelos órgãos de governo sobre as suas atividades poderia violar a sistemática da organização administrativa brasileira. Isso se torna ainda mais evidente, na medida em que estas entidades possuem *uma autonomia reforçada*<sup>34</sup>, caracterizada pela estabilidade de seus dirigentes – interditando-se as exonerações *ad nutum* – e por seus mandatos não serem coincidentes com o do Chefe do Poder Executivo<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> SILVA, Almiro do Couto. A administração direta e as autarquias: autarquias especiais, agências reguladoras e agências executivas. In *Nova Organização administrativa brasileira: Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para a reforma da organização administrativa brasileira*. Coordenador: Paulo Modesto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 38-39.

<sup>34</sup> A autonomia reforçada dessas autarquias especiais está destacada, por exemplo, no artigo 14, inciso II, do Anteprojeto de Reforma da Organização Administrativa Brasileira, elaborado por Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sunfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro: Art. 14. São autarquias de regime especial: II aquelas a que a Constituição ou a lei atribui maior grau de autonomia, por meio, entre outros, da garantia de mandato fixo e estabilidade a seus dirigentes e da impossibilidade de revisão de seus atos, salvo pelo Poder Judiciário.

<sup>35</sup> Tal modelo já considerado constitucional, pelo STF, ao apreciar a ADI nº 1.949-RS: *a investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo*: por isso, para conciliá-la



Em consonância com o desenvolvido nesse item, é possível concluir-se essa parte crítica do presente ensaio no sentido de que os dispositivos trazidos pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, que preveem a subordinação da ANTAQ frente à SEP, além de estarem em desacordo com o modelo de Estado Regulatório Brasileiro, não se conformam ao conceito de “tutela administrativa” inerente à organização administrativa brasileira.

#### 4. Sugestões para o Exercício do Controle Político sobre as Atividades Desenvolvidas pelas Agências Reguladoras sem o Estabelecimento de uma Relação Hierárquica

##### 4.1. A Utilização do Instrumento da Análise do Impacto Regulatório – AIR à Luz da Análise Econômica do Direito – AED

Embora o controle hierárquico exercido pelo Poder Executivo sobre as agências reguladoras seja estranho ao próprio conceito de “regulação”, isso não significa que tais entidades não se submetam a alguma espécie de controle. Ao contrário. As agências reguladoras se submetem a uma plêiade de controles exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além, é claro, do exercido pela sociedade (controle social).

Em termos sintéticos, essas entidades são controladas: (i) pelo Poder Executivo, quando da escolha política que inicia o ato administrativo complexo de nomeação de seus dirigentes (na forma do artigo 84, inciso XXV<sup>36</sup>, da CRFB); (ii) pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas – no que se refere às suas atividades-meio –; (iii) pelo Poder Judiciário, quando este realiza o controle de legalidade e da proporcionalidade dos atos regulatórios<sup>37</sup> – o qual, frise-se, deve observar o *Princípio*

com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida. (ADI 1949-RS, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Publicação: DJ 25-11-2005. Dessa forma restou consignado que a súmula nº25 do STF que estabelece que a nomeação a termo não impede a livre demissão pelo presidente da república, de ocupante de cargo dirigente de autarquia não se aplica no caso das Agências reguladoras).

<sup>36</sup> Confira-se o teor do dispositivo: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...). XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais na forma da lei.

<sup>37</sup> A respeito desses limites do controle da discricionariedade Vitor Rhein Schirato assevera que: O campo de incidência do controle exercido sobre a discricionariedade das autoridades reguladoras deve estender-se apenas sobre um controle de razoabilidade, proporcionalidade, alcance da finalidade legalmente prevista e motivação. Se a escolha adotada for, nessa toada, razoável, proporcional, prestante ao alcance das finalidades legalmente previstas e estiver devidamente motivada, não há espaço para que os órgãos de controle alterem a decisão tomada. Admiti-lo seria, sem dúvidas, uma considerável inversão de papéis. SCHIRATO, Vitor Rhein. *A deterioração do sistema regulatório brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

da deferência<sup>38</sup>; e (iv) pela sociedade, por meio das audiências e consultas públicas<sup>39</sup>.

Não obstante, em razão de ser essencial à atividade regulatória a observância das diretrizes políticas previstas nas denominadas “leis-quadros”<sup>40</sup>, é imperioso que seja realizado um controle político sobre tais entidades. É dizer: um controle que não seja hierárquico, mas que avalie se o regulador extrapolou os limites da denominada “moldura regulatória”.

Destarte, vislumbra-se, como importante ferramenta para a harmonização entre as competências políticas do governo e as competências técnicas das agências reguladoras, o instrumento da *Análise de Impacto Regulatório – AIR*.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) se constitui *simultaneamente como uma ferramenta e como uma forma de processo decisório, por meio do qual se informa os tomadores de decisão quanto à melhor maneira de se regular – e até mesmo se regular é a opção adequada –, de modo a atender aos objetivos estabelecidos nas*

<sup>38</sup> Nesse sentido, ver GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Nas palavras de Alexandre Aragão, trata-se, de resto, de princípio encontrável no direito comparado e que vem se firmando no direito brasileiro, inclusive como consectário do princípio da separação dos poderes, segundo o qual as decisões administrativas que impliquem escolhas, desde que tomadas no âmbito de competências legitimamente atribuídas à autoridade administrativa, não podem ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Reconhece-se, portanto, que, na análise dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, somente sejam efetivamente controlados aqueles que claramente violem a legalidade ou algum outro princípio constitucional: trata-se do chamado “princípio da deferência”. Conclui, então, o Autor que o princípio da deferência impõe que só haverá sindicabilidade diante de opções ou interpretações desprovidas de razoabilidade ou flagrantemente inconstitucionais. Entre várias opções ou interpretações razoáveis, plausíveis, deverá ser respeitada a dada pela Administração, pois foi a ela que a lei conferiu primariamente a competência para decidir a matéria. (ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, set./out. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdCntd=82196>>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

José Esteve Pardo comenta a respeito que Cuestión Crucial y del todo inexcusable que se plantea en torno a la revisión judicial que se plantea en torno a la revisión judicial de la actividad reguladora es, justamente, la delimitación del alcance del control judicial. Con esa delimitación se determina también, negativamente, el ámbito excluido de intervención judicial y que resta por tanto a la completa disposición de las autoridades reguladoras: el espacio de deferencia que se les reconoce que no está sujeto a revisión judicial. (ESTEVE PARDO, José. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras in MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José. (Dir.). Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid: IUSTEL, 2009, p.899).

<sup>39</sup> Segundo Paulo Todescan Lessa Mattos, as audiências públicas e consultas públicas funcionam como mecanismos de accountability vertical. Assim, se destinam tanto à extração de informações (no sentido de revelação de preferências dos agentes que estão no “jogo político”) diminuindo a assimetria de informações – inerente à delegação de poder discricionário ao político ou ao burocrata para tomar decisões em nome dos cidadãos –, quanto para reduzir a possibilidade de o político ou burocrata virem a ser capturados por um grupo de interesse em detrimento dos demais. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, pg. 160.

<sup>40</sup> Carlos Ari Sunfeld, esclarece que além das leis exaustivas, que deixam espaço só para regulamentos executivos, existem “leis-quadro” que fixam diretrizes e bases de uma regulação e autorizam a Administração a, dentro desse quadro, exercer competência normativa. Ao usá-la, a Administração produziria regulamentos autorizados. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros: 2012, pg. 168.

políticas públicas<sup>41</sup>. Por meio da AIR, analisam-se os efeitos sistêmicos de normas primárias e secundárias<sup>42</sup>.

Enquanto *ferramenta*, a AIR analisa os custos e benefícios do exercício da regulação. Nessa qualidade, a AIR se materializa em um *relatório analítico* – na forma de uma lista de verificação (*checklist*) –, que, ao estabelecer, prospectivamente, as possíveis consequências desta intervenção indireta do Estado no Domínio Econômico, visa a incrementar a racionalidade da regulação<sup>43</sup>. Por outro lado, *na qualidade de um processo decisório*, a AIR se encaixa no ciclo de elaboração de políticas públicas, oferecendo dados empíricos para a tomada de decisões do Poder Público<sup>44</sup>.

A AIR tem como principais objetivos: (i) corrigir eventuais “falhas de mercado” (monopólios, externalidades negativas, bens públicos e assimetria de informações); e (ii) coibir “falhas de governo”, notadamente a “captura política” dessas entidades pelos órgãos centrais de governo. Esses objetivos são avaliados e procedimentalizados, previamente, pelo regulador, de modo a que se possa aferir se a medida regulatória alcançará patamares desejáveis de eficiência. À luz da Análise Econômica do Direito – AED pode-se afirmar que o regulador, ao realizar a Análise do Impacto Regulatório, deve adotar o critério de *eficiência de Kaldor-Hicks*, segundo o qual as normas regulatórias devem produzir o máximo de bem estar para o maior número de pessoas.

Em síntese, tal instrumento tem os positivos efeitos de reduzir o número de exigências regulatórias repetidas; gerar previsibilidade das futuras regulações;

<sup>41</sup> SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*, pg. 3. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>. Acesso em: 16mar. de 2014

<sup>42</sup> RADAELLI, Cláudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assessment. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, 2010, pg. 280.

<sup>43</sup> Com esse desiderato, a OCDE elaborou, em 1995, um modelo de checklist que ajuda os reguladores a analisarem as implicações das opções regulatórias e avaliarem se a opção escolhida será eficiente: 1) O problema está definido claramente? 2) A ação governamental é justificada? 3) A regulação é a melhor forma de ação governamental? 4) Existe base legal para a regulação? 5) Qual o nível apropriado de governo para esta ação? 6) Os benefícios da regulação justificam os custos? 7) A distribuição dos efeitos na sociedade é transparente? 8) A regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos usuários? 9) Todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar suas sugestões/considerações? 10) Como a aplicação e o cumprimento da regulação serão obtidos? OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Version 1.1. Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

<sup>44</sup> De acordo com Lucia Helena Salgado e Michele Moretzsonh Holperin, na forma de processo decisório, a AIR é integrada de sistemas de consulta pública, desenvolvimento de políticas e elaboração de leis, como forma de comunicar aos tomadores de decisão, ex-ante, os possíveis efeitos das propostas regulatórias, em um momento e de uma maneira que a informação realmente possa ser utilizada para aperfeiçoar a escolha regulatória. SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*, pg. 3. Por sua vez, Cláudio Radaelli e Fabrizio de Francesco defendem que a Análise de Impacto Regulatório consiste essencialmente em um tipo de procedimento administrativo aplicado na fase interna do procedimento legislativo como forma de tomada de subsídios pelo legislador. RADAELLI, Cláudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assessment. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, 2010, pg. 280.

contribuir para avaliação da necessidade da própria intervenção regulatória<sup>45</sup>; logo, se constitui como um procedimento que traz eficiência ao processo de tomada de decisão do regulador<sup>46</sup>, como ressalta Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>47</sup>:

A necessidade de implementação da governança regulatória no direito comparado, com a diminuição das assimetrias informacionais e racionalização da atividade estatal, abriu caminho para a institucionalização da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). (...) A AIR representa um procedimento de auxílio na tomada de decisões regulatórias que expõe os riscos, os benefícios e as consequências das políticas regulatórias que podem ser adotadas para atendimento de interesses protegidos constitucionalmente. (Grifos nossos)

Trata-se de procedimento que, por avaliar as consequências atuais e futuras da regulação, tem fundamento nos princípios da *eficiência* e da *economicidade* (artigos 37 e 70 da Constituição da República – CFRB), estando em consonância, também, com o atual conceito de *Administração por Resultados*.

Entretanto, para os fins deste ensaio, destacar-se-á uma função da AIR ainda pouco difundida e explorada pela doutrina pátria: a *sua função de controle político dos agentes reguladores*. Dito em outros termos, o objetivo deste item é investigar se a AIR pode servir como mecanismo de recomposição da legitimidade democrática da função reguladora perante os Poderes Executivo e Legislativo – os quais têm os seus representantes eleitos pelo sufrágio. Confira-se.

Conforme já exposto neste ensaio, o exercício da função regulatória é constituído por um arcabouço institucional formado, de um lado, por órgãos de natureza política, incumbidos da formulação de políticas públicas e, de outro, por entidades reguladoras que implementam, sob uma ótica preponderantemente técnica, essas políticas. Nesse modelo, entende-se que, a partir de sua *expertise* técnica e do conhecimento do setor regulado, o regulador, ao ponderar, *reflexivamente*,<sup>48</sup> todos os interesses envolvidos, tende encontrar o “ponto ótimo” na materialização dessas políticas.

<sup>45</sup> Segundo Alketa Peci, a Análise de Impacto Regulatório é amplamente adotada em âmbito internacional, especialmente em países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Percebe-se também que há uma tendência crescente da adoção da AIR por outros países ao redor do mundo. PECCI, Alketa. *Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro*, 2009, pg. 1.

<sup>46</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Governança e Análise de Impacto Regulatório*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75973>. Acesso em: 1 jul. 2013.

<sup>48</sup> Nos termos sustentados em GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Sucedem que, não raras vezes, o regulador extrapola os limites da política pública delineada pelo Governo Central, de modo a atender os seus próprios objetivos em prejuízo das diretrizes traçadas pelos órgãos detentores de legitimidade democrática. Isso ocorre, sobretudo, pela *assimetria de informações*<sup>49</sup> existente entre o regulador – que dispõe de conhecimentos específicos sobre o mercado regulado – e os órgãos de governo. Essa assimetria de informações pode ser explicada pela “Teoria da Agência”. Desenvolva-se o ponto.

Segundo a referida teoria, que tem origem no estudo das organizações burocráticas e das estruturas hierárquicas, existem, no âmbito de uma relação econômica, ao menos duas partes: o *principal*, que determina o objetivo a ser perseguido; e o *agente*, que executa a tarefa transferida ou imposta pelo *principal*<sup>50</sup>.

Contudo, o *principal* não dispõe de todas as informações relevantes para verificar se a tarefa transferida ao Agente está sendo, adequadamente, cumprida. Isto ocorre, basicamente, por duas razões: (i) primeiro, porque o agente, em diversas oportunidades, tende a omitir, deliberadamente, tais informações; e (ii) segundo, porque o “risco da agência” é sobremaneira incrementado, em razão dos altos custos no estabelecimento de incentivos para que o agente cumpra suas obrigações.

Adaptada ao campo da regulação econômica, a referida teoria pode servir de instrumental para uma melhor compreensão do relacionamento entre os órgãos políticos e as agências reguladoras.

Os Poderes Legislativo e Executivo, quando deslegalizam<sup>51</sup> as políticas

<sup>49</sup> A assimetria de informação é o fato de que diferentes pessoas têm conhecimentos diferentes. E, por conta disso, no paradigma da informação imperfeita, as soluções produzidas dificilmente são pareto-eficientes. (TREVISAN, Carolina Krummer. *Contribuições da Teoria Econômica à Compreensão dos Contratos de Concessão*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao MBA Executivo em Gestão Business Law da FGV Direito Rio).

<sup>50</sup> Segundo Gary J. Miller do Departamento de Política e Ciência da Universidade de Washington, *Principal-agent theory (PAT) is one modeling technique that specifically addresses various manifestations of Weber's asymmetry. Like Weber, PAT assumes a relationship in which the agent has an informational advantage over the principal and takes actions that impact both players' payoffs. The principal has the formal authority, but in PAT, the attention is on a particular form of formal authority: the authority to impose incentives on the agent. Unlike Weber, PAT focuses on the leverage that these incentives give the informationally disadvantaged principal. In particular, the question is whether the principal can induce the more expert agent to take those actions that the principal would take if the principal had the same information as the agent. By manipulating the agent's incentives, the principal seeks to minimize shirking or agency costs—the losses imposed on the principal by an inability to align the agent's self-interest with that of the principal. This is the motivational question for the mathematical analysis of what PAT calls “the principal's problem”*. MILLER, Gary J. *The Political Evolution of Principal-Agent Models*. Annu. Rev. Polit. Sci. 2005. 8:203–25. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/jw/ker/571/571readings/Miller.pdf> Acesso em: 16 de mar. de 2014.

<sup>51</sup> Deslegalizar significa não estarem perfeitamente indicados na lei os meios para atuação dos agentes estatais responsáveis pela regulação de subsistemas sensíveis ao equilíbrio das ambivalências sociais. Também não responde ao “cheque em branco” associado ao instituto da discricionariedade administrativa, que se sustenta em bases axiológicas próprias do administrador público, impermeável à atuação dos regulados e da sociedade em geral. Representa, isso sim, um avanço na possibilidade de se acompanhar a necessária abertura e o crescimento dos espaços para a atuação do Poder Executivo na busca de soluções para o equilíbrio cíclico dos subsistemas e do exercício legítimo de políticas distributivas, com a redução da escolha discricionária e inconclusivos debates acerca da impossibilidade ou limitação da sindicância dessas escolhas pelo Poder Judiciário. GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade...*, op. cit. p. 184

públicas para as entidades reguladoras, assumem o papel do *principal*. Por outro lado, as agências reguladoras, quando assumem a responsabilidade de executarem as atribuições que lhes foram conferidas pelos órgãos políticos, assumem o *papel de agente*<sup>52</sup>.

Pois bem. Nesse modelo, as agências reguladoras (agentes), na qualidade de entidades da Administração Indireta, possuem interesses que podem, ou não, coincidir com os interesses dos órgãos de Governo (*principal*) – em razão, por exemplo, da sua captura pelo mercado regulado, ou mesmo por vicissitudes endógenas institucionais –. Por conta disso, essas entidades podem vir a produzir normas que não refletem as diretrizes políticas do *principal*<sup>53</sup>.

Daí importância de os órgãos políticos terem acesso às razões que motivaram as decisões regulatórias.

Diante de tal perspectiva, a utilização da AIR pode servir como uma importante ferramenta para a redução da *assimetria de informações* existente entre o órgão central e a agência reguladora.<sup>54</sup> Isto porque, à medida que a AIR pressupõe a demonstração das razões que justificaram a implementação da medida regulatória, bem como as alternativas regulatórias disponíveis, tal instrumento supre a lacuna informacional existente entre a agência reguladora e o Poder Central, propiciando um controle político de suas atividades<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> ASSIS, Bárbara Marchiori de. *Supervisão Ministerial das Agências reguladoras na Formulação de Políticas Públicas*. 2º Lugar no IV Prêmio SEAE 2009. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2009>. Acesso 09 de fev. de 2014.

<sup>53</sup> FERREIRA, Fernanda Meirelles. *Regulação por Contrato no Setor de Saneamento: o caso de Ribeirão Preto*. 2005. 129 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2005. Apud ASSIS, Bárbara Marchiori de. *Supervisão Ministerial das Agências reguladoras na Formulação de Políticas Públicas*. 2º Lugar no IV Prêmio SEAE 2009. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2009>. Acesso 09 de fev. de 2014.

<sup>54</sup> Nesse sentido, Eric A. Posner. Here, *cost-effectiveness analysis, like cost-benefit analysis of prescriptive market-correcting regulations, is a device for solving a principal-agent problem*. POSNER, Eric A. *Transfer Regulation and Cost Effectiveness Analysis*. In Chicago Unbound, 2003, pg. 1091. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles). Acesso em: 22 de fev. de 2014.

<sup>55</sup> Ligada a essa questão, existe uma questão subjacente referente à adoção de um órgão de supervisão da qualidade regulatória, cujo principal papel seria a fiscalização e revisão dos regulamentos das agências, servindo como pilar central da política de regulação. Esse órgão faria a revisão das análises de impacto realizadas, podendo sugerir a inclusão de custos e benefícios não considerados pelo autor da AIR. Em âmbito nacional, a discussão não é nova e tem despertado opiniões favoráveis e contrárias à criação de um órgão com essas funções. Em sentido favorável à adoção de um órgão com essas funções, Ragazzo defende que seria relevante a criação (ou transformação) de um órgão central com atuação horizontal, a fim de revisar as análises de custo e benefício que são elaboradas pelos órgãos reguladores. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pg. 212. De nossa parte, concordamos com Daniel S. Pereira, quando diz que o PRO-REG desempenharia bem essa função, dada a alta perícia técnica que possui no tema. Sem dúvida, o órgão cumula as maiores autoridades em AIR, no Brasil, em seus quadros –, o inquestionável prestígio de que gozam seus membros – o órgão participou dos programas de implantação da AIR em todas as agências reguladoras federais – e a posição privilegiada de que desfruta junto ao governo central, o órgão reuni todas as qualidades para desempenhar essa função. Sugere o autor, ainda, que a exemplo dos modelos Mexicano e Britânico os pareceres desse órgão sejam públicos, porém, não vinculantes, o que irá gerar um positivo aumento do ônus argumentativo por parte da agência que pretenda implementar

Nesse sentido, confira-se Patrícia Pessôa Valente<sup>56</sup>:

A análise de impacto regulatório, como espécie de procedimento administrativo, é mais adequada que o monitoramento das atividades das agências reguladoras. Além de a análise ser elaborada pela própria agência, reduzindo os custos do monitoramento pelo principal, ela permite que informação abundante sobre o mercado regulado chegue até o principal para que a partir daí este exerça um controle mais efetivo do agente via eleitores. (...) Considerando a tensão agente-principal e a necessidade de o principal se cercar de mecanismos de controle da atividade regulatória desempenhada pelo agente, aquele poderá utilizar o procedimento administrativo como mecanismo de controle a fim de assegurar a aderência do agente aos seus objetivos políticos.

Mas, frise-se: *isso não significa que a AIR deva funcionar como um mecanismo que propicie a subordinação entre as agências reguladoras e órgãos políticos*. Caso tal procedimento se prestasse a esse desiderato, estar-se-ia comprometendo a própria validade deste procedimento, em razão de sua “captura política”.

Na verdade, a AIR deve funcionar como mecanismo de *compliance*, apto a melhorar a aderência do regulador às diretrizes políticas estabelecidas nas leis de criação destas entidades<sup>57</sup>; tudo sempre permeado pela participação e pelo controle do setor regulado<sup>58</sup>. Mas não é só. A instituição desse procedimento deve servir como

uma proposta regulatória em relação à qual haja parecer contrário do órgão supervisor, mas sem afetar a autonomia das agências. PEREIRA, Daniel Silva. Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Um Estudo À luz do Novo Marco Regulatório dos Portos. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Cândido Mendes em agosto de 2013 para a conclusão de curso de pós-graduação em Direito Administrativo Empresarial, pg. 40.

<sup>56</sup> VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de Impacto regulatório: Uma Ferramenta à Disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pg. 146.

<sup>57</sup> Nesse sentido, Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll e Barry R. Weingast explicam que administrative procedures are another mechanism for inducing compliance. Procedural requirements affect the institutional environment in which agencies make decisions and thereby limit an agency's range of feasible policy actions. In recognition of this, elected officials can design procedures to solve two prototypical problems of political control. First, procedures can be used to mitigate informational disadvantages faced by politicians in dealing with agencies. Second, procedures can be used to enfranchise important constituents in agency decision making processes, there by assuming that agencies are responsive to their interests. MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative Procedures as Instrument of Political Control. *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 3, n° 2, pg. 244. Disponível em: [http://www.researchgate.net/profile/Roger\\_Noll/publication/5214219\\_Admistrative\\_Procedures\\_as\\_Instruments\\_of\\_Political\\_Control/file/79e4150db4eabedb1a.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Roger_Noll/publication/5214219_Admistrative_Procedures_as_Instruments_of_Political_Control/file/79e4150db4eabedb1a.pdf).

<sup>58</sup> Em verdade, há uma tendência à processualização da atividade administrativa como um todo, tendo em vista que privilegia a legitimidade – já que permite uma maior participação do administrado na elaboração das decisões administrativas –; à garantia – confere maiores garantias aos administrados, especialmente nos processos punitivos –; eficiência – formulação de melhores decisões administrativas a partir da manifestação de pessoas diversas (agentes públicos e administrados). A respeito do tema, vide: MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2008. Pg. 65-74.

um instrumento de controle da discricionariedade dos atos regulatórios, no que se tange à sua compatibilidade com as diretrizes políticas dos órgãos democraticamente eleitos.

No Direito Comparado, inclusive, já é possível verificar-se a utilização da AIR como instrumento de controle político da atividade regulatória.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Executive Order n° 12.866<sup>59</sup>, em sua seção 2, item (b), atribui ao *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) – órgão vinculado à Presidência daquele país – a função de realizar a revisão das Análises de Impacto Regulatório elaboradas pelas agências reguladoras, verificando, dentre outros aspectos, se a regulação federal está em consonância com as políticas públicas traçadas pelo Presidente da República<sup>60</sup>. Confira-se o teor do dispositivo:

The Office of Management and Budget. *Coordinated review of agency rulemaking is necessary to ensure that regulations and guidance documents are consistent with applicable law, The President's priorities, and the principles set forth in this Executive order, and that decisions made by one agency*. The Office of Management and Budget (OMB) shall carry out that review function. *Within OMB, the Office of information and Regulatory affairs (OIRA) is the repository of expertise concerning regulatory issues*. Including methodologies and procedures that affect more than one agency, this Executive order, and the President's regulatory policies. To the extent permitted by law. OMB Shall provide guidance to agencies

<sup>59</sup> Exec. Order No. 12,866, 58 Fed. Reg. 51,735 (Oct. 4, 1993).

<sup>60</sup> Judicial Review & EO 12866 Regulatory Impact Analysis by Leland E. Beck, on August 29th, 2012. Posted in Executive - OMB Review, Judicial Review & Remedies, Regulatory Flexibility & Small Business, Regulatory Process. Comentando essa função de fiscalização política da AIR empregada nos EUA, Claudio Radaelli e Fabrizio de Francesco dizem que “with these caveats in mind the first logic of RIA adoption is based on delegation. The main political dimension of RIA lies with the power relationship between the principal and the agent. Congress delegates broad regulatory power to agencies. Federal Executive agencies, however, are not insulated from presidential control exercised via the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) within the Office of Management and Budget (OMB). Although we will return to this constitutional issue, doctrine and practice have recognized that the executive is a unitary entity, so there is a legitimate degree of control of rulemaking to be exercised by the President. A variant of this explanation is to regard RIA as an instrument pursues the regulatory paradigm of the President. Thus, one can argue that RIA is introduced to foster de-regulation and stop regulatory initiatives of zealous executive agencies. Centralized review of rulemaking can also trigger action, overcome the bureaucratic inertia of ‘ossified’ agencies, and shift policy towards a pro-regulatory stance, as shown by the Clinton and, perhaps, Obama administrations”. RADAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assessment. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, 2010, pg. 281. Esse controle político realizado pelo OMB, entretanto, não é isento de críticas. Conforme aduz Shapiro, “it has been argued that the OMB cannot preserve rationality in the regulatory process by using CBA and the same time exercise a function of political control”. SHAPIRO, S. *Unequal Partners: Cost-Benefit Analysis and the Executive Review of Regulation*, Environmental Law Reporter, 2005, pg. 1043-1044. Disponível em: <http://policy.rutgers.edu/faculty/shapiro/elr%20article.pdf>.

and assist the President and regulatory policy advisors to the President in regulatory planning and shall be the entity that reviews individual regulations and guidance documents, as provided by this Executive order. (Grifos nossos)

Diante do exposto, é possível concluir esse item no sentido de que o instrumento da Análise de Impacto Regulatório – AIR, caso venha a ser adotado, representará uma relevante ferramenta de controle político da atividade reguladora da ANTAQ, sem que, para tanto, fossem transferidas competências técnicas desta Agência Reguladora para a SEP. Trata-se, a propósito, de uma vertente da Análise de Impacto Regulatório que, se utilizada, reduz a assimetria de informações existente entre os órgãos do governo central e as demais agências reguladoras.

#### 4.2. Da Implementação do Instituto da Conferência de Serviços no Ordenamento Jurídico Pátrio

Outro instituto que, se contemplado pelo ordenamento jurídico pátrio, contribuiria na compatibilização das diretrizes políticas estabelecidas pelos órgãos de governo com as atividades técnicas desenvolvidas pelas agências reguladoras, é a denominada “Conferência de Serviço”.

Trata-se de instituto decorrente do *princípio da consensualidade* administrativa<sup>61</sup>, que tem por objetivo, num contexto de um Estado Pluriclasse, harmonizar os diversos interesses públicos tutelados por órgãos ou entidades administrativas, como ressalta Rafael Wallbach Schwind<sup>62</sup>, em artigo específico sobre o tema:

A Conferência de Serviço consiste em um mecanismo destinado à resolução de divergências administrativas, tratando-se de um procedimento em que se busca o consenso no encontro entre

<sup>61</sup> Nesse sentido, Alessandra Margherini esclarece que “La conferenza di servizi è, dunque, uno strumento utile per favorire la contestualità delle decisioni, mediante l’apporto contemporaneo delle singole Amministrazioni, a distinti titoli competenti, senza superare per altro la distribuzione delle competenze fra le stesse”. MARGHERINI, Alessandra. *La conferenza dei servizi dopo la l. 24/11/2000*, n. 340. 2002. Disponível em: <http://www.diritto.it/amministrativo/margherini.html#>. Acesso em: 22 mai. 2014.

<sup>62</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução Consensual de Controvérsias Administrativas: Elementos para a Instituição da “Conferência de Serviço” no Direito Brasileiro. In MARQUES NETO, Floriano Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; NOHARA, Irene Patricia; MARRARA, Thiago (coord.). *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas. 2013, pg. 831-845. Nesse sentido também, PIRES, Maria Coeli Simões et. al. *A Conferência de Serviços: Reflexões e Perspectivas Para a Construção de Um Novo Instrumento de Governança Democrática*. Disponível em: [http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/424/conferencia\\_de\\_servicos.pdf?1366139809](http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/424/conferencia_de_servicos.pdf?1366139809). Acesso em: 14 de fev. de 2014. Nessa linha, a atuação da Conferência ganha proeminência como mecanismo por excelência de composição de conflitos, envolvendo interesses públicos, privados ou híbridos, densificando o processo de tomada de decisões interno ao Estado, a partir da reflexão sobre problemas, topicamente analisados, mobilizando a argumentação individualmente esboçada pelos atores para a construção de consensos no bojo da própria esfera pública.

os representantes dos vários órgãos ou entes envolvidos. Assim, soluciona-se de modo consensual uma controvérsia no âmbito interno da própria Administração Pública.

Esse instituto viabiliza a resolução de conflitos entre entidades administrativas, permitindo, por exemplo, que entidades técnicas e entidades políticas cheguem a uma decisão concertada<sup>63</sup>.

A utilização da Conferência de Serviços se justifica, na medida em que o poder estatal é uno e indivisível, não podendo ser fragmentado por decisões administrativas antagônicas e desconexas<sup>64</sup>. Daí a necessidade de as entidades administrativas travarem um diálogo cooperativo que propicie uma convergência institucional, de modo a que sejam evitadas posturas contraditórias (*venire contra factum proprium*) da Administração Pública, em atendimento ao *princípio da segurança jurídica*. Ao se utilizar desse instrumento, a Administração Pública cumpre seu dever de observar o princípio da *coerência administrativa*, como já ressaltado em outra oportunidade<sup>65</sup>:

O dever de coerência administrativa determina, assim, que a Administração Pública se comunique internamente, harmonizando suas funções de forma coordenada ou cooperativa, como se verá adiante, em favor de seu exercício coerente, evitando o embate estéril de competências ou o comportamento contraditório de dois órgãos distintos, por exemplo, e a conseqüente violação ao princípio da proteção da confiança legítima.

<sup>63</sup> Nesse sentido, Isabella Salza afirma que “La conferenza di servizi è uno strumento di semplificazione amministrativa volto a facilitare l’acquisizione, da parte della pubblica amministrazione, di autorizzazioni, atti, licenze, permessi e nulla-osta o di altri elementi comunque denominati, mediante la convocazione di apposite riunioni a cui partecipano le amministrazioni competenti (c.d. conferenza) anche finalizzate all’adozione di un provvedimento amministrativo. Nelle intenzioni del legislatore essa può essere vista sia come un modulo procedimentale di semplificazione che come uno strumento di coordinamento, diretto a soppesare ed aggregare la pluralità degli interessi coinvolti in un determinato procedimento. La funzione è quella di coordinare l’attività delle amministrazioni attraverso una valutazione contestuale degli interessi pubblici in gioco in vista di un risultato finale unitario”. SALZA, Isabella. *La Conferenza di Servizi Dopo la Riforma del 2010*. In Seminario Semplificazione e dell’azione amministrativa, SCIA, Conferenza di Servizi e Autorizzazione Unica Ambientale, 2013. Disponível em: [http://eventipa.formez.it/sites/default/files/allegati\\_eventi/Salza\\_Conferenza\\_di\\_servizi\\_Bari.pdf](http://eventipa.formez.it/sites/default/files/allegati_eventi/Salza_Conferenza_di_servizi_Bari.pdf). Acesso em: 15 de fev. de 2014.

<sup>64</sup> Como assevera Herman Heller: “Al decir que *el Estado es una unidad real* queremos significar que aquél, al igual que cualquier otra organización, es ante todo una *conexión real de efectividad*, por lo que el poder estatal se nos aparece no como una unidad meramente imaginada por nosotros, sino como una unidad que actúa de modo causal. *El Estado, como toda organización, es un poder engendrado por varios factores pero que, por su parte, actúa unitariamente, y cuyos actos no pueden ser imputados ni a los órganos exclusivamente ni a la ordenación entrelazante en sí misma y ni siquiera a todos los actuales participantes*.” (Os grifos não são do original). HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. 2. ed. enespañol. México: Fondo de cultura económica, 1998. p. 303.

<sup>65</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. *Mantenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa*. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Cumprimento de contratos e Razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

A “Conferência de Serviço” é originária do Direito Italiano<sup>66</sup>, estando, atualmente, prevista no artigo 14 da Lei nº241/90, que disciplina o Processo Administrativo daquele país <sup>67</sup>. Naquele ordenamento jurídico, esse instituto se materializa em uma reunião realizada por representantes de entidades administrativas, tendo por objeto a deliberação cooperativa entre as mesmas, no prazo máximo de noventa dias. Após tal deliberação, celebra-se um acordo – ou instrumento congênera –, que ponha fim a divergência administrativa entre essas entidades.

Observe-se que esse instituto ainda não foi contemplado pelo ordenamento jurídico pátrio. Não obstante, como ressaltado por Rafael Wallbach Schwind<sup>68</sup>, o artigo 35 da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) prevê a possibilidade da realização de reunião de órgãos e entidades, a fim de instruir processos

<sup>66</sup> Conforme aponta Massimo Ragazzo<sup>13</sup> e Emanuele Traversa<sup>14</sup>, a Conferência de Serviços surgiu como instituto, na legislação italiana, inicialmente, para disciplinar determinados setores administrativos, como na regulamentação do setor de energia elétrica italiano (Lei n. 1.643, de 1962, instituidora da ENEL – Ente Nazionale per L'Energia Elettrica), em matéria urbanística (art. 81 da Lei n. 616, de 1977), em matéria de resíduos (Lei n. 441, de 21 de outubro de 1987), e na Lei n. 205, de 29 de maio de 1989, que tratou da Copa do Mundo da Itália. RAGAZZO, Massimo. La conferenza di servizi: esiti di la riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali. In: *LexItalia.it – Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3-2002. Disponível em: [http://www.lexitalia.it/articoli/radazzo\\_conferenza.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/radazzo_conferenza.htm). TRAVERSA, Emanuele. La Conferenze dei servizi: Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione. In: *OverlexPortaleGiuridico*. Disponível em: <http://www.overlex.com>. Apud PIREZ, Maria Coeli Simões et. al. A Conferência de Serviços: Reflexões e Perspectivas Para a Construção de Um Novo Instrumento de Governança Democrática. Disponível em: [http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/424/conferencia\\_de\\_servicos.pdf?1366139809](http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/424/conferencia_de_servicos.pdf?1366139809). Acesso em: 14 de fev. de 2014.

<sup>67</sup> Lei nº 241 de 7 de agosto de 1990. Igualmente, a Lei de Processo Administrativo Alemão, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, em sua seção 71d que trata das regras especiais para o processo nas comissões e as autoridades competentes devem trabalhar juntas de forma que seus procedimentos sejam ordenados e céleres, de modo que todos os órgãos e autoridades competentes forneçam um único posicionamento. 14. 1. Qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi publico involti in un procedimento amministrativo, l'amministrazione procedente indicherà una conferenza di servizi. 2. La conferenza stessa può essere indetta anche quando l'amministrazione procedente debba acquisire intese, concerti, nullaosta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. In tal caso, le determinazioni concordate nella conferenza sostituiscono a tutti gli effetti i concerti, le intese, i nullaosta e gli assensi richiesti. 2-bis. Nella prima riunione della conferenza di servizi le amministrazioni che vi partecipano stabiliscono il termine entro cui è possibile per venire ad una decisione. In caso di inutile decorso del termine l'amministrazione indicente procede ai sensi dei commi 3-bis e 4. 2-ter. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche quando l'attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di amministrazioni pubbliche diverse. In questo caso, la conferenza è convocata, anche su richiesta dell'interessato, dall'amministrazione preposta alla tutela dell'interesse pubblico prevalente.

<sup>68</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução Consensual de Controvérsias Administrativas: Elementos para a Instituição da “Conferência de Serviço” no Direito Brasileiro. In MARQUES NETO, Floriano Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (coord.). *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas. 2013, pg. 831-845. Nesse sentido também, PIREZ, Maria Coeli Simões et. al. A Conferência de Serviços: Reflexões e Perspectivas Para a Construção de Um Novo Instrumento de Governança Democrática. Disponível em: [http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/424/conferencia\\_de\\_servicos.pdf?1366139809](http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/424/conferencia_de_servicos.pdf?1366139809). Acesso em: 14 de fev. de 2014. Nessa linha, a atuação da Conferência ganha proeminência como mecanismo por excelência de composição de conflitos, envolvendo interesses públicos, privados ou híbridos, densificando o processo de tomada de decisões interno ao Estado, a partir da reflexão sobre problemas, topicamente analisados, mobilizando a argumentação individualmente esboçada pelos atores para a construção de consensos no bojo da própria esfera pública.

administrativos, instituto que se assemelha, mas não se equipara, à Conferência de Serviço.<sup>69</sup>

É relevante destacar, próxima ao sistema adotado pela Conferência de Serviços, a função da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão de conciliação interadministrativo, disciplinado pela Portaria AGU nº 1.281/2007, que tem como objetivo prevenir e reduzir o número de litígios judiciais entre União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais<sup>70</sup>.

A primeira tentativa de se incorporar a Conferência de Serviço ao ordenamento jurídico pátrio ocorreu, em 2009, por ocasião da elaboração do Anteprojeto de Lei da Nova Organização Administrativa. Este projeto visa a substituir parcialmente o Decreto-lei 200/1967, tendo seu artigo 43 contemplado este instituto<sup>71</sup>, nos seguintes termos:

Art. 43. No exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, o Chefe do Executivo poderá convocar conferência de serviço, que reúna os órgãos e entidades competentes para decisão célere e concertada.

§ 1º. Sempre que possível, a conferência será realizada em sessão única de instrução ou deliberação.

§ 2º. Em casos de urgência, o Chefe do Executivo pode estabelecer prazo máximo para a providência ou decisão de cada órgão ou entidade, sob pena de responsabilização funcional das autoridades que se omitirem.

§ 3º. Ultrapassado o prazo, caso a demora possa causar prejuízos graves ao interesse público, o Chefe do Executivo avocará a competência do órgão ou entidade omissa. Art. 44. As entidades estatais devem buscar a composição de conflitos com outras entidades estatais.

Tal mecanismo, se contemplado pelo ordenamento jurídico pátrio, trará consideráveis benefícios para a organização institucional brasileira. Especificamente

<sup>69</sup> Art. 35. Quando necessária à instrução do processo a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata a ser juntada aos autos.

<sup>70</sup> Posteriormente, as Portarias AGU nº 1099/2008 e nº 481/2009, ampliaram seu objeto para abranger também a resolução de conflitos ocorridos entre os entes da Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que fossem capitais ou possuíssem pelo menos 200 mil moradores. Em 2010, entretanto, o Decreto nº 7.392/2010 cancelou essa limitação passando a prever a possibilidade de resolução no âmbito da CCAF de controvérsias administrativas ocorridas no âmbito dos municípios em geral.

<sup>71</sup> Destaque-se que, em 2011, Governo do Estado de Minas Gerais, que, em 2011, instituiu no âmbito daquele estado o instituto da Conferência de Serviço, como instrumento de gestão compartilhada, criado pela Lei Delegada nº180, de 20 de janeiro de 2011, e regulamentado pelo Decreto nº 45.757, de 7 de outubro de 2011, e pela Resolução Conjunta nº 3, de 29 de agosto de 2012.

no diz respeito ao arcabouço regulatório, a Conferência de Serviços poderia ser utilizada para a celebração de *acordos de cooperação* prévios à prática de decisões administrativas que dependam de competências simultaneamente técnicas e políticas de entidades administrativas.

No caso do Setor Portuário, entende-se que os atos que envolvem competências técnicas e políticas, a exemplo da abertura de processo de Chamamento Público para a outorga de autorizações portuárias, poderiam ser objeto de uma Conferência de Serviços entre a SEP e a ANTAQ, de sorte que fossem equacionadas as diretrizes políticas para o setor portuário, estabelecidas por aquele órgão de governo, e as competências técnicas que envolvem a elaboração deste processo seletivo simplificado, e não de uma determinação, como previsto no artigo 10 da Lei nº 12.815/2013.

## 5. Conclusões Objetivas

Diante de todo o exposto, é possível resumir, em proposições objetivas, as conclusões extraídas desse ensaio:

- (i) A transferência da condição de Poder Concedente da ANTAQ para a SEP, introduzida pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, é institucionalmente salutar, pois permite que seja exercida uma regulação equidistante – sob um viés de *neutralidade* – dos interesses das partes contratantes;
- (ii) Diversamente, a instituição da subordinação da ANTAQ frente à SEP, prevista nos artigos 6º, §§ 2º, 3º e 5º, e no artigo 10, todos da Lei nº 12.815/2013 (Novo Marco Regulatório do Setor Portuário), pode violar, em parte, a sistemática do Estado Regulador Brasileiro, prevista no artigo 174 da Constituição da República – CRFB;
- (iii) Por outro lado, a instituição de uma relação hierárquica entre uma entidade integrante da Administração Indireta (ANTAQ) e um órgão da Administração Direta (SEP) pode macular o conceito de “tutela administrativa”, consagrado, há muito, no artigo 19 do Decreto-lei nº 200/1967;
- (iv) Considerando a problemática acima mencionada, é de todo recomendável que o instrumento da Análise de Impacto Regulatório – AIR seja utilizado como ferramenta de controle político da atividade reguladora da ANTAQ, sem que, para tanto, fossem transferidas competências técnicas desta agência reguladora para a SEP;
- (v) Por derradeiro, espera-se que o instrumento da Conferência de Serviço seja contemplado pelo ordenamento jurídico pátrio. Com isso, atos complexos e que envolvam competências técnicas e políticas, a exemplo da abertura de processo de Chamamento

Público para a outorga de autorizações portuárias, sejam objeto de Conferência de Serviços entre a SEP e a ANTAQ, sem que fosse necessário o estabelecimento de uma relação hierárquica entre tais entidades.

## 6. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, set./out. 2012. Dispo nível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=82196>>. Acesso em: 30 jan. 2014

ASSIS, Bárbara marchiori. *Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras na Formulação de Políticas Públicas*. IV Prêmio SEAE – 2009, 2º lugar em Regulação Econômica, Concurso de Monografia em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iv\\_premio/estudantes/monografia-2o-lugar-barbara-marchiori-de-assis.pdf/view](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iv_premio/estudantes/monografia-2o-lugar-barbara-marchiori-de-assis.pdf/view).

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo, Pólis, 2001. Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>.

ESTEVE PARDO, José. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. In MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Dir.). *Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: IUSTEL, 2009.

FEITOSA, Maria Luiza P. de A. Mayer *et al.* *A crise no setor aéreo pode atingir o perfil regulador do estado brasileiro?* Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primaface/article/viewFile/6531/4095>

FERREIRA, Fernanda Meirelles. *Regulação por Contrato no Setor de Saneamento: o caso de Ribeirão Preto*. 2005. 129 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2005.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. 2. ed. En español. México: Fondo de cultura económica, 1998.

MARQUES, Maria Manuel Leitão Marques; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006.

MARGHERINI, Alessandra. *La conferenza dei servizi dopo la l. 24/11/2000*, n. 340, 2002. Disponível em: <http://www.dirito.it/amministrativo/margherini.html#>.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative Procedures as Instrument of Political Control. *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 3, nº 2, pg. 244. Disponível em: [http://www.researchgate.net/profile/Roger\\_Noll/publication/5214219\\_Administrative\\_Procedures\\_as\\_Instruments\\_of\\_Political\\_Control/file/79e4150db4eabed1a.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Roger_Noll/publication/5214219_Administrative_Procedures_as_Instruments_of_Political_Control/file/79e4150db4eabed1a.pdf).

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILLER, Gary J. *The Political Evolution of Principal-Agent Models*. *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2005. 8:203–25. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/jwilker/571/571readings/Miller.pdf>

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2a ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço: inteligência da Lei nº 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OCDE. *Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>

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

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

PECI, Alketa. *Avaliação do impacto regulatório, experiências internacionais e potencialidades de adoção em contextos nacionais: o caso brasileiro*, 2009.

PEREIRA, Daniel Silva. *Análise de Impacto Regulatório no Brasil: Um Estudo À luz do Novo Marco Regulatório dos Portos*.

PIRES, Maria Coeli Simões et. al. *A Conferência de Serviços: Reflexões e Perspectivas Para a Construção de Um Novo Instrumento de Governança Democrática*. Disponível em: [http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/424/conferencia\\_deservicos.pdf?1366139809](http://www.choquedegestao.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/424/conferencia_deservicos.pdf?1366139809).

POSNER, Eric A. *Transfer Regulation and Cost Effectiveness Analysis*. In Chicago Unbound, 2003. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles).

RADAELLI, Cláudio; FRANCESO, Fabrizio de. *Regulatory Impact Assessment*. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press, 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAGAZZO, Massimo. *La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali*. In: *Lex Italia.it – Rivista Internet di Diritto Pubblico*, n. 3-2002. Disponível em: [http://www.lexitalia.it/articoli/radazzo\\_conferenza.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/radazzo_conferenza.htm).



RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. *Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa*. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Cumprimento de contratos e Razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. *Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória*. Disponível em: <http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20de%20Impacto%20Regulatorio%20uma%20Abordagem%20Exploratoria.pdf>.

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

SALZA, Isabella. *La Conferenza di Servizi Dopo la Riforma del 2010*. In Seminario Semplificazione dell' Azione Amministrativa, SCIA, Conferenza di Servizi e Autorizzazione Unica Ambientale, 2013, Disponível em: [http://eventipa.formez.it/sites/default/files/allegati\\_eventi/Salza\\_Conferenza\\_di\\_servizi\\_Bari.pdf](http://eventipa.formez.it/sites/default/files/allegati_eventi/Salza_Conferenza_di_servizi_Bari.pdf).

SCHIRATO, Vitor Rhein. Adeterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução Consensual de Controvérsias Administrativas: Elementos para a Instituição da “Conferência de Serviço” no Direito Brasileiro. In MARQUES NETO, Floriano Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (coord.). *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

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

SILVA, Almiro do Couto. A administração direta e as autarquias: autarquias especiais, agências reguladoras e agências executivas. In *Nova Organização administrativa brasileira: Estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para a reforma da organização administrativa brasileira*. Coordenador: Paulo Modesto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros: 2012.

TRAVERSA, Emanuele. La Conferenza dei servizi: Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione. In: *Overlex Portale Giuridico*. Disponível em: <http://www.overlex.com>.

TREVISAN, Carolina Krummer. *Contribuições da Teoria Econômica à Compreensão dos Contratos de Concessão*.

VALENTE, PatriciaPessoa. *Análise de Impacto regulatório: Uma Ferramenta à Disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.