



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: principais aspectos e inovações

BRIEF COMMENTS ON THE NEW GENERAL STATUTE OF THE BRAZILIAN REGULATORY AGENCIES: main aspects and innovations

Marcio Felipe Lacombe da Cunha

RESUMO

Apresenta um quadro acerca dos principais aspectos da nova Lei Geral das Agências Reguladoras, ressaltando sua importância para a governança desses órgãos e para a segurança jurídica almejada pelos agentes econômicos e pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; administração pública; regulação.

ABSTRACT

This paper presents a framework about the main aspects of the new General Statute of the Brazilian Regulatory Agencies, stressing its importance for the ruling of these bodies and for the legal certainty desired by economic agents and by society.

KEYWORDS

Administrative Law; public administration; regulation.

1 INTRODUÇÃO

Se no Direito brasileiro, o Direito Administrativo é conceituado, na vetusta lição doutrinária, como o “conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem ao funcionamento das atividades do Estado, à organização e ao funcionamento dos serviços públicos, e às relações de administração com os indivíduos” (CAVALCANTI, 1945, p. 25), o pragmatismo estadunidense identifica o Direito Administrativo com o estudo dos poderes e da estrutura das “agências reguladoras” (*administrative agencies*), isto é, “sua criação, incumbências, funcionamento e poderes” (CUÉLLAR, 2002, p. 153-176).

As fontes do Direito Administrativo estadunidense – que, a propósito, se afastam do modelo básico da *common law*¹ – estão centradas na Constituição, nos *statutes*, notadamente o *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, que “assegura a participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e difusos) nos processos decisórios das agências” (ARAGÃO, 2013, p. 237), bem como “nas construções jurisprudenciais (*case law*), nas regras das agências públicas (*agency rules*) e nas decisões administrativas (*decisions*)” (GODOY, 2004, p.114-115).

Os Estados Unidos da América são o berço das agências reguladoras – a *Interstate Commerce Commission* (ICC) foi a primeira agência instituída nesse país, no ano de 1887 –, servindo o Direito estadunidense como modelo para o fenômeno que se espalhou em diversos países (denominado de “agencificação”). Após um período de grande prestígio, notadamente a partir do *New Deal* implantado pelo Presidente Roosevelt na década de 1930, vem crescendo a desconfiança em relação às agências e, *pari passu*, o controle por parte dos órgãos estatais (políticos).

Como salienta Di Pietro (2015, p. 186-191), várias circunstâncias vem contribuindo, ao longo dos últimos anos, para a diminuição da independência das agências reguladoras naquele país, dentre as quais: (I) a ampliação do seu controle pelo Judiciário, que passou a examinar não só o procedimento imposto pela lei, como também a razoabilidade das decisões diante dos fatos e a própria desregulamentação, adotada a partir do Governo REAGAN; (II) a sujeição à política traçada pelo Presidente da República, notadamente por meio do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA); e (III) a ampliação do controle pelo Congresso, que, a partir de 1993, passou a aprovar os seus projetos e atividades, inclusive o seu orçamento, podendo, ainda, com base em uma reforma do APA ocorrida na década de 1990, denominada *Contract With America*, vetar a entrada em vigor de novos regulamentos, com a consequência de que, pelo prazo de um ano, não poderão ser aprovados quaisquer outros projetos sobre a mesma matéria.

No âmbito europeu, as agências reguladoras, denominadas de “autoridades administrativas independentes”, proliferaram-se a partir da década de 1970 e 1980, apresentando-se como *instancia que permitía recuperar el consenso mediante la desideologización del ejercicio del poder* e, ao mesmo tempo, como *una respuesta a la reclamación de determinados sectores sociales de un repliegue del Estado a sus funciones legítimas, entendiéndose seguridad exterior e interior y orden público* (LLOVET, 1993), estando associadas à sequência de esforços para a integração comunitária promovida pela União Europeia, que pressupunha

a criação de sistemas jurídicos e administrativos comuns.

No Brasil, o advento das agências reguladoras é associado ao movimento de “desestatização”, cujo início remonta ao Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei n. 9.431, de 9 de setembro de 1997, uma vez que a atração do capital privado, notadamente o internacional “estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público” (BINENBOJM, 2006, p. 42-43), bem como a introdução da chamada “Reforma Gerencial do Estado, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, de 1995, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), que procurava flexibilizar “os processos e os regulamentos burocráticos, conferindo um grau mais elevado de autonomia e *accountability* às agências governamentais e aos seus gerentes” (BRESSER-PEREIRA, 1999, p. 5-30).

Apesar de, desde a década de 1940, existirem órgãos no Brasil com competência regulatória, nenhum deles tinha “independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF” (ARAGÃO, 2013, p. 237). De maneira concisa, as agências reguladoras têm por objetivo regular as “pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 510) e realizar a intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário, para coibir abusos da iniciativa privada².

Para a consecução dos seus objetivos institucionais, as leis instituidoras das agências reguladoras, via de regra, lhes conferem “autonomia político-administrativa – referente à investidura e permanência de seus diretores nos cargos – e autonomia econômico-financeira, materializada na arrecadação de recursos próprios suficientes” (BARROSO, 2003, p. 305), motivo pelo qual as agências são caracterizadas como “autarquias de natureza especial”³.

Sem embargo do surgimento de diversas agências reguladoras no país, inclusive no âmbito dos Estados-membros, criadas por lei, conforme o mandamento constitucional inserto no art. 37, XIX⁴, o Brasil carecia de um marco legal capaz de sistematizar e uniformizar as suas regras institucionais e definir os limites e possibilidades do seu controle administrativo, político e social, conferindo, assim, segurança jurídica aos agentes econômicos e à sociedade⁵, razão pela qual, em boa hora, vem à baila a Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, denominada “Lei Geral das Agências Reguladoras”.

A seguir, passe-se ao exame de alguns aspectos desse diploma legislativo, julgados mais relevantes.

2 BREVE HISTÓRICO DA TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI E APRESENTAÇÃO DO TEXTO APROVADO

O Projeto de Lei (PL) que resultou na *Lei Geral das Agências Reguladoras* teve sua origem no Senado Federal (Projeto de Lei do Senado n. 52, de 2013), sob a autoria do Senador Eunício Oliveira, que justificou sua proposição no fato de que as regras relativas às agências reguladoras, passados cerca de quinze anos da instituição do modelo, precisavam ser aperfeiçoadas, “tanto para preservar sua autonomia e independência, imprescindíveis ao seu bom funcionamento, quanto para suprir lacunas e cor-

rigir problemas evidenciados ao longo dessa primeira década de experiência⁶, tendo sido aprovado pela Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), dessa Casa Legislativa, em caráter terminativo, um Substitutivo ao PL, de autoria da Senadora Simone Tebet, em 23 de novembro de 2016, indo a matéria à revisão da Câmara dos Deputados (art. 65, da Constituição Federal).

Na Câmara dos Deputados, o PL recebeu o número 6.621, de 2016, tendo sido aprovado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o tema, um Substitutivo do Relator, Deputado Danilo Forte (PSDB-CE) que, por sua vez, promoveu alterações no texto aprovado pelo Senado Federal, dentre as quais a revogação do inciso II do § 2º e do § 3º do art. 17 da Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016⁷, conhecida como *Lei das Estatais*, razão pela qual o PL, em 5 de dezembro de 2018, voltou à Casa Iniciadora (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal).

Posteriormente, no Senado Federal, excluiu-se a revogação dos mencionados dispositivos da *Lei das Estatais*, na linha do parecer da respectiva Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), da lavra do Senador Antonio Anastasia, segundo o qual, em primeiro lugar, não “caberia no presente Projeto fazer modificações na Lei das Estatais não relacionadas às agências reguladoras”⁸. Em segundo lugar, a revogação proposta acabaria com um dos principais avanços da Lei das Estatais “que consistiu em vedar a nomeação de dirigentes por razões político-partidárias, inclusive os familiares de pessoas que ocupam cargos políticos”⁹.

Ao final, o Substitutivo da Câmara dos Deputados (n. 10, de 2018) foi aprovado parcialmente pelo Plenário do Senado Federal, em 29 de maio de 2019, nos termos do parecer da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC), dessa Casa Legislativa, sendo o PL convertido na Lei n. 13.848, de 2019, após sanção presidencial, com veto parcial aos seguintes dispositivos, nos termos da Mensagem n. 266, de 25 de junho de 2019, do Presidente da República¹⁰: parágrafo único do art. 49, § 3º do art. 15, §§ 1º ao 4º e § 6º do art. 5º da Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, alterados pelo art. 42, do PL, art. 46, e inciso VI do art. 8º-A da Lei n. 9.986, de 2000,

alterado pelo art. 42 do PL.

Feita essa resumida digressão acerca do processo legislativo que deu origem à Lei n. 13.848, de 2018, observa-se que esta, por meio do seu art. 2º, qualifica como *agências reguladoras*, para os fins desta lei e da mencionada Lei n. 9.986 que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras¹¹, as seguintes entidades: (I) a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); (II) a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); (III) a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); (IV) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); (V) a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); (VI) a Agência Nacional de Águas (ANA); (VII) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); (VIII) a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); (IX) a Agência Nacional do Cinema (Ancine); (X) a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); (XI) a Agência Nacional de Mineração (ANM), sem prejuízo de sua aplicação às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência (art. 2º, § 1º).

[...] o Brasil carecia de um marco legal capaz de sistematizar e uniformizar as suas regras institucionais e definir os limites e possibilidades do seu controle administrativo, político e social [...]

Consoante o art. 3º da Lei n. 13.848, de 2018, a “natureza especial” conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa¹² e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

O art. 3º, § 3º, da citada Lei n. 13.848, obriga as agências reguladoras a adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade (*compliance*), com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção. De fato, o mecanismo do *compliance*,

cuja origem remonta ao verbo inglês *to comply*, e que “pode ser compreendido, basicamente, como estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente” (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 129-147), está ganhando cada vez mais espaço no Direito brasileiro, sobretudo após a edição da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

Já o art. 4º da Lei n. 13.848 estabelece que as agências reguladoras deverão observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público¹³. O objetivo do dispositivo é fazer incidir o “princípio da proporcionalidade”, que se originou no Direito Administrativo alemão do século XIX, ou mais especificamente o seu “subprincípio da adequação”, no processo decisório das agências reguladoras, para cuja satisfação basta “que a medida estatal contribua positivamente para a realização das finalidades legítimas a que ela se destina” (SOUZA NETO, 2014, p. 474).

De acordo com o art. 6º da Lei n. 13.848, a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR)¹⁴ – ferramenta que tem sido adotada por grande parte dos países integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) –, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Ademais, o art. 9º da Lei n. 13.848 estabelece a obrigatoriedade de “consulta pública” prévia das minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados antes da tomada

de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada. O art. 10, da lei em comento, faculta a possibilidade, por decisão colegiada, de convocação de audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante, que vai ao encontro a um modelo *consensualista* de Administração Pública, em que esta não mais detém o monopólio do estabelecimento do interesse público, mas antes, “volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade” (MEDAUAR, 2003, p. 211).

Não obstante, o art. 15 da Lei n. 13.848 impõe o dever de elaborar “relatório anual circunstanciado” de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da “política do setor”, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo¹⁵, e o cumprimento dos seguintes planos: (I) plano estratégico vigente, previsto no art. 17¹⁶, da lei em questão, e o (II) plano de gestão anual, previsto no art. 18¹⁷, da mesma lei.

O art. 25 da Lei n. 13.848 estabelece que, com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências, sendo que, sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais (art. 28)¹⁸.

82

[...] as agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, que será composto de até quatro conselheiros ou diretores e um presidente, diretor-presidente ou diretor-geral [...]

Nos termos do art. 31 da Lei n. 13.848, incumbe às agências reguladoras, no exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado¹⁹, podendo, ainda, articularem-se com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário de serviço público no âmbito das respectivas esferas de atuação (§ 1º).

Consoante o art. 32 da Lei n. 13.848, ficam as agências reguladoras, para o cumprimento do disposto nesta lei, autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, “termo de ajustamento de conduta” com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997²⁰, sendo que, enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções ad-

ministrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado (§ 1º).

O art. 34 da Lei n. 13.848, por seu turno, possibilita que as agências reguladoras promovam a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria, sendo vedada a “delegação de competências normativas” (§ 1º)²¹.

Por outro lado, o art. 42 da Lei n. 13.848 altera o art. 4º da Lei n. 9.986, de 2000, estabelecendo que, doravante, as agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, que será composto de até quatro conselheiros ou diretores e um presidente, diretor-presidente ou diretor-geral, bem como que os mandatos dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada serão não coincidentes, de modo que, sempre que possível, a cada ano, ocorra o término de um mandato e uma consequente nova indicação (§ 1º).

Ademais, o art. 42 da Lei n. 13.848 altera os arts. 5º e 6º da Lei n. 9.986, de 2000, estabelecendo novos requisitos para a indicação de cidadãos brasileiros ao cargo de presidente, diretor-presidente ou diretor-geral (CD I) e para os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) e posterior nomeação pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal (art. 5º, *caput*), bem como fixando o mandato dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada das agências reguladoras em cinco anos, vedada a recondução, ressalvada a hipótese do § 7º do art. 5º (art. 6º)²².

Finalmente, o art. 42 da Lei n. 13.848 inclui o art. 8-A na Lei n. 9.986, notadamente com o intuito de neutralizar o fisiologismo político e o risco de **captura** pelo mercado (por grupos de pressão), vedando, assim, a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada das agências reguladoras: (I) de ministro de Estado, secretário de Estado, secretário municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos; (II) de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado à organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; (III) de pessoa que exerça cargo em organização sindical; (IV) de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora; (V) de pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990; e (VI) de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência, estendendo a primeira das vedações aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas (parágrafo único).

3 DOS VETOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Como visto, o Presidente da República, no exercício da atribuição que lhe confere o § 1º do art. 66 da Constituição Federal, vetou²⁵, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público – no seu ver –, dispositivos do PL n. 52, de 2013, posteriormente convertido na Lei n. 13.848, dentre os quais os §§ 1º ao 4º e § 6º do art. 5º da Lei n. 9.986, alterados pelo art. 42 do PL, que previam processo público de formação de lista triplíce, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento seriam estabelecidos em regulamento para a escolha, pelo Presidente da República, de conselheiros, diretores, presidentes, diretores-presidentes e diretores-gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal, veto esse que ganhou amplo destaque na mídia²⁴. Tais vetos serão, contudo, apreciados pelos deputados e senadores, em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento (art. 66, § 4º, da Constituição Federal).

Ademais, o Presidente da República vetou outros dispositivos relevantes do PL n. 52, de 2013, dentre os quais: (I) o que obrigava os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerem no Senado Federal, em periodicidade anual, observado o disposto no regimento interno dessa Casa do Congresso Nacional, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências (§ 3º do art. 15, do PL)²⁵; e (II) o que restringia a participação no Conselho Diretor ou na Diretoria Colegiada das agências reguladoras de pessoa que mantenha ou tenha mantido, nos últimos 12 meses anteriores à data de início de mandato, vínculo com empresa que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência (inciso VI do art. 8º-A da Lei n. 9.986, de 2000, alterado pelo art. 42 do PL)²⁶.

O primeiro dispositivo vetado pelo Presidente da República possuía relação com o necessário controle político das agências reguladoras, na medida em que, por força do próprio texto constitucional (art. 49, inciso X), o Congresso Nacional tem o dever de fiscalizar e con-

trolar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, ao passo que o segundo vinha ao encontro da preocupação com o risco de captura destas pelos poderosos interesses econômicos dos agentes regulados, como já ressaltado, tema esse que tem sido bastante discutido mormente nos Estados Unidos da América, mas também na doutrina brasileira²⁷.

4 CONCLUSÃO

A reforma gerencial do Estado, iniciada em 1995, deixou como legado para o Brasil, além de um amplo processo de desestatização da economia, visando atrair o setor privado, notadamente o capital estrangeiro, um conjunto de agências reguladoras, cuja função consistia, em um primeiro momento, em regular os serviços públicos concedidos e preservar o equilíbrio concorrencial.

Dentre as principais características das agências, que quebram o modelo piramidal da Administração Pública brasileira e as qualificam como autarquias especiais, estão: (I) a autonomia político-administrativa, representada pelo mandato fixo de seus dirigentes e o caráter final de suas decisões, que não podem ser revistas pela Administração direta; e (II) a autonomia econômico-financeira, materializada na arrecadação de recursos próprios para o respectivo funcionamento (taxas regulatórias).

Apesar do crescimento da desconfiança com relação às agências nos Estados Unidos da América, que são o berço desse modelo organizativo, no Brasil as agências são vistas como um instrumento de modernização da Administração Pública, por gozarem de maior autonomia (administrativa e financeira) em comparação com o regime autárquico tradicional, com vistas à regulação das atividades econômicas em geral.

As agências, assim, desempenham no Direito brasileiro um importante papel de organização dos diversos aspectos da vida econômica e social, a fim de proteger o interesse público (o bem de todos, no dizer do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal). Nesse sentido, os poderes constituídos e a sociedade civil organizada devem estar atentos ao risco permanente do fisiologismo político e da

captura destas pelos poderosos interesses econômicos dos agentes regulados.

Por derradeiro, é de se reconhecer que o Brasil carecia de um marco jurídico para as agências, capaz de sistematizar e uniformizar as suas regras institucionais e definir os limites e possibilidades do seu controle administrativo, político e social, conferindo segurança jurídica aos agentes econômicos e à sociedade. Em boa hora, portanto, veio à baila a *Lei Geral das Agências Reguladoras*; aguardemos, assim, sua recepção pela comunidade jurídica.

NOTAS

- 1 Como explica Araújo (2000, p. 147-166), o direito estadunidense constitui um intermédio entre o *Common Law* (originário da Inglaterra) e o direito romanístico, porquanto “nos Estados Unidos existem direito federal, estadual e municipal, inexistentes na Inglaterra; a constituição americana é escrita e existem mais leis escritas, o que não ocorre no sistema britânico”.
- 2 Do ponto de vista constitucional, apenas com as Emendas Constitucionais n. 8/95 e 9/95, que permitiram a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), passou-se a falar em *órgão regulador* no Brasil.
- 3 Por autarquia especial entenda-se, conforme lição de Meirelles (2010, p. 375), “toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública”.
- 4 *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
[...]
XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Grifamos).
- 5 Como bem salienta Canotilho (1993, p. 372): “A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”.
- 6 BRASIL. **Texto inicial – PLS 52/2013**. Brasília: 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>>. Acesso em: 9 jul 2019.
- 7 *Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre*

cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

[...]

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I – de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II – de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

[...]

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas. (Grifamos).

- 8 No ponto, cabe registrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quando ao poder de emenda dos parlamentares: "Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa –, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, incisos I e II), **bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência ("afinidade lógica") com o objeto da proposição legislativa**" (Grifamos) (STF. ADI n. 2.681 MC, Plenário, Rel. o Min. Celso de Mello, DJE de 25/10/2013).
- 9 BRASIL. **Parecer proferido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ)**. Brasília: 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?d-m=7897183&t=1550170190677&disposition=inline>>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- 10 BRASIL. **Mensagem n. 266, de 2019**. Brasília: 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-266.htm>. Acesso em 9 Jul. 2019.
- 11 O Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da ADI n. 2310 MC/DF, por meio de decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, publicada no DJ de 1/ 2/2001, deferiu liminar suspendendo a eficácia, dentre outros, do art. 1º da Lei n. 9.986, de 2000, o qual previa que as agências reguladoras teriam suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público, argumentando, para tanto, que as decisões desses órgãos devem estar "ímmunes 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 n. 9.986/2000 – que, juntamente com os primeiros, hão de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços". Posteriormente, o art. 1º da lei em questão foi revogado pela Lei 10.871, de 20 de maio de 2004, a qual, por intermédio do art. 6º, passou a estabelecer que o regime jurídico dos cargos e carreiras das agências é o instituído na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, observadas as disposições desta lei.

- 12 A *autonomia administrativa* da agência reguladora é caracterizada, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei 13.848, de 2018, pelas seguintes competências: (I) solicitar diretamente ao Ministério da Economia: a) autorização para a realização de concursos públicos, b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária, e c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores; (II) conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência; (III) celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.
- 13 Como bem observa Freitas (2009, p. 54), "[...] o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem como o do governo, tampouco com o interesse do agente". Na verdade, "[...] o interesse público guarda correlação íntima com a tutela da dignidade de todas as pessoas e de cada uma".
- 14 O AIR, como leciona Valente (2013, p. 35), consiste em um "procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal, baseado no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma dada decisão".
- 15 As agências reguladoras "estão adstritas, naturalmente, as políticas públicas traçadas na Constituição. Em segundo lugar, devem observar as políticas preconizadas nas respectivas leis setoriais. Por derradeiro, devem atender as políticas do Governo para o setor" (ARAGÃO, 2013, p. 390).
- 16 Art. 17. A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que contere os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos à sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos, alheios ao controle da agência, que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.
- 17 Art. 18. O plano de gestão anual, alinhado às diretrizes estabelecidas no plano estratégico, será o instrumento anual do planejamento consolidado da agência reguladora e conterá ações, resultados e metas relacionados aos processos finalísticos e de gestão.
- 18 Como bem observam Pereira Neto e Prado Filho (2016, p. 13-48), em função da substituição do modelo do Estado empresário, para o modelo do Estado como agente normativo e

regulador da atividade econômica "Uma grande parte da atuação estatal se deslocou, então, para a aplicação do direito antitruste às entidades recém-liberalizadas; busca-se a manutenção de um ambiente concorrencial sem anular os princípios e políticas públicas próprios dos setores nos quais o Estado transferiu a atuação direta para a iniciativa privada."

- 19 O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu, por meio de sua Primeira Turma, à unanimidade, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.081.366/RJ, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, publicado no DJE de 12/ 6/2012, que "a atividade fiscalizadora e normativa das agências reguladoras não exclui a atuação de outros órgãos federais, municipais, estaduais ou do Distrito Federal, como é o caso dos Procons ou da própria Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que podem fiscalizar, apenas, qualquer pessoa física ou jurídica que se enquadre como fornecedora na relação de consumo, nos termos do art. 3º e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor".
- 20 Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:
 - I – a descrição das obrigações assumidas;
 - II – o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações
 - III – a forma de fiscalização da sua observância;
 - IV – os fundamentos de fato e de direito; e
 - V – a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento. Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.
- 21 Importante lembrar que a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (direta e indireta), já dispõe, por meio do seu art. 13, inciso I, que *não podem ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo*.
- 22 Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:
 - [...]
 - § 7º Ocorrendo vacância no cargo de Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no caput e exercido pelo prazo remanescente, admitida a recondução se tal prazo for igual ou inferior a 2 (dois) anos.

- 23 Consoante SILVA (2005, p. 527-528), "Veto é o modo de o Chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado por entendê-lo inconstitucional ou contrário a interesse público. Será total se recair sobre todo o projeto, e parcial se atingir parte do projeto, mas este somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, § 2º). Com isso, se corta o mau vezo de veto sobre palavra ou grupo de palavras que não raro importava em mudar o sentido do texto. Por exemplo: 'esta lei entrará em vigor 60 dias após sua publicação'; vetando-se '60 dias', ela entrará em vigor com sua publicação. Já houve veto desse tipo; agora, não mais".
- 24 A esse respeito, confira-se o seguinte excerto de notícia publicada no sítio do jornal *O Globo*: "O presidente **Jair Bolsonaro** sancionou nesta terça-feira a lei que institui o novo marco das agências reguladoras, vetando o item que previa a escolha de dirigentes dos órgãos por meio de uma lista triplíce. A norma será publicada na edição desta quarta do Diário Oficial da União. Os vetos do presidente podem ser derrubados pelo Congresso." (MAIA; SOARES).
- 25 A razão para o veto, encontra-se lançada na Mensagem n. 266, de 2019, dantes referida, nos seguintes termos: "O dispositivo prevê o comparecimento anual no Senado Federal dos dirigentes máximos das agências reguladoras para prestação de contas, o que viola o princípio da separação de poderes. Ademais, a convocação de titulares do Poder Executivo para prestar contas ao poder legislativo possui assento constitucional, sendo vedado ao legislador ordinário ampliar as hipóteses previstas pelo constituinte".
- 26 Consoante a Mensagem n. 266, de 2019: "O dispositivo restringe a participação no Conselho Diretor ou na Diretoria Colegiada das agências reguladoras de pessoa que mantenha ou tenha mantido, nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data de início de mandato, vínculo com empresa que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência. Ocorre que tal vedação é contrária ao interesse público, pois exige tempo demasiado de afastamento prévio, limitando de forma exagerada a participação de pessoas que tenham experiência no setor privado, no campo de atividade da agência reguladora. Ademais, a proteção da moralidade e impessoalidade na hipótese é assegurada pelas disposições da Lei n. 12.813, de 2013, que trata do conflito de interesses no âmbito do Poder Executivo federal".
- 27 Como bem observa Souto (2005, p. 260), "a captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate com a presença de agentes públicos qualificados, sejam do quadro de apoio e direção, sejam contratados para prestar serviços".

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, p.

147-166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo 2.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 50, n. 4, p. 5-30, 1999. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documento/1217>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, jul. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435/45175>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 512.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=236188>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

LLOVET, Enrique García. Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho. *Revista de administración pública*, Madrid, n. 131, mayo/agosto, p. 61-118, 1993. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17174>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

MAIA, Gustavo & SOARES, Jussara. *Bolsonaro sanciona lei com veto a lista triplíce para agências reguladoras*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-sanciona-lei-com-veto-lista-triplice-para-agencias-reguladoras-23763672>>. Acesso em: 01 jul. 2019

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36.ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva & PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-48, jan. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de impacto re-*

gulatório: uma ferramenta à disposição do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Artigo enviado em 7/10/2019.

Artigo aprovado em 12/11/2019.

Marcio Felipe Lacombe Da Cunha é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado da União. Atualmente, ocupa a função de Assessor Jurídico do Diretor-Geral do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA). Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA).