

A NOVA LEI GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL – LEI N.º 13.848/2019

THE NEW GENERAL LAW FOR REGULATORY AGENCIES IN
BRAZIL – LAW N.º 13.848/2019

Danilo Vieira Vilela*

Como citar: VILELA, Danilo Vieira. A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 91. ISSN: 1980-511X

*Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais. Doutor em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”-UNESP (Bolsista FAPESP), Especialista em Direito Processual pela Universidade do Estado de Minas Gerais, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB, Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial (Anhanguera-Uniderp) e MBA em Gestão Empresarial pelo UNESC. Advogado e árbitro.
E-mail: dvvilela@hotmail.com

Resumo: A partir de 1995 o Brasil passou por uma reforma da Administração Pública, visando estabelecer um modelo gerencial, transferindo-se para o setor privado a execução de uma série de serviços públicos. Assim, o Estado deixa de atuar como gestor e prestador, passando a exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização. São introduzidas ao direito brasileiro as agências reguladoras, autarquias em regime especial, que apenas com a Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, passam a contar com uma lei geral. Destarte, o presente artigo tem como objeto a análise da nova lei, resultante do projeto de lei do Senado Federal n.º 52, de 2013. Com base na “Reforma do Estado para a cidadania”, busca-se compreender os avanços resultantes da aprovação da lei para o ambiente de investimentos no país. Adota-se o enfoque descritivo, partindo de uma revisão bibliográfica, visando a análise das características das agências reguladoras e sua relação com a estabilidade e segurança jurídica. Conclui-se evidenciando as vantagens decorrentes da entrada em vigor de regras claras delimitadoras da atuação das agências reguladoras, aspecto que, somado à adequada compreensão do Poder Executivo quanto ao papel de tais agências, auxiliará na retomada do desenvolvimento no país.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Lei Geral. Desenvolvimento. Investimentos.

Abstract: Since 1995, Brazil has undergone significant reform of its the public sector: first by establishing a management model and later by transferring the execution of some public services to the private sector. Currently, Brazil’s public sector does not act as a steward or provider, because its main function in today’s

economy is operation, planning, and supervision. Furthermore, regulatory agencies, i.e. autarchies under special regime, were introduced into Brazilian law with the promulgation of General Law. n. 13.848, of June 25, 2019. Thusly, this article's purpose is to analyze this law, resulting from the Federal Senate Bill n. 52, 2013. Based on the "State Reform for Citizenship", this paper seeks to understand advances resulting from the approval of this law in regards to investments in Brazil. Moreover, this study utilizes a descriptive approach, with bibliographical review, which aim is the analysis of regulatory agencies' characteristics and their relationship with stability and legal certainty. Finally, this paper concludes that by highlighting the advantages arising from the entry into force of this law, which specifies the action of regulatory agencies, an aspect that – added to the proper understanding of the Executive Power regarding the role of such agencies – will assist in Brazil's development.

Keywords: Regulatory Agencies. General Law. Development. Investments.

INTRODUÇÃO

Nos anos noventa do século XX, capitaneado pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) Luiz Carlos Bresser Pereira, o Brasil passou por um processo de Reforma da Administração Pública, tendo como premissa a transformação do modelo de uma administração burocrática para um modelo gerencial (BRASIL, 1995).

Dessa forma, sob o pretexto de superar um modelo supostamente exclusivista e ineficiente de Estado, numa concepção nitidamente pós-fordista, buscava-se reduzir seu papel em relação aos serviços públicos, o que, por outro lado, representava a prevalência do princípio da eficiência, símbolo máximo desse contexto, alçado a status constitucional com o advento da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que o inseriu no caput do art. 37 da Constituição Federal, ao lado dos já tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Ou seja, tendo-se como premissa a ideia de que o Estado não conta com recursos suficientes para os investimentos necessários e que, além disso, é ineficiente, transfere-se para o setor privado a execução de uma série de serviços públicos¹. Contudo, o fato de que tais serviços passaram a ser prestados por empresas privadas concessionárias, disciplinados, sobretudo, pela lei nº 8.987/1995, não lhes retira a natureza pública, de forma que o Estado, a partir desse processo de privatização, deixa de atuar como gestor e prestador de atividades econômicas, passando a exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização (NOHARA, 2019, p. 644-646).

Diante dessa nova forma de atuação do Estado na economia, e do fortalecimento do papel privado em setores estratégicos e atividades econômicas relevantes, fez-se imprescindível a readequação do aparato estatal, de forma a garantir a eficiência da Administração Pública. É com base nisso, que, seguindo o modelo estadunidense, são introduzidas ao direito brasileiro as chamadas agências reguladoras.

Surge, assim, um dos mais polêmicos entes administrativos do direito brasileiro, seja em virtude da delimitação do alcance da atividade regulatória, seja pela assimetria entre o modelo brasileiro e o estadunidense, ou ainda pelo “modismo” resultante da criação de inúmeras agências, sejam elas federais, estaduais, distritais ou mesmo municipais, especializadas ou “multissetoriais”.

Contudo, apesar da relevância que tais agências assumiram no cenário jurídico-político-econômico nacional, até recentemente não existia nenhuma lei geral das agências reguladoras, submetendo-se, cada uma delas, à sua norma própria instituidora.

Assim, apesar de haver semelhança em relação ao regime jurídico dos seus servidores (conforme redação do art. 6º da lei 10.871/2004, que revogou o art. 1º da lei 9.986/2000), a ausência de uma lei-quadro para as agências reguladoras revelou-se, por muito tempo, como mais um entrave ao bom desempenho de tais autarquias especiais, além de gerar incertezas em relação a aspectos relacionados, desde a forma de nomeação de seus diretores até os meios de se solucionar

1 Buscando-se aprimorar a eficiência do Estado, ainda em 1995, foram aprovadas cinco emendas constitucionais. Assim, as ECs 6 e 7 abriram a economia para o capital estrangeiro, ao passo que as 5, 8 e 9 atenuaram os monopólios estatais, permitindo a concretização dos objetivos traçados pelo Programa Nacional de Desestatização (VILELA, 2018a).

eventuais conflitos entre tais agências e outras autoridades, como as ambientais e as responsáveis pelo controle da concorrência.

Por esse motivo é que, no Congresso Nacional, o projeto de lei do Senado Federal nº 52, de 2013, foi incluído na chamada “Agenda Brasil 2015”, conjunto de medidas que visam melhorar o ambiente de negócios e infraestrutura no país. Em dezembro de 2018, sob o nº 6.621/2016, referido projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados que, com algumas alterações devolveu-o ao Senado Federal, onde, em 29 de maio de 2019, foi aprovado e, posteriormente sancionado pelo Presidente da República, transformando-se na lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, esperando-se que possa ser um passo importante para se reconquistar a segurança jurídica necessária à retomada do crescimento nacional.

Assim, o presente trabalho propõe uma análise da lei nº 13.848/2019, para que seja possível compreender em que medida sua entrada em vigor permitirá o incremento da atividade regulatória do Estado brasileiro, de forma a possibilitar a retomada de investimentos e, conseqüentemente, do crescimento econômico.

Dessa forma, é imprescindível a análise de aspectos como a introdução definitiva, no direito brasileiro, da Análise de Impacto Regulatório (AIR), a fixação de critérios objetivos para a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, bem como da adoção de padrões de *compliance*² e *accountability*³ por tais agências, de forma a demonstrar como tais medidas podem, de fato, repercutir no desenvolvimento econômico e social.

Como referencial teórico tem-se a obra de Irene Patrícia Nohara (2012) “Reforma Administrativa e Burocracia” e o trabalho do ex-Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira “Reforma do Estado para a cidadania”, que permitirão compreender o contexto de criação das agências reguladoras e sua evolução desde os anos 90 do século XX até o presente, de forma a possibilitar uma análise da compatibilidade da lei nº 13.848/2019 com os objetivos idealizados no momento da incorporação do modelo estadunidense de agências no direito brasileiro.

Para a elaboração do presente trabalho, o enfoque privilegiado foi o descritivo, visando a análise e ao registro das características das agências reguladoras e sua relação com a estabilidade e segurança jurídica imprescindíveis à retomada do crescimento nacional.

2 *Compliance* pode ser compreendido como “conformidade às regras e posturas éticas (isto é, valores) determinadas pela organização.” (OCTAVIANI; NOHARA, 2019, p. 176).

3 “O conceito de *accountability* refere-se à estrutura jurídica e de comunicação, à estrutura organizacional e estratégica, aos procedimentos e às ações para garantir que: as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) cumpram as obrigações legais do seu mandato de auditoria e produção de relatórios necessários dentro de seu orçamento; as EFS avaliem e monitorem o seu próprio desempenho, bem como o impacto da sua auditoria; as EFS produzam relatórios sobre a regularidade e a eficiência do uso de recursos públicos, inclusive suas próprias ações e atividades e o uso dos recursos das EFS e o dirigente da EFS, os membros (de instituições colegiais) e os servidores da EFS possam ser responsabilizados pelos seus atos.” (INTOSAI, 2010).

1 ORIGEM E OBJETIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

No fim dos anos noventa do século XX, com a realização de eleições diretas para Presidente da República, a liberdade política traz consigo ideais também do (neo) liberalismo econômico. Assim, ainda no governo Collor (15/03/1990-29/12/1992), já se propunha a redução do papel do Estado na ordem econômica, sob forte inspiração dos modelos chileno, liderado pelo General Augusto Pinochet, britânico, capitaneado por Margaret Thatcher, e estadunidense, levado a cabo por Ronald Reagan. Nesse sentido,

A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela lei 8.031/90, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços e determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, voltando-se para a criação de agências de regulação e intensificação da defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor (MATTOS, 2002, p. 55).

Assim, não obstante os princípios e objetivos dispostos no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴ (BRASIL, 1988), a ideia central dos primeiros governos eleitos pós-1988 foi a de que o Estado brasileiro era muito grande e que deveria reduzir sua atuação na área econômica, devendo concentrar-se em um menor número de atividades, do que resultaria uma maior eficiência (princípio inserido em 1998 no art. 37 da CRFB/88 por meio da Emenda Constitucional nº 19).

Em razão dos problemas de ordem política e escândalos de corrupção que levaram à sua renúncia em 29 de dezembro de 1992, Fernando Collor de Mello não conseguiu levar adiante sua agenda de reformas da Administração Pública brasileira. O governo de Itamar Franco (29/12/1992 a 1º/01/1995) além de contar com uma postura mais intervencionista, centrou suas forças políticas na aprovação do Plano Real (MP 482/1994) que, ao controlar a hiperinflação, gerou estabilidade econômica ao país (BRASIL, 1994). Dessa forma, ao rejeitar uma significativa redução do papel do Estado na ordem econômica, o governo de Itamar Franco acabou por representar um hiato entre os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso (FHC) no processo de transformação do Estado e da Administração Pública brasileiros.

Com o sucesso do Plano Real e altos índices de popularidade, Itamar consegue, com tranquilidade, fazer seu sucessor. Assim, em 1994, Fernando Henrique Cardoso foi eleito, trazendo

4 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

consigo o fim ou o retraimento da publicização de vários setores econômicos, inclusive o de serviços públicos cujas razões são sintetizadas por Alexandre Santos Aragão, a saber:

(a) mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnico-especializados; (b) aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; (c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais; (d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital-trabalho), ocupação, por sinal, crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc.); (e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto a montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, UE, etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico, etc.); e, por esses motivos, (f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu* (ARAGÃO, 2006, p.4-5).

Nesse contexto é levada a cabo a terceira Reforma Administrativa da história brasileira⁵, qual seja, a chamada Reforma Gerencial, consagrada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE (BRASIL, 1995). Assim, “alinhada com os princípios da nova gestão pública, a reforma de 1995 foi uma reforma do aparelho do Estado, não do Estado.” (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 132). Irene Nohara (2012, p. 79) destaca que:

O plano questionou a atuação direta do Estado no domínio econômico, como meio utilizado no século XX para a obtenção de estabilização econômica e de desenvolvimento, considerando que seria necessário que fossem transferidos para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado. Daí a ênfase nos processos de privatização.

Nesse contexto, o PDRAE buscava, ainda, transformar autarquias e fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, daí resultando tanto as agências executivas quanto as agências reguladoras.

As primeiras (agências executivas) devem ser compreendidas como as autarquias ou fundações “que celebrem contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos” (DI PIETRO, 2017, p. 599). Assim,

5 A primeira reforma foi aquela operada por Getúlio Vargas, que, inspirada pelo modelo weberiano, se estendeu dos anos de 1930 até meados de 1940, cujo objetivo foi “o fortalecimento das estruturas do governo e da função pública, envolvendo profissionalização, capacitação, ingresso no serviço público por mérito, perspectivas de carreira e remuneração do funcionário”. Já a segunda é a chamada “Reforma de 1967”, resultante de um movimento de modernização da infraestrutura da Administração Pública do Brasil, caracterizada por uma sequência de eventos culminados pela edição do Decreto-Lei 200/1967, que dispõe sobre “a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”. (NOHARA; MAXIMIANO, 2017).

em verdade, não são novas entidades, instituídas desde o início como agências executivas, mas sim entidades preexistentes que recebem a qualificação de agência executiva, preenchendo-se os requisitos exigidos pela lei nº 9.649/1998, sobretudo: a) ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; e b) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério superior (art. 51).

Por outro lado, as agências reguladoras foram instituídas para ter uma autonomia ainda maior que as agências executivas, o que fica evidenciado no fato de que sua criação se dá por meio de lei e não da celebração de um contrato de gestão. O próprio ex-Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira faz questão de enfatizar a diferença entre agências executivas e agências reguladoras, na medida em que estas:

[...] devem ser tratadas separadamente, pois terão, por lei – e não por uma mera delegação do Presidente da República – uma relativa independência em relação ao governo. A diferença entre os dois tipos de agência está no fato de que, embora as duas gozem de maior autonomia administrativa, as agências reguladoras são entes públicos mais autônomos em relação ao governo, uma vez que a elas compete cumprir políticas de Estado, de caráter mais amplo e permanente, em defesa do cidadão, não devendo, por isso, estar subordinadas a prioridades e diretrizes de um governo específico (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 226).

Assim, criadas como autarquias em regime especial, as agências reguladoras são conceituadas como “as entidades públicas, encarregadas da regulação, politicamente neutra e imparcial, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses políticos, coletivos e privados.” (FIGUEIREDO, 2016, p. 192). Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, tais agências são autarquias sob regime especial criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades, dentre as quais: a) serviços públicos propriamente ditos; b) atividades de fomento e fiscalização de atividade privada; c) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; d) atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultados aos particulares; e e) regulação do uso de bem público (MELLO, 2013, p. 174-175).

Em suma, é possível afirmar que as agências reguladoras são autarquias em regime especial, dotadas de autonomia reforçada em relação ao ente central o que, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, se dá por duas razões: “a) despolitização (ou “desgovernamentalização”), conferindo tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado; e b) necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas” (OLIVEIRA, 2018, p. 104-105).

Nessa perspectiva, mesmo não havendo nenhuma previsão expressa no texto constitucional, seguindo-se o modelo estadunidense, foram criadas até o momento, onze agências reguladoras federais no Brasil, conforme quadro infra:

Quadro 1 – Agências Reguladoras

Agência	Norma instituidora
Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel	lei 9.427/96
Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel	lei 9.472/97
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP	lei 9.478/97
Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa	lei 9.782/99
Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	lei 9.961/2000
Agência Nacional de Águas - ANA	lei 9.984/2000
Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	lei 10.233/2001
Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ	lei 10.233/2001
Agência Nacional do Cinema - Ancine	MP 2.228-1/2001 (alterada pela lei 12.485/11)
Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC	lei 11.182/2005
Agência Nacional de Mineração - ANM	lei 13.575/2017

Fonte: Vilela (2018a, p. 58-59).

A manutenção e a própria existência das agências reguladoras, assim como os limites de suas competências vêm despertando, desde as origens, muita polêmica doutrinária, acentuada nesse momento de transição política no Brasil. Assim, dentre outras formas de se compreender o modelo, há desde aqueles que veem no modelo de agências reguladoras um processo de “desmonopolização” do poder estatal, fazendo surgir uma sociedade e um Estado “policráticos” (MOREIRA NETO, 2003, p.145), até aqueles que entendem que, apesar dos avanços que as agências podem representar para o Estado Regulador, seja imprescindível uma aclimação do modelo estadunidense à realidade brasileira (OLIVEIRA, 2009, p. 176).

Nesse sentido, conforme será demonstrado, a lei nº 13.848/2019 pode representar um passo importante para que se garanta às agências reguladoras uma configuração compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e mais de acordo com as necessidades das políticas públicas e da ordem econômica constitucional.

2 CARACTERÍSTICAS E REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Criadas como autarquias em regime especial, portanto, inseridas na Administração Pública Indireta, as agências reguladoras são instituídas por uma lei que determinará seu regime jurídico (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 106). Do regime especial decorrem características que lhe conferem maior autonomia (para alguns, independência) em relação à Administração Direta, imprescindíveis para que se “garanta o exercício politicamente neutro exigido pela função da regulação” (MOREIRA NETO, 2003, p.165).

A primeira característica referente à autonomia das agências reguladoras diz respeito ao mandato fixo de seus dirigentes, garantindo-lhes uma estabilidade reforçada. Nesse sentido,

apesar de não haver uma lei geral das agências reguladoras, a lei nº 9.986/2000 tratou da gestão de seus recursos humanos, estabelecendo, dentre outros pontos, que tais autarquias teriam diretorias compostas por pessoas nomeadas pelo Chefe do Executivo após aprovação do Poder Legislativo, exigindo-se que fossem brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais seriam nomeados (art.5º, da lei nº 9.986/2000).

Há que se destacar, desde já, que a lei nº 13.848/2019 também teve o condão de alterar dispositivos tanto das leis instituidoras de cada uma das agências reguladoras, quanto da mencionada lei nº 9.986/2000. Assim, buscando-se harmonizar as regras das onze agências reguladoras federais hoje existentes, após a entrada em vigor da novel legislação, as agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, que será composta, em regra, de até 4 (quatro) Conselheiros ou Diretores e 1 (um) Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (nova redação do art. 4º da lei nº 9.986/2000), devendo tais membros serem brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, atendendo requisitos específicos da lei que serão, oportunamente, abordados.

No mais, manteve-se a previsão de que “somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, com observância do contraditório e da ampla defesa, ou ainda, outras situações previstas na lei de criação da agência” (VILELA, 2018b, p. 223).

Além das possibilidades de perda do mandato já existentes, a lei nº 13.848/2019, ao alterar o art. 9º da lei nº 9.986/2000 fixou ainda que também resultará na perda, a infringência às seguintes vedações: I- receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II- exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários; III- participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; IV- emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; V- exercer atividade sindical; VI- exercer atividade político-partidária; e VII- estar sem situação de conflito de interesse, nos termos da lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (art. 8º-B recém incluído na lei nº 9.986/2000).

Por outro lado, ainda em relação à autonomia administrativa conferida às agências reguladoras, há que se destacar o regime de quarentena, período no qual o ex-dirigente ficará “impedido de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência.” (MARINELA, 2014, p. 146). Isso se justifica “uma vez que os setores regulados podem ter interesse em contratar ex-dirigentes das agências em função das informações estratégicas acumuladas, o que tem o potencial de provocar assimetria de informações.” (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 105).

O art. 8º, §4º da lei nº 9.986/2000, ao dispor sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, estabeleceu a quarentena como sendo de quatro meses, contados da

exoneração ou término do seu mandato, mas normas específicas de algumas agências reguladoras estabeleciam prazos diferentes, tal como ocorria com a ANEEL, a ANP e a ANS cujo prazo era de doze meses e da Anatel, Anvisa, ANTT e Antaq, que o fixava como sendo de um ano. A nova lei nº 13.848/2019 também alterou o disposto no art. 8º da lei nº 9.986/2000, fixando a quarentena em 6 (seis) meses, contados da exoneração ou do término do mandato, assegurando a remuneração compensatória.

Quanto aos demais agentes que atuam nas agências reguladoras, apesar de a lei 9.986/2000 inicialmente tê-los subordinado ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na ADI 2.310-1/DF “foi concedida liminar para suspender a eficácia do dispositivo, entendendo-se que o regime celetista seria incompatível com a atividade desempenhada pelas agências reguladoras” (VILELA, 2018a, p. 69) e a nova legislação em nada alterou tal entendimento.

Também em virtude da autonomia que lhes é característica, existem limites à interposição de recurso hierárquico impróprio contra ato de agência reguladora junto ao Ministério supervisor competente, admitindo-se tal recurso em decorrência do Parecer Normativo da Advocacia-Geral da União (AGU) 51/06 em apenas duas circunstâncias: a) quando as agências reguladoras ultrapassem os limites das suas competências institucionais; e b) se violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 105).

A nova lei nº 13.848/2019 reitera a natureza especial das agências reguladoras, caracterizando-a, sobretudo, pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos (art. 3º, caput).

A autonomia financeira, por sua vez, é assegurada pelas taxas regulatórias que as agências reguladoras cobram dos entes regulados e por dotações orçamentárias provenientes do orçamento dos Ministérios a que se vinculam (VILELA, 2016, p. 92). Cumpre destacar que a autonomia das agências reguladoras estaria completamente ameaçada caso não gozassem dessa independência financeira, assim delineada por Leila Cuéllar (2008, p. 99):

[...] saliente-se que as agências reguladoras devem dispor de recursos materiais, através da transferência de patrimônio que lhes é efetuada quando de sua instituição, dotações orçamentárias gerais e outras formas de receitas próprias – como os recursos oriundos de arrecadação de taxas de fiscalização sobre as atividades reguladas, produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, rendimentos e operações financeiras, recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, doações, legados, dentre outros que lhes forem destinados e valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

Diante dessas características que lhes conferem um regime jurídico especial em relação às demais autarquias, as agências reguladoras, considerando a relevante função exercida no cenário jurídico-político-econômico nacional, devem legitimar sua atuação através do procedimento adotado para a elaboração de normas e tomada de decisões, garantindo-se a chamada “legitimação

pelo procedimento” (CUÉLLAR, 2008, p. 101). Com isso:

As previsões legais nesse sentido visariam em certa medida a contrabalançar o déficit democrático existente em relação aos entes reguladores independentes – decorrente, em especial, do fato de que os dirigentes das agências não são eleitos e as agências possuem um elevado grau de autonomia (CUÉLLAR, 2008, p. 101).

No mesmo sentido de se fazer da processualidade uma forma de legitimação da atuação das agências reguladoras:

Existe, portanto, um plano legitimatório que não é o político, mas social, que se instrumentaliza pela *processualidade administrativa*, na linha clássica do *due process* anglo-saxônico, ao garantir a *participação* de todos os interessados através da publicidade, pela intervenção, pelo contraditório e pela ampla defesa (MOREIRA NETO, 2003, p.156).

Assim, é de se reconhecer que a adoção de procedimentos claros e transparentes, somados à efetiva participação social nas tomadas de decisões, envolvendo setores regulados, sociedade civil organizada e demais interessados, são instrumentos necessários e imprescindíveis para conferir a desejável e esperada legitimidade democrática na atuação das agências reguladoras.

3 A CRIAÇÃO DE UMA LEI-GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO ALTERNATIVA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

Conforme demonstrado, as agências reguladoras contam com uma autonomia maior que as demais autarquias. Entretanto, essa circunstância não deve conduzir à ideia de que a regulação seria uma nova função política ou um “novo poder orgânico” do Estado. Ao contrário, conforme destaca Moreira Neto, “se está diante de uma *nova função administrativa*, um modelo de administração que já estava latente na Constituição de 1988, como, de resto, em todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito, que prestigiam os princípios da *eficiência, da impessoalidade e da participação*” (MOREIRA NETO, 2003, p.166).

Assim, a regulação se apresenta como o conjunto de atividades que envolve o poder de editar a regra, de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações, tendo-se como pressuposto a ideia de que o mercado, mesmo sendo uma decorrência espontânea do dinamismo social, também é uma criação jurídica, cujo desenvolvimento depende de condições adequadas.

Dessa forma, prossegue Alexandre Santos Aragão: “Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, que, junto com a regulação, constituem espécies do *gênero da intervenção do Estado na economia*” (ARAGÃO, 2006, p.23). E mais:

A regulação [...] possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios,

quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo (ARAGÃO, 2006, p.25).

O sistema regulatório brasileiro, pautado, sobretudo, pela atuação das agências reguladoras, tinha como pressuposto um modelo cujas decisões seriam, antes de tudo, técnicas e independentes. Para tanto, os entes reguladores deveriam ser compostos por pessoas tecnicamente qualificadas que atuariam mediante a segurança de uma estabilidade reforçada, afastando-se, assim, a influência política e empresarial dos setores regulados.

Contudo, com o tempo, é possível perceber que tais objetivos foram apenas parcialmente alcançados. Assim, as agências reguladoras, no Brasil acabam sendo vítimas de vícios que atingem toda a Administração Pública. Nesse sentido, Irene Nohara (2012, p. 33) destaca que:

Ainda vigoram, com força, práticas e ideais correspondentes ao modelo patrimonial, tendo em vista que o projeto burocrático (que, ao contrário do que se defende, jamais deixou de ser orientado para a eficiência) não encontrou uma ambiência cultural favorável à sua ampla e profunda disseminação nas práticas administrativas.

Abordando mais diretamente o relativo insucesso das agências reguladoras, Vicente Bagnoli afirma que tais entes, com o tempo, foram enfraquecidos e esvaziados, tornando-se objeto de desejo para alguns partidos e, portanto, deixando de ser órgãos de Estado para se tornarem órgãos de governo (BAGNOLI, 2013, p. 135).

Nesse sentido, há que se destacar o primeiro grave problema enfrentado pelas agências reguladoras, desde sua criação, tem sido a inadequada forma de indicação dos seus diretores, motivada mais por influência política que por conhecimento técnico. No mais, “a experiência recente evidencia, ainda, a omissão do Poder Executivo na nomeação de dirigentes das agências reguladoras, inviabilizando o alcance de seus objetivos regulatórios.” (VILELA, 2018a, p. 172).

Assim, dados elaborados pela Fundação Getúlio Vargas permitem compreender que a maioria dos diretores das agências reguladoras são provenientes do próprio Estado (tanto Executivo quanto Legislativo).

Quadro 2 - Origem dos nomeados para cargos de direção nas Agências Reguladoras Federais selecionadas⁶

Agências Reguladoras	25%
Ministérios	23%
Outros órgãos e entes do Estado	15%
Empresa estatal	12%
Academia	10%
Iniciativa privada	6%
Senado Federal	6%
Outros	3%

Fonte: Salama e Barrionuevo (2016).

Por outro lado, também vem sendo alvo de crítica doutrinária, “a indevida influência dos agentes econômicos regulados sobre as agências reguladoras, de modo a beneficiarem-se, seja em relação aos consumidores usuários, seja em relação ao próprio Estado” (VILELA, 2018a, p. 173). Nesse sentido, destaca Vicente Bagnoli (2013, p. 154):

Está-se, portanto, diante da chamada teoria da cooptação ou da captura, pela qual a agência reguladora ou seus funcionários podem ser capturados pelos agentes privados e cooptados por interesses individuais ou de uma minoria, em prejuízo aos interesses da coletividade.

A principal forma de se combater a captura, propiciar uma atuação eficiente do mercado e compatível com o devido processo competitivo é fazer com que a atuação das agências reguladoras seja, invariavelmente, pautada por critérios máximos de transparência. Assim:

Em transparência, reduz-se o risco da captura e a assimetria da informação. Com informação, transfere-se a decisão ao consumidor, que poderá fazer as melhores escolhas, acirrando a concorrência. Em concorrência entre os agentes do mercado, reduzem-se os preços, aumenta a qualidade, viabilizam-se avanços tecnológicos e contribui-se para o desenvolvimento socioeconômico (BAGNOLI, 2013, p.154).

Por sua vez, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 114) destaca requisitos necessários à efetivação da legitimidade democrática das agências reguladoras, a saber:

transparência do processo regulatório e efetivação de instrumentos de democracia direta na elaboração de decisões e normas regulatórias;
os órgãos colegiados das agências reguladoras devem ser compostos de representantes das mais diversas linhas de interesse (governo, empresas reguladas e sociedade civil), o que garante a pluralidade representativa e democrática;
transferência de legitimidade democrática que ocorre no momento da nomeação

⁶ Nota: Na categoria “outros órgãos e entes do Estado” estão reunidos órgãos e entes estatais não listados, como o IPEA, o Legislativo municipal e órgãos de Governo estadual. A categoria “outros” abrange outras entidades não estatais que não se enquadram na categoria “iniciativa privada”, quais sejam: advocacia (2%) e associação internacional (1%) (SALAMA, BARRIONUEVO, 2016).

dos dirigentes pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação do Senado, órgãos de forte expressão majoritária (representantes eleitos pelo povo); teoria dos poderes neutrais: a insuficiência da soberania popular para efetivação da democracia demonstra a necessidade de instituições estatais dotadas de forte autonomia em relação às diretrizes político-governamentais (ex. Tribunais de Contas, Conselhos Nacionais, agências reguladoras, etc.).

Nesse sentido, com a criação de uma lei-geral para as agências reguladoras almeja-se um aperfeiçoamento do modelo e uma maior eficiência na atuação desses entes de forma a que a regulação, além de propiciar um incremento da competição e das relações de mercado, possa preservar “um caráter de política pública com efeitos eminentemente redistributivos.” (CARVALHO, 2002, p. 22).

Assim, espera-se que a nova Lei Geral das Agências Reguladoras possa ser um marco na consolidação de uma agenda regulatória mais consentânea à realidade do país, cuja intervenção adequada na ordem econômica faz-se necessária para garantir os meios que possibilitarão a retomada do desenvolvimento social e econômico.

4 A DISCIPLINA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA LEI nº 13.848/2019

Tendo como premissa o reconhecimento do relativo insucesso do modelo de agências reguladoras no Brasil, em 2013 o então Senador Eunício Oliveira (PMDB/CE) apresentou, no Senado Federal, um projeto de lei que, naquela casa, recebeu o nº 52, dispondo sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, além de alterar uma série de dispositivos das leis específicas de algumas agências e da já mencionada lei nº 9.986/2000.

Inicialmente o PL nº 52/2013 do Senado Federal recebeu parecer favorável pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e, a seguir, foi apresentado substitutivo pelo Senador Walter Pinheiro (PT/BA), sendo encaminhado para a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, onde foi alvo do parecer da Senadora Simone Tebet (PMDB/MS), segundo a qual o projeto visava ao

[...] estabelecimento de um regulamento geral a ser observado por todas as agências reguladoras federais, entendidas como autarquias de regime especial, no qual se identificam as características de maior autonomia orçamentário-financeira, estabilidade de dirigentes e acentuado exercício de poder regulatório (BRASIL, 2016, p. 1-2).

Ainda segundo o parecer da relatora é possível destacar seis eixos principais do mencionado projeto:

- 1) previsão da participação de diversos agentes públicos na composição dos

órgãos diretivos das agências reguladoras; 2) padronização do sistema de tomada de decisões, mediante os procedimentos de consultas e audiências públicas; 3) fixação de regras mais claras e rígidas de prestação de contas, inclusive com a elaboração de relatórios anuais a serem publicados na internet e em jornais de grande circulação; 4) regulamentação do contrato de gestão, a ser celebrado entre a Agência e o Ministério Supervisor, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, a fim de aumentar sua autonomia orçamentário-financeira; 5) previsão de regras uniformes para as Ouvidorias das agências reguladoras, como órgãos de auxílio de controle interno; 6) estabelecimento de regras para a cooperação institucional entre as agências reguladoras federais e outros órgãos e entidades da Administração Pública, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as agências reguladoras e de fiscalização de estados, Distrito Federal e municípios (BRASIL, 2016, p. 2).

Em 06 de dezembro de 2016, o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, lá recebendo o número 6.621/2016, tendo como relator o Deputado Danilo Forte (PSDB/CE) e, em 05 de dezembro de 2018, referido projeto de lei foi aprovado, sendo devolvido ao Senado com algumas alterações, mas mantendo importantes avanços, como a exigência da Análise de Impacto Regulatório (AIR) para qualquer mudança ou criação de ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados pelos setores regulados (AGÊNCIA CÂMARA, 2018).

Em 21 de maio de 2019 a Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal aprovou parte do substitutivo encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 52/2013 e manteve a maior parte do texto original originário do Senado, conhecido como Lei Geral das Agências Reguladoras (BRASIL, 2019c).

O texto final foi aprovado em 29 de maio de 2019, ocasião em que o Plenário rejeitou a permissão que havia sido incluída pela Câmara para indicações políticas nas empresas estatais (BRASIL, 2019b). Finalmente, aos 26 de junho de 2019, o Diário Oficial da União trouxe a publicação da lei nº 13.848, devidamente sancionada pelo Presidente da República, instituindo o novo marco legal das agências reguladoras.

Alguns pontos foram objeto de veto presidencial. Inicialmente cumpre destacar o veto ao §3º do art. 15, que previa o comparecimento anual obrigatório dos diretores das agências reguladoras ao Senado para prestação de contas⁷. Por outro lado, sob o argumento de que “a medida restringiria a competência constitucionalmente conferida ao chefe do Poder Executivo para fazer as indicações dos dirigentes.” (BRASIL, 2019b), o Presidente da República vetou o trecho que estabelecia a necessidade de lista tríplice para a seleção dos dirigentes das agências reguladoras⁸.

7 Art. 15, §3º (vetado): Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, observado o disposto no regimento interno dessa Casa e 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.

8 Art. 5º, §1º da lei nº 9.986/2000 (vetado): 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, será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias

Também foi objeto de veto a disposição que estabelecia a exigência de quarentena de 12 (doze) meses sem vínculo com empresas para aqueles indicados para a direção das agências reguladoras⁹, assim como aquela que proibia a recondução dos atuais diretores.¹⁰

Há que se destacar que durante a tramitação do PL nº 52/2013 no Senado Federal e, posteriormente na Câmara dos Deputados, a lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017, criou a Agência Nacional de Mineração (ANM), décima primeira agência reguladora no âmbito federal. Assim, o substitutivo incluiu a ANM dentre o rol de agências reguladoras previstas no art. 2º do projeto.

Ademais, o substitutivo surpreendeu ao inserir no inciso XII do mencionado artigo 2º, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), ponto que acabou sendo retirado do texto final aprovado. A ideia era transformar aquela autarquia federal na décima segunda agência reguladora federal. Como tal proposta não avançou, o Inmetro continua com *status* de autarquia comum, hoje vinculada à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, do Ministério da Economia.

O texto final sancionado, cuja entrada em vigor se dará 90 (noventa) dias após a sua publicação oficial (26 de junho de 2019) conta com 53 artigos, divididos em três artigos introdutórios e sete capítulos, a saber: I.) Do processo decisório nas agências reguladoras (art. 4º ao 13); II.) Da prestação de contas e do controle social (art. 14 ao 24); III.) Da interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência (art. 25 ao 28); IV.) Da articulação entre agências reguladoras (art. 29 ao 30); V.) Da articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e meio ambiente (art. 31 ao 33); VI.) Da interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais (art. 34 ao 35); e VII.) Disposições finais e transitórias (art. 36 ao 53).

Os três artigos iniciais, como já destacado, além de enumerar as agências reguladoras, apresenta a lei como responsável por dispor sobre “a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras” (art. 1º). No mais, estabelece, claramente, regras para adequar tais agências a padrões contemporâneos de gestão pública,

depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento. §2º (vetado): O processo de pré-seleção será amplamente divulgado em todas as suas fases e será baseado em análise de currículo do candidato interessado que atender a chamamento público e em entrevista com o candidato pré-selecionado; §3º (vetado): O Presidente da República fará a indicação prevista no caput em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da lista tríplice referida no §1º; §4º (vetado): Caso a comissão de seleção não formule a lista tríplice nos prazos previstos no §1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no caput; [...] §6º (vetado): Caso o Senado Federal rejeite o nome indicado, o Presidente da República fará nova indicação em até 60 (sessenta) dias, independentemente da formulação da lista tríplice prevista no §1º.

9 Art. 8º-A da lei nº 9.986/2000 (vetado): É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada: VI- de pessoa que mantenha, ou tenha mantido, nos 12 (doze) meses anteriores à data de início do mandato, um dos seguintes vínculos com empresas que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência: a) participação direta como acionista ou sócio; b) administrador, gerente ou membro de Conselho Fiscal; c) empregado, ainda que com contrato de trabalho suspenso, inclusive de sua instituição controladora, ou empregado de fundação de previdência de que a empresa ou sua controladora seja patrocinadora ou custeadora.

10 Art. 51, parágrafo único do PL 52/2013 do Senado Federal (vetado): Será admitida a recondução dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada cujos mandatos se encerrem m prazo igual ou inferior a 2 (dois) anos a partir da entrada em vigor desta Lei, desde que não tenham sido reconduzidos anteriormente, observadas a regra da não coincidência de mandatos disposta no art. 52.

As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno, além de elaborar e divulgar programas de integridade, 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 (art. 3º, §3º, da lei nº 13.848/2019) (BRASIL, 2019a).

A natureza especial das agências reguladoras também é enfatizada na primeira parte (art. 3º), apresentando as seguintes características, sem prejuízo de outras contidas nas normas específicas de cada agência:

- Ausência de tutela ou de subordinação hierárquica;
- Autonomia funcional;
- Autonomia decisória;
- Autonomia administrativa;
- Autonomia financeira;
- Investidura a termo de seus dirigentes;
- Estabilidade de seus dirigentes durante o mandato;

O Capítulo I, ao disciplinar o processo decisório das agências reguladoras, traz, certamente, uma das mais importantes novidades do projeto: a obrigatoriedade da análise de impacto regulatório (AIR), conceituada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como:

[...] uma ferramenta que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem acarretar. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada (OCDE apud VALENTE, 2013, p. 40).

Já para o Banco Mundial, a AIR é:

[...] um processo de tomada de decisão baseado em evidências para identificar se uma regulação é necessária e qual solução é mais apropriada. Estruturalmente, AIR é um processo que compreende fazer as perguntas corretas num formato

estruturado que dê suporte a um debate mais aberto e transparente. Além disso, AIR é uma análise sistemática e consistente de potenciais impactos que possam resultar da atividade ou inatividade governamental. AIR é também o meio de comunicação entre os tomadores de decisão e aqueles que serão afetados pela medida (apud VALENTE, 2013, p. 40-41).

Observe-se que a instituição da obrigatoriedade da AIR na lei-geral das agências reguladoras representa grande avanço na implementação da chamada “governança regulatória”, funcionando não apenas como um instrumento para a definição da intensidade ou qualidade da regulação, mas também, como meio apto a influenciar a própria decisão de se regular ou não (OLIVEIRA, 2015, p. 260).

Na lei nº 13.848/2019, a AIR foi prevista no art. 6º, que fixa a necessidade de regulamentação para dispor sobre seu conteúdo e metodologia, assim como dos quesitos mínimos a serem objeto de exame e sobre os casos em que será obrigatória ou dispensável sua realização (art. 6º, §1º), além de remeter ao regimento interno de cada agência a disposição da operacionalização da AIR no âmbito de cada uma delas (art. 6º, §2º).

Ainda no Capítulo I, resta clara a necessidade de que a agência reguladora, ao tomar suas decisões - necessariamente de forma colegiada (art. 7º), deverá levar em conta a adequação entre meios e fins (art. 4º), além de indicar os pressupostos de fato e de direito (art. 5º). Também são fixados aspectos relacionados às formas de deliberação e à respectiva publicidade de tais atos.

Consagrando a publicidade e a transparência, a lei nº 13.848/2019, mantendo aquilo que já era previsto no PL 52/2013, possibilita a convocação de audiência pública (art. 10) ou outras formas de participação popular (art. 11) e determina a realização de consultas públicas prévias às tomadas de decisões das agências reguladoras, quando envolverem “minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados” definindo-as como:

[...] o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora, que possibilita o envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados (art. 9º, §1º)(BRASIL, 2019a).

O segundo e mais extenso dos capítulos da nova lei, ao disciplinar as formas de prestação de contas e do controle social, além de prever o controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 14), prevê a elaboração, pela agência reguladora, de um relatório anual circunstanciado de suas atividades (art. 15) no qual deverá destacar a observância da política do setor, assim como o cumprimento do plano estratégico vigente (art. 17) e do plano de gestão anual (art. 18).

Da mesma forma, “a agência reguladora deverá implementar, em cada exercício, plano de comunicação destinado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor

regulado” (art. 16).

Além de tais instrumentos, há ainda a previsão de uma “Agenda Regulatória” que, além de dever ser alinhada com os objetivos do Plano Estratégico e integrar o Plano de Gestão Anual (art. 21, §1º da lei nº 13.848/2019), é definida como “o instrumento de planejamento da atividade normativa que conterà o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência” (art. 21, caput, da lei nº 13.848/2019).

Como novidade salutar, ainda há que ser mencionada a previsão e disciplina do funcionamento das ouvidorias nas agências reguladoras, prevendo-se, dentre outros aspectos, a competência do ouvidor e a necessária observância do sigilo em relação às informações de caráter reservado ou confidencial (arts. 22 a 24 da lei nº 13.848/2019).

Os capítulos seguintes (III ao VI) têm como foco a relação das agências reguladoras, seja com os órgãos de defesa da concorrência, entre si, com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente ou com os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais. Tais disposições evidenciam, por um lado, a abrangência da atividade regulatória e, por outro, a necessária e impostergável cooperação entre os diversos atores da Administração Pública.

Merece destaque a previsão expressa no artigo 32, permitindo a celebração de termo de ajustamento de conduta pelas agências reguladoras. Assim:

Lei nº 13.848/2019. Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos previstos no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

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

§2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o §6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência (BRASIL, 2019a).

No capítulo VII, didaticamente, tem-se a previsão da alteração de uma série de normas relativas às agências reguladoras. São elas: lei nº 9.427/1996 - Aneel (art. 36), lei nº 9.472/1997 - Anatel (art. 37), lei nº 9.478/1997 - ANP (art. 38), lei nº 9.782/1999 - Anvisa (art. 39), lei nº 9.961/2000 - ANS (art. 40), lei nº 9.984/2000 - ANA (art. 41), lei nº 9.986/2000 - Recursos humanos nas agências reguladoras (art. 42), lei nº 10.233/2001 - ANTT (art. 43), MP nº 2.228-1/2001 - Ancine (art. 44) e lei nº 11.182/2005 - ANAC (art. 45)¹¹.

Apesar de ser vista com otimismo a aprovação da lei nº 13.848/2019, o período de transição do governo federal, ainda no final de 2018, já gerava suspeitas e preocupação em relação ao futuro

11 O Projeto de lei nº52/2013 do Senado Federal também previa alteração na lei nº 10.180/2001, mas esse trecho foi retirado durante a tramitação e não constou na norma aprovada.

das agências reguladoras, na medida em que, segundo a imprensa, militares indicados para postos-chave na equipe do Presidente então eleito buscavam alternativas para reduzir as competências dos órgãos reguladores e, até mesmo, meios de destituir conselheiros então em pleno exercício de seus mandatos, tudo isso, segundo os mesmos, com a intenção de acabar com ingerências políticas nas agências reguladoras (WIZIACK, 2018).

Dentre outras propostas, cogitou-se, através de um Decreto, retirar competências das agências reguladoras, tais como outorgas, licenças, regulamentações de serviços e preparação de editais, retornando-as para os respectivos ministérios a que tais autarquias especiais encontram-se vinculadas, restando às agências somente “fiscalizar a qualidade da prestação dos serviços, o cumprimento de contratos de concessão, a abertura de processos para apurar infrações e a aplicação de sanções administrativas”, além de prestar assessoria técnica aos ministérios, caso acionadas (WIZIACK, 2018).

Já no exercício do mandato, o atual Presidente da República deixou clara a possibilidade de extinguir a Ancine (VILELA, 2019), ante a insatisfação quanto ao conteúdo de filmes produzidos pelo cinema nacional. Em outra passagem, questionou, de maneira infundada, a atuação da Anvisa, levantando dúvidas sobre o tempo levado para o fornecimento de registros de sua competência (CARVALHO; TEIXEIRA; CALAFIORI, 2019). Tais declarações enfatizam a aparente incompreensão do Chefe do Executivo quanto ao papel desempenhado pelas agências reguladoras no país.

É inquestionável a influência política na atuação das agências reguladoras no Brasil e sabe-se que esse é um desafio a ser continuamente enfrentado não só em relação às agências, mas também a toda a Administração Pública. Nesse sentido, deve ser aplaudida e incentivada qualquer medida no sentido de afastar de tais entes a influência negativa, seja de partidos políticos, seja dos setores regulados (teoria da captura¹²).

Entretanto, retirar competências das agências reguladoras e, da mesma forma diminuir-lhes a capacidade de atuação significaria ir na contramão da proposta do próprio governo que, dentre vários pontos, prega a criação de um ambiente mais propício à captação de investimentos internacionais.

Enfim, espera-se que a lei nº 13.848/2019 possa ser um importante passo para que agências reguladoras se firmem como um instrumento indispensável na consolidação da segurança jurídica imprescindível à retomada do desenvolvimento nacional.

CONCLUSÃO

A entrada em vigor da Lei nº 13.848/2019, “Lei Geral das Agências Reguladoras”, preenche

12 Segundo Irene Patrícia Nohara (2019, p. 647), a teoria da captura regulatória (*capture theory*) “analisa a submissão da atuação da agência aos interesses mais imediatos de empresas dos setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos.”

uma lacuna há muito apontada pela doutrina brasileira. Uma de suas principais características é a estipulação de normas que garantem a autonomia de tais autarquias em regime especial. Por outro lado, visando legitimar a sua atuação, e considerando o “déficit democrático” de tais entes, foram instituídos, também, uma série de mecanismos que efetivam a transparência, a participação social e a processualidade, imprescindíveis para uma adequada governança regulatória.

Se, por um lado, a lei instituidora garante a autonomia das agências reguladoras, por outro, devem existir mecanismos aptos a legitimar sua atuação. Assim, considerando o “déficit democrático” de tais entes, a sua atuação deve ser caracterizada pela transparência e pela observância de procedimentos claros, legitimando-se, assim, pela processualidade.

Entretanto, o passar dos anos (23 desde a criação da primeira agência reguladora) vem demonstrando graves falhas na atuação dessas autarquias, comprometendo-se o próprio modelo regulatório brasileiro. Assim, indicações pautadas por escolhas políticas, falta de transparência e uma série de lacunas legislativas sobre os limites da atuação das agências reguladoras são alguns dos aspectos que evidenciam o relativo insucesso do modelo adotado no Brasil.

Uma forma de minimizar tais problemas e resolver outros seria a criação de uma lei-geral a ser aplicada a todas as agências reguladoras, o que poderia garantir um mínimo de segurança jurídica à atuação de tais entes.

Com base nisso, foi apresentado o Projeto de Lei nº 52/2013, do Senado Federal, mais tarde recebido pela Câmara dos Deputados sob o nº 6.621/2016, aprovado em dezembro de 2018 pelo Plenário e devolvido ao Senado que o aprovou em maio de 2019, resultando na lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

O primeiro mérito a ser destacado na nova lei é o de uniformizar vários pontos relacionados às agências reguladoras, até o presente tratados de forma individualizada, em cada uma das leis instituidoras. Assim, por exemplo, o art. 3º evidencia o regime jurídico das agências reguladoras, destacando os pontos que as confere a natureza especial em relação às demais autarquias. Da mesma forma, a lei prevê a exigência da adequação entre meios e fins, bem como a fundamentação nas decisões das agências reguladoras.

A principal novidade aparece no segundo capítulo, qual seja, a instituição da obrigatoriedade da Análise de Impacto Regulatório, procedimento bastante salutar já adotado por algumas agências, mas que, com a lei nº 13.848/2019, passará a ser imprescindível na atividade regulatória.

Em relação à transparência, uma série de mecanismos são instituídos pelo projeto de lei. Assim, são expressamente previstos instrumentos como a consulta e a audiência pública, além de outras formas de participação popular. Há, ainda, a exigência de que as agências contem com ouvidorias, de forma a aproximá-las da sociedade.

Além disso, há a previsão de uma “Agenda Regulatória”, por sua vez, alinhada aos objetivos do Plano Estratégico e integrante do Plano de Gestão Anual, ressaltando-se a necessidade de planejamento na atuação das agências reguladoras. Por fim, como a nova lei geral, há que se destacar a disciplina da relação das agências reguladoras entre si, com órgãos de defesa da

concorrência, do consumidor e do meio ambiente e, ainda, com órgãos reguladores municipais, estaduais e distritais, buscando-se, com isso, evitar conflitos regulatórios.

Sabe-se que o aprimoramento da regulação no Brasil passa, necessariamente, pela afirmação e consolidação das agências reguladoras. Assim, mesmo compreendendo que a mera aprovação da lei nº 13.848/2019 não é suficiente para tal fim, entende-se que seja um passo importante para a revitalização do modelo idealizado nos anos 90, mas que jamais alcançou a sua plenitude.

Nesse sentido, mesmo reconhecendo a imprescindibilidade da aprovação de uma lei-geral para as agências reguladoras, é razoável ter em conta que o adequado funcionamento de tais autarquias depende muito mais das opções políticas, esperando-se que o novo governo, recém-empossado, tenha a sensibilidade para compreender o papel das agências regulatórias enquanto instrumentos aptos a reinserir o país nos caminhos do crescimento econômico e do desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. Câmara aprova Lei Geral das Agências Reguladoras: matéria permite indicação política em estatais. Congresso em Foco, Brasília, 28 nov. 2018. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/camara-aprova-lei-geral-das-agencias-reguladoras-materia-permite-indicacao-politica-em-estatais/?fbclid=IwAR2VyxKpx25z1aQGQl0Wxuawp7Wjnx-pCTFFrpa_1htWKpMD1NMVrJGPn1k. Acesso em: 5 ago. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília: Presidência da República, jun. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 482, de 28 de abril de 1994. Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, o Sistema Monetário Nacional, Institui a Unidade Real de Valor - URV e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 29 abr. 1994, p. 6269.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

BRASIL. Senado Federal. Lei Geral das agências reguladoras é sancionada com vetos. **Agência Senado**, Brasília, 26 jun. 2019b - a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/>

materias/2019/06/26/lei-das-agencias-reguladoras-e-sancionada-com-vetos. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Lei Geral das agências reguladoras, que proíbe indicações políticas, vai a Plenário. **Agência Senado**, Brasília, 21 maio 2019c b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/21/lei-geral-das-agencias-reguladoras-que-proibe-indicacoes-politicas-vai-a-plenario>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Melhoria do ambiente de negócios e infraestrutura. **Agência Senado**, Brasília, 12 ago. 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/12/agenda-brasil>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 908, de 2016**. Da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 52, de 2013, do Senador Eunício Oliveira, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras..., e dá outras providências. Relatora: Simone Tebet. Brasília, DF: Senado Federal, 23 nov. 2016. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=198748&tp=1>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

CARVALHO, Marcelo; TEIXEIRA, Patrícia; CALAFIORI, Luciano. Bolsonaro critica demora da Anvisa para liberar registros: ‘Será excesso de zelo ou só está procurando criar dificuldade para vender facilidade?’ **G1**, São Paulo, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2019/08/06/bolsonaro-critica-demora-da-anvisa-para-liberar-registros-sera-excesso-de-zelo-ou-so-esta-procurando-criar-dificuldade-para-vender-facilidade.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 16-25.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INTOSAI - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. **ISSAI 20 - Princípios de transparência e accountability**. Viena, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais-das-entidades-fiscalizadores-superiores-issai/>. Acesso em: 9 ago. 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói-RJ, 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 44-65.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.
- NOHARA, Irene Patrícia; MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.
- OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise do impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p. 157-176, 2009.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.). **Dinâmica de nomeações das agências reguladoras**. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjmwPSq9rDfAhVGHpAKHU0RAvAQFjABegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fportal.fgv.br%2Fsites%2Fportal.fgv.br%2Ffiles%2F02_grp_-_relatorio_de_pesquisa_-_nomeacao_de_dirigentes_nas_agencias_reguladoras_sponsor.pdf&usg=AOvVaw0g5fWOR-Y4WaR4G6pfYxPS. Acesso em: 27 nov. 2018.
- VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- VILELA, Danilo Vieira. A regulação e a viabilidade de uma agência reguladora para o ensino superior no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p. 80-112, dez. 2016.
- VILELA, Danilo Vieira. **Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica-constitucional brasileira**. Salvador: Juspodivm, 2018a.
- VILELA, Danilo Vieira. **Direito econômico**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018b.
- VILELA, Pedro Rafael. **Em live, Bolsonaro diz que pretende extinguir a Ancine**. Agência Brasil, Brasília, 25 jul. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-07/em-live-bolsonaro-diz-que-pretende-extinguir-a-ancine>. Acesso em: 5 ago. 2019.
- WIZIACK, Julio. Equipe de Bolsonaro estuda como desaparelhar agências: discussão inclui retirar atribuições; advogados temem politização das decisões. **Folha de São Paulo**, São Paulo,

2 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/equipe-de-bolsonaro-estuda-como-desaparelhar-agencias.shtml>. Acesso em: 4 dez. 2018.

Como citar: VILELA, Danilo Vieira. A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 91. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 03/03/2019

Aprovado em: 15/05/2020