

ano 21 – n. 85 | julho/setembro – 2021
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i85
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submetete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil

Analysis of the new law on Regulatory Agencies in Brazil

Hirdan Katarina de Medeiros Costa*

Universidade de São Paulo (Brasil).
E-mail: hirdan@usp.br

Izabella Barbarini Baptista**

Universidade de São Paulo (Brasil).
E-mail: izabella.baptista@usp.br

Thais Araujo Rato Tarelho***

Universidade de São Paulo (Brasil).
E-mail: thaisaraujo@usp.br

Célio Bermann****

Universidade de São Paulo (Brasil).
E-mail: cbermann@lee.usp.br

Recebido/Received: 18.09.2020 / September 18th. 2020

Aprovado/Approved: 29.06.2021 / June 29th. 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article:* COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros; BAPTISTA, Izabella Barbarini; TARELHO, Thais Araujo Rato; BERMANN, Célio. Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 185-216, jul./set. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i85.1461

* Professora Colaboradora no PPGE/USP (São Paulo-SP, Brasil). Vice-Coordenadora do Programa de Políticas de Energia e Economia e Coordenadora dos Projetos 21 e 42, ambos do Centro de Pesquisa para Inovação em Gás - FAPESP/Shell. Mestre em Energia e Doutora em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo (PPGE/USP). Mestre em Direito de Energia e de Recursos Naturais pela Universidade de Oklahoma (OU), nos Estados Unidos. Mestre em Direito (PUC-SP). Pós-Doutora em Sustentabilidade pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP (EACH/USP). Pós-Doutora em Energia no Instituto de Energia e Ambiente da USP. Em 2008, foi Pesquisadora Visitante na Universidade de Oklahoma (OU), nos Estados Unidos. De agosto de 2013 a julho de 2016, foi Pesquisadora Visitante do PRH04 ANP/MCTI. Advogada. *E-mail:* hirdan@usp.br.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Iniciação Científica na Área de Geopolítica Energética do Petróleo no MERCOSUL do programa PRH 4 do Instituto de Energia e Ambiente (IEE) da Universidade de São Paulo. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo. *E-mail:* izabella.baptista@usp.br.

Resumo: As Agências Reguladoras fazem parte do cenário de mudanças institucionais vivenciadas no Brasil na década de 1990. Nesse sentido, leis específicas trataram de suas criações e competências. Restava uma lei geral para tratar da matéria, o que foi feito em 2019, com aprovação da Lei nº 13.848. Dessa forma, o objetivo desse artigo é a análise dos movimentos legislativos e da respectiva Lei Geral das Agências Reguladoras. O método utilizado é qualitativo analítico, além de revisão da literatura. Os resultados apontam que a nova lei reproduz a independência e autonomia das agências existentes em suas leis específicas, e moderniza o controle social por meio da previsão da Análise de Impacto Regulatório. Em sede de conclusão, o artigo apresenta que foi mantida a autonomia financeira, administrativa e decisória dessas Agências, sendo introduzida a necessidade de realização de processos de consultas, audiências públicas e realização de Análise de Impacto Regulatório. Portanto, enxerga-se avanço quanto à consolidação do modelo de Agências Reguladoras no Brasil.

Palavras-chave: Modelo regulatório brasileiro. Agências reguladoras. Lei geral das agências reguladoras. Agência reguladora. Direito brasileiro.

Abstract: The Regulatory Agencies are part of the scenario of institutional changes experienced in Brazil in the 1990s. In this sense, specific laws dealt with their creations and competencies. A general law remained to deal with the matter, which was done in 2019, with the approval of Law 13,848. Thus, the purpose of this article is to analyze legislative changes and the respective General Law of Regulatory Agencies. The method used is qualitative analytical, in addition to literature review. The results show that the new law reproduces the independence and autonomy of the existing agencies in their specific laws and modernizes social control through the provision of the Regulatory Impact Analysis. In conclusion, the article shows that financial autonomy, administrative to the decisions of these Agencies was maintained, introducing the need to carry out consultation processes, public hearings and conduct a Regulatory Impact Analysis. Therefore, progress can be seen regarding the consolidation of the model of Regulatory Agencies in Brazil.

Keyword: Brazilian regulatory model. Regulatory agencies. General law of regulatory agencies. Regulatory agency. Brazilian law.

Sumário: 1 Introdução – 2 Metodologia – 3 Breve visão sobre as agências reguladoras: histórico e conceito de regulação – 4 Debates iniciais: PL nº 3.337/2004 – 5 Discussões legislativas sobre o modelo regulatório da Lei nº 13.848/2019 – 6 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Foi sancionada com vetos a Lei nº 13.848/19, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das Agências Reguladoras e altera diversas leis setoriais. A publicação da referida lei foi decorrente de ampla discussão empreendida a partir do Projeto de Lei do Senado nº 52, de 2013.¹

*** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências – Energia do Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Advogada. *E-mail:* thaisaraujor@usp.br.

**** Professor Associado 2 (Livres Docente) no Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Energia da USP. Doutorado em Engenharia Mecânica, na área de Planejamento de Sistemas Energéticos pela FEM/UNICAMP-Faculdade de Engenharia Mecânica da Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Engenharia de Produção, na área de Planejamento Urbano e Regional (1978) pela COPPE/UFRJ-Coordenação de Programas de Pós-Graduação em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduado pela FAU/USP-Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo (1975). *E-mail:* cbermann@iee.usp.br.

¹ Ementa: Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº

Mas, antes de adentrar a análise dos quatro fatores na mencionada norma, há que se rememorar o histórico e as discussões que permeiam a criação das Agências Reguladoras no Brasil.

As Agências Reguladoras foram criadas no contexto da reforma do papel do Estado brasileiro na ordem econômica na década de 1990, com o papel de fiscalizar, contratar e regular das atividades econômicas flexibilizadas pelas Emendas Constitucionais de 1995. Desde então um amplo debate doutrinário foi instaurado no país para defini-las, analisá-las, averiguar quais as suas atribuições, os seus poderes, os seus limites de competências, enfim, sua aderência com a ordem jurídica brasileira,² tendo tal discussão chegado também ao judiciário.³

Igualmente, a instituição desse modelo regulatório ocasionou um processo legislativo esparso e específico para cada agência instituída, o que, além de implicar na definição de regras não uniformes para determinados procedimentos, resultou em normas dissonantes e na ausência de amplos mecanismos de publicidade e de participação social com fito de assegurar maior legitimidade aos atos desses agentes.⁴

Nessa toada, o governo federal propôs, em 2004, dois anteprojetos de lei, que após ampla discussão pública culminaram no Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, posteriormente, arquivado. Tramitavam também no Congresso o Projeto de Lei do Senado (PLS) 495, de 2015,⁵ assim como a Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2016.⁶

Há de se ressaltar que o fenômeno regulatório brasileiro teve componentes muito próprios. Em primeiro lugar, a origem de suas reformas estava atrelada a diretrizes internacionais e privatizações que não emergiram de um amplo debate da sociedade. Em segundo lugar, a lógica da regulação estava conectada à visão econômica de correção das falhas de mercado. Em terceiro lugar, o significado da regulação era compreendido como intervenção indireta do Estado – maior

9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>. Acesso em: 23 jul. 2019.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

³ FARIA, José E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002; GUERRA, Sergio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

⁴ COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. *O Projeto de Lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras: enfoque acerca do setor energético* (ANEEL e ANP). Monografia entregue como requisito de avaliação da Disciplina Análise Política da Questão Energética – ENE 5714. Professor: Célio Bermann. – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, 2004.

⁵ Ementa: Altera as Leis nº 9.986, de 18 de julho de 2000; nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976; nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009; nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; nº 9.472, de 16 de julho de 1997; nº 9.478 de 6 de agosto de 1997; nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999; nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 10.233, de 5 de junho de 2001, nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001; com vistas a ampliar a autonomia, a capacidade técnica e os poderes de regulação de mercado das agências reguladoras, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

⁶ Ementa: Acrescenta o artigo 175-A à Constituição Federal para fixar os princípios da atividade regulatória.

participação do setor privado. Em quarto lugar, a reforma regulatória materializa-se na proliferação de agências de natureza independente do poder executivo. Em quinto lugar, a incorporação das funções pelas agências justificava-se por serviços públicos vulneráveis à apropriação política e descontínuos, no longo prazo. Por último, a independência das agências é derivada do pressuposto de insulamento político e econômico.⁷

Ademais, além de amplo debate jurídico relacionado à discussão de um marco legal para as Agências Reguladoras, passou-se ao aprimoramento de mecanismos de análise do desempenho dessas Agências por meio do uso da avaliação do impacto regulatório (AIR), como forma de mensuração dos efeitos normativos das agências.⁸

Infere-se que apesar de haver transcorrido um período de mais de duas décadas desde a implantação das Agências Reguladoras no país, ainda existe um amplo campo de pesquisa para o aperfeiçoamento desse modelo regulatório,⁹ inclusive sobre os aspectos histórico institucional e jurídico brasileiro, a multidisciplinariedade dos diversos setores regulados e as diferentes esferas de atuação governamental (federal, estadual e municipal).

Diante disso, o presente artigo pretende trazer a lume o modelo regulatório presente na Lei nº 13.848/2019. Para tanto, o item seguinte apresenta a metodologia utilizada. Posteriormente, o texto descreve o contexto histórico de emergência das agências reguladoras no modelo americano, o conceito de regulação e o contexto de emergência do modelo regulatório brasileiro com a introdução dos princípios da reforma gerencial. Em seguida, analisam-se as mudanças na a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social. Também, exibem-se as discussões modelo regulatório concernentes a Lei nº 13.848 de 2013. Nas considerações finais, evidenciam-se as características gerais desse percurso normativo no modelo regulatório brasileiro.

2 Metodologia

O modelo de análise tem como base teórica o neoinstitucionalismo. Essa teoria propõe que a compreensão da natureza e do funcionamento das instituições da comunidade política é possível através da análise das alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo. Ademais, deve-se considerar o contexto social e político particular de cada época. Uma causalidade social depende da trajetória percorrida pela instituição. As forças ativas são modificadas pelas propriedades de cada contexto local, herdadas do passado. Portanto, o neoinstitucionalismo

⁷ PECI, Alketa. *Regulação comparativa: uma (des) construção dos modelos regulatórios*. In: PECI, Alketa. *Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007. Cap. 3. p. 72-92.

⁸ VALENTE, Patrícia P. *Avaliação de Impacto Regulatório*. São Paulo, 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e regulação no Brasil*. In: GUERRA, Sergio. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

histórico¹⁰ “tenta explicar como as instituições produzem esses trajetos, vale dizer, como elas estruturam a resposta de um dado contexto histórico a novos desafios”.

Para a compreensão do desenvolvimento institucional das agências reguladoras¹¹ propõe o entendimento de seu desenho normativo: “o conjunto de possibilidades de estruturação e de atuação de uma instituição delimitado pelas normas jurídicas que a criaram.”

A análise do desenho normativo é apropriada, teoricamente, pois estabelece as “regras do jogo” da instituição governamental.

A coleta de dados da legislação envolveu a análise da constituição federal, emendas constitucionais, leis e decretos relacionados ao modelo regulatório brasileiro.

Este artigo se justifica por sua característica de análise empírica. As técnicas metodológicas utilizadas serão a análise bibliográfica e a análise legística:

- Pesquisa Bibliográfica: permitiu a coleta de uma gama de fenômenos muito mais ampla, em relação à pesquisa direta. Através de materiais científicos como livros, artigos e outros trabalhos acadêmicos, sendo possível alcançar o problema de dados muito dispersos;¹²
- Análise Legística: essa técnica consiste em instruir o processo de formulação e revisão de atos normativos no Brasil. A avaliação legislativa constitui uma metodologia destinada a analisar atos normativos sob o enfoque dos efeitos que eles produzem na sociedade. Sob essa perspectiva, ao avaliador compete mensurar, com o uso de ferramentas de pesquisa interdisciplinares, a eficácia, a efetividade, a eficiência e o impacto das leis.¹³

Ambas as técnicas possibilitaram, conforme a conveniência científica, a utilização do método indutivo. Com esse método explica-se determinada situação concreta e individualizada da realidade. Logo, não serão desenvolvidas hipóteses generalizantes.

¹⁰ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As Três Versões do Neo-Institucionalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 1, n. 58, p.193-213, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

¹¹ GELIS FILHO, Antonio. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 40, p. 589-613, ago. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6842>. Acesso em: 21 nov. 2017.

¹² GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 220 p. Disponível em: <https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹³ SALINAS, N. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3 n. 2, p. 229-250, jul./dez. 2013.

3 Breve visão sobre as agências reguladoras: histórico e conceito de regulação

Conforme abordado em Grotti, a origem das Agências Reguladoras remonta ao direito inglês.¹⁴ A partir de 1834, a Inglaterra criou entes autônomos dedicados a concretizar medidas previstas em lei. Em seguida tais instituições proliferaram-se no direito norte-americano, com o intuito de regular atividades, de impor deveres e de aplicar sanções aos agentes econômicos em determinados setores afetos.¹⁵

No direito norte-americano, as agências reguladoras perpassaram quatro fases.¹⁶ A primeira, ocorreu a partir de 1887 e visava ao desfecho da controvérsia relativa à fixação do preço do transporte ferroviário entre as companhias ferroviárias e os fazendeiros do Oeste, que culminou na criação da ICC (*Interstate Commerce Commission*) e da FDT (*Federal Trade Commission*).

A segunda fase, transcorrida no período 1930-1945, contou com uma forte intervenção do Estado na economia, o que proporcionou a construção de uma ampla autonomia das Agências Reguladoras. Já a terceira fase correspondeu ao momento da edição da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), a qual possibilitou uma uniformidade na tomada de decisões pelas Agências.¹⁷

O quarto período foi marcado pela insurgência, nos anos de 1965-1985, de um processo de captura das Agências pelos agentes do respectivo setor econômico, ou seja, um poder de pressão que determinava o conteúdo da regulação que esses agentes iriam sofrer.¹⁸

Em 1985, então, iniciou-se uma redefinição desse modelo com a perspectiva voltada à instituição de mecanismos de controle externo imprescindíveis à real independência desses entes regulatórios e ao ideal de desregulamentação.¹⁹

Ao vislumbrar as características dos Estados Unidos da América (EUA), percebe-se que esse país construiu uma forma de orientar a economia de maneira distinta do intervencionismo direto, por meio de técnicas de regulação econômica, com a instituição de entes independentes. Assim, no direito norte-americano como ilustra Silva,²⁰ o conceito de Agência Reguladora está abarcado no gênero Agência.

¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004.

¹⁵ COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. *A Regulação do Livre Acesso na Distribuição de Gás Natural Canalizado: o caso de São Paulo*. 2006. 232p. Dissertação (Mestrado em Energia) – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, 2006.

¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004.

¹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004.

¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

²⁰ SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Nova era da defesa da concorrência: o Direito antitruste e os mercados regulados. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 127-153, 2002.

Inclusive grosso modo, o direito administrativo norte-americano é apontado como o “direito das agências”, em virtude das demais autoridades públicas, com exceção dos três Poderes do Estado, serem consideradas Agências.²¹

Nesse sentido, no âmbito do direito norma-americano as Agências Reguladoras possuem independência em relação ao Poder Executivo, havendo autonomia administrativa e normativa, a estabilidade e mandato fixo dos dirigentes, a ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira.

Igualmente, as agências detêm nos EUA a capacidade delegada pelo Congresso de editar normas que interfiram na liberdade dos cidadãos; bem como a prerrogativa de dirimir conflitos entre empresas e entre estas e os particulares, além de uma extensa gama de competências, visto os seus objetivos de regular determinado setor da economia.²² A Tabela 1 sinaliza as fases do modelo regulatório americano:

Tabela 1 – Fases do Modelo Regulatório Americano²³

(continua)

Regime Regulatório de Mercado	Regime Regulatório Associativo/ Corporativista	Regime Regulatório Societal	Reforma Regulatória / Regime de Eficiência
Capitalismo monopolista, livre mercado e não interferência, elaboração de políticas públicas para equacionar os problemas sociais; estruturas burocráticas especializadas conduzidas por experts para a administração de políticas públicas separando funções administrativas e políticas; livre empresa e liberdades individuais com base em estruturas político-econômicas descentralizadas (agências setoriais).	Depressão dos anos 1930 (excesso de capacidade e queda dos preços, desemprego, grupos sindicais acocados); sistema colaborativo Estado-Indústria (<i>New Deal</i>); medidas governamentais (combate à deflação, plano de cotas de produção, fixação de limites de preços, formação de estruturas burocráticas) articulação de grupos empresariais; estabilidade de preços; produção; processo de compras das forças armadas; planejamento; cooperação; agências governamentais com	Correção de externalidades do sistema capitalista; regulamentação de proteção ao meio-ambiente, à saúde pública, ao consumidor e ao trabalhador; utilizando conhecimento técnico-científico no planejamento de setores sociais.	Excesso regulatório como importante causa da ineficiência de empresas (manutenção de preços altos; atraso no desenvolvimento tecnológico); desregulamentação de diversos setores industriais; combate a inflação; aumento da eficiência econômica; diminuição da interferência estatal; proteção dos interesses do consumidor; competição; liberalização dos preços; flexibilização das regras de entrada; quebra de monopólios.

²¹ SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. As agências reguladoras e a defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n.2, p.27-46, 2001.

²² SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. As agências reguladoras e a defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n.2, p.27-46, 2001.

²³ Elaboração Própria através de dados fornecidos em PECL, Alketa. Regulação comparativa: uma (des) construção dos modelos regulatórios. In: PECL, Alketa. *Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007. Cap. 3. p. 72-92, p. 72.

(conclusão)

Regime Regulatório de Mercado	Regime Regulatório Associativo/ Corporativista	Regime Regulatório Societal	Reforma Regulatória / Regime de Eficiência
	burocracia especializada para recuperação e organização dos setores produtivos; medidas legislativas de recuperação econômica National Recovery Act (NRA); criação da agência governamental National; Recovery Administration segmentada para atender vários setores produtivos; cartelização; Ministério do Trabalho.		

A Tabela 2 desenha as características histórico-institucionais do modelo regulatório americano

Tabela 2 – Características Histórico Institucionais do Modelo Regulatório Americano²⁴

(continua)

Características Histórico-Institucionais da Regulação Americana	Características do Modelo Regulatório Americano	Mecanismos Efetivos
Não há distinção entre Regulação de toda Administração Pública. O exercício da atividade regulatória coincide com a esfera de atuação da administração pública.	Agências Reguladoras de natureza Independente para o exercício da função administrativa de governo. A formulação de políticas públicas sem a influência de interesses políticos e econômicos.	Criação de conselhos e Comissões na tomada de decisões, com a presença de mais de um partido e mandatos não coincidentes de seus membros.
Reformar o Estado significava ampliar ou reduzir as atividades regulatórias e as entidades instituídas para tais fins.	Agências Reguladoras de natureza Independente dos centros políticos e econômicos de poder.	Formas de apontamento e desligamento dos membros do conselho através de decisão legislativa (Senado).

²⁴ Elaboração própria dados PECCI, Alketa. Regulação comparativa: uma (des) construção dos modelos regulatórios. In: PECCI, Alketa. *Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007. Cap. 3. p. 72-92, p. 72.

(conclusão)

Características Histórico-Institucionais da Regulação Americana	Características do Modelo Regulatório Americano	Mecanismos Efetivos
A Regulação acompanha a proliferação das atividades administrativas do Estado.	Independência significa consolidação da divisão política administração. Busca da especialização funcional e a capacidade técnica (expertise) via sistema meritocrático.	Fontes Independentes de Financiamento (taxas recolhidas de indivíduos ou empresas sujeitos a atividade regulatória).
A criação dos marcos regulatórios está associada a política intervencionista contra os efeitos deletérios da competição.	Busca de clareza nas regras emitidas pelo poder legislativo. Normas menos ambíguas para a regulação da vida econômica e social.	Fatores políticos (aliança com grupos de pressão fortes, partidos e representantes da sociedade civil para defesa da agência).
A consolidação do modelo regulatório está associado ao contexto de crise do capitalismo e a defesa da participação do Estado na vida econômica e social.	Definição de parâmetros justos na definição de preços dos serviços públicos e garantia de fiscalização na prestação dos serviços	As agências exercem funções legislativas (emissão de regras e regulamentos), executivas (outorga ou a emissão de autorização) e judiciais (fiscalização ou inspeção).
A expansão do modelo regulatório decorrente de esforços governamentais das esferas federal e estadual para o controle efetivo dos preços e a entrada de empresas nos serviços públicos.		
A mudança no modelo regulatório esteve associada ao processo de “desregulamentação”. Esse processo ocasionou a extinção de diferentes agências, primazia das regras do mercado e o desmantelamento de marcos regulatórios vigentes.		
A administração pública é uma função distinta da esfera governamental.		

Dessa forma, sendo tais princípios existentes no Direito norte-americano foram importados para a construção do modelo brasileiro de regulação por Agências, incluindo a ampla autonomia dessas que desempenham funções quase-legislativas e quase-judiciais.

Buscava-se, então, no Brasil, montar a economia dentro da visão microeconômica da competitividade. Nessa lógica, aumenta-se a eficiência na produção e na

comercialização de bens e serviços, com base na modernização e na reestruturação da indústria. As mudanças na economia local ocorreriam sem a intervenção do Estado. Tal tarefa seria designada ao mercado, que agiria com grande nível de liberdade.²⁵ Portanto, o que se constata na verdade é um movimento internacional de incorporação, ao direito administrativo de muitos países, das Agências Reguladoras como símbolo da redefinição do papel do Estado. O Brasil, nessa ordem de ideias, enquadrou-se no campo da globalização econômica e ao abrir o seu mercado para a entrada de investimentos internacionais, também passou a utilizar o vocábulo Agências Reguladoras.

Ocorre que a adoção do modelo regulador no Brasil por meio das então chamados Agências Reguladoras, ocasionou inúmeros debates e questionamento, de forma que diversos doutrinadores se insurgiram contra esse modelo, alegando a sua inconstitucionalidade por ferir a separação de poderes referendada pela Constituição Brasileira.

Isso porque, no sistema jurídico brasileiro, a previsão acerca da separação de poderes faz parte das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF), de modo que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - os votos direto, secretos, universais e periódicos; III - a separação de poderes; IV - os direitos e garantias fundamentais.”

Registra-se, portanto, que a incorporação das agências reguladoras no sistema jurídico pátrio no formato do direito norte-americano requer a busca da adequação das características originárias desses entes regulatórios, tendo em vista as peculiaridades existentes do direito constitucional brasileiro.

Mas, retornando ao âmbito de discussão sobre o modelo adotado no Brasil, há também aqueles que defendam que o princípio da separação de poderes deve se coadunar com as mudanças sociais, econômicas e políticas da pós-modernidade, e não permanecer com a interpretação estática proveniente da sua concepção clássica.²⁶ É o que se averigua, por exemplo, do art. 62 da Constituição Federal que ao prescrever a edição de medidas provisórias com força de lei pelo Presidente da República, relativiza a divisão tripartite do poder formulada por Montesquieu.

Nesse contexto, há muito tempo os doutrinadores vêm explicando que a ideia de regulação, no sentido de função de polícia, não é de todo nova no ordenamento brasileiro. Dessa forma, embora não fosse utilizado o vocábulo Agência, existiam órgãos e entidades com essa função de regular determinados setores, tais como: o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente

²⁵ PIRES, Marcos Cordeiro. A nova ordem Mundial e o Consenso de Washington: a introdução de políticas neoliberais na América Latina. In: PIRES, Marcos Cordeiro; MENDONÇA, Marina Gusmão de. *Formação Econômica da América Latina*. São Paulo: Lctc, 2012. p. 370-390.

²⁶ GUERRA, Sergio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

do Café (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Sal (1940),²⁷ o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as Universidade.²⁸

É nessa conjuntura de discussão relacionada ao modelo adotado no Brasil que, para adequar a Administração Pública ao modelo “regulador”, o governo Fernando Henrique Cardoso inicia a Reforma do Estado. O Ministério de Administração e Reforma do Estado (MARE) elabora o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado tendo como objetivos.²⁹

Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando à ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos. Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada. Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União. · Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.

O Estado passa então a ser dividido em quatro setores: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não exclusivos ou competitivos e a produção de bens e serviços para o mercado.

O primeiro setor é o *locus* de definição das leis e das políticas públicas. É composto pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado, pela cúpula dos ministérios e pelos tribunais federais. O segundo setor são as atividades exclusivas do Estado, ou seja, o exercício do poder de legislar e tributar. Seus componentes são: a polícia, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação e, por último, os órgãos responsáveis pela transferência de recursos. O terceiro setor são os serviços não exclusivos ou competitivos do Estado. Temos os serviços cuja realização e subsídio são realizados pelo Estado, devido sua alta relevância para a sociedade. O quarto setor envolve a produção de bens e serviços para o mercado. Teríamos empresas de economia mista operando em setores de serviços públicos ou em setores estratégicos.³⁰

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, p. 1-11, fev. 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2020.

²⁹ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. O Conselho de Reforma do Estado/ Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997. 38p.

³⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 120, n. 1, p.7-40, abr. 1996.

Ainda segundo Bresser Pereira,³¹ a propriedade no núcleo estratégico seria de exclusividade estatal e os tipos de instrumentos administrativos são: a aprovação de leis (Congresso), definição de políticas públicas (Presidência e cúpula dos ministérios) e emissão de sentenças e acórdãos (Poder Judiciário). Nesse quadro administrativo surge um novo instrumento o Contrato de Gestão que “definirá os objetivos das entidades executoras do Estado e os respectivos indicadores de desempenho, e garantirá a essas entidades os meios humanos, materiais e financeiros para sua consecução.”

Já a propriedade, nas atividades exclusivas, seria estatal e a sua gestão organizada por agências autônomas. No setor das atividades não exclusivas do Estado, a propriedade seria pública não estatal. Surge uma nova categoria de propriedade, a qual corresponde a entidades sem fins lucrativos. Seu instrumento de gestão são as organizações sociais – através de conselhos de administração mistos. No último setor, temos a propriedade privada, alcançada através do processo de privatização. A gestão da produção de bens corresponde às empresas, que serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente.³²

Logo, a reforma do aparelho do Estado é conformada pelos valores da eficiência, qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Na formação das Agências Reguladoras, além das diretrizes gerais do Plano Diretor, houve a recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho da Reforma do Estado (CRE) para a “Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores”, que apontava para diretrizes mais específicas no funcionamento dos órgãos reguladores.³³

- a) Autonomia gerencial, financeira e operacional e independência decisória do ente regulador. Os dirigentes, atendendo a critérios de mérito e competência profissional, seriam nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, com mandato fixo. A Recomendação apresenta a possibilidade de perda de mandato do presidente ou de membros do colegiado em virtude de decisão do Senado Federal. O processo decisório dos dirigentes deveria ser colegiado;
- b) Necessidade de participação de usuários, consumidores e investidores no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências

³¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 120, n. 1, p.7-40, abr. 1996.

³² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 120, n. 1, p.7-40, abr. 1996.

³³ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. O Conselho de Reforma do Estado/ Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997. 38p., p. 27-30.

- públicas; busca de informações além daquelas trazidas pelos interessados, com a possibilidade do regulador contratar fontes independentes;
- c) Publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, procedimentos, decisões e relatórios de atividade;
 - d) Necessidade de definição das atribuições e competências privativas do ente regulador exercidas em caráter definitivo e daquelas definidas de acordo com a política governamental.

Atendendo aos princípios do Plano Diretor, incorporaram-se ao arcabouço institucional brasileiro as agências reguladoras. Como define Edson Nunes *et al.*³⁴

agências atuam sobre setores vitais para a economia e para a sociedade, apresentando diferentes graus de dinamismos e avanços tecnológicos. Caracterizam-se por atrair, complementar ou contrariar interesses privados e públicos, produzindo regras e normas que imputam custos às unidades reguladas (...) a elas competem funções de Executivo, tais como a concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos, e lhes são atribuídas funções de Legislativo, como a criação de normas, regras e procedimentos, com força legal sob a área de sua jurisdição. Ademais, ao julgar, impor penalidades, interpretar contratos e obrigações, as agências desempenham funções jurídicas.

Esse novo “ente” da Administração Pública foi incorporado ao arranjo institucional, sob a forma de “autarquias especiais”. Essas entidades não são subordinadas ao poder público central; possuem órgãos de direção colegiada, em que cada Diretor recebe um mandato; detém autonomia financeira, administrativa e independência decisória.³⁵

Assim, no Brasil, as Agências Reguladoras se enquadram como autarquias especiais, com personalidade jurídica de direito público, o que permite o exercício de seus poderes de autoridade pública.

Daí estarem submetidas, não só ao disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, como também a outras previsões impostas a Administração Pública. Importante dizer que a instituição desses entes reguladores não se limitou ao âmbito dos serviços públicos privatizados, adentrando inclusive no setor de serviços públicos propriamente ditos (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL),

³⁴ NUNES, Edson de Oliveira; NOGUEIRA, André Magalhães; COSTA, Cátia Couto da. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político brasileiro*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007. p. 15-16.

³⁵ GUERRA, Sergio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 368.

nas atividades econômicas em sentido estrito (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP), no âmbito de fomento de setores culturais e de fiscalização da atividade privada (Agência Nacional do Cinema – ANCINE), no domínio de uso de bem público (Agência Nacional de Águas – ANA) e nas esferas estaduais.

Almeja-se, por meio da instituição desses entes públicos, uma regulação imparcial, de teor técnico e distante de ingerências políticas em suas decisões. Tais considerações são apontadas como fundamentais para que o investidor acredite e realize dispêndios nos setores onde ocorreram as privatizações e a flexibilização de monopólios públicos.

Nesse desiderato, ao se indagar o significado do vocábulo regulação, verifica-se a ação do Estado voltada ao disciplinamento de determinado setor. Como bem alvitra Dutra³⁶ “regular é disciplinar por meio de regra. Em sentido largo, é o conjunto de regras editadas com o propósito de disciplinar determinada matéria, o que permite o emprego do vocábulo para referir a disciplina dos mais variados campos de incidência de normas legais”.

Marques Neto³⁷ bem mais direcionado define regulação como

a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.

Souto, após apresentar inúmeros conceitos de regulação, traça o que há de comum ao entendimento da regulação, a saber, a característica de intervenção pública que afeta a operação de mercados através de comandos e controle, consistentes num marco regulatório.³⁸ Consoante esse autor, o marco regulatório compreende a lei, o regulamento, o edital de licitação e o contrato firmado com o Poder Público, e ao final conclui pela não violação ao princípio da legalidade, em virtude de as agências reguladoras “terem sua função e competência definidas na lei, nada podendo exigir além dos limites que lhe são por ela autorizados”.³⁹

³⁶ DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, p. 335-354, jul./set. 2002, p. 338.

³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 8, n. 4, p. 95-122, 2001, p. 3.

³⁸ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun. 1999, p. 128.

³⁹ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun. 1999, p. 130.

Sem esgotar os diversos conceitos de regulação dados pelos doutrinadores, pode-se retirar das acepções acima citadas e da observação cotidiana que a regulação é uma atividade empreendida pelo Estado, por meio do sistema jurídico, no qual se exerce: (i) comando em face da formulação das políticas públicas setoriais, editando normas, emitindo pareceres e orientações, (ii) controle, por meio de fiscalização e possibilidade de impor sanções; e (iii) prevenção de conflitos em virtude do intuito de harmonização dos interesses plurais existentes em um determinado setor econômico da sociedade. Assim, esse conceito se encontra relacionado a um significado de intervenção indireta do Estado na atividade econômica, noção ligada a atual denominação de Estado Regulador.

Como toda função estatal, a regulação deve ser vista como um instrumento de conciliação e de harmonização de conflitos no âmbito econômico, com reflexos culturais e sociais ao se inserir na atual dimensão da ordem jurídica plural e visa à manutenção do equilíbrio entre o poder concedente, concessionário e usuário.

Nesse sentido Garcia⁴⁰ refere-se à função reguladora do Poder Executivo como o estabelecimento de regras, “por quaisquer de seus órgãos e pelos mais diversos meios, e não apenas à edição de regulamentos, por parte de seu chefe”. Tal definição demonstra a diferença existente entre poder regulador e poder regulamentar, esse detido pelo Executivo e consistente na interpretação de normas por meio da edição de decretos.

Assim, a função regulatória do Estado é consubstanciada na edição de normas que sem inovar na ordem jurídica, visto ser essa a função reservada à lei, apresenta o objetivo de disciplinar os setores da economia que exigem do governo soluções rápidas e adaptadas ao contexto da economia de mercado e da organização industrial do setor específico. Tal atividade ficou a cargo das agências reguladoras, visto a justificativa de que essas são órgãos públicos detentores de certas autonomias delineadas por suas leis instituidoras geradoras de uma credibilidade institucional necessária à entrada de investimentos privados e à realização de projetos que demandam capital intensivo.

Vale destacar que as agências reguladoras foram instituídas por meio de leis esparsas; assim, cada ente possui um modelo próprio, competências e demais características constantes das suas leis instituidoras. Contudo, reforça-se “que elas apresentam algumas semelhanças, nada impedindo que venham a adotar modelos de estruturação diversos posteriormente”.⁴¹

⁴⁰ GARCIA, Mônica. A função reguladora do Poder Executivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 10, n. 38, p. 205-233, jan./mar 2002.

⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004.

Há de se focalizar que em razão dos encargos desempenhados pelas agências reguladoras, faz-se mister a não ingerência de pressões e de decisões externas no seu julgamento, para tanto o ordenamento pátrio tratou de caracterizá-la como uma autarquia sob o regime especial, dotada de autonomia política-administrativa, financeira e normativa.

Nesse diapasão, Dutra⁴² leciona que a estrutura institucional das agências reguladoras pode ser analisada a partir de três pontos principais, quais sejam, o poder no qual estão investidas, as disposições de autonomia e o controle, no qual se encontram refreadas.

No que diz respeito ao poder, esse se fragmenta: no poder fiscalizador, com a repressão de condutas violadoras da ordem jurídica e a imposição de sanções; e no poder de regular, ou seja, no poder de disciplinar por meio de normas o setor econômico específico que exerce certa atividade.

Quanto à autonomia, essa é garantida nos âmbitos: a) hierárquico: não subordinação ao titular ou ao órgão ministerial ao qual se encontra vinculada; b) financeiro: com previsão de recursos próprios; e c) decisório, pois suas posições somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário.⁴³

Introduz Barroso⁴⁴ acerca da autonomia político-administrativa, que a legislação de cada agência cuidou de enumerar formas de garantir a efetiva existência desta, com as seguintes previsões “a) a nomeação dos diretores pelo Presidente da República com aprovação do Senado; b) mandato fixo de quatro ou cinco anos; c) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal”.

No que tange à autonomia econômico-financeira, além da disposição pertinente às dotações orçamentárias gerais, Cavalcante⁴⁵ lembra por meio do art. 15, V, da Lei nº 9.478/97 que se procurou propiciar às agências reguladoras, nesse caso a ANP, a arrecadação de receitas próprias, como as decorrentes de taxa de fiscalização ou de participação em contratos.

O poder normativo (de regular) das agências reguladoras se cinge ao desempenho de sua função técnica, em que os debates político-partidários iriam retardar as questões regulatórias necessárias ao bom desempenho do mercado, bem como

⁴² DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, p.335-354, jul./set. 2002, p. 338.

⁴³ DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, p.335-354, jul./set. 2002, p. 338

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica – regime jurídico das sociedades de economia mista – incoerência de abuso do poder econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 94, v. 343, p. 78, jul./set. 1998.

⁴⁵ CAVALCANTE, Amanda Barcellos. A independência das agências reguladoras e sua adequação ao Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, a. 07, n. 12, p. 119-130, jan./dez. 2001.

tem a característica salutar de não ultrapassar o disposto em lei, restringido o seu alcance ao constante no diploma legal, sem inovar na ordem jurídica.

Perante essa constatação Souto leciona que pelo fato da lei ser genérica e sem a especialização técnica desejada pela dinâmica econômica de certo setor, a norma regulatória passa a ser um liame entre a lei e o administrado, no sentido de proporcionar a “interpretação do conteúdo técnico da lei”.⁴⁶ Nessa linha, o autor cita como exemplo a definição de tarifa módica, de preço abusivo e de bem essencial.

Importante notar que esse autor, ao discorrer sobre regulação, relaciona a implementação de decisões de natureza política constantes de legislação, que no caso concreto, quando da aplicação da norma pela autoridade administrativa, ocorreria de modo imparcial e despolitizado.⁴⁷ Portanto, desapegando-se do conteúdo político da norma e se submetendo ao teor técnico e econômico de determinado setor.

No âmbito do controle ao qual o órgão regulador estará submetido notam-se o político, oriundo do Poder Legislativo; o financeiro, decorrente do controle externo do Tribunal de Contas da União sobre as fontes de receita; e o jurisdicional, relativo às suas decisões, inclusive, atinente à apreciação do respeito aos princípios jurídicos, como o da legalidade.⁴⁸

O que se percebe, então, ao examinar a estruturação das diversas agências reguladoras é a existência de elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, como as autonomias administrativa, financeira e patrimonial, a gestão de recursos humanos, autonomia nas decisões técnicas e ausência de subordinação hierárquica. Porém, constata-se que a intenção da Constituição foi a delegação de maior autonomia às agências reguladoras, por isso conservam a autonomia política-administrativa, normativa e econômico-financeira da forma supra delineada.

4 Debates iniciais: PL nº 3.337/2004

No início de 2003, o governo anunciou sua intenção de promover ajustes no modelo regulatório brasileiro. Havia a constatação de que as agências gozavam de autonomia excessiva. No mesmo ano, o Presidente solicitou à Casa Civil da Presidência da República a formação de um grupo de trabalho, seu propósito era diagnosticar a situação das agências reguladoras federais no Brasil e elaborar um relatório com as necessidades de adequação do marco legal desses entes administrativos.

⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun.1999, p. 128.

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun.1999, p. 128.

⁴⁸ DUTRA, Pedro. Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações. *Revista do IBRAC*, São Paulo, p. 37-50, março de 1997.

A formação desse grupo de trabalho contou com representantes de todos os ministérios detentores de agências reguladoras. Além disso, era integrado por representantes dos Ministérios da Fazenda, da Defesa, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Justiça e da Advocacia-Geral da União.

Na Exposição de Motivos (EM) número 12, o Ministro José Dirceu apresenta a justificativa política para o projeto:⁴⁹

Falta de controle social é, certamente, a fonte maior das preocupações e dificuldades que demandam soluções por meio de alteração no marco legal das Agências Reguladoras. Nesse sentido, são propostos importantes aperfeiçoamentos no modelo adotado, instituindo-se maior rigor na delimitação de seus poderes; controle mais eficaz de suas atuações pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, ampliando-se a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências Reguladoras, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários.

Ainda no EM, há uma crítica às agências, devido ao exercício das competências de governo. Houve a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder outorgante e concedente de serviços públicos.⁵⁰ O novo governo preocupava-se em estabelecer fronteiras entre a formulação de política setorial e a regulação econômica.

As primeiras versões do Projeto de Lei nº 3.337/2004⁵¹ foram submetidas à consulta pública. A equipe técnica da Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República promoveu uma análise detalhada das propostas obtidas junto à consulta pública. A partir de tais sugestões, elaborou-se uma nova versão do texto.⁵²

Em abril de 2004, tal proposta foi enviada ao Congresso Nacional. A Lei Geral das Agências Reguladoras compreendia os seguintes objetivos: 1. Harmonizar seu funcionamento; 2. Estender as melhores práticas, já adotadas em algumas agências;

⁴⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília.

⁵⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 20.

⁵¹ Esse Projeto de Lei se encontra arquivado. Lembra-se também Projeto de Lei do Senado nº 495, de 2015, que teve a tramitação encerrada. Por outro lado, a Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2016, continua em tramitação.

⁵² LOURENÇO, Adriana Nickel. *Regendo a Atividade Regulatória: A Nova Legislação das Agências Reguladoras Federais no Brasil*. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 41.

3. Incorporar novas práticas ao modelo regulatório, inspiradas na experiência internacional; 4. Introduzir mecanismos de supervisão e controle, como a definição do grau de responsabilização e a qualidade da regulação. Em resumo temos: “dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social e que redefine atribuições no âmbito destas e dos respectivos Ministérios, em especial dos setores de petróleo e seus derivados e gás natural, telecomunicações e transportes.”⁵³

O primeiro capítulo do projeto de lei abordava o processo decisório das agências reguladoras. Em primeiro lugar, temos a manutenção do mandato fixo dos dirigentes em quatro anos, permitida uma única recondução. Além disso, optou-se por conservar o atual sistema de mandatos escalonados da diretoria, ou seja, mandatos não coincidentes entre si. Também, se mantiveram as atuais condições para a demissão e substituição desses dirigentes. Somente poderiam perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.⁵⁴ Ademais, no processo de escolha dos seus dirigentes é ratificada a nomeação pelo Presidente da República para mandatos fixos, após aprovação pelo Senado Federal.

Percebe-se a preocupação de garantir a autonomia das agências, uniformizar a duração dos seus mandatos e a certificação da estabilidade de seus dirigentes. Tais pressupostos afixam a segurança, no exercício das competências das agências, reduzindo a incerteza decorrente da alternância de poder.

Outro aspecto fundamental da regulação, abordado na EM, é o controle social:⁵⁵

O desenvolvimento de instrumentos de controle social das Agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse controle atua como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória. A experiência internacional indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do Projeto de Lei.

Em seus capítulos I e II, aborda-se o mecanismo de Consulta Pública. Ela discutia: “à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores

⁵³ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 18

⁵⁴ Afastada a possibilidade de demissão *ad nutum*.

⁵⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 20.

de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados”.⁵⁶

O propósito desse mecanismo de participação era: a) aperfeiçoar os mecanismos de consulta pública, tornando-os obrigatórios para todas as agências, além da ampla divulgação dos seus resultados. b) as entidades de defesa do consumidor e de ordem econômica, constituídas a mais de três anos, tem direito de indicar representantes para acompanhar os processos de consultas públicas, custeados pela própria agência reguladora.

Além desse mecanismo, o controle social seria realizado através da criação de ouvidorias. Elas estariam presentes no âmbito de todas as agências, sem subordinação hierárquica à direção e sem acumulação com outras funções. Também teríamos o aumento da transparência, por meio da divulgação pela internet, do relatório anual de atividades e o relatório de gestão orçamentária. Tais documentos de prestação de contas seriam apresentados ao legislativo.

Tais instrumentos de responsabilização e controle estão baseados na preocupação política de evitar a captura da agência. Tal processo poderia ocorrer tanto pelos entes regulados como pela esfera política, devido ao seu grau de insulamento. Ao mesmo tempo, provocariam o aumento do processo de prestação de contas para a esfera legislativa. E, por último, tais mecanismos institucionais legitimariam e consolidariam as regras do marco regulatório.⁵⁷

Outra proposta do projeto foi definir a fronteira entre a formulação de política setorial e a regulação econômica. As agências reguladoras e os ministérios devem atuar de forma harmoniosa e de modo cooperativo. Na EM buscou-se delimitar a fronteira entre suas atribuições e àquelas destinadas aos ministérios:

O projeto de lei busca estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica. Esse objetivo, frise-se, não implica qualquer incompatibilidade entre a atividade de regulação desempenhada pelas Agências e a formulação de políticas setoriais por parte de Ministérios. Ao contrário, ambos - Agências Reguladoras e Ministérios - podem atuar de forma harmoniosa e, do ponto de vista institucional, de modo cooperativo. (...) pretende-se deixar claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabem aos órgãos da administração direta. Às Agências

⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 8.

⁵⁷ LOURENÇO, Adriana Nickel. *Regendo a Atividade Regulatória: A Nova Legislação das Agências Reguladoras Federais no Brasil*. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

Reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial.⁵⁸

Optou-se por restituir ao Estado, através dos ministérios, o poder concedente.⁵⁹ Conforme premissa da Constituição Federal, tal ente é o titular desse direito. Dessa maneira, caberia às agências as atividades de regulação e fiscalização. Além disso, elas realizariam a operacionalização dos procedimentos licitatórios de concessão dos serviços públicos. Conforme descrito no capítulo V do projeto:

Artigo 2ºA A Cabe ao poder concedente [Ministério de Minas e Energia] elaborar em consonância com a política energética definida pelo CNPE, o plano de outorgas a ser observado nos procedimentos licitatórios para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo; celebrar os contratos deles decorrentes⁶⁰.

O ponto mais controverso do projeto tratava-se dos contratos de gestão e desempenho. Conforme a EM:⁶¹

Trata-se de medida voltada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar meios e fins no exercício das atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades da administração pública, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação a necessidade de um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da administração pública.

O objetivo desse instrumento é a congruência entre as políticas das agências e os programas de governo. O contrato seria celebrado e negociado entre a diretoria colegiada da agência e o titular da pasta ministerial, a que esta estiver vinculada. Também, seriam consultados previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor Geral. Cada contrato, segundo as regras, deveria ser

⁵⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 20.

⁵⁹ Explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos.

⁶⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 10.

⁶¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 21.

submetido à apreciação do conselho de política setorial da área de atuação da agência reguladora ou a uma das Câmaras do Conselho de Governo.

Além disso, estariam explícitas as metas de desempenho administrativo e de fiscalização, os prazos e os indicadores de avaliação para a projeção dos recursos orçamentários. Por fim, nos termos do artigo décimo e décimo primeiro, teríamos as especificações do contrato⁶² e seu prazo de duração (um ano).⁶³

Por último, temos no Capítulo III, as especificações das relações entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência. A indicação normativa sugere que as agências deverão acompanhar as práticas de mercado para auxiliar esses órgãos. Outra exigência relaciona-se a solicitação de pareceres das agências acerca das minutas de regulamentação. Quando tomarem conhecimento de prática de infração à ordem econômica nos mercados regulados, deverão comunicá-la aos órgãos de defesa da concorrência.⁶⁴ Na EM a questão aparece:⁶⁵

a prática internacional tem demonstrado a necessidade de intensa troca de informações e experiências entre setores encarregados da regulação setorial e órgãos de defesa da concorrência – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – com o propósito de encorajar ações que fortaleçam a concorrência onde esta seja possível.

De acordo com Lourenço,⁶⁶ a lenta tramitação do projeto no Congresso Nacional gerou instabilidade para reguladores e regulados. Além disso, a inclusão da Lei Geral das Agências Reguladoras no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) não significou avanços na sua aprovação pelo legislativo. Ainda, segundo a autora, não existe consenso sobre a viabilidade de um único marco regulatório para as questões concernentes às agências. As dificuldades concentram-se na definição do alcance das suas competências.

⁶² 1. A fixação das obrigações e responsabilidades em relação às metas definidas; 2. O acompanhamento e avaliação; 3. As medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas pactuadas.

⁶³ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 4.

⁶⁴ A, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2020.

⁶⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, p. 22.

⁶⁶ LOURENÇO, Adriana Nickel. *Regendo a Atividade Regulatória: A Nova Legislação das Agências Reguladoras Federais no Brasil*. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 89.

Enfim, recomendou-se cautela com relação às mudanças institucionais das agências. O alcance de maior prestação de contas e controle social, não poderia gerar instabilidade com relação às regras do jogo. Logo, a solução estaria em um trabalho de cooperação do arranjo institucional:⁶⁷

(...) o sucesso das agências reguladoras decorre da definição clara dos seus objetivos, com o conseqüente respeito à sua autoridade e autonomia, e pauta-se, sobretudo na transparência da sua atuação (...). A necessidade de aumentar a transparência e a prestação de contas no sistema regulatório brasileiro, a introdução de novas ferramentas para a execução regulatória, os ajustes necessários no Poder Judiciário, assim como a diminuição das defasagens sociais são desafios que ainda precisam ser enfrentados.

5 Discussões legislativas sobre o modelo regulatório da Lei nº 13.848/2019

Como visto, as discussões relacionadas à necessidade de instituição de um marco regulatório único para as Agências Reguladoras data de 2003. No entanto, um modelo regulatório único só foi alcançado em 2019.

Nesse tópico, analisa-se a Lei nº 13.848/19, resultado do PLS nº 52/13, e que tem por escopo estabelecer regulamento geral às Agências Reguladoras acerca do processo decisório, do controle social, da cooperação com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e da interação com órgãos reguladores de Estados e Municípios brasileiros. Outrossim, objetiva-se alterar dispositivos das Leis específicas das Agências, principalmente os que tratam das competências para normatizar, organizar e realizar licitações para a concessão de serviços públicos.⁶⁸ Essa Lei apresenta muitas semelhanças com o Projeto de Lei arquivado em 2003, vejamos sua Ementa:

Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984,

⁶⁷ LOURENÇO, Adriana Nickel. *Regendo a Atividade Regulatória: A Nova Legislação das Agências Reguladoras Federais no Brasil*. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 90.

⁶⁸ PROJETO que estabelece lei geral das agências reguladoras é aprovado pelo Senado. *Migalhas*, 30 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI303379,61044-Projeto+que+estabelece+lei+geral+das+agencias+reguladoras+e+aprovado>. Acesso em: 29 jul. 2019.

de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

5.1 Descrição e análise da Lei nº 13.848/19

A Lei nº 13.848/19 encontra-se estruturada em sete capítulos, quais sejam: (i) do processo decisório das agências reguladoras; (ii) *accountability*⁶⁹ e prestação de contas – da prestação de contas e do controle social; (iii) cooperação com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC; (iv) articulação entre as Agências Reguladoras; (v) articulação das Agências Reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente; (vi) interação entre as Agências e os órgãos reguladores estaduais e municipais; e (vii) disposições finais e transitórias com mudanças na legislação específica das Agências.

O artigo 2º da Lei nº 13.848/19 determina a lista de agências que serão objeto da referida norma e o parágrafo único faz menção que a lei valerá para as autarquias em regime especial constituída após sua edição e caracterizadas como agências reguladoras.

O artigo 3º conceitua o regime especial o qual as agências estão adstritas como:

A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada 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, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Os parágrafos seguintes desse artigo detalham a autonomia administrativa e financeira.

O Capítulo primeiro trata do “Do processo decisório das agências reguladoras”, e em seus artigos encontramos princípios como o da razoabilidade, da preponderância do interesse público, da motivação dos atos e decisões administrativas, assim como da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), nos termos do regimento interno de cada agência.

⁶⁹ Segundo CLAD, a *accountability*: “é um conceito mais amplo, que inclui a existência de condições para os cidadãos participarem da definição e avaliação das políticas públicas, premiando ou punindo os responsáveis” (CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). A Responsabilização na Nova Gestão Pública Latino-Americana. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunnil. *Responsabilização na Administração Pública*. São Paulo: CLAD/Fundap, 2006. Cap. 1. p. 13-69. p. 28).

Ademais, o processo de decisão da agência terá caráter colegiado (artigo 7º) e se dispõe sobre padronizar gravação das sessões, assim como a publicidade das decisões, salvo documentos classificados como sigilosos e matéria administrativa (artigo 8º).

As consultas públicas (CPs) (artigo 9º) serão sobretudo dedicadas às matérias que envolvam modificações normativas de interesse geral e o regimento interno de cada uma das agências deverá detalhar o respectivo procedimento dentro do previsto na proposta, inclusive sobre a competência do Ministério da Fazenda de opinar sobre o impacto regulatório das medidas objeto das CPs.

As audiências públicas (APs - artigo 10) são previstas como instrumentos de apoio à tomada de decisão e serão convocadas pela diretoria colegiada quando necessárias para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante. A Lei nº 13.848/19 apresenta o prazo mínimo de cinco dias úteis entre a publicação no *Diário Oficial* e a realização das APs, assim como a disponibilização de todos os documentos referentes às APs pelas Agências. Outras formas de participação de interessados nas decisões das Agências poderão ser criadas em Regimento Interno (artigo 11).

O capítulo segundo trata da “Prestação de Contas e do Controle Social”. O artigo 14 prevê o controle externo realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas. O artigo 15 traz a previsão de relatório anual circunstanciado de atividades da Agência, e o cumprimento do Plano Estratégico Vigente (art. 17) e do Plano de Gestão Anual (art. 18). O teor desse Relatório e Planos está detalhado na Lei nº 13.848/19, registramos ainda que não existem sanções para a não entregar ou mecanismos e/ou critérios de avaliação do conteúdo.

A Lei nº 13.848/19 prevê que os dirigentes máximos das Agências comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual 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.

Igualmente, nesse capítulo consta a figura do Ouvidor, a ser indicado pelo Presidente da República, com mandato de três anos (sem recondução) e sem subordinação hierárquica. O ouvidor terá acesso a todos os processos da agência reguladora.

O Capítulo terceiro trata da “Interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência”, em que predomina a cooperação entre eles no intuito de controle das práticas anticompetitivas. Inclusive, órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos, assim como o CADE notificará as agências no prazo máximo de 48 horas após a publicação do respectivo acórdão.

O capítulo IV traz normas sobre a articulação conjunta das agências, onde elas poderão editar normas conjuntas relativamente aos setores regulados, e o capítulo V, dentro dessa linha, dispõe sobre as regras atinentes à cooperação entre agências e órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente. Na Lei nº 13.848/19, inclusive, as agências estão autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória. E, no capítulo VI encontramos disposições sobre a interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais.

As disposições finais estão previstas no capítulo VII, em que se encontram modificações às Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (ANEEL);⁷⁰ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (ANP);⁷¹ dentre outros. Ademais, as ouvidorias deverão ser criadas em 120 dias da publicação da lei e até que sejam organizadas as ouvidorias na Aneel, na ANP e na ANA, as competências do ouvidor poderão ser exercidas, cumulativamente, por um dos membros do conselho diretor ou diretoria colegiada, definido em ato do presidente, diretor-presidente ou diretor-geral da agência reguladora.

Nesse interim, considerando as mudanças ao longo do tempo, destaca-se que o governo Lula afirmou sua intenção de reformar e aperfeiçoar o modelo institucional das agências reguladoras. Para esse governo, as agências gozavam de autonomia excessiva, assumiam a formulação de políticas públicas e não eram controladas pelo Poder Executivo. Em síntese, a “Lei Geral das Agências Reguladoras” apresenta as seguintes recomendações para seu aperfeiçoamento:

1. Processo decisório: propôs a uniformização da duração dos mandatos para todas as agências, em quatro anos, sendo permitida uma única recondução. Outra sugestão foi a manutenção da estabilidade no cargo aos dirigentes. Essas medidas trabalhavam no sentido de conferir segurança ao exercício

⁷⁰ “Art. 4º. §1º Integrarão a estrutura da Aneel uma Procuradoria e uma Ouvidoria.” (NR)

“Art. 5º O Diretor-Geral e os Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, ressalvado o que dispõe o art. 29. Parágrafo único. A nomeação dos membros da Diretoria Colegiada dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

⁷¹ “Art. 11. A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por Diretoria Colegiada composta de 1 (um) Diretor-Geral e 4 (quatro) Diretores.

§1º Integrarão a estrutura organizacional da ANP uma Procuradoria e uma Ouvidoria.

§2º Os membros da Diretoria Colegiada serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§3º Os membros da Diretoria Colegiada cumprirão mandatos de 5 (cinco) anos, não coincidentes, vedada a recondução, observado o disposto no art. 75 desta Lei e na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

- das competências das agências, reduzindo a incerteza decorrente da alternância de poder;
2. Controle Social: propôs a ampliação dos instrumentos de controle social:
 - a) o aperfeiçoamento dos mecanismos de consulta pública, tornando-os obrigatórios para todas as agências, além da ampla divulgação dos resultados.
 - b) as entidades de defesa do consumidor e da ordem econômica, constituídas a mais de três anos, tem direito de indicar representantes para acompanhar os processos de consultas públicas, custeados pela própria agência reguladora;
 - c) criação de ouvidorias, no âmbito de todas as agências, sem subordinação hierárquica à direção e sem acumulação com outras funções;
 - d) aumento da transparência, com divulgação pela internet, do relatório anual de atividades;
 - e) instituição de mecanismos de prestação de contas ao legislativo. A expansão desses mecanismos evitaria a captura da agência pelos entes regulados ou pela esfera política, devido ao seu grau de insulamento;
 3. Fortalecimento dos Ministérios: propôs que o planejamento e formulação de políticas setoriais caberia aos órgãos da administração direta. Às Agências Reguladoras caberia regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial. Ao mesmo tempo, os ministérios devem tomar decisões políticas, ou seja, exercer o poder de conceder o direito de explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos. Por sua vez, às agências foram garantidas as atividades de regulação e fiscalização, assim como, quando delegado, a operacionalização dos procedimentos licitatórios de concessão dos serviços públicos;
 4. Contratos de Gestão: propôs que sua celebração seja negociada entre a Diretoria Colegiada e o titular do ministério, o qual estiver vinculada à agência. Nesse pacto teríamos: a fixação das obrigações e responsabilidades em relação às metas definidas, o acompanhamento e avaliação, bem como as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas pactuadas. O objetivo desse mecanismo é manter as políticas das agências congruentes com os programas de governo;
 5. Órgãos de Defesa da Concorrência: propôs a regulamentação das relações entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência.

A lei aprovada ainda teve disposições vetadas pelo Presidente Jair Bolsonaro, essas relacionadas à necessidade de elaboração de uma lista tríplice, pelo presidente da República, para indicação de conselheiros, presidentes e diretores de Agência Reguladoras.

A esse respeito, em artigo publicado em 22.09.2019 no Portal Jurídico Migalhas,⁷² Marcos Peres como entrevistado acentua que a inserção da lista tríplice na Lei foi uma tentativa de “aumentar a independência das agências e o caráter técnico do processo de escolha de seus dirigentes”.

Ao vetar o referido dispositivo, o Presidente Jair Bolsonaro⁷³ (2019) entendeu que a imposição de elaboração da referida lista seria inconstitucional “por excluir a atuação do chefe do Poder Executivo na iniciativa de livre indicação dos dirigentes das agências reguladoras”.

6 Considerações finais

O conceito de regulação como conhecido atualmente, refere-se à criação e atuação de Agências Reguladoras surgidas nos Estados Unidos, em movimento ocasionado por conflitos relacionados a distintos interesses de usuários e empresas prestadoras de serviços. O modelo criado nos Estados Unidos então, que instituiu entes reguladores com autonomia financeira, decisória e administrativa, foi importado para o Brasil, em movimento iniciado na década de 1990.

No Brasil, portanto, as Agências Reguladoras se enquadram como autarquias especiais, de Direito Público, o que permite o exercício de seus poderes como autoridades públicas. A criação das Agências Reguladoras almejou, assim, uma atuação técnica e imparcial, que seja capaz de manter-se distante de questões políticas e partidárias, para visar e alcançar apenas decisões que garantam o equilíbrio de setores regulados, tipicamente delineados por condições e informações assimétricas entre as partes que nele atuam.

Daí a importância dos contornos de independência das Agências, visto sua finalidade precípua de regular os setores de interesse, por meio da edição de regras e normas de teor técnico, visando a um equilíbrio livre de interesses políticos.

A experiência de inserção de Agências Reguladoras no âmbito brasileiro não se deu por legislação única, sendo cada uma das dez Agências Reguladoras Federais criadas por diferentes leis, cada qual como mecanismos diversos relacionados à administração, fiscalização, transparências. Mas isso não significa que tais Agências não tenham garantido as características que lhes conferem o título de autarquias especiais, tendo cada uma das leis conferido tais características para essas instituições.

⁷² CONGRESSO tem até agosto para analisar vetos à lei das agências reguladoras. *Migalhas*, 22 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI306567,31047-Congresso+tem+ate+agosto+para+analisar+vetos+a+lei+das+agencias>. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁷³ BRASIL. Presidência da República. Mensagem de Veto à Lei nº 13.848/19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

Em que pese haver quase 20 anos que as instituições funcionam no Brasil, não havia qualquer movimentação de uniformidade de processos, garantias e controle das Agências Reguladoras. É nesse sentido que a Lei nº 13.848/19, oriunda do Projeto de Lei do Senado nº 52, visou trazer maior uniformidade relacionada às características intrínsecas as Agências Reguladoras, bem como delinear, também de modo mais uniforme, quais as garantias legais e modalidades de controle.

Pois bem, analisando as alterações trazidas pela legislação em questão, percebe-se a manutenção das garantias e processos fundamentais que permeiam o modelo americano de Agências Reguladoras e que, em tese, permitem a regulação de setores de interesse sem a intervenção de ideologias ou interesses ligados à política. Assim, foi mantida a autonomia financeira, administrativa e decisória dessas Agências.

No entanto, a Lei demonstrou preocupação com os processos de *accountability* das Agências Reguladoras, incluindo a garantia à participação popular nos processos decisórios e no controle externo. Veja-se, por exemplo, a necessidade de realização de processos de consultas, audiências públicas e realização de Análise de Impacto Regulatório. Tais processos além de permitirem uma atuação mais próxima aos administrados, também objetivam avaliar os alcances da regulação, bem como os seus efeitos futuros, permitindo, até mesmo que as decisões a serem tomadas não sejam contaminadas por efeitos externos e ligados a interesses políticos, o que, pela via transversa, garante a autonomia decisória das Agências.

De outro lado, em uma primeira análise, poder-se-ia concluir que as medidas de controle externo poderiam infringir os princípios da autonomia administrativa das Agências, mas, em uma análise mais atenta, observa-se uma intervenção mínima, apenas com o intuito primordial de garantir o funcionamento da Agência em termos de procedimento e cumprimento das funções para as quais foi criada. Não se nota, em nenhuma passagem da nova lei, qualquer interferência quanto à autonomia de gestão, decisão e administração das Agências.

Mas, em que pese a edição da lei ter o objetivo de dar uniformidade aos direitos, garantias e obrigações das Agências Reguladoras, alguns pontos que podem, em tese, permitir nível de interferência política nas decisões das Agências ainda são mantidos, visto que os conselheiros, diretores e presidentes dessas Agências são indicados pelo executivo.

Nesse aspecto, quanto ao veto, apesar da não utilização da lista tríplice possa ser um indício de ingerência política na administração das Agências Reguladoras, observa-se que a existência de outros instrumentos, tais como os mencionados e relacionados ao tema *accountability*, pugnam a almejada independência. Por si só, a lista tríplice não seria o suficiente para proteger as Agências de interesses

políticos, visto que poderia potencialmente se configurar como apenas mais uma etapa burocrática do poder de indicação do executivo.

Entende-se que, em linhas gerais, a publicação da lei em questão demonstrou um avanço quanto à consolidação do modelo de Agências Reguladoras no Brasil, primando pela solidificação dos conceitos de independência dessas Agências.

Referências

BOLSONARO sanciona com vetos lei das agências reguladoras. *Migalhas*, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI305130,11049-Bolsonaro+sanciona+com+votos+lei+das+agencias+reguladoras>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. O Conselho de Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997. 38p.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem de Veto à Lei nº 13.848/19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 52, de 2013. Disponível: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>. Acesso em: 18 set. 2020. 2020b.

BRASIL. Projeto de Lei nº 495, de 2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122426>. Acesso em: 18 set. 2020. 2020c.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>. Acesso em: 18 set. 2020. 2020d.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2016. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126454>. Acesso em: 18 set. 2020. 2020a.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 120, n. 1, p.7-40, abr. 1996.

CAVALCANTE, Amanda Barcellos. A independência das agências reguladoras e sua adequação ao Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, a. 07, n. 12, p. 119-130, jan./dez. 2001.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). A Responsabilização na Nova Gestão Pública Latino-Americana. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunnil. *Responsabilização na Administração Pública*. São Paulo: CLAD/Fundap, 2006. Cap. 1. p. 13-69.

CONGRESSO tem até agosto para analisar vetos à lei das agências reguladoras. *Migalhas*, 22 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI306567,31047-Congresso+tem+ate+agosto+para+analisar+vetos+a+lei+das+agencias>. Acesso em: 29 jul. 2019.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. *O Projeto de Lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras: enfoque acerca do setor energético* (ANEEL e ANP). Monografia entregue como requisito de avaliação da Disciplina Análise Política da Questão Energética – ENE 5714. Professor: Célio Bermann. – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, 2004.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. *A Regulação do Livre Acesso na Distribuição de Gás Natural Canalizado: o caso de São Paulo*. 2006. 232p. Dissertação (Mestrado em Energia) – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, p. 335-354, jul./set. 2002.

DUTRA, Pedro. Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações. *Revista do IBRAC*, São Paulo, p. 37-50, março de 1997.

FARIA, José E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA, Mônica. A função reguladora do Poder Executivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 10, n. 38, p. 205-233, jan./mar 2002.

GELIS FILHO, Antonio. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 40, p. 589-613, ago. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6842>. Acesso em: 21 nov. 2017.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 220 p. Disponível em: <https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 75-106, jan./mar. 2004.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As Três Versões do Neo-Institucionalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 1, n. 58, p.193-213, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

LOURENÇO, Adriana Nickel. *Regendo a Atividade Regulatória: A Nova Legislação das Agências Reguladoras Federais no Brasil*. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 8, n. 4, p. 95-122, 2001.

NUNES, Edson de Oliveira; NOGUEIRA, André Magalhães; COSTA, Cátia Couto da. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político brasileiro*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007. 336 p.

PECI, Alketa. Regulação comparativa: uma (des) construção dos modelos regulatórios. In: PECI, Alketa. *Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007. Cap. 3. p. 72-92.

PROJETO que estabelece lei geral das agências reguladoras é aprovado pelo Senado. *Migalhas*, 30 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI303379,61044-Projet-o+que+estabelece+lei+geral+das+agencias+reguladoras+e+aprovado>. Acesso em: 29 jul. 2019.

SALINAS, N. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3 n. 2, p. 229-250, jul./dez. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun.1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, p. 1-11, fev. 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. As agências reguladoras e a defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n.2, p.27-46, 2001.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Nova era da defesa da concorrência: o Direito antitruste e os mercados regulados. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 127-153, 2002.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e regulação no Brasil*. In: Guerra, Sergio. (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

VALENTE, Patrícia P. *Avaliação de Impacto Regulatório*. São Paulo, 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

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

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros; BAPTISTA, Izabella Barbarini; TARELHO, Thais Araujo Rato; BERMANN, Célio. Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 185-216, jul./set. 2021.
