

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modern architecture, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some vehicles visible in the foreground.

# **REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**ANO Nº 05 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2020**

**ISSN 2595-5667**

**Rio de Janeiro,  
2020.**

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

### Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela  
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru  
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.  
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

### Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.  
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.  
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.  
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.  
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.  
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.  
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.  
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.  
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil  
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.  
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.  
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriipiri, PI, Brasil., Brasil  
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.  
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil  
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.  
Sra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.  
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão  
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.  
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.  
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.  
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.  
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

### **Avaliadores:**

Sr. Ciro Di Benatti Galvão, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.  
Sr. Eduardo Fortunato Bim, Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Brasil  
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil  
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, RJ, Brasil.  
Sra. Maria Maria Martins Silva Stancati, Universidade Estácio de Sá, UNESA, RJ, Brasil.  
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho, Pontifícia Universidade Católica de Goiás.  
Sr. Rodrigo Gava, Empresa de Pesquisa Energética, EPE, Brasil., Brasil  
Sr Sílvio Teixeira da Costa Filho, Pontifícia Universidade Católica, PUC-MG, Brasil., Brasil  
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

### **Editor-Chefe:**

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

### **Editores:**

Sra. Camila Pontes da Silva, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.  
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.  
Srta. Gabriela Rabelo Vasconcelos, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.  
Sr. Jonathan Mariano, Pontifícia Universidade Católica, PUCRJ, Rio de Janeiro, Brasil.  
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

### **Diagramação e Layout:**

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

# SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	006
Emerson Affonso da Costa Moura	
<b>Considerações iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras</b> .....	007
Alexandre Santos de Aragão	
<b>Sobre a possibilidade de enquadramento no conceito legal de deficiência visual quando houver possibilidade de que haja reversibilidade ou correção da suposta necessidade especial</b> .....	024
Fabio Carvalho Verzola	
<b>A execução orçamentária municipal: um estudo da secretaria de educação de santa maria – RS</b> .....	045
Thiago Mello da Silva, Cristiane Krüger, Cristiano Sausen Soares e Lizana Ilha da Silva	
<b>Governança: variedades conceituais</b> .....	091
Dany Shin Park	
<b>Redefinição do ato discricionário</b> .....	118
Daniel Marques de Camargo e Edinilson Donisete Machado	
<b>Políticas públicas de promoção de igualdade racial no Município de Caçapava do Sul/RS: análise da situação socioeconômica da população negra do município (2000-2010)</b> .....	138
Zeni Xavier Siqueira dos Santos	
<b>Crítica à interferência entre os poderes à luz da teoria de luhmann e a nova lei de abuso de autoridade</b> .....	162
Abel Dionizio Azeredo e Carlos Eduardo Soares Vaz	
<b>As participações governamentais nas indústrias petrolíferas e de gás natural no direito comparado e seu impacto para o desenvolvimento econômico</b> .....	186
Armenio Alberto Rodrigues da Roda	
<b>The force of ideals. Creation of liberal states, political constitutions and democratic transformation</b> .....	212
<b>A força dos ideais. Criação de estados liberais, constituições políticas e transformação democrática</b> .....	235
Horacio Capel	

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### INITIAL CONSIDERATIONS ON THE GENERAL LAW OF REGULATORY AGENCIES

**ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**

*Professor titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.*

**RESUMO:** O presente trabalho busca apresentar opiniões preambulares acerca de temas interessantes, polêmicos ou que demandarão uma hermenêutica mais complexa da Lei nº 13.848/2019. A chamada (nova) Lei Geral das Agências dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, tendo como escopo central a criação de um regime jurídico uniforme para todas essas autarquias especiais, procurando resolver alguns problemas que foram sendo verificados ao longo das suas primeiras décadas de experiência prática.

**PALAVRAS-CHAVES:** Regulação; Agências; Prerrogativas; Sujeições; Análise de Impacto Regulatório.

**ABSTRACT:** The present work seeks to present preambular opinions about interesting, controversial or topics that will demand a more complex hermeneutics of Law No. 13,848 / 2019. The so-called (new) General Law of Agencies provides for the management, organization, decision-making process and social control of regulatory agencies, with the central aim of creating a uniform legal regime for all these special autarchies, seeking to solve some problems that were verified throughout their first decades of practical experience.

**KEYWORDS:** Regulation; Agencies; Prerogatives; Subjections; Regulatory Impact Analysis.

## I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar opiniões preambulares acerca de temas interessantes, polêmicos ou que demandarão uma hermenêutica mais complexa da Lei nº 13.848/2019. A chamada (nova) Lei Geral das Agências dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, tendo como escopo central a criação de um regime jurídico uniforme para todas essas autarquias especiais, procurando resolver alguns problemas que foram sendo verificados ao longo das suas primeiras décadas de experiência prática.

## II. CONCEITO DE AGÊNCIA REGULADORA

Em primeiro lugar, cumpre observarmos que a nova Lei enumera como sendo agências reguladoras algumas autarquias que tenham esse nome e que, realmente, desde sua instituição

possuem alguns dados em comum em termos de reforço de autonomia, em especial a direção por órgão colegiado, nomeado por prazo determinado, vedada a exoneração *ad nutum*.

Nesse contexto, para os fins da Lei, o legislador estabelece que, consideram-se agências reguladoras as seguintes autarquias:

*I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);*

*II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);*

*III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);*

*V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);*

*VI - a Agência Nacional de Águas (ANA);*

*VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);*

*VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);*

*IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine);*

*X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);*

*XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).*

De certa forma, a disposição legal coincide com o que a doutrina nacional tradicionalmente costuma chamar de Agência. No Brasil, as Agências Reguladoras se tornaram um fenômeno histórico. Ou seja, a partir de determinada data, todas as entidades que possuíssem algumas características, quais sejam: (i) competência reguladora, no sentido de estabelecer normas e disciplinar agentes econômicos; (ii) autonomia orgânica, no sentido da garantia de mandato fixo; e (iii) autonomia funcional, no sentido de, pelo menos em princípio, ser a última instância administrativa,<sup>1</sup> passavam a se chamar e a serem classificadas como agências reguladoras.

---

\* Artigo parcialmente oriundo de gravação da palestra proferida pelo autor no debate sobre a Nova Lei das Agências Reguladoras promovido pela Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ, realizado em 30 de julho de

Dessa maneira, a partir da onda de desestatização da década de 90, as entidades que foram criadas com esse arcabouço organizacional e com o nome de agência, passaram a ser reconhecidas como agências reguladoras. A Lei consolida esse paradigma empírico e doutrinário.<sup>2</sup>

Autarquias como o CADE e a CVM, contudo, exatamente por terem sido criadas antes do referido período e sem o nome de agência, até hoje não costumam ser tratadas como as agências reguladoras, apesar de terem um arcabouço autonômico muitíssimo semelhante ao das entidades enumeradas pela Lei.

Para ilustrar essa distinção histórica, é possível aventar o exemplo da antiga Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), que tinha o nome de comissão, mas, como havia sido criada em um momento de desestatização, era considerada agência reguladora. A fim de conformar a nomenclatura à sua reconhecida natureza, o legislador, em 2007, editou a Lei Complementar 1.025/2007, que transformou a CSPE em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP).

No Brasil, portanto, existe uma questão histórica no que diz respeito à conceituação das agências. Nada criado antes do programa nacional de desestatização, por mais que seja idêntico a uma agência reguladora, tenderá a ser considerado como tal, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, nem pelo seu próprio pessoal.

Na Europa, por exemplo, após o surgimento das Autoridades Administrativas Independentes como decorrência da onda de desestatização na década de 80, formulou-se um conceito geral e, dentro dele, foram colocados diversos órgãos já existentes – ainda que não dessa maneira sistematizada. O exemplo mais claro é exatamente o dos Bancos Centrais. Pensou-se: “nessa categoria que estamos idealizando, os Bancos Centrais – que já existiam, em grande parte dos países, com independência – se enquadram perfeitamente. Por que então não

---

2019, na sede da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. Se buscou em grande parte manter o tom oral da exposição.

\*\* Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Árbitro. Advogado.

<sup>1</sup> Quanto a este último ponto, cabe ressaltar o entendimento exarado pela AGU em seu Parecer Normativo nº AC - 051, originário do Parecer nº AGU/MS 04/2006, que, em apertada síntese, estabelece a possibilidade de os Ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante pedido/recurso da parte interessada sempre que a agência, alegadamente, ultrapassar os limites das suas competências ou violar as políticas públicas estabelecidas pela Administração Central. Para uma crítica a essa posição, por violar as leis das agências que as consideram a última instância administrativa, ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC - 51. *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, p. 237-262, 2007.

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo*, Ed. Forense, 4ª edição, 2013.

incluir-los também naquilo que as leis estão chamando de Autoridade Administrativa Independente?”. O critério adotado para a conceituação das agências reguladoras no direito comparado europeu, portanto, demonstrou estar muito menos ligado à nomenclatura de determinada instituição e muito mais atento às suas características organizacionais materiais.

No Brasil, porém, como visto, não se adotou a mesma postura. Seguindo essa tradição histórica, portanto, a Lei enumera essas onze agências reguladoras federais que, não coincidentemente, carregam em seu próprio nome tal classificação.

A inovação fica por conta do art. 3º, que tenta de certa forma estabelecer um conceito para esses órgãos da Administração. Tal conceituação, porém, parece confusa:

*Art. 3º 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.*

O artigo menciona, inicialmente, (i) a ausência de tutela ou (ii) de subordinação hierárquica como algumas das características capazes lastrear a “natureza especial conferida à agência reguladora”. Em relação à segunda característica, nos parece até doutrinariamente correto elencá-la como um dos aspectos próprios das agências, muito embora a ausência de subordinação hierárquica seja um traço de qualquer entidade da Administração Pública Indireta.<sup>3</sup> No que tange à ausência de tutela, contudo, não há que se falar nem mesmo na inexistência de tal atributo, já que alguma tutela sempre irá existir. A título ilustrativo, o mesmo artigo fala em solicitar diretamente ao Ministério da Economia autorização para realização de concursos, Isso, em última análise, já seria uma espécie de tutela, o que demonstra que a lei, pelo menos nesta passagem, não é muito satisfatória.

A nova Lei também erige a autonomia orgânica e o mandato fixo como algumas das peculiaridades das agências reguladoras. De fato, a estabilidade de seus diretores e a

---

<sup>3</sup> Há vinculação, mas não subordinação.

independência funcional são atributos classicamente atribuídos às agências. No entanto, a exemplo da já mencionada ausência de subordinação hierárquica, diversas outras autarquias também se enquadrariam nesse conceito do art. 3º. Como exemplo, as próprias Universidades Públicas reúnem os atributos analisados, assim como CADE e CVM, já mencionados acima.

### **III. PRERROGATIVAS E SUJEIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA LEI 13.848/2019.**

Apesar da acima analisada previsão expressa contida no *caput* do art. 3º, a nova Lei impõe algumas limitações à autonomia das agências reguladoras que, muito além de somente soarem paradoxais, acabam frustrando, em certa medida, as perspectivas de um cenário de maior independência dessas instituições. Nesse sentido, o parágrafo segundo do art. 3º fala em solicitar a deferência do Ministério da Economia para o exercício de três competências, *in verbis*:

*§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:*

*I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:*

*a) autorização para a realização de concursos públicos;*

*b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;*

*c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;*

Ora, “autonomia para solicitar” (*sic*) já é uma contradição nos próprios termos.

De toda sorte. dentre as hipóteses acima elencadas, cumpre-nos destacar nestes breves comentários a necessidade de anuência ministerial para a promoção de “alterações no respectivo

quadro de pessoal”. Ressalta-se que a Lei 13.848/19 não condiciona a imprescindibilidade da autorização a nenhum critério, nem mesmo ao aumento de despesa, sendo possível concluir daí que qualquer alteração do quadro funcional precisa, invariavelmente, se submeter previamente a tal regramento.

Nos incisos II e III,<sup>4</sup> a Lei traz as hipóteses que prescindem de solicitação ao Ministério, ou seja, aquilo que a agência pode fazer diretamente: conceder diárias e passagens e celebrar contratos administrativos, bem como prorrogar os ajustes relativos a atividades de custeio. Ao reservar o poder para conceder diárias e passagens à discricionariedade da própria Agência, a nova Lei apenas positivou o que já é usual para a grande maioria das autarquias. É muito comum verificar, até mesmo em autarquias comuns municipais e estaduais, a autonomia para tal.

No que diz respeito à questão do poder concedente, embora nos inclinemos um pouco mais em direção à tese de que a agência não deve acumular as funções de poder concedente, consideramos a possibilidade de o próprio ente regulador celebrar seus contratos uma opção política razoável, pois também tememos que ele se torne um mero aplicador de multa, caso não detenha o poder concedente. Assim, consideramos qualquer umas das opções político-legislativas razoável, tanto para concentrar na agência reguladora as prerrogativas de poder concedente, como para deixá-las com a Administração Direta.

Feito esse parêntese, volvamos à análise do dispositivo em comento a respeito deste tema. O inciso III, curiosamente, fala que a agência só tem autonomia para celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio. Fica a dúvida se, a *contrario sensu*, para além da realização de atividades meio da agência (pagar luz, comprar papel, alugar imóvel), restariam excluídos do âmbito próprio das agências reguladoras os contratos de concessão que não são relativos à mera atividade de custeio.

É possível entender ainda que a definição da competência de cada agência integra o seu próprio conceito e, portanto, é tratada em cada lei específica. Em outras palavras, também cabe a interpretação de que a lei não estaria vedando a assinatura direta de contratos que não sejam de mero custeio, mas apenas deixando claro que os contratos de mero custeio podem ser celebrados por ela sem autorização ministerial. Esta é uma questão que pode vir a gerar debate no futuro.

Na parte de Análise de Impacto Regulatório, sobre o qual discorreremos mais adiante, algo que chama atenção é que a Lei dispõe que as agências vão ser obrigadas a realizar as AIRS

---

<sup>4</sup> II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência; III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

nos termos do regulamento e, em seguida, estabelece que essa análise poderá ser dispensada nos casos especificados também pelo regulamento.

As questões que podem surgir do ponto de vista da autonomia da agência reguladora giram em torno do termo “regulamento” estar sendo adotado apenas no sentido de regulamento *stricto sensu* do artigo 84, IV da Constituição Federal,<sup>5</sup> editável apenas pelo chefe do Executivo, ou se seria um regulamento *lato sensu*, no sentido de ato normativo administrativo. Isso traria consequências distintas, pois, apenas por essa última possível interpretação, a agência reguladora poderia disciplinar, ela própria, as AIRs que vierem a ser realizadas em seu âmbito.

Ademais, é possível questionar também se essa norma seria uma norma de eficácia limitada, no sentido de não ter qualquer eficácia até vir a ser regulamentada, ou uma norma de eficácia contida (ou contível), no sentido de já ser plenamente eficaz, podendo, contudo, ser disciplinada ou limitada por regulamento ulterior. Do ponto de vista da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, e sendo a participação nos processos administrativos, um direito fundamental, acreditamos ser a segunda interpretação a mais adequada.

#### **IV. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.**

Ponto positivo é que a lei deixou claro que a Análise de Impacto Regulatório é realizada previamente à Consulta ou Audiência Pública, algo que as agências já têm, ainda que de forma bastante incipiente, tentado fazer através de Notas Técnicas e outros estudos.

Nessa seara, a Lei nº. 13.848/2019 veio a estabelecer de maneira expressa em seu texto a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório como mecanismo de esteio à decisão regulatória. Embora tal previsão em parte ainda dependa de alguma regulamentação no âmbito das Agências, a nova Lei impõe que:

*“Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de*

---

<sup>5</sup> Art. 84 da Constituição Federal: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

*Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. (...) § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão. (...)”.*

Antes de examinarmos o instituto, é preciso observar que a regulação econômica, como intervenção estatal típica, pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, entre outras externalidades negativas.

Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários. Nesse sentido, os procedimentos de análise de impactos regulatórios obrigam os agentes públicos a previamente demonstrarem a razoabilidade de suas virtuais decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

Trata-se, portanto, de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados, em linha com o consequencialista art. 20, recentemente incluído na LINDB pela Lei nº. 13.655/18, cuja redação previu que “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Nesse mesmo sentido, fixou o parágrafo único do dispositivo que “*a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*”.

O nome do instituto, de certa forma já explica sua função: analisar o impacto de determinada política nos setores regulados e também na própria sociedade, genericamente considerada. Assim, antes de se editar uma norma, realizam-se estudos, em grande parte econométricos, para se tentar prever as consequências econômicas daquela proposta de norma caso adentre o Direito Positivo. A análise de impacto regulatório é, exatamente, esse estudo prévio, inclusive comparativo, sobre eventuais medidas a serem tomadas.

Institutos como esse, além da sua inspiração no Direito Regulatório comparado, defluem igualmente do movimento geral da teoria e da metodologia do Direito; de uma tendência jurisprudencial a adotar o consequencialismo, inclusive no Supremo Tribunal Federal.<sup>7</sup>

A análise de impacto regulatório entra no movimento geral da metodologia da Ciência do Direito de virada de legitimação. O Direito sempre se legitimou através do esquema da subsunção, do encaixe numa norma superior. CHARLES-ALBERT MORAND, autor suíço que escreve com maestria sobre esta matéria, fala que o Direito, hoje, deve se legitimar muito mais pela realização de seus objetivos do que pela mera subsunção a uma norma superior, anterior, formal.

É certo que o exercício de prognose pode sempre ter falhas. A ideia, porém, é que será muito mais fácil falhar caso não se tente medir previamente as consequências de determinadas políticas, e se edite determinada norma apenas de maneira voluntarista, por uma convicção ou desejo pessoal, do que realizando estudos prévios e direcionados à obtenção da melhor política.

Nesse sentido, tem-se construído uma obrigação no sentido de até mesmo as propostas legislativas serem acompanhadas de tal análise de impacto. Destacamos o “até” tendo em vista a premissa de serem as propostas legislativas de lei ordinária e de lei complementar uma expressão da soberania popular. Mas, na verdade, até por mais fortes razões, devem também os representantes terem esse cuidado.

A análise de impactos regulatórios e todas as fases e procedimentos nela incluídos são, por excelência, formas de motivação da medida regulatória, bem como de concretização do princípio da eficiência, já que permite que se demonstrem as razões para a sua edição, a sua

---

<sup>7</sup> A título ilustrativo, destaca-se a famosa decisão que asseverou a penhorabilidade do bem de família do fiador em face da necessidade de garantias ao mercado de locação. Em suas razões, o Min. Relator Cesar Peluso afirmou: “O Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos” (STF, T.P., RE. 407.688/SP, Rel. Min Cesar Peluso, Data de Julgamento: 08.02.2016).

comparação com outras possíveis medidas, as consequências esperadas da sua aplicação e os ônus sociais e econômicos que dela poderão advir.

Nesse sentido, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, enumera os fundamentos da análise de impacto regulatório, destacando como tais (i) o princípio da eficiência; (ii) o pluralismo jurídico e visão sistêmica do direito; e (iii) a legitimidade democrática.<sup>8</sup> Na mesma linha, RAFAEL FREITAS e SERGIO GUERRA aduzem que a AIR “por avaliar as consequências atuais e futuras da regulação, tem fundamento nos princípios da eficiência e economicidade (artigos 70 da CFRB), estando em consonância, também, com o atual conceito de Administração de Resultados”.<sup>9</sup>

E então vem a questão: o que é a análise de impacto regulatório? Basta um parecer genérico? Alguns agentes públicos que trabalham em Agências falam que já fazem a AIR há muito tempo, mas o que eles chamam de análise de impacto regulatório?

Nesse contexto, é preciso destacar que a AIR não se confunde com outros instrumentos utilizados pelos agentes regulatórios no aperfeiçoamento das suas decisões e na participação da coletividade em seus processos.

Assim, as Notas Técnicas e meros Pareceres exarados pelas entidades da Administração Pública indireta não demonstram ser verdadeiras análises de impacto regulatório. Essas, como pudemos resumir, são procedimentos muito mais aprofundados e detalhados do que aqueles que comumente verificamos no dia-a-dia das Agências Reguladoras, por exemplo. Muitas vezes, tais entidades alegam a realização de uma análise de impacto regulatório, quando, na verdade, o que existe é apenas uma nota técnica ou um parecer comum a respeito da matéria, sem por exemplo, nenhuma estatística econométrica específica para a situação a ser debelada pela proposta.

álise de impacto regulatório no direito comparado demonstra de maneira clara essa disparidade. As análises promovidas pela da agência reguladora de energia da Inglaterra, por exemplo, são verdadeiras obras multidisciplinares; estudos robustos e bastante fundamentados que buscam traçar, com base em dados concretos, as consequências das alterações normativas na sociedade.

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Governança e Análise de Impacto Regulatório*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011

<sup>9</sup> FREITAS, Rafael Vêras de; GUERRA, Sérgio. O modelo institucional do Setor portuário: os institutos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGESON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 95-119.

Sem prejuízo das questões acima levantadas no Tópico anterior acerca da própria competência para a edição do regulamento, cabe-nos mencionar, neste ponto, que seria bastante interessante se regulamento, em nível geral ou específico, especificasse os requisitos da análise de impacto regulatório.

## V. OUTROS ASPECTOS RELEVANTES NA LEI 13.848/2019.

Além das considerações trazidas até aqui, cumpre-nos examinar algumas outras questões relevantes trazidas pela Lei Geral das Agências Reguladoras.

Inicialmente, destacamos um tema que, em uma primeira análise, nos parece um retrocesso. Trata-se da disposição trazida pela Lei no sentido de que as contribuições recebidas tanto em audiências quanto em consultas públicas, devem ser refutadas motivadamente, mas apenas 30 dias após da edição do ato.<sup>10</sup> A norma, cuja problemática reside exatamente na possibilidade de a nova Lei instituir uma espécie de motivação *a posteriori*, mostra-se questionável inclusive quanto a sua própria constitucionalidade.

Conforme é reconhecido, essas contribuições integram o direito constitucional de petição, sendo, em última análise, expressão específica do referido direito. A edição do ato é, portanto, a resposta ao direito constitucional de petição exercido no âmbito das contribuições públicas. Imagine-se, hipoteticamente, que um indivíduo ao apresentar petição a um juiz ou a um administrador público tivesse sua demanda negada e determinada lei expressamente dissesse que àquela autoridade seria dado o poder de indeferir o pedido, muito embora a motivação, o porquê do indeferimento só pudesse ser conhecido trinta dias depois da decisão denegatória. Seria algo um tanto quanto absurdo.

O direito de resposta à petição é indissociável do direito de petição. O fato de as contribuições públicas não serem uma espécie de petição tão usual e não terem tanta tradição quanto a petição inicial de uma ação judicial, por exemplo, não quer dizer que não constituam espécie de um mesmo instituto, materialmente falando. Tendo isso em vista, essa possibilidade de motivação *a posteriori* trazida pela nova Lei das Agências demonstra-se bastante discutível.

Mais adiante A lei também distingue as hipóteses de consulta pública das de audiência pública, estabelecendo que a consulta é cabível para a discussão de atos normativos, enquanto

---

<sup>10</sup> Art. 9º, § 5º da Lei 13.848/2019: “O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria”.

audiência se prestaria a debater matérias consideradas relevantes, o que, por si só, é um conceito jurídico demasiadamente indeterminado. Esta previsão encontra-se nos artigos 9º e 10, que dizem:

*Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as **minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.***

*§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre **proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.***

(...)

*Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre **matéria considerada relevante.***

*§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater **matéria relevante.***

Uma questão que nós teremos que tratar é: e quando for um ato normativo considerado relevante? Aliás, difícil imaginar um ato normativo que assim não seja considerado, pois, até pelo princípio da essencialidade, se a norma editada fosse desprovida de importância, seria inconstitucional. Destaca-se que a lei não fala em “matéria considerada especialmente

relevante”, mas apenas em “matéria relevante”. De qualquer maneira, ainda que se entendesse que a matéria a ser submetida à audiência devesse ser excepcionalmente relevante, permaneceria a dúvida se, sempre que a audiência pública fosse mandatória, seria então complementar, cumulativa, à consulta pública, ou seria dela substitutiva, quando o ato fosse extraordinariamente relevante? Esta é também uma questão a ser debatida, principalmente pelas próprias agências, em um futuro próximo.

O art. 13 também é bastante curioso. Seu texto simboliza, na verdade, toda a cultura jurídica e política brasileira, estabelecendo que:

*“A agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, em caso de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno”.*

O que o artigo quer dizer nada mais é que: “o que a lei estabelece (em termos de prazo) deve ser cumprido”. Uma lei para dizer que a lei deve ser cumprida (!). É um dado cultural realmente muito interessante.

Por outro lado, inovação bastante relevante diz respeito à imposição de um plano estratégico, um plano de gestão anual e uma agenda regulatória a serem realizados individualmente pelas agências, não pelos Ministérios de sua vinculação.<sup>11</sup>

À primeira vista, a realização de um planejamento estratégico pode parecer aquela narrativa padrão, encontrada em qualquer *site* de empresa. Entretanto, no âmbito das Agências Reguladoras, se esses planos forem bem feitos, podem ser de grande relevo. Assim como na análise de impacto regulatório, há uma importância axiológica, que é evitar o impulso regulatório, o trefismo regulatório, aquela impulsividade de se estabelecer ou limitar liberdades com base no calor do momento, ou para dar conta de uma demanda política inesperada – como ocorreu, por exemplo, na greve dos caminhoneiros.

A obrigação de elaboração desses planos, no fundo, tem a importante função de dizer que tudo que a agência fizer não deve ser por impulso pessoal de seus agentes ou diretores,

---

<sup>11</sup> Art. 15 Lei 13.848/2019: “A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos seguintes planos: I - plano estratégico vigente, previsto no art. 17 desta Lei; II - plano de gestão anual, previsto no art. 18 desta Lei”.

mesmo que sejam técnicos e independentes. Pretende-se se evitar que acordem um dia e pensem: “vou resolver esse problema!”. Isso tem que ser pensado coletivamente, planejado pela diretoria colegiada da agência, com razoável antecedência. Anualmente. Não é algo para ficar só no papel. Há uma importância material e prática também.

Algo a ser destacado é que o ouvidor passa a ter mandato também, de 3 anos, vedada a recondução, nos termos do art. 23, §1º.<sup>12</sup> A garantia deve ser acompanhada de um maior *status* dele no seio da agência, não devendo mais ser um mero relações públicos, devendo ter também certa autoridade para resolver por si próprio demandas trazidas pela usuários, consumidores e regulados, ou pelo menos para determinar que tenham o devido encaminhamento.

Outra norma que pode suscitar discussão é aquela presente no §2º do art. 29, que fala sobre articulação entre agências reguladoras. O dispositivo fala dos atos normativos conjuntos, na esteira daquilo que já existe hoje, que são as resoluções conjuntas.<sup>13</sup> Após mencioná-los, dispõe que esses atos normativos conjuntos<sup>14</sup> *deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas* – que assinaram os atos normativos conjuntos.

Nesse sentido, revela-se essencial determinar se essa arbitragem corresponde ao arbitramento a que, por exemplo, a Lei do Petróleo faz referência (no sentido de uma decisão procedimentalizada das agências) ou se diz respeito àquela arbitragem tradicional, objeto da Lei de Arbitragem.<sup>15</sup>

Supondo se tratar da arbitragem tradicional, é possível questionar se ela seria integrada por membros do poder público, ou se, na verdade, tratar-se-ia daquilo que DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO chamava, baseado na experiência italiana, de conferência de

---

<sup>12</sup> Art. 23 Lei 13.848/2019: “O ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, devendo não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e ter notório conhecimento em administração pública ou em regulação de setores econômicos, ou no campo específico de atuação da agência reguladora. § 1º O ouvidor terá mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução, no curso do qual somente perderá o cargo em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar”.

<sup>13</sup> Algumas das mais importantes são as resoluções conjuntas ANP/ANEEL/ANATEL de números 1 e 2, relativas ao compartilhamento de infraestruturas.

<sup>14</sup> Remetendo ao que fora mencionado anteriormente, não se fala em regulamento conjunto, de modo que o art. 6º dá mesmo a impressão de que é regulamento do chefe do executivo.

<sup>15</sup> Curioso que, quando a nova Lei trata da mediação, estabelece que esta se dará nos termos da Lei de Mediação, mas, ao dispor sobre a arbitragem, não menciona ser nos termos da Lei de Arbitragem.

serviço, órgão interadministrativo de resolução de conflitos integrado por representantes de todos os órgãos com competências envolvidas na questão a ser dirimida, no caso de todos os órgãos que assinaram o ato conjunto.

E mais, os conflitos decorrentes desses atos conjuntos passíveis de arbitramento seriam aqueles verificados apenas entre as agências reguladoras que editaram o ato conjunto ou tal possibilidade também se estenderia aos litígios existentes entre agências reguladoras e agentes privados? Ilustrativamente, imagine-se que a aplicação de uma multa decorrente desses atos normativos conjuntos que gerasse resistência por parte do particular, poderia ser objeto da citada “arbitragem”?

Outra questão pertinente diz respeito ao art. 32, que trata do termo de ajustamento de conduta. Com efeito, embora o dispositivo esteja no capítulo que disciplina a articulação com os órgãos de defesa do consumidor e meio ambiente, possui uma redação bastante ampla.<sup>16</sup> Caberá interpretar, portanto, se sua aplicação se restringe às matérias que envolvem questões ambientais e de consumo, ou se, ao contrário, sua incidência é geral, estando apenas mal localizado no texto legal.

Um ponto interessante, porém, é que o §1º do art. 32 da Lei Geral das Agências Reguladoras fala expressamente em aplicação de sanções. Isso é significativo porque, na nova redação da LINDB, houve um veto em relação a incluir sanções nos TACs lá previstos. À luz desse veto, passou-se a discutir se esse TAC poderia ou não ter como objeto uma sanção administrativa, bem como a própria serventia de um TAC que não pudesse tratar de qualquer penalidade. Com o potencial de sanear essa discussão, o §1º trouxe expressamente a previsão de sanções em TACs, no âmbito de agências reguladoras.

Por fim, destaca-se a vedação de recondução dos dirigentes das agências reguladoras, instituída pela alteração da redação de dispositivos específicos das leis de cada uma das agências, alteração esta perpetrada pelo art. 36 da Lei Geral das Agências Reguladoras.

Trata-se de tema que gera muita polêmica, pois se, por um lado, se pode perder a experiência e a possibilidade de recondução de diretores muito competentes, por outro, com a

---

<sup>16</sup> Art. 32 da Lei 13.848/2019: Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. § 1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado. § 2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência.

recondução, pode-se dar uma chance à adulação. Em outras palavras, pode-se criar um cenário em que o dirigente, a fim de ser reconduzido, tente agradar de todas as maneiras a quem pode nomeá-la de novo. Entre os prós e contras, entendemos que a vedação de recondução possui mais vantagens, especialmente em face dos grandes poderes conferidos aos diretores das agências e da sua necessária imparcialidade.

## 6. VETOS

No que tange aos vetos, destaca-se rejeição da imposição de uma quarentena prévia, consistente na impossibilidade de determinado diretor sair de uma empresa direto para a agência, a exemplo do que ocorre no modelo italiano. Na Itália há um modelo de quarentena prévia que é uma tentativa de evitar a captura econômica da agência reguladora.

Havia ainda outra previsão, também vetada, que previa uma comissão de escolha de futuros membros da agência. Seria uma espécie de chamamento público à apresentação de currículos, onde existiria uma comissão na forma de regulamento do poder executivo que apresentaria ao presidente da república uma lista. Esse veto foi fundamentado na impossibilidade de limitação do poder de nomeação do Presidente da República.

Não acreditamos, contudo, que esse fundamento, de índole constitucional, foi muito apropriado, uma vez se tratar de lista tríplice feita por uma comissão designada pelo Presidente da República e de acordo com regulamento por ele estabelecido. Tudo estaria, então, no âmbito da própria presidência, sem que isso limitasse o poder do chefe do Executivo.

Argumento potencialmente mais impressionante seria aquele de ordem mais prática. É possível indagar se esse procedimento de seleção pública não afastaria exatamente aquelas pessoas que tivessem uma expertise técnica mais aprofundada e uma reputação técnica maior. Em outras palavras, será que um grande *expert* de determinado setor apresentaria seu currículo para ser avaliado por uma comissão? Pouco provável que alguém com grande reputação e nome consolidado no mercado se submetesse a tal crivo público.

No que tange à questão da politização, da partidarização, também se questiona se a medida seria capaz de pelo menos inibi-la. Logicamente, a liderança política ou empresarial poderia instruir determinado candidato a apresentar seu currículo e tornar essa comissão um jogo de cartas marcadas.

Ressalvada esta possibilidade, é preciso ter em conta que a politização, por si só, não é algo necessariamente ruim. Não é à toa que a nomeação dos diretores é feita pelo Presidente da

República e a aprovação passa pelo Senado Federal. Há um crivo político. Nenhum técnico é técnico sem ter uma história pessoal e de pensamentos próprios.

Se o presidente da república foi eleito, por mais que, individualmente, aprove-se ou não a tendência política dele, ele foi eleito também para trazer a sua visão para os entes reguladores, dentro dos limites colocados pelas respectivas leis, como os mandatos não coincidentes.

O que não se pode confundir é influência política, nesse bom sentido, até mesmo de legitimação democrática dos membros das agências reguladoras, com o mero tráfico de influência política, econômica. E pode até ser que a indicação dita política nem seja estritamente política. Talvez não seja raro que determinados grupos políticos façam indicações para cargos públicos apenas como *longa manus* de interesses econômicos empresariais, com grande perigo de captura de órgãos e entidades públicas por esses.

Feitas estas considerações preambulares, destinadas a trazer um panorama geral acerca de algumas das principais questões suscitadas pela recém editada Lei Geral das Agências Reguladoras, cumpre-nos acompanhar como se dará a sua implementação, atentos às discussões adiantadas ao logo do texto e a outras que certamente advirão ao longo de sua vigência.