



A PROVA DO

15.03.2019



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
COMISSÃO PERMANENTE DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Ref.: Indicação nº 072, de 2018, sobre Projeto de Lei nº 6621, de 2016, que "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, 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, e dá outras providências".

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROJETO DE LEI Nº 6621, DE 2016. LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

- Parecer no sentido da constitucionalidade e adequada técnica legislativa do aludido Projeto de Lei, já aprovado na Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal, sendo de todo oportuna a edição de marco legal para as agências reguladoras, ou seja, de uma lei geral, uniformizadora, capaz de definir as possibilidades e limites do seu controle administrativo, político e social, conferindo segurança jurídica aos entes regulados e aos cidadãos, não devendo, contudo, prosperar a revogação do inciso II do § 2º e o § 3º do art. 17 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais), tal como previsto no inciso IX



do art. 54, do Substitutivo, de acordo com os argumentos expostos no item 20, deste Parecer.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de indicação, que teve sua pertinência aprovada pelo Plenário deste Egrégio Instituto, acerca do Projeto de Lei nº 6621, de 2016, que “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, 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, e dá outras providências”.

2. O Projeto de Lei em questão teve origem no Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 52, de 2013), tendo sido aprovado por essa Casa Legislativa e, ato contínuo, submetido à revisão da Câmara dos Deputados (art. 65, da Constituição Federal).

3. A Câmara dos Deputados, por sua vez, aprovou o Substitutivo nº 10, de 2018, que será objeto de análise neste Parecer, promovendo alterações no texto originalmente aprovado pelo Senado Federal, razão pela qual o Projeto de Lei em comento voltou à Casa Iniciadora (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal), estando, no momento, a aguardar designação de relatoria no âmbito da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor.

É o relatório.

II. ANÁLISE

AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

4. Se no direito brasileiro, o direito administrativo é conceituado, na vetusta lição doutrinária, como o “conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem ao funcionamento das atividades do Estado, à organização e ao funcionamento dos serviços

públicos, e às relações de administração com os indivíduos”¹, o pragmatismo estadunidense identifica o direito administrativo com o estudo dos poderes e da estrutura das *agências reguladoras* (“administrative agencies”), isto é, “sua criação, incumbências, funcionamento e poderes”².

5. As fontes do direito administrativo estadunidense – que, a propósito, se afastam do modelo básico da “common law”³ – estão centradas na Constituição, nos “statutes”, notadamente o “Administrative Procedure Act” (APA), de 1946, que “assegura a participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e difusos) nos processos decisórios das agências”⁴, bem como “nas construções jurisprudenciais (“case law”), nas regras das agências públicas (“agency rules”) e nas decisões administrativas (“decisions”)”⁵.

6. Os Estados Unidos da América são o berço das agências reguladoras – a primeira agência instituída por lá foi a “Interstate Commerce Commission” (ICC), no ano de 1887 –, razão pela qual o estudo do tema nesse país é de grande importância. Após, contudo, um período de grande prestígio, notadamente a partir do “New Deal” implantado pelo Presidente Roosevelt na década de 30, vem crescendo a desconfiança em relação às agências e, *pari passu*, o controle por parte dos órgãos estatais. A respeito da diminuição do prestígio das agências reguladoras nos Estados Unidos da América, vale colacionar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶:

¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 25.

² CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, jul. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435/45175>>. Acesso em: 11 Mar 2019.

³ De fato, como bem explica Edmir Netto de Araújo, o direito estadunidense constitui um intermédio entre a “Common Law” (originária da Inglaterra) e o direito romanístico, porquanto “nos Estados Unidos existem direito federal, estadual e municipal, inexistentes na Inglaterra; a constituição americana é escrita e existem mais leis escritas, o que não ocorre no sistema britânico” in *O direito administrativo e sua história*, **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 11 Mar 2019.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237.

⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole, 2004, p. 114-115.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 191.





“Como se verifica, várias circunstâncias contribuíram para dificultar o procedimento regulatório e para diminuir consideravelmente a independência das agências, seja em relação ao Judiciário, seja em relação ao Executivo e ao Legislativo, podendo assim ser resumidas:

- a. a ampliação do controle judicial, com o exame da matéria de fato, da motivação, da razoabilidade;
- b. a sujeição das agências à política traçada pelo Presidente da República;
- c. a exigência de demonstração da relação custo-benefício;
- d. a aprovação prévia dos projetos pelo Executivo e pelo Congresso;
- e. a ideia de desregulamentação”.

7. No Brasil, o advento das agências reguladoras é associado ao movimento de *desestatização*, cujo início remonta ao Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.431, de 9 de setembro de 1997, uma vez que a atração do capital privado, notadamente o internacional “estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das **regras do jogo** nas relações dos investidores com o Poder Público”⁷, bem como a introdução da chamada *Reforma Gerencial do Estado*, por meio do *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, de 1995, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), que procurava flexibilizar “os processos e os regulamentos burocráticos, conferindo um grau mais elevado de autonomia e **accountability** às agências governamentais e aos seus gerentes”⁸.

8. Apesar de, desde a década de 40, existirem órgãos no Brasil com competência regulatória, nenhum deles tinha “independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF”⁹. Assim, resumidamente, as agências reguladoras têm por objetivo regular as “pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar 2006, p. 43.

⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 4, p. 5-30, 1999. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documento/1217>. Acesso em 11 Mar 2019.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. Cit., p. 237.

regra sob a forma de concessão ou permissão”¹⁰ e também realizar a intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário, para coibir abusos da iniciativa privada¹¹.



9. Sem embargo, o Brasil ainda carece de um marco legal para as agências reguladoras, ou seja, de uma lei geral, uniformizadora, capaz de definir as possibilidades e limites do seu controle administrativo, político e social, conferindo segurança jurídica aos entes regulados e aos cidadãos, razão pela qual em boa hora vem à baila o.

10. A seguir, passe-se ao exame de alguns pontos do referido Projeto de Lei, julgados mais relevantes, vejamos:

DO SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS Nº 10, DE 2018, AO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 52, DE 2013

11. Inicialmente, o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 10, de 2018 (doravante denominado simplesmente Substitutivo), por meio do seu art. 2º, qualifica como *agências reguladoras*, para os fins desta lei e da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, as seguintes autarquias: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Mineração (ANM) e o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), sem prejuízo de sua aplicação às autarquias especiais criadas a partir de sua entrada em vigor e caracterizadas como agências reguladoras (art. 2º, § 1º)¹².

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 510.

¹¹ Do ponto de vista constitucional, apenas com as Emendas Constitucionais nº 8/95 e 9/95, que permitiram a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), passou-se a falar em *órgão regulador*.

¹² Consoante o art. 3º, do Substitutivo, 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

12. O art. 2º, § 2º, do Substitutivo, obriga as agências reguladoras a adotarem práticas de gestão de riscos e de controle interno, além de elaborar e divulgar programa de integridade (“compliance”), com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção. De fato, o mecanismo do “compliance”, que vem do “verbo inglês to comply pode ser compreendido, basicamente, como estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente”¹³, está ganhando cada vez mais espaço no direito brasileiro, sobretudo após a edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

13. Já o art. 4º, do Substitutivo, estabelece que as agências reguladoras deverão observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. O objetivo do dispositivo é fazer incidir o *princípio da proporcionalidade*, que se originou no direito administrativo alemão do século XIX, ou mais especificamente o seu *subprincípio da adequação*, no processo decisório das agências reguladoras, para cuja satisfação basta “que a medida estatal contribua positivamente para a realização das finalidades legítimas a que ela se destina”¹⁴.

14. De acordo com o art. 6º, do Substitutivo, a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas de realização de *Análise de Impacto Regulatório (AIR)*¹⁵ – ferramenta que tem sido adotada por grande parte dos países integrantes da Organização para a Cooperação e

mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas destinadas à sua implementação.

¹³ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236188>>. Acesso em: 11 Mar 2019.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 474.

¹⁵ O AIR, como leciona Patrícia Pessoa Valente in **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 35, consiste em um “procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal, baseado no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma dada decisão”.



Desenvolvimento Econômico (OCDE) –, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

15. Ademais, o art. 9º, do Substitutivo, estabelece a obrigatoriedade de *consulta pública* prévia das minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados antes da tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, bem como o art. 10, do Substitutivo, faculta a possibilidade, por decisão colegiada, de convocação de *audiência pública* para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante, o que vai ao encontro de um modelo *consensualista* de Administração Pública, em que esta não mais detém o monopólio do estabelecimento do interesse público, mas antes, “volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade” ¹⁶.

16. Não obstante, o art. 15, do Substitutivo, impõe o dever de elaborar *relatório anual circunstanciado* de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da *política do setor*, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo¹⁷, e o cumprimento dos seguintes planos: (i) plano estratégico vigente, previsto no art. 17¹⁸, do Substitutivo e o (ii) plano de gestão anual, previsto no art. 18¹⁹, do Substitutivo.

17. Por sua vez, o art. 43, do Substitutivo, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, com o intuito de neutralizar o fisiologismo político e o risco de *captura* pelo mercado (por grupos de pressão) ²⁰, fixando uma série de *requisitos* para a nomeação

¹⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

¹⁷ Por óbvio, as agências reguladoras “estão adstritas, naturalmente, as políticas públicas traçadas na Constituição. Em segundo lugar, devem observar as políticas preconizadas nas respectivas leis setoriais. Por derradeiro, devem atender as políticas do Governo para o setor (ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. Cit., p. 390)

¹⁸ “Art. 17. A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que conterà os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos à sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos, alheios ao controle da agência, que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.”

¹⁹ “Art. 18. O plano de gestão anual, alinhado às diretrizes estabelecidas no plano estratégico, será o instrumento anual do planejamento consolidado da agência reguladora e contemplará ações, resultados e metas relacionados aos processos finalísticos e de gestão.”

²⁰ Como bem observa Marcos Juruena Villela Souto in **Direito administrativo regulatório**, 2ed., Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2005, p. 260, “a captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate

dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada das agências reguladoras, além de *impedimentos* e *vedações*, dentre as quais se destaca a de indicação para aqueles cargos de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da Federação, ainda que licenciados dos cargos, bem como de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria.

18. Finalmente, o art. 53, do Substitutivo, autoriza as agências reguladoras a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, *termo de ajustamento de conduta* com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos previstos no art. 4º-A, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997²¹, desde que a pessoa física ou jurídica: (i) cesse a prática ou corrija as irregularidades que deram causa à celebração do termo e indenize os prejuízos, quando for o caso e (ii) cumpra as condições destinadas a evitar que práticas irregulares se repitam.

19. Contudo, entendemos que não deve prosperar a revogação do inciso II do § 2º e o § 3º do art. 17 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais), tal como previsto no inciso IX do art. 54, do Substitutivo, dispositivos esses que, respectivamente, vedam a indicação para o Conselho de Administração e para a diretoria de empresas estatais de pessoa que atuaram, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral e estendem essa vedação aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau daquelas pessoas.

com a presença de agentes públicos qualificados, sejam do quadro de apoio e direção, sejam contratados para prestar serviços”.

²¹ “Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:

I - a descrição das obrigações assumidas;

II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações

III - a forma de fiscalização da sua observância;

IV - os fundamentos de fato e de direito; e

V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.”

20. Em primeiro lugar, a revogação de dispositivos da Lei das Estatais não guarda qualquer pertinência lógica com o objeto do Substitutivo. Em segundo lugar, como bem ressaltado no Parecer nº 116, de 2018, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), do Senado Federal, acerca do Substitutivo, da lavra do Senador ANTONIO ANASTASIA²², essa modificação acabaria com um dos principais avanços da Lei das Estatais “que consistiu em vedar a nomeação de dirigentes por razões político-partidárias, inclusive os familiares de pessoas que ocupam cargos políticos”²³, indo, ainda, de encontro ao *princípio constitucional da moralidade administrativa* (art. 37, *caput*), que “emerge como precedente lógico de toda a conduta administrativa, seja vinculada ou discricionária, derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais”²⁴.

III. CONCLUSÃO

21. Em face do exposto, **concluimos pela constitucionalidade e adequada técnica legislativa do Projeto de Lei nº 6621, de 2016, atual Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 10, de 2018, em tramitação no Senado Federal, sendo de todo oportuna a edição de marco legal para as agências reguladoras, ou seja, de uma lei geral, uniformizadora, capaz de definir as possibilidades e limites do seu controle administrativo, político e social, conferindo segurança jurídica aos entes regulados e aos cidadãos, não devendo, contudo, prosperar a revogação do inciso II do § 2º e o § 3º do art. 17 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais), tal como previsto no inciso IX do art. 54, do Substitutivo, de acordo com os argumentos expostos no item 20, deste Parecer.**

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer proferido em pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), do Senado Federal, acerca do Substitutivo nº 10, de 2018, da Câmara dos Deputados, de 19 de dezembro de 2018. Brasília. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897183&ts=1550170190677&disposition=inline>>. Acesso em: 11 Mar 2019.

²³ De fato, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF): “Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa –, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), **bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência ("afinidade lógica") com o objeto da proposição legislativa**” (Grifamos) (STF. ADI nº 2.681 MC, Plenário, Rel. o Min. CELSO DE MELLO, DJE de 25/10/2013).


²⁴ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 46.



É o parecer. À consideração da douta Comissão Permanente de Direito Administrativo, deste Instituto.



Rio de Janeiro, 15 de março de 2019.


MARCIO FELIPE LACOMBE DA CUNHA
Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do IAB