



A JORNADA DE NORMATIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS E AS NOVIDADES DA LEI 13.484/2019

Laís Cristina Ribeiro de Oliveira

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar as Agências Reguladoras, pessoas jurídicas de direito público, na categoria de autarquia no viés do Direito Administrativo, focando na importância de sua autonomia e nas mudanças decorrentes da lei 13.484/2019, A Lei Geral das Agências Reguladoras. A pesquisa busca fazer uma análise histórica e técnica do contexto político e econômico do país que trouxeram a necessidade da criação destas Agências como também comentar sobre as controvérsias acerca de sua autonomia, comentar sobre o fenômeno de captura e a jornada de quase duas décadas para a sua efetiva regularização. O artigo busca discorrer sobre novos institutos trazidos pela nova Lei Geral das Agências Reguladoras, como a Análise de Impacto regulatório, dispositivos de participação popular, a quarentena de diretores, dentre outros, com o fim de analisar se os mesmos serão eficazes para controvérsias como: a autonomia das agências, a influência político-partidária, e a normatização das agências em geral.

Palavras chaves Agências Reguladoras, Autonomia, Descentralização.

ABSTRACT

This article aims to analyze the Regulatory Agencies, legal entities of public law, in the category of autarchy in the bias of Administrative Law, focusing on the importance of their autonomy and the changes, resulting in the General Law of Regulatory Agencies. The research seeks to make a historical and technical analysis of the political and economic context of the country that brought about the need for the creation of these Agencies, as well as to comment on the controversies about

their autonomy, to comment on the capture phenomenon and the journey of almost two decades for the its effective regularization. The article seeks to discuss new institutes brought by the new General Law of Regulatory Agencies, such as Regulatory Impact Analysis, popular participation devices, quarantine of directors, among others, in order to analyze whether they will be effective for controversies such as: the autonomy of the agencies, the political influence, and the regulation of the agencies in general.

Keywords Regulatory Agencies, Autonomy, Decentralization.

1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras são entes da Administração Pública Indireta que geraram discussões técnicas e políticas durante mais de duas décadas, sendo considerado um dos mais polêmicos entes administrativos do direito brasileiro. Sua criação ocorreu em resposta a novas exigências vindas com as mudanças políticas e econômicas do Estado nos anos 90 quando o Estado percebeu não conseguir suprir todas as necessidades da coletividade, o que gerou um processo de Reforma Administrativa Pública. O fortalecimento do papel privado em setores estratégicos e nas atividades econômicas se fez necessário para que o Estado se adequasse a fim de garantir a eficiência da Administração. Portanto, as Agências Reguladoras são o marco de um novo sistema regulatório Brasileiro.

As agências reguladoras são instituídas por lei e cada uma possui uma regulação própria, porém, até 2019, não havia uma lei geral das agências reguladoras, o que gerava dificuldades de desempenho dessas autarquias; como também, incertezas em relação a sua legitimidade, a nomeação de seus diretores, meios de solucionar conflitos entre as agências e outras autoridades, seus poderes como ente regulamentador e também o fenômeno de captura que pode sujeitar as agências a atos de corrupção como será analisado em futuros tópicos. Questionamentos como estes foram levantados desde a reforma política que criou várias Agências durante os anos 90 e início do século XXI, num fenômeno conhecido como “Agencificação”. Esse movimento levantou, não apenas o Governo Federal, como também o Legislativo e os praticantes do direito à debates, fóruns e discussões sobre várias problemáticas; tanto técnicas como políticas em relação às agências. Esses anos de deliberações entretanto, geraram enfim, uma lei geral das

agências reguladoras promulgada em 2019, trazendo várias mudanças que, à primeira vista, se propõem a trazer soluções para os problemas levantados.

Deste modo, o presente artigo busca propor uma análise da lei 13.848/2019, com o objetivo de compreender suas mudanças e tentar constatar se a sua entrada em vigor e as mudanças trazidas pela mesma, resultaram em melhoras na normatização, mais autonomia e aperfeiçoamento para a atividade Regulatória Brasileira.

Dessa forma, é imprescindível discorrer sobre o contexto histórico que cercou a criação e desenvolvimento das Agências Reguladoras, como também, narrar as polêmicas e discussões que foram criadas durante as décadas de discussão e regulamentação destas autarquias, apontando as dificuldades enfrentadas pelo Estado para dispor sobre a autonomia, os poderes, a função e natureza das agências reguladoras. Apenas com esta análise anterior, o artigo poderá, enfim, analisar as mudanças trazidas pela lei 13.848/19, e concluir se estas mudanças terão ou não resultado efetivo para o aperfeiçoamento do Estado regulador.

2 DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO AUTARQUIAS ESPECIAIS

Agências Reguladoras, são órgãos da administração indireta, criadas em forma de Autarquias em modo especial, com função de regular matéria específica que lhe é imposta e também controlar pessoas privadas incumbidas de prestação de serviço público por meio dos institutos da concessão e permissão. Além disso, funcionam também como veículo de intervenção estatal na economia, como forma de proteger a os particulares de abusos efetuados pela esfera privada.

A Base para entender a natureza jurídica das Agências Reguladoras se encontra no instituto da descentralização, que se constitui no ato da Administração pública distribuir suas competências para pessoas jurídicas autônomas criadas pelo próprio Estado.

Nas palavras de Paulo Roberto Motta: “A descentralização constituiria o primeiro passo para conceder mais poder a atores políticos locais antes submissos e dependentes do poder central. Além do mais, a descentralização facilitaria novas formas de participação democrática por

permitir a articulação e agregação de interesses comunitários antes desconsiderados pelo sistema político.”¹

A descentralização tem natureza de princípio fundamental da organização administrativa e dela surge o conceito de entidades, unidades de atuação dotadas de responsabilidade jurídica própria. Estas entidades fazem parte da Administração Pública indireta, sendo alguns destes, as Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Autarquias, sendo a última o foco de nosso estudo.

No viés legislativo, as Autarquias são conceituadas como um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Uma de suas características mais importantes são sua autonomia gerencial, patrimonial e orçamentária. O doutrinador Alexandre Mazza comenta que a autonomia é a capacidade de autogoverno que representa um nível de liberdade na gestão de seus próprios assuntos. No entanto, não se pode confundir o instituto da autonomia com as autarquias, que muitas vezes se misturam em seus significados. Hely Lopes MEIRELLES explica que:

“Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica com personalidade jurídica de Direito Público Interno, patrimônio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se para si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou. O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto autonomias livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorrem com os municípios brasileiros (autonomias) em relação aos Estados membros e União.”²

¹ Motta, Paulo Roberto. Participação e descentralização administrativa: lições de experiências brasileiras, Revista de administração pública, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3 p. 174. 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8601>>. Acesso em: 19 de out de 2020.

² Meirelles, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 308

É preciso compreender o conceito inicial de Autarquias e sua autonomia, justamente pois é neste particular, que as Agências Reguladoras se diferenciam das Autarquias comuns. O professor Paulo Roberto Ferreira MOTTA, reconhece que as agências reguladoras apresentam o conceito original de autarquia pois, *“durante os anos as autarquias comuns foram perdendo suas características fundamentais de autonomia de vontade e gestão”*³. O que se fez justificar a divisão das autarquias em dois grupos, as de regime comum e as de regime especial. As primeiras, estariam sujeitas a uma disciplina jurídica sem nenhuma especialidade, enquanto a segunda, seriam regidas por disciplina específica, a fim de atribuir prerrogativas diferenciadas. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO conceitua:

“O regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantindo pelo exercício de mandato fixo” e “ao caráter final de suas decisões , que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da administração pública.”⁴

As Agências reguladoras se encaixam como Autarquias Especiais por possuírem uma autonomia qualificada, cuja garantia se ampara no mandato fixo e na estabilidade de seus dirigentes. Também, por se encaixarem nas seguintes prerrogativas, que constituem as Autarquias de regime especial, conforme José dos Santos Carvalho FILHO “ 1º) Poder normativo técnico; 2º) autonomia decisória; 3º) independência administrativa e 4º) autonomia econômica e financeira.”⁵

Concluindo, a natureza de regime especial das Agências Reguladoras se torna um meio para tentar garantir maior autonomia destes entes em relação às outras Autarquias.

Desde a criação das Agências Reguladoras, a sua autonomia é um ponto central para seu bom funcionamento, entretanto, garanti-la sempre foi um desafio para os Estados. Diversas foram polêmicas levantadas sobre o tema e também várias de suas falhas e fragilidades.

³ Motta, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 95-96

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131

⁵ Filho, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019, p. 506.

A promulgação da lei 13.484/2019, trouxe um “revival” para este tema, com inovações em sua lei para tornar as entidades ainda mais autônomas no exercício de suas atividades.

Para maior compreensão da necessidade desse instituto e suas polêmicas é essencial conhecer o contexto histórico em que as agências reguladoras foram criadas para enfim, analisar as suas polêmicas.

3 O ESTADO REGULADOR E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No Direito brasileiro, houveram desde muitas décadas, entidades com finalidade de regulação de mercado, mesmo sem a denominação de Agências. De alguns exemplos podem ser citados o Conselho Nacional do Café, criado em 1933, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, do Plano de Obras Públicas e de Defesa Nacional entre outras. No entanto, as agências reguladoras propriamente ditas, surgiram como produto da reforma de Estado na Década de 90, que se encontra com a mudança da atuação estatal brasileira na forma de regularização de novos mercados, e ao processo de privatizações das reformas constitucionais de 1995. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda comenta, que o vocábulo agência é um “modismo introduzido no direito brasileiro em decorrência da Globalização” e também que foi “Importado do direito americano” ⁶

Entretanto, não se pode falar da criação das agências reguladoras sem contextualizar o cenário político e econômico da época. O Estado desde de sua formação, passou por várias fases para tentar se adaptar à sociedade, passando doo Estado Liberal para o Social ,e enfim, o Estado Regulador, onde se encontram as agências reguladoras. Estas são o resultado desta transição, portanto, essa mudança deve ser analisada..

No período do Estado Liberal, não havia interesse do Estado para as necessidades da coletividade, na crença em que o próprio mercado supriria estas mesmas necessidades. No entanto, principalmente após o advento da Segunda Guerra Mundial, o Estado viu que essa ideologia não se adequa a evolução da sociedade em suas decisões políticas e econômicas. Logo houve a transição para o

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 590

Estado Social-Democrático, onde este assumia o papel de provedor e garantidor de todas as necessidades da sociedade o que criou no Brasil, um Estado Assistencialista.

Na fase do Estado Social, a maioria dos Serviços Públicos era prestada por entes da própria administração, na forma das empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista. A regulação dos mesmos, era exercida pela Administração Pública Direta na forma de decretos, lei ou regulamentos, e ainda, poderiam ser executadas pela iniciativa privada.

Contudo, a manutenção dessa ideologia exigia grandes despesas, que acabaram gerando dívidas para o Estado e criando uma crise Fiscal do Estado Assistencialista.

Paulo Roberto Motta relata que:

“O crescimento do estado levou a: a) déficits públicos acentuados, crises financeiras, ineficiência e maior descrédito da população em relação à gestão governamental; e b) menos equidade social com manutenção de privilégios a grupos preferências e discrepâncias sociais e econômicas mais acentuadas.” ⁷

Tais circunstâncias, geraram um questionamento sobre a centralização política e a busca de uma transição que reduzisse a intervenção estatal na economia e suas dimensões.

Para esta transição, são geradas reformas influenciadas por ideias de participação e descentralização, que adotam novas políticas que norteiam uma economia interligada e independente, e que se caracteriza pela utilização da competência normativa, para disciplinar os atos dos particulares. Dessas ideias surge o Estado Regulador.

O Estado Regulador, também conhecido como Estado Médio, delega suas funções para o particular, e apenas se mantém como um regulador das atividades realizadas pela iniciativa privada.

Para Ismael Mata “a regulação é uma política pública que consiste em uma restrição, ou interferência, nas atividades de um sujeito

⁷ Motta, Paulo Roberto. Participação e descentralização administrativa: lições de experiências brasileiras, **Revista de administração pública**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3. 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8601>>. Acesso em: 19 de out de 2020. p. 177

regulado por alguém (ente regulador) que não desenvolve ditas atividades e que estabelece as regras restritivas e controla o cumprimento das mesmas de forma continuada”.⁸

Logo, o Estado redefine seu papel de responsável pelo desenvolvimento econômico e executor direto de serviços e passa para a função de provedor e regulador do mesmo, diminuindo o controle público sobre a produção de mercado. A regulação se torna uma espécie de intervenção estatal, que se manifesta com suas normas. No entanto, para que essa regulação ocorra de maneira satisfatória, se vê necessário a criação de entes públicos autônomos, para regular os setores da economia de forma técnica. Desse ponto surge a criação das agências reguladoras.

Como citado anteriormente, as reformas do Estado ocorridas na década de 90 montam o cenário para a criação das Agências Reguladoras. O processo de privatização teve início no ano de 1990 com o Programa Nacional de Desestatização, no entanto, apenas com os marcos das emendas constitucionais nº 5 a 9 e Lei das Privatizações de 1996, houve a oferta de serviços públicos por empresas não estatais. A medida abriu o que antes eram monopólios público privados, para a livre concorrência; este é o marco que inicia a criação das Agências Reguladoras, como forma de regular um setor econômico em expansão. Em 1997, é promulgada a Lei nº 9.491 que institui oficialmente o Plano Nacional de Desestatização, com o objetivo de reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais, transferindo para a iniciativa privada atividades que o Estado não se encontrava capaz de atuar devidamente.

A Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores, de maio de 1996, foi o primeiro documento oficial que apresenta uma justificativa para a criação das agências. Tal documento traz a ideia geral de que as Agências Reguladoras têm não apenas a função de regular um setor, como também, de fiscalizá-lo.

A primeira Agência Reguladora criada foi a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e durante as décadas, pelo menos uma dezena de outras foram adicionadas. No entanto, a história dessas autarquias não se limitam a sua criação. Diversos questionamentos e polêmicas ainda foram levantadas durante os anos,

⁸ Motta, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 95-96, Apud Mata, Ismael. Los entes reguladores de los servicios públicos. **El derecho administrativo**, hoy. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la administración, 1996, p. 115 .

gerando uma série de discussões sobre as mesma, as quais vamos dispor a seguir.

4 DA AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O RISCO REGULATÓRIO

Conforme dito anteriormente, as agências reguladoras são órgão que apresentam uma natureza jurídica de Autarquias de Regime Especial, pautadas em uma autonomia perante a administração direta nas esferas financeiras, decisórias, administrativas e patrimoniais. Entretanto, não há como dizer que nos últimos anos, desde a criação da primeira agência reguladora, esta autonomia foi plena. Durante a histórias dessas autarquias, cada vez mais casos de corrupção dentro das agências reguladoras foram revelados, e muitos estudiosos acreditam na ideia de que a independência e autonomia das agências reguladoras seriam a solução para evitar fatos como estes, devido acreditarem que os agentes completamente autônomos se pautaram apenas à questões técnicas, impulsionados pelo seu profissionalismo e a necessidade de apresentarem experiência e especialização para obtenção de cargos de chefia nas agências. Logo, estes requisitos trariam políticas públicas mais funcionais, às quais, agentes políticos não poderiam apresentar. Simplificando, as agências autônomas se manteriam apenas a requisitos técnicos e econômicos dos setores que regulam, afastando interesses políticos.

No entanto, também existe uma corrente contrária a autonomia plena das agências reguladoras, por ser algo considerado “antidemocrático”, dando poderes exacerbados a burocratas que podem simplesmente ser contrários aos agentes democraticamente eleitos em paralelo aos desejos da coletividade. Ainda se argumenta, que com uma autonomia desmedida das agências reguladoras, estas também podem estar sujeitas a falhas de mercados, como a assimetria de informações entre os técnicos e agentes políticas, gerando assim, o fenômeno de captura, ao qual será analisado posteriormente.

Apesar de existir esta discussão sobre a autonomia, não podemos considerar que ela exista de forma completa nas agências reguladoras. Sim, elas em sua natureza jurídica, possuem a autonomia financeira, decisória, patrimonial e administrativa, mas as agências reguladoras não estão livres, e não

necessariamente agem contra os interesses de agentes políticos. As agências reguladoras, ainda se encontram sujeitas a interferências diretas em sua estrutura e patrimônio, quanto também em sua autonomia decisória, principalmente ante a falta de um marco legal que padronizasse o processo decisório e lhes dessem transparência, o que só foi sanado recentemente. Estas interferências, legítimas ou não, podem vir de ambos os poderes do Estado e de maneiras distintas.

As interferências do poder executivo, são as que podem ser consideradas mais indiretas, são feitas de forma a demonstrar sua insatisfação, alterando diretamente seus recursos orçamentários, devido a possuir certo controle do financeiro nas administrações direta e indireta. A questão financeira é de certa forma muito importante para as agências reguladoras, por ser a forma de sua manutenção; logo uma falta de seus recursos orçamentários feitos discricionariamente pelo chefe do poder executivo, pode influenciar diretamente em atos das agências reguladoras. Este tipo de influência pode ser observada no decorrer dos anos. O Juiz de Direito Lúcio Durante, em seu artigo acerca do VII Fórum Brasileiro sobre agências reguladoras comenta:

“Após 2002, sem alterar o regime jurídico das agências reguladoras, o governo promoveu medidas políticas visando a reduzir a autonomia das mesmas, ao deixar de prover os cargos de direção, nem repassar os recursos para a manutenção de suas atividades e dificultar o provimento de cargos técnicos. Tais agências reguladoras, sem recursos financeiros suficientes e com a redução do tecido humano tiveram suas atividades reduzidas ou paralisadas. Desta forma tornaram-se vulneráveis para exercer suas funções básicas. Essa problemática, somada às notícias de corrupção nos órgãos e entidades do governo federal, que atingem integrantes da Administração Central, afeta, em parte, a independência e confiança dessas entidades perante a opinião pública.”⁹

Portanto, se observa que no decorrer dos anos, as agências passaram por um processo conhecido como “esvaziamento”: um exemplo disso é o levantamento do jornal G1, que declara que em 2010, mais de 80% das verbas do orçamento

⁹ DURANTE, Lúcio, O fórum brasileiro sobre agências reguladoras: contribuições ao debate e à prática social. In: Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, VII, 2011. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrado.A>>. Acesso em: 16 de set. de 2020. p. 30

chegaram a ser contingenciadas e diretorias chegavam a ficar vazias por falta de indicação de titulares pelo presidente.

Outra forma de interferências, foram as ingerências políticas onde os agentes do executivo não aderem aos requisitos técnicos para a decisão dos cargos mais importantes das agências: um exemplo disso, pode ser o levantamento do jornal O Globo de que 32 dos 40 cargos executivos das agências, eram ocupados por indicados de partidos.¹⁰ Os dados demonstram que existe enorme influência político-partidária nas indicações de dirigentes de agências reguladoras, apesar das tentativas de fazer com que esses cargos fossem ocupados seguindo requisitos exclusivamente técnicos. Logo, podemos dizer que existe uma “captura” das agências reguladoras para interesses políticos.

Quanto às interferências do legislativo nas autonomias das agências reguladoras, estas podem ser ainda mais extensas, pois estas, ditam regras tanto nas leis que criam as agências reguladoras, que influenciam no seu pessoal, quanto na sua organização, no seu poder decisório, e também em leis paralelas, como no caso da Lei da Responsabilidade Fiscal, que contingencia o orçamento das agências.¹¹

O artigo “O Congresso Nacional e a frágil autonomia das agências reguladoras”, de Sérgio Guerra e Natasha Salinas, amplia a visão quanto às interferências do legislativo, demonstrando que estas têm o poder de não só diminuir a autonomia das agências reguladoras, mas também de ampliá-las. Relata também, o estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas FGV, no projeto “Regulação em Números”, que do período de 1996 até 2017, foram tramitadas na câmara dos deputados cerca de 689 iniciativas legislativas acerca das Agências Reguladoras. Destas várias iniciativas, apenas 8,7% se tornaram efetivamente normas jurídicas; mas ainda assim, é interessante observar a quantidade expressiva de atenção que as agências reguladoras tomam do legislativo.¹²

¹⁰ Criadas nos anos 1990, agências reguladoras já foram alvo de polêmicas e reclamações. G1, São Paulo, 22 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/22/criadas-nos-anos-1990-agencias-reguladoras-ja-foram-alvo-de-polemicas-e-reclamacoes.ghtml>>. Acesso em: 30 de out. de 2020.

¹¹ SALINAS, Natália, **A intervenção do congresso nacional da autonomia das agências reguladoras**. Revista estudos institucionais, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2. 2019. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/302>>. Acesso em: 16 de set. de 2020. p. 9.

¹² GUERRA, Sérgio, SALINAS, Natália, O congresso nacional e a frágil autonomia das agências reguladoras. Revista conjuntura econômica, Rio de Janeiro, v. 74, n. 3. 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/81568>>. Acesso em: 05 de out. de 2020. p. 28

Alguns exemplos destas interferências, podem ser encontradas no projeto de lei nº 5.325/2019, que tenta alterar a Lei que normatiza a ANEEL; a fim de proibir que a mesma inclua nas tarifas de energia o valor de perdas não técnicas de energia elétrica, para conseqüentemente, reduzir o valor final pago pelos consumidores. Outra iniciativa que segue esse caminho, é a Lei Nº 13.454/2017, que autoriza a comercialização de certas substâncias usadas para confecção de remédios e que foram anteriormente proibidas pela ANVISA em 2011.¹³ Ou seja, observando essas leis, podemos observar que o Legislativo usa das iniciativas, com o fim de limitar o poder normativo das agências. São interferências que podem ser vistas tanto com um viés ético, de beneficiar o consumidor, quanto para conseguir objetivos pontuais.

Também existirão interferências, no entanto, que ampliarão a autonomia das agências reguladoras, como o artigo demonstra no exemplo do projeto de Lei Nº 2.734/2011, projeto este que possui o objetivo de ampliar competências da ANS, adicionando a esta a regularização de atividades de prestadores de serviços médicos e hospitalares de saúde suplementar.

Conseqüentemente, não existe independência das agências reguladoras quanto ao legislativo conforme as palavras da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro “seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais, por força do princípio da legalidade”¹⁴ adicionando aos exemplos dados do projeto Regulação em Números fica cada vez mais claro que a independência e autonomia das agências reguladoras não são uma questão simples.

Abordando agora a autonomia das agências reguladoras quanto ao poder judiciário, este também não existiria segundo a doutrina mesmo que as agências reguladoras possam dirimir conflitos administrativamente, ainda sim futuros litígios deverão ser apreciadas pelo judiciário caso as partes queiram conforme o próprio artigo 5º XXXV da Constituição, dispositivo que torna o Judiciário Brasileiro adotante do sistema de unidade de jurisdição. Simplificando. “qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.”¹⁵

¹³ Ibidem., p. 28-29.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 594.

¹⁵ Ibidem., p. 594.

Sintetizando o que foi observado até agora podemos analisar que as agências reguladoras apesar de terem sido criadas com o objetivo de ter uma natureza jurídica que a deixe plena independência e autonomia, ainda sim sua organização, patrimônio, decisões, normas, etc sofrem influência direta e indireta de vários meios, alguns legítimos quanto a organização do Estado como as decisões do judiciário, outras que surgem pela falta que havia de uma norma geral que regulariza processos das agências e suas decisões e também as interferências que tem claro objetivo de atingir objetivos pessoais, aos quais em seus atos “capturam” as agências para tais objetivos.

4.2 DA TEORIA DA CAPTURA

Uma agência reguladora é considerada capturada quando confunde o interesse público com o privado e devido a isto, não consegue agir de forma imparcial, “por ter sucumbido ao poder econômico dos regulados e defendendo o interesse destes e não mais o interesse público” ¹⁶ Arianne Brito Rodrigues Cal explica que: “A noção de captura do Estado teve origem na teoria de Marx e foi introduzida na teoria econômica moderna por George J. Stigler, defende que a indústria pode utilizar o poder coercitivo do Estado para conseguir rendas privadas.”¹⁷

A teoria da captura a divide em duas formas, podendo ser tanto econômica quanto política. Para compreender a primeira forma, deve-se reconhecer que as agências reguladoras andam em conjunto com a teoria econômica. Mesmo que a regulação envolve vários objetos sociais, é na economia que o Direito Brasileiro foca na maior partes das vezes¹⁸. Maria Sylvia Zanella Di Pietro a define como: *“conjunto de regras de condutas e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o*

¹⁶ Cabeza, Eliane Rocha de La Osa, Cal, Arianne Brito Rodriguez, O risco de captura nas Agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO, 6, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>> Acesso em: 30 de out. de 2020. p. 15

¹⁷ Ibidem, p. 16.

¹⁸ De Campos, Humberto Alves, Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 5, n. 2. 2008. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/702/572>>. Acesso em: 20 de set. de 2020. p.30.

interesse público.”¹⁹ Devido a esta necessidade, o Estado se vê sujeito a interferir na economia, através da regulação, justificada pelo o que chamamos de falhas do mercado.

As falhas de mercado podem ser simplificadas dividindo-se em monopólios naturais e externalidades. Os primeiros, são atividades cuja demanda é suprida apenas por uma firma, tanto pela sua estrutura como outros aspectos; enquanto o segundo, surge quando pessoas físicas ou jurídicas realizam ações, considerando apenas benefícios e custos privados em detrimento dos sociais.

A Regulação, portanto, tem o objetivo de corrigir essas falhas de mercado em prol da supremacia do interesse público, seguindo os objetivos de conseguir a eficiência atributiva, proteger o consumidor dos interesses monopolísticos, conseguir maior equidade entre o consumidor e os entes privados, etc. No entanto, o fenômeno da captura gera efeitos negativos contra esses objetivos, pois as regras independentes distorcem a favor das empresas e atrapalha a concorrência, a eficiência, podendo gerar tarifas abusivas como muitas outras distorções.

A Captura econômica, também pode se revelar na forma da informação assimétrica, que decorre tanto do regulador, não possuir o mesmo nível de informações que o regulado em questões que afetam a eficiência da concessionária do serviço, quanto de somente o regulado, ter o conhecimento de resultados de determinados fatores como custos, resultados de medidas administrativas, etc. Informações que podem ser manipuladas para se conseguir vantagens.²⁰

Em uma primeira visão, a necessidade de autonomia e independência para as Agências Reguladoras, aparentavam ser a solução para que não ocorresse esse fenômeno, no entanto, na forma de captura política, onde a captura se encontra nas escolhas políticas, como nomeações de dirigentes, por exemplo. A Captura Política é vista na clássica corrupção de agentes, derivada do patrimonialismo brasileiro. Um exemplo dessa captura, pode ser encontrado em 2012, quando o Ministério Público

¹⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora da agência diante do princípio da legalidade. Direito Regulatório: temas polêmicos. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19-50

²⁰ Cabeza, Eliane Rocha de La Osa, Cal, Arianne Brito Rodriguez, O risco de captura nas Agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO, 6, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>> Acesso em: 30 de out. de 2020. p. 12

encontra pareceres fraudulentos, com objetivo de beneficiar grupos privado, decorrendo a prisão de dois diretores de Agências Reguladoras.²¹

Vendo os exemplos de captura, se encontra o dever do Estado, para tentar reprimir tentativas de captura. Uma das possibilidades veio com a promulgação da lei 13.484/2019, que em alguns institutos aparenta uma tentativa de coibir a captura. Outra possibilidade, é pelo judiciário em suas decisões, sendo um exemplo vivo de uma dessas tentativas, a controvérsia no qual o judiciário aprecia, na Apelação Cível número 324739 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decidindo obstar nomeações para o Conselho Consultivo da ANATEL, por considerar uma evidente suspeição que um futuro desempenho de tal agente poderia ocasionar. Em parte da ementa, o Relator Dr. Francisco Cavalcanti declara que:

“diante de um conflito de um envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviços de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum.”²²

É interessante comentar, que esta decisão é uma das vezes em que cabe ao judiciário o controle em atos discricionários da administração, que mesmo formalmente legítimos em sua intenção, demonstra o interesse político de interferir nas agências, indo contra princípios como o da razoabilidade e proporcionalidade. José dos Santos Carvalho Filho comenta que:

“O sistema verdadeiro das agências reguladoras implica lhes seja outorgada certa independência em relação ao governo no que lhe tange vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do governo, o sistema perde sua pureza e vocação.”²³

No entanto, com essa constatação, se percebe que o fenômeno da captura é um dos grandes empecilhos para se conseguir esta independência. Se levanta a

²¹ PIZA, Paulo Toledo. PF prende dois diretores de agências reguladoras e indícia 18 por fraudes. **G1**, São Paulo, 23 de nov. de 2012. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

²²BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. Apelação cível nº 342739-PE (2002.83.00.009457-0). Apelante: José Fernandes Pauletti e outro. Apelada: Ministério Público Federal Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Recife, 30 de novembro de 2004. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, v. 10, n. 234, p. 509, nov. 2004.

²³ Filho, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019, p. 519

polêmica que a independência completa das Agências pode sujeitar capturas principalmente políticas. Vitor Gabriel Garica e Marlene Kempfer sugerem que:

“Uma maneira de impedir tal fenômeno seria a consolidação da participação e controle social na construção e das decisões deliberativas das agências, sendo a transparência instrumento imprescindível para aproximar interesses sociais dos cidadãos.”²⁴

Vale a pena comentar, que a nova Lei Geral das agências em suas inovações, busca trazer maior participação pública nas decisões das Agências Reguladoras, como será abordado a seguir.

5 DA CRIAÇÃO DA LEI 13.484/2019 E SUAS INOVAÇÕES

Desde a criação da primeira Agência Reguladoras nos anos 90, nunca houve um marco legal que trouxesse a regulação geral dessas Autarquias que seguiam, a priori, regulamento próprio. Como dito anteriormente, a função das Agências Reguladoras é a de trazer regulamentação para setores, principalmente da iniciativa privada, e de fiscalizá-los; no entanto, durante os anos, muitos questionamentos foram trazidos à tona, em especial pelo executivo, o que resultou no início de uma jornada regulatória para a criação de uma lei que satisfizesse estes questionamentos: uma jornada que passou por diversas reviravoltas para que enfim fosse criada a Lei Geral das Agências Reguladoras.

Para melhor entendimento da criação e promulgação da lei, há de se observar a história da mesma. Em 2003 o atual presidente Luiz Inácio Lula da Silva declara pretender fazer mudanças nas Agências Reguladoras, por acreditar que essa era “independentes demais”. O governo, na época, reclamava de índices usados para o aumento de tarifas sem nenhum conhecimento do próprio executivo. Com esse argumento, o Presidente traz em 2004, o projeto de lei ao Congresso, com o nome de Lei Geral das Agências Reguladoras, que pretendia dar aos Ministérios, maior controle sob as Agências. Entretanto, a proposta não foi levada a frente pelo Governo. Em 2013, o Executivo retira sua presença do projeto de lei,

²⁴ GARNICA, Vitor Gabriel, KEMPFER, Marlene. O fenômeno da captura e independência das agências reguladoras no Brasil. **Revista brasileira de filosofia do direito**, Florianópolis, v. 5, n. 2. 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/5830>>. Acesso em: 06 de out. de 2020. p. 16

onde este “ganha uma nova cara nas mãos do Congresso”, sendo enfim, aprovada a Lei 13.848 em Maio de 2019.²⁵

Os dispositivos da nova lei apresentam claramente a intenção de aumentar a autonomia das agências reguladoras, em um rumo completamente diferente do que era pretendido inicialmente pelo Executivo. Um exemplo desta situação, são os vetos presidenciais de parte do projeto de lei, que acabaram sendo mantidos pelo Congresso. Sendo estes, a exigência de uma lista tríplice criada em um processo público de pré-seleção, para a escolha de diretores, dirigentes, conselheiros, vice-presidentes e também a exigência que os diretores das agências fossem obrigados a comparecer anualmente ao Senado para prestar contas.²⁶ Apesar dos vetos, ainda há várias outras mudanças a serem analisadas.

A Lei 13.848 de 25 de junho de 2019, representa o tão discutido marco regulatório das Agências Reguladoras, dispondo sobre a gestão, organização, autonomia, processo decisório e controle social das Agências Reguladoras, no âmbito federal. Abaixo, uma lista resumida de algumas importantes mudanças trazidas pela Lei Geral de Agências Reguladoras:

- **Lista das onze entidades reconhecidas como Agências Reguladoras Federais;**
- **Processo decisório em conformidade com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com objetivo de mais transparência, controle social e segurança jurídica;**
- **A exigência de análise de impacto regulatório (AIR) antes de alterações de atos normativos;**
- **Consultas Públicas exigidas antes de tomadas de decisões em relação a propostas de alterações em atos normativos de interesses gerais;**
- **Criação de ouvidorias em todas as agências;**

²⁵Criadas nos anos 1990, agências reguladoras já foram alvo de polêmicas e reclamações. G1, São Paulo, 22 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/22/criadas-nos-anos-1990-agencias-reguladoras-ja-foram-alvo-de-polemicas-e-reclamacoes.ghtml>>. Acesso em: 30 de out. de 2020.

²⁶Congresso mantém vetos ao marco legal das agências reguladoras. Senado notícias, Brasília, 02 de out. de 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/02/congresso-mantem-vetos-ao-marco-legal-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 30 de out. de 2020.

- **Mecanismos de interação das Agências Reguladoras com Órgãos de defesa da concorrência, do consumidor e do meio ambiente incluindo a possibilidade de edição de atos normativos em conjunto;**
- **interação entre agências municipais e estaduais e estímulo à articulação entre as agências federais;**
- **Da Quarentena após o término de mandato de seus ex-dirigentes.²⁷**

Os primeiros artigos, abordam o processo decisório em sua gestão, onde a lei procura estabilizar, compatibilizar procedimentos em questões deliberativas (reuniões deliberativas, consultas e audiências públicas), a fim de trazer estabilidade e maior transparência para tomada de decisões conjuntas. A lei também procura uniformizar os processos, em conjunto com os órgãos de defesa da concorrência, do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Meio Ambiente.

Para Vitor Gabriel Garnica e Marlene Kempfer:

“A Lei 13.848/19 converge com os interesses descritos com a participação social e o controle social, além de trazer segurança jurídica e a governança pública. Porém, o art. 3º §2 revela uma afronta à autonomia administrativa, vez que as Agências Reguladoras estariam subordinadas pela tomada de decisões ao Ministério da Economia, o que reflete na incompatibilidade com a Independência de dispor sobre as suas competências.”²⁸

Também é interessante comentar, sobre os seguintes capítulos da lei separadamente: O capítulo II se refere às prestações de contas e relatório anual, relativo ao seu controle externo e atividades. A agência recebe a obrigação de publicar Plano estratégico e Plano de Gestão Anual. É interessante observar que estes institutos se relacionam a necessidade de publicidade e transparência nos atos das Agências Reguladoras, como citado anteriormente, principalmente em face de metas a serem alcançadas pelas Autarquias.

Enquanto isso, os Capítulos seguintes, abordam temas como a cooperação entre as Agências Reguladoras e outros órgãos; como de defesa do consumidor e meio ambiente, incentivando a troca de informações e políticas com estes órgãos de defesa. Esse incentivo, tem como objetivo trazer uma atuação em conjunto do setor

²⁷ Mazza, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 216-217.

²⁸ GARNICA, Vitor Gabriel, KEMPFER, Marlene. O fenômeno da captura e independência das agências reguladoras no Brasil. **Revista brasileira de filosofia do direito**, Florianópolis, v. 5, n. 2. 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/5830>>. Acesso em: 06 de out. de 2020. p. 14.

regulado, trazendo maior permeabilidade, e uma forma de diminuir o fenômeno de captura.

O marco legal, também trás o Termo de Ajustamento de Conduta, nos artigos 31 ao 33, instituto que possui o intuito de permitir ao potencial agressor, atender e se adequar ao interesse tutelado, e se sujeitam às Agências e às pessoas físicas e jurídicas que se encontram em sua competência.

Além dessas mudanças, três novos institutos foram adicionados à lei, que se destacam principalmente, por terem influência direta na garantia, e também limites na autonomia das Agências Reguladoras. Estes são: a exigência da análise de impacto regulatório, a quarentena de ex-dirigentes e as consultas públicas.

A análise do impacto regulatório, não é instituto novo no meio regulatório, sendo aplicado anteriormente em outros setores regulatórios, como a ANS, e também, se tornando uma prática comum em todo o mundo. Atualmente, a AIR se encontra normatizada em dois dispositivos, sendo estes:, a) o artigo 6º da Lei. 13.848/2019, a geral das agências reguladoras e objeto do nosso estudo, b) o artigo 5º ,, que é a nova lei da liberdade econômica,. Estes dispositivos caminham juntos, quanto à influência na economia Brasileira, que demarcam a necessidade que os institutos regulatórios sejam analisados quanto a suas possíveis interferências no mercado.

Uma das formas de se definir o instituto da Análise de Impacto Regulatório, é nos termos do artigo 2º da Resolução normativa N° 798/2017 da ANEEL, que o define como:

“processo sistemático de análise baseados em evidência que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ações disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão”²⁹

A análise de impacto regulatório, tem como objetivo racionalizar decisões administrativas, definindo um problema regulatório, e avaliando impactos das alternativas encontradas para resolver este problema. A AIR, se apresenta como resposta aos obstáculos que a regulação pode apresentar ao

²⁹ANEEL (Brasil). Resolução Normativa N° 798, de 12 de dezembro de 2017. **Aprova revisão da Norma de Organização da ANEEL nº 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da agência.** Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017798.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020. p.1.

bem estar econômico como, por exemplo: barreiras desnecessárias ao comércio e concorrência, decorrentes de uma regulação excessiva; o próprio fenômeno de captura, que o agente político usa a regulação para tirar vantagem em detrimento da coletividade, fundamentando e orientando o processo decisório, como também o justificando. O AIR, trará racionalidade a este processo, sendo um processo de diagnóstico do problema, e também pode ser utilizado como mecanismo de controle político, onde a decisão será tomada baseada em evidências, refletindo sobre a necessidade de atuação regulatória e podendo até mesmo encontrar como solução ao problema, o simples ato de não regular.

Nas palavras de Natasha Schmitt Caccia Salinas:

“Ao exigir que órgãos reguladores produzam normas por meio de AIR, agentes políticos podem, além de estimular a melhoria regulatória, controlar a atividade da produção normativa dos órgãos reguladores. A AIR obriga os administradores a expor com transparência os fundamentos de suas decisões, dificultando assim, a tomada de decisão para atender interesses particularistas diversos daqueles defendidos pelos agentes políticos.”³⁰

A AIR, se constitui numa série de atos encadeados em uma estratégia. Quando se trata das agências reguladoras, ainda existe uma determinação de que em casos que não for aplicável a Análise de Impacto regulatório, deverá ser disponibilizada, no mínimo, uma nota técnica que fundamente a proposta da decisão, haja vista, ter sido reconhecida a necessidade de um parecer sobre as decisões tomadas diante dos problemas regulatórios.

Por possuírem regulamentos diferentes, o processo de AIR pode divergir de uma Agência Reguladora para outra em seus requisitos. Em casos de problemas regulatórios demasiado complexos, ainda se encontra a necessidade de se promover o mapeamento da experiência nacional e internacional no tratamento do problema analisado.

No entanto, os requisitos gerais e básicos para o AIR são: a) a definição do problema e identificação de suas causas e grupos afetados pela futura regulação; b) A elaboração de diferentes alternativas; c) A decisão de uma método para a análise

³⁰LEAL, Fernando, MENDONÇA, José Vicente Santos (org). Transformações do direito administrativo: liberdades econômicas e regulação. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019. p.55

dessas alternativas; d) A análise das alternativas em si descrevendo, comparando-as e justificando uma intervenção do Estado; e) A Escolha da decisão regulatória que deve ser aquela que cumpre os objetivos da forma mais eficiente o possível.³¹ Outro método, seria o de custo-benefício e custo-efetividade, onde o regulador leva em consideração ambos os termos, para decidir o que fazer, “comparando políticas, programas e projetos, a fim de identificar o meio mais adequado para alcançar um resultado pré-definido pelo menor custo”.³² Também é necessária a preocupação dos entes com a transparência, não só para o setor regulado, quanto para os usuários e destinatários do serviço. Tanto é que, no caso da lei N° 13.848/19, as exigências de consultas públicas se juntam ao AIR para a tomada de decisões.

Das decisões que podem ser tomadas como AIR foi citado antes o de não intervir no setor, mas também podem ser: a) medidas baseadas em incentivos; b) disposição de informações e educação para os usuários; c) termos de ajustamento de condutas; d) medidas de autorregulação e e) a regulação de comando.³³ Estas opções englobam, enfim, edição de normas ou soluções não necessariamente normativas.

Além da análise de impacto regulatório, as consultas e audiências públicas participam em conjunto para a tomada de decisões, conforme a Nova lei das Agências reguladoras, sendo instrumentos para o que chamamos de “Boa Regulação”.

As consultas públicas se encontram no art. 9° da Lei Geral das Agências Reguladoras, e coloca como foco a participação dos consumidores, agente econômicos e usuários em geral dos serviços prestados, que podem apresentar suas críticas, sugestões e outras contribuições. Estas consultas deverão ser realizadas, apresentando o relatório da Análise de Impacto Regulatório. Já as audiências públicas, se encontram no artigo 10, onde a agência reguladora poderá,

³¹Leal, Fernando, Mendonça, José Vicente Santos (org). Transformações do direito administrativo: liberdades econômicas e regulação. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019. p.54

³² Higashiyama, Fabieli Campos. Legitimidade e Construção de conformidade no processo regulatório: o uso da análise de impacto regulatório (AIR) na Agência Nacional de Cinema (ANCINE). In: Encontro de Administração da Justiça ENAJUS, III., 2020, Brasília. Disponível em: <<http://www.enajus.org.br/assets/sessoes/sessao-05/3-legitimidade-e-construc-a-o-do-significado-de-conformidade-no-processo-regulato-rio-o-uso-da-ana-lise-de-impacto-regulato-rio-air-na-age-ncia-nacional-de-cinema-ancine.pdf>>. p. 7.

³³ Ibidem., p. 8.

através de uma decisão colegiada, convocar essas audiências, a fim de buscar apoio para tomada de decisões consideradas relevantes, através da manifestação oral de qualquer um dos interessados em sessão pública.

Em ambos institutos, se observa que a nova lei, tem como escopo um ambiente democrático dentro das agências, aos quais os interessados farão parte ativa de futuras decisões normativas. Tal instituto, aproxima a sociedade da regulação, tornando menos justificadas futuras interferências legislativas, com a justificativa de proteger o consumidor, já que este, agora pode ser uma parte com voz nas decisões futuras, aumentando principalmente, a transparência do coletivo quanto aos atos da regulação.

Enquanto o instituto da análise de impacto regulatório, as consultas e audiências públicas demonstram a necessidade de que, para as agências reguladoras possam agir com autonomia, elas precisam que suas decisões sejam pautadas em análises técnicas e com maior transparência. O próximo instituto a ser analisado, tem como foco, evitar uma futura captura das agências por meio de seus dirigentes após o término de seu mandato.

Encontrado no artigo 8º da Lei 9.986/2000 com redação dada pela Lei Nº 13.848/2019, a quarentena é o período de 6 meses ao qual ex-dirigentes das agências reguladoras federais ficariam impedidos de exercer cargo em empresas dos setores previamente regulados.

A quarentena, seria contada a partir do término do mandato ou da exoneração do agente, e seria justificada, *“uma vez que os setores regulados podem ter interesse em contratar ex-dirigentes das agências em função das informações estratégicas acumuladas, o que tem o potencial de provocar a assimetria de informações”*³⁴. Caso não seja cumprida, o dirigente poderá ser processado pelo crime de advocacia administrativa. Também haverá uma vinculação remuneratória entre o ex-dirigente e a agência, onde o mesmo continuará recebendo sua remuneração como compensação, sem excluir os benefícios deste.

Alexandre Mazza, divide as características do regime da quarentena em: a) temporária, onde mesmo que em leis específicas, o período de quarentena possa ser expandido, ele jamais será definitivo; b) remunerada, já que o ex-dirigente

³⁴ NOHARA, Irene Patrícia; MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. P. 105

continuará sendo remunerado por todo o período em que estiver à disposição da quarentena; e c) setorial, pois a proibição se restringe apenas ao setor em que o ex-dirigente regulava. Portanto, se este fazia parte da ANEEL, não haveria problema, por exemplo, se este fosse contratado por uma empresa que do ramo de saúde. Ainda sobre os dirigentes das agências reguladoras, a Lei 13.848/2019 passou a vedar a recondução destes, além de fixar seus mandatos de 4 para 5 anos.

Visto a quantidade de mudanças, percebe-se que a nova lei propõe uniformizar as agências reguladoras no viés geral, focando na interação das agências com outros órgãos e o aproxima da sociedade com foco na segurança jurídica e transparência.

6 CONCLUSÃO

As agências reguladoras, surgiram como uma resposta a reformas neoliberais nos anos 90, que buscavam uma mudança ao papel do Estado, de um provedor de serviços, para um ente regulador, ou seja, que através de suas normas e direcionamentos trouxesse um equilíbrio econômico, evitando as falhas de mercado de monopólios naturais e os objetivos dos particulares em detrimento da coletividade. No entanto, com polêmicas de corrupção de dentro das agências reguladoras levantadas pela mídia, observou-se com certa descrença, de estas autarquias estão atingindo seu fim.

Desde que foram criadas, as agências reguladoras, era clara a intenção de que fossem entes independentes do Estado, visto sua natureza jurídica de Autarquia em regime especial, ao qual garante uma autonomia administrativa, financeira, orçamentária e normativa/decisória, e que seria esta independência, a forma de evitar tais polêmicas citadas acima. Entretanto, o que se via durante a história, é que essas autarquias não eram completamente independentes, estando sujeitas a diversas interferências de agentes políticos em suas decisões, sua administração, entre outros. Interferências estas, que geram o fenômeno de captura, onde entes particulares usarão das agências reguladoras para alcançar objetivos pessoais, podendo estas ser de maneira política ou econômica.

Portanto, embora existam teorias que acreditem que uma autonomia completa das agências reguladoras poderia ser um fator a mais para a captura das

mesmas, é vista a necessidade da independência destes entes para seu funcionamento regular. Uma das interferências apontadas no presente do artigo, foi as diversas formas em que o Poder Legislativo atuou de modo a de adquirir um controle das futuras decisões normativas das agências reguladoras e uma grande causa para tais interferências, foi a falta de uma lei geral que pudesse normatizar as decisões feitas por elas, sendo um processo que variava de uma agência reguladora e outra.

Durante décadas, foi vislumbrada a necessidade de criar uma lei que unificasse as regras das Agências Reguladoras, resultando numa jornada legislativa geradora de discussões das mais variadas; tanto dos agentes políticos, quanto dos agentes de direito.

A Lei N° 13.484/2019 é resultado desta jornada, reconhecida como a Lei geral das agências reguladoras federais. A norma traz diversas novidades para estas autarquias, visando sua organização, seus pessoal na forma de seus dirigentes e principalmente seu processo decisório. Mudanças como a exigência da Análise de Impacto Regulatório, consulta e audiências públicas, uniformizam o processo decisório das Agências Reguladoras e trazem um novo viés para estas, que é a transparência e controle social de suas decisões, que agora deverão apresentar relatórios técnicos e ouvir a opinião dos interessados, portanto, menos sujeitas a seguirem apenas achismos ou o interesse de particulares.

Outra mudança que também demonstra a proposta de tornar as agências reguladoras mais protegidas de captura é a quarentena, onde seus ex-dirigentes se manterão vinculados às agências durante um tempo, não podendo ser contratados por empresas do mesmo setor a fim de resguardar informações importantes.

Em conclusão, a lei 13.484/2019 claramente busca sanar as dificuldades enfrentadas pelas agências reguladoras quanto a captura, seguindo pelo viés da uniformidade e transparência. Sua intenção, de incluir a sociedade nas decisões normativas, procura trazer de volta a confiança às agências, bem como, aumentar sua segurança jurídica. Ainda é cedo para concluir se esta maior transparência, tratá mudanças na independência das agências reguladoras, já que a agora elas se sujeitarão às autarquias a pautar de maneira clara a tecnicidade de suas normas. No entanto, é o objetivo central da regulação, que este se pautar na técnica e não em apenas seguir desejos de particulares. Neste sentido, as mudanças trazidas pela

nova lei, à princípio, trazem uma alternativa saudável para garantir uma boa relação entre a sociedade e o setor regulado.

REFERÊNCIAS:

ANEEL (Brasil). Resolução Normativa N° 798, de 12 de dezembro de 2017. **Aprova revisão da Norma de Organização da ANEEL n° 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da agência.** Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017798.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2020. p.1.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de lei 2734/2011.** Altera a Lei n° 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que "Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências". Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=527709>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei 5325/2019.** Altera a Lei n° 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para vedar a inclusão das perdas não técnicas de energia elétrica nas tarifas de fornecimento de energia elétrica praticadas pelas concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139103#:~:text=Pro%C3%ADbe%20a%20inclus%C3%A3o%20das%20perdas,e%20permission%C3%A1rias%20do%20servi%C3%A7o%20p%C3%ABlico.>> Acesso em: 22 de nov. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação cível n° 342739-PE (2002.83.00.009457-0). Apelante: José Fernandes Pauletti e outro. Apelada: Ministério Público Federal Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Recife, 30 de novembro de 2004. **Lex:** jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, v. 10, n. 234, p. 509, nov. 2004.

CABEZA, Eliane Rocha de La Osa, CAL, Arianne Brito Rodriguez, O risco de captura nas Agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. In: **CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO**, 6, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>> Acesso em: 30 de out. de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHAVES, Patrícia Leão, RIBEIRO, Rafael Couto, MACHADO, Renan, Crise das agências reguladoras. **Revista de direito público da procuradoria-geral do município de Londrina**, Londrina, v. 8, n. 1, p. 81-92. 2019. Disponível em: <http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

Congresso mantém vetos ao marco legal das agências reguladoras. **Senado notícias**, Brasília, 02 de out. de 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/02/congresso-mantem-veto-s-ao-marco-legal-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 30 de out. de 2020.

Criadas nos anos 1990, agências reguladoras já foram alvo de polêmicas e reclamações. **G1**, São Paulo, 22 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/22/criadas-nos-anos-1990-agencias-reguladoras-ja-foram-alvo-de-polemicas-e-reclamacoes.ghtml>>. Acesso em: 30 de out. de 2020.

DA SILVA, Cristiane Alves, ROCCO, Antonio Rangel Rosso Nelson. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. **Revista de Direito administrativo e constitucional**, Curitiba, v. 13, n. 51, p. 251-273. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/151/0>>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

DE ALMEIDA, Fabrício Bolzan. **Manual de Direito Administrativo / Fabrício Bolzan de Almeida**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

DE ARAGÃO, Alexandre Santos, Considerações iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. **Revista de direito da administração pública**, Rio de Janeiro, ano 5, v. 1, n. 1, p. 07-23. 2020. Disponível em: <<http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/209>>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

DE CAMPOS, Humberto Alves, Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 281-303. 2008. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/702/572>>.

Acesso em: 20 de set. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DURANTE, Lúcio, O fórum brasileiro sobre agências reguladoras: contribuições ao debate e à prática social. In: **Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, VII**, 2011. Rio de Janeiro. p. 27-34. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrado.A>>. Acesso em: 16 de set. de 2020.

GARNICA, Vitor Gabriel, KEMPFER, Marlene. O fenômeno da captura e independência das agências reguladoras no Brasil. **Revista brasileira de filosofia do direito**, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 43-60. 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/5830>>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

GUERRA, Sérgio, SALINAS, Natalia, Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito econômico e socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 402-430. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/24570>>. Acesso em: 16 de set. de 2020.

GUERRA, Sérgio, SALINAS, Natália, O congresso nacional e a frágil autonomia das agências reguladoras. **Revista conjuntura econômica**, Rio de Janeiro, v. 74, n. 3, p. 26-28. 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/81568>>. Acesso em: 05 de out. de 2020.

GUERRA, Sérgio, Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 330-347. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42475>>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

HIGASHIYAMA, Fabieli Campos. **Legitimidade e Construção de conformidade no processo regulatório: o uso da análise de impacto regulatório (AIR) na Agência Nacional de Cinema (ANCINE)**. In: Encontro de Administração da Justiça ENAJUS, III., 2020, Brasília. p. 1-12. Disponível em: <<http://www.enajus.org.br/assets/sessoes/sessao-05/3-legitimidade-e-construc-a-o-d-o-significado-de-conformidade-no-processo-regulato-rio-o-uso-da-ana-lise-de-impact-o-regulato-rio-air-na-age-ncia-nacional-de-cinema-ancine.pdf>>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

LEAL, Fernando, MENDONÇA, José Vicente Santos (org). **Transformações do direito administrativo: liberdades econômicas e regulação**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019.

_____. **Lei nº 9.491**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, 1997.

_____. **Lei nº 13.454**. Autoriza a produção, a comercialização e o consumo, sob prescrição médica, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol. Brasília, Presidência da câmara dos deputados, 2017.

_____. **Lei nº 13.848**. 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: Presidência da República, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras / Paulo Roberto Ferreira Motta**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto, Participação e descentralização administrativa: lições de experiências brasileiras. **Revista de administração pública**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3 p. 174-194. 1994. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8601>. Acesso em: 19 de out. de 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia; MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017

PINHEIRO, Ivan Antônio, MOTTA, Paulo Cesar Delayti, A condição de autarquia especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão. **Revista de administração pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3 p. 459-484. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6447>. Acesso em: 19 de out. de 2020.

PIZA, Paulo Toledo. PF prende dois diretores de agências reguladoras e indícia 18 por fraudes. **G1**, São Paulo, 23 de nov. de 2012. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>> . Acesso em: 22 de nov. de 2020.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba, Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: (Org) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: **Anvisa**, 2009. cap. 5. p. 125-159. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2009/livro_regulacao_agencias_reguladoras.pdf/view>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

RUAS, Cynthia, A insuficiência da estruturação da independência orgânica das agências reguladoras federais contra a interferência político-partidária. **Revista de direito setorial e regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 115-130. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/24509>>. Acesso em: 16 de set. de 2020.

SALINAS, Natália, A intervenção do congresso nacional da autonomia das agências reguladoras. **Revista estudos institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 586-614. 2019. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/302>>. Acesso em: 16 de set. de 2020.

VILELA, Danilo Vieira, A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil - Lei nº 13.848/2019. **Revista do Direito público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115. 2020.

Disponível

em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/35996>>. Acesso em:
21 de out. 2020.