

PARECER DA COMISSÃO DE DIREITO DE ENERGIA E TRANSIÇÃO ENERGÉTICA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

EMENDA PARLAMENTAR QUE DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DE CONSELHOS NORMATIVOS E ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS JULGADORES INDEPENDENTES EXTERNOS À ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS. TENTATIVA DE ESVAZIAMENTO DAS COMPETÊNCIAS DAS AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS EM REGIME ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DA INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO NA CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS E CARGOS QUE IMPLIQUEM AUMENTO DE DESPESA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUGESTÃO DE QUE O IAB PROMOVA ESFORÇOS NO SENTIDO DE SENSIBILIZAR O CONGRESSO NACIONAL DE QUE, ALÉM DE INCONSTITUCIONAL, A MEDIDA É INOPORTUNA E INCONVENIENTE AO INTERESSE PÚBLICO, PREJUDICANDO A ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS PRIVADOS NO PAÍS, EM ESPECIAL NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA.

Palavras-chave: Agência. Regulação. Autarquia em regime especial. Conselhos Normativos. Emenda parlamentar.

I - RELATÓRIO

1. Este parecer analisa a emenda parlamentar n. 54, da lavra do deputado Danilo Forte, ao projeto de conversão da medida provisória 1154/2023, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

2. Referida medida provisória intenciona retirar das agências reguladoras federais (i) o poder normativo sobre os setores regulados, transferindo-o a conselhos compostos por representantes de diferentes segmentos da sociedade; e (ii) o poder de decisão final de processos sancionadores na esfera administrativa, transferindo-o a órgãos administrativos decisórios independentes. Nesse sentido, propõe a inclusão, na lei de criação de cada uma das agências reguladoras federais (à exceção da Agência Nacional de Proteção de Dados), artigos de teor equivalente ao abaixo transcrito, que se refere à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel):

Art. 10-A. A edição de atos normativos disposta nos dispositivos deste capítulo, mesmo nos setores regulados, será exercida por meio de Conselhos ligados aos Ministérios e secretarias que atuarão nas funções de regulação, deslegalização e edição de atos normativos infralegais, sendo compostos, na forma da lei, por representantes do Ministério, da Agência, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, aprovados pelo Congresso Nacional.

Parágrafo Único. As decisões inerentes à atividade de contencioso administrativo da Agência Nacional de Energia Elétrica serão de competência exclusiva de órgão administrativo julgador independente no qual se garanta o duplo grau de jurisdição e o direito à ampla defesa e contraditório.

3. Portanto, a proposta pretende a criação de dois novos órgãos para cada um dos onze setores regulados pelas agências reguladoras federais Aneel, Anatel, ANP, Anvisa, ANS, ANA, Ancine, ANTT, Antaq, Anac e ANM: um conselho normativo e um órgão administrativo julgador independente.

4. A Justificativa para a referida emenda parlamentar apresenta alegações em torno do princípio da separação dos poderes, sugerindo que as agências reguladoras concentrariam excessivas competências por normatizarem, fiscalizarem e sancionarem os setores e agentes regulados. Veja-se o seu inteiro teor:

O princípio da separação de poderes descreve a relação entre os Poderes com funções de legislar e regulamentar, executar e julgar. A partir desse entendimento e da concepção de harmonia entre os Poderes, é necessário criar mecanismos que proporcionem o melhor relacionamento e execução de tarefas na Administração Pública.

Com esse intuito, propomos a criação de um Conselho, vinculado aos Ministérios e agências reguladoras, para deliberação de atividades normativas. Esse modelo possibilita maior interação entre os componentes, de modo a discriminar funções reguladoras e julgadoras, com maior transparência, responsabilidade e participação democrática.

Dessa forma, para regular, deslegalizar e editar atos normativos infralegais, ou seja, toda a atividade normativa terá que haver a interação entre representantes do Ministério, das Agências, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, garantindo o controle e a vigilância de um poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais.

Com tais alterações nas Leis nº 9.427 de 1996; Lei nº 9.472 de 1997; Lei nº 9.478 de 1997; Lei nº 9.782 de 1999; Lei nº 9.961 de 2000; Lei nº 9.984 de 2000; Lei nº 10.233 de 2001; MP nº 2.228-1 de 2001; Lei nº 11.182 de 2005; Lei nº 13.575 de 2017, que criaram as Agências Reguladoras brasileiras, objetiva-se proporcionar maior clareza e controle das atividades executiva,

normativa e contenciosa destas entidades da Administração Pública Indireta vinculadas à União

5. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Preliminarmente: a emenda parlamentar proposta é inconstitucional por vício de iniciativa legislativa. É privativa do presidente da República iniciativas de lei para a criação de órgãos, cargos e aumentos de despesa na Administração Pública federal

6. Inicialmente, cumpre mencionar que a emenda parlamentar propõe a criação de 22 órgãos no âmbito da Administração Pública, sendo 11 conselhos normativos e 11 órgãos administrativos julgadores independentes.¹ O funcionamento desses órgãos, por consequência lógica, requererá a criação de cargos e implicará aumento de despesas. Há, nesse aspecto, inconstitucionalidade por vício de iniciativa, por ofensa ao art. 61, § 1º da Constituição Federal:

Art. 61. (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

(...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.

7. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

¹ A redação da emenda parlamentar permite alguma dúvida sobre se seria criado um órgão administrativo julgador independente por setor regulado ou um único com competência sobre todos os setores. O fato de se sugerir alterações específicas na lei de criação de cada agência reguladora sugere que haveria uma nova estrutura para cada setor. De todo modo, este ponto não altera a fundamentação e a conclusão do parecer.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República).

2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica.

3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal.

4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2113, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-01 PP-00130)

EMENDA PARLAMENTAR INTRODUZIDA EM PROJETO DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. PROVIMENTO DE CARGOS EM FUNDAÇÃO ESTADUAL SEM CONCURSO PÚBLICO. VÍCIO DE INICIATIVA. AUMENTO DE DESPESA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Emenda parlamentar introduzida em projeto de lei de exclusiva iniciativa do Governador do Estado, sobre servidores de fundação pública, que implica aumento de despesa, constitui violação ao princípio da reserva de iniciativa das leis (CF, artigos 61, § 1º, II, a e c, e 63, I).

2. O aproveitamento de servidores de entidade privada que prestam serviço a órgão público é forma de provimento ofensiva à exigência constitucional do concurso público (CF, artigo 37, II).

3. Plausibilidade da tese jurídica e existência do periculum in mora. Cautelar deferida.

(ADI 2186 MC, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2000, DJ 01-08-2003 PP-00107 EMENT VOL-02117-32 PP-06728)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA. C.F., art. 61, § 1º, II, a, c e e, art. 63, I; Lei 13.145/2001, do Ceará, art. 4º; Lei 13.155/2001, do Ceará, artigos 6º, 8º e 9º, Anexo V, referido no art. 1º.

I. As regras do processo legislativo, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros. Precedentes do STF.

II. Leis relativas à remuneração do servidor público, que digam respeito ao regime jurídico destes, que criam ou extingam órgãos da administração pública, são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. C.F., art. 61, § 1º, II, a, c e e.

III. - Matéria de iniciativa reservada: as restrições ao poder de emenda - C.F., art. 63, I - ficam reduzidas à proibição de aumento de despesa e à hipótese de impertinência de emenda ao tema do projeto. Precedentes do STF.

IV - ADI julgada procedente.

(ADI 2569, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2003, DJ 02-05-2003 PP-00028 EMENT VOL-02108-02 PP-00248)

8. Portanto, a emenda parlamentar em questão não deve ser aprovada pelo Congresso Nacional, por ser inconstitucional.

II.2 As características das agências reguladoras e sua relevância para a boa Administração

9. No mérito, melhor sorte não assiste à emenda parlamentar proposta, como se passa a demonstrar.

10. As agências reguladoras federais são autarquias em regime especial criadas por leis específicas no contexto da reforma do Estado empreendida nos anos 1990. A sua inserção no ordenamento jurídico atende a um reconhecimento de que a disciplina de certas matérias no âmbito da Administração Pública deve ser realizada no bojo de entidades dotadas de autonomia reforçada.

11. Ao contrário das autarquias comuns, as agências reguladoras federais possuem como características a organização do seu corpo decisório máximo em regime colegiado e a nomeação a termo dos seus diretores, pelo presidente da República, somente após a chancela do Senado Federal, sendo vedada a sua exoneração imotivada. Além disso, são

a última instância decisória, na esfera administrativa, acerca das matérias sob sua atribuição.

12. A definição legal de agências reguladoras é encontrada no art. 3º da Lei 13.848/2019:

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.

13. A ausência de tutela ou subordinação hierárquica consiste no reconhecimento de que as decisões da diretoria colegiada das agências reguladoras são finais na esfera administrativa, conforme o enunciado 25 aprovado na 1ª Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em 2020:

25. A ausência de tutela a que se refere o art. 3º, *caput*, da Lei 13.848/2019 impede a interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisões finais proferidas pela diretoria colegiada das agências reguladoras, ressalvados os casos de previsão legal expressa e assegurada, em todo caso, a apreciação judicial, em atenção ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.²

14. Dessa forma, as decisões das agências reguladoras somente podem ser questionadas em órgãos de controle externos à Administração Pública, em especial, no Poder Judiciário e, em alguns casos, no Tribunal de Contas da União. Essa característica é necessária para que as agências possam decidir temas que por vezes podem contrariar interesses da Administração direta, como, por exemplo, a homologação de reajustes tarifários decorrentes da aplicação de cláusulas constantes de contratos de concessão.

15. Sendo autarquias, a competência de cada uma das agências reguladoras federais é estabelecida pelas suas respectivas leis de criação, conforme exigência do art. 37, XIX, da Constituição Federal.³ Portanto, a criação de cada uma dessas entidades foi chancelada

² <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados>. Acesso em 22.abr.2023.

³ Constituição Federal. Art. 37. (...) XIX. Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei

pelo Congresso Nacional, que aprovou leis que estabelecem a extensão e os limites das atribuições de cada uma.⁴

16. Em 2019, foi promulgada a Lei 13.848/2019, conhecida como a “Lei Geral das Agências Reguladoras Federais”, a qual trouxe um conjunto muito relevante de normas aplicáveis a todas as agências reguladoras federais, em linha com as melhores práticas internacionais destacadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵. Dentre as previsões da Lei 13.848/2019, encontram-se exigências de que a atividade das agências reguladoras seja pautada por critério de previsibilidade e transparência, tais como:

- a. que cada agência publique seu plano estratégico quadrienal;⁶
- b. necessidade de elaboração de plano de gestão anual;⁷
- c. que cada agência divulgue sua agenda regulatória, destacando os temas que terão prioridade nos esforços regulatórios dos anos subsequentes;⁸

complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁴ Exceção feita à Agência Nacional do Cinema, criada pela medida provisória 2228-1/2001, que não foi convertida em lei, mas teve seus efeitos tornados definitivos nos termos do art. 2º da emenda constitucional 32/2001: Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

⁵ OCDE. *OECD Best practice principles for regulatory policy: The governance of regulators*, 2014. https://read.oecd-ilibrary.org/governance/the-governance-of-regulators/chapter-3-decision-making-and-governing-body-structure-for-independent-regulators_9789264209015-8-en#page12. OCDE. *OECD Best practice principles for regulatory policy: Regulatory impact assessment*, 2020. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-assessment_7a9638cb-en#page1. Acesso em 20.abr.2023

⁶ Lei 13.848/2019. Art. 17. A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que conterá os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a 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.

⁷ Lei 13.848/2019. 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.

⁸ Lei 13.848/2019. Art. 21. A agência reguladora implementará, no respectivo âmbito de atuação, a agenda regulatória, instrumento de planejamento da atividade normativa que conterá o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência. § 1º A agenda regulatória deverá ser alinhada com os objetivos do plano estratégico e integrará o plano de gestão anual. § 2º A agenda regulatória será aprovada pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada e será disponibilizada na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

- d. publicação de pautas e atas das reuniões de diretoria colegiada, ressaltados documentos classificados como sigilosos na forma da lei;⁹
- e. publicidade das reuniões de diretoria colegiada, que deverão ser gravadas e disponibilizadas ao público, ressaltados os documentos classificados como sigilosos na forma da lei;¹⁰
- f. realização de consulta pública previamente à edição de todo ato normativo, com duração mínima de 45, ressaltadas as situações de urgência e relevância;¹¹ e
- g. realização de prévia análise de impacto regulatório (“AIR”) antes da tomada de decisão de normatizar qualquer matéria.¹²

17. Conforme se pode notar, as previsões legais acima listadas conferem às agências reguladoras um conjunto de obrigações que denotam elevado grau de governança institucional, visando à melhoria da qualidade da regulação e dificultando a captura do regulador. Trata-se de características que promovem os princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência administrativa, conforme preconiza o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.¹³

⁹ Lei 13.848/2019. Art. 8º. As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico. § 1º A pauta de reunião deliberativa deverá ser divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis. § 2º Somente poderá ser deliberada matéria que conste da pauta de reunião divulgada na forma do § 1º. § 3º A gravação de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 15 (quinze) dias úteis após o encerramento da reunião. § 4º A ata de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 5 (cinco) dias úteis após sua aprovação.

¹⁰ Lei 13.848/2019. Art. 8º. § 6º Não se aplica o disposto neste artigo às deliberações do conselho diretor ou da diretoria colegiada que envolvam: I - documentos classificados como sigilosos; II - matéria de natureza administrativa.

¹¹ Lei 13.848/2019. 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. § 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressaltado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado. (...).

¹² Lei 13.848/2019. 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 Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (...) O tema foi regulamentado pelo decreto 10.411/2020.

¹³ Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

18. Referidas exigências trazem também previsibilidade aos agentes econômicos e à sociedade em geral, visto que mudanças no ordenamento jurídico regulatório somente podem ocorrer após o devido processo normativo, em que são obrigatórias a realização de consulta pública, com duração mínima de 45 dias (ressalvados os casos de urgência devidamente motivados), e de AIR. Esses instrumentos concretizam os princípios da motivação e da segurança jurídica, evitando que haja a publicação de normas sem prévia oportunidade de debate com a sociedade.

19. Portanto, há exigência legal de estabelecimento de canal de diálogo institucional com os diversos segmentos da sociedade potencialmente afetados pelas futuras normas: empresários, consumidores/usuários, academia e sociedade civil possuem direito legalmente assegurado de que haja momento de participação social previamente a mudanças normativas. A AIR, por sua vez, exige das agências reguladoras a ponderação de diferentes cenários e a explicitação de vantagens e desvantagens de cada um. A ausência de realização de consulta pública e de AIR nos casos legalmente exigidos macula de ilegalidade a norma que venha a ser aprovada pela diretoria colegiada.

20. Ademais, a Lei Geral das Agências alterou a Lei 9986/2000 para reforçar exigências de formação universitária, tempo mínimo de experiência e conhecimento compatível com o cargo a ser ocupado nas nomeações de diretores das agências reguladoras.¹⁴ O cumprimento dessas determinações compete tanto ao poder Executivo,

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁴ Lei 13.848/2019. Art. 42. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) “Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “F” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II: I - ter experiência profissional de, no mínimo: a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e

que tem o poder de indicar e nomear os dirigentes, quanto ao Congresso Nacional, por meio do Senado Federal, a quem compete sabatar os indicados e rejeitar aqueles que não estejam aptos ou não preencham os critérios da lei.

21. Ademais, merece ser mencionado que a aprovação da Lei 13.848/2019, que fortaleceu o arcabouço jurídico-institucional das agências reguladoras, insere-se na estratégia de adesão do Brasil às boas práticas da OCDE visando à futura acessão do país ao bloco, em linha com os compromissos apresentados em Paris em 2022.¹⁵

II.3 As agências reguladoras não ofendem o princípio da separação dos poderes

22. À luz de todo o exposto na seção antecedente, tem-se que, ao contrário do disposto na Justificativa para a emenda parlamentar, o arcabouço legal das agências reguladoras não ofende a separação dos poderes e não permite a usurpação de qualquer atribuição do Poderes Legislativo ou do Poder Judiciário por essas entidades.

23. Com relação ao Parlamento, tem-se que o exercício de poder normativo das agências reguladoras apresenta caráter secundário, devendo encontrar fundamento de validade em uma lei em sentido estrito. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 1668:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 9.472/1997. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO REGULADOR. INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. SUPERVISÃO MINISTERIAL. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIAS ANATEL. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO PODER EXECUTIVO NÃO VERIFICADA. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

(...)

3. O poder de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado é imanente à

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado. (...).

§ 5º A indicação, pelo Presidente da República, dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada a serem submetidos à aprovação do Senado Federal especificará, em cada caso, se a indicação é para Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro”.

¹⁵ SALINAS, Natasha; THEVENARD, Lucas. A política regulatória brasileira em face das recentes recomendações da OCDE. *Consultor Jurídico*, 2 de abril de 2022. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2022-abr-02/salinas-gomes-recentes-recomendacoes-ocde>. Acesso em 25.04.2024.

atividade regulatória da agência, a quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços. Interpretação conforme à Constituição para fixar o entendimento de que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir tais normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem matéria. (...)

9. Ação direta conhecida em parte, e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente.

(ADI 1668, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 22-03-2021 PUBLIC 23-03-2021)

24. A proposta parlamentar alude ainda a que competiria aos conselhos normativos a função de “deslegalização”. Todavia, conforme apontaram Natasha Salinas e Patrícia Sampaio, a deslegalização não compete à Administração Pública, seja por meio das agências reguladoras, seja por meio de pretensos conselhos normativos. Conforme esclareceram:

a proposta também denota desconhecimento da função de deslegalização, atribuída na proposta aos Conselhos Normativos que seriam criados. Quem pode deslegalizar é o Poder Legislativo, não um órgão administrativo, qualquer que seja a sua composição. O órgão para quem o Legislativo deslegaliza determinada matéria age nos limites da deslegalização. Nesse sentido, tem-se a irretocável lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo a qual *"modalidade anômala de transferência sem delegação é a deslegalização, ou delegificação, pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, no exercício da competência implícita no caput do art. 48 da Constituição"*. E, citando doutrina de García de Enterría, deixa clara a diferença da deslegalização para a edição de leis delegadas, explicitando que no caso de *"simples delegação — a norma delegada tem força de lei — lei delegada, ao passo que naquela hipótese — da deslegalização, a norma deslegalizada tem natureza administrativa ou regulamentar"*. Portanto, o instituto da deslegalização preserva o campo de atuação do Poder Legislativo.

A relevância do instituto da deslegalização está muito relacionada ao tema da revogação de normas legais por regulação superveniente. A doutrina se divide quanto a quem reconhece ou não a sua constitucionalidade. De todo modo, é fato que às agências não cabe atuar "nas funções de deslegalização"; ela recebe atribuições normativas a partir de decisões tomadas em leis aprovadas no Parlamento.¹⁶

¹⁶ SALINAS, Natasha; SAMPAIO, Patricia. *Conselhos normativos representarão retrocesso na atividade regulatória federal*. Conjur – coluna Fábrica de Leis, 07.fev.2023. disponível em

25. Dessa forma, resta claro que, em matéria de normatização, as funções do Parlamento e das agências reguladoras não se confundem, não podendo, nesse aspecto, prosperar a Justificativa da emenda parlamentar de que haveria uma alegada concentração de poderes nas entidades reguladoras.

26. Quanto à relação com o Poder Judiciário, tem-se que as decisões das agências reguladoras, como qualquer ato administrativo, sujeitam-se à revisão dos órgãos externos de controle, em especial, do Poder Judiciário. Ressalvam-se apenas os pilares da teoria do controle dos atos do poder administrativo pelo Poder Judiciário: esse controle é restrito à verificação de sua legalidade e constitucionalidade. Algumas decisões das agências reguladoras são tomadas no exercício de discricionariedade técnica, não cabendo ao poder Judiciário a revisão do mérito das decisões administrativas que sejam devidamente motivadas.

27. Em suma, as agências reguladoras devem normatizar e aplicar sanções com base e nos limites das competências que lhe são legalmente atribuídas. Como entidades da Administração Pública, devem obediência ao princípio da legalidade estatuído no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, compreendido como vinculação positiva à lei. Ainda que se possa debater a extensão e os limites da normatização e do exercício do poder sancionador pelas agências reguladoras, tem-se que elas não podem inovar primariamente na ordem jurídica neste quesito, sob pena de ilegalidade e, indiretamente, inconstitucionalidade.

28. As agências reguladoras federais devem igualmente obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários do princípio do devido processo legal, constitucionalmente exigidos também dos processos administrativos pelo art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.¹⁷ A Lei 13.848/2019 requer das agências reguladoras motivação de suas decisões e proporcionalidade na aplicação de sanções.¹⁸

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-07/fabrica-leis-conselhos-normativos-serao-retrocesso-atividade-regulatoria>. Acesso em 22.abr.2023.

¹⁷ Constituição Federal. Art. 5º. (...). LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).

¹⁸ Lei 13.848/2019. Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela

Essas entidades estão, ademais, sujeitas à Lei 9.784/1999 – a lei de processo administrativo federal – amplamente reconhecida pelo largo rol de princípios e regras protetivas dos direitos dos administrados em face da Administração Pública.

29. Caso uma agência reguladora viole as exigências ínsitas ao devido processo legal ou qualquer das normas estabelecidas na Lei 9.784/1999, na Lei 13.848/2019, ou nas suas respectivas leis de criação, referida decisão estará eivada de inconstitucionalidade ou ilegalidades. Nessas hipóteses, qualquer parte prejudicada pode recorrer ao Poder Judiciário para a tutela de seus direitos.

30. Resta, por conseguinte, esclarecido que as funções das agências reguladoras não violam as prerrogativas dos poderes Legislativo e Judiciário.

II.4 A Emenda Parlamentar 54 afasta-se das melhores práticas internacionalmente aceitas de boa governança institucional

31. A emenda parlamentar 54, como visto, pretende criar órgãos normativos de composição plúrima, mas nada dispõe sobre as exigências para nomeação de seus membros. Não há nela requisitos de conhecimento técnico, tempo de experiência, ou sobre como se controlará se o nomeado efetivamente representa a parcela da sociedade à qual a vaga é atribuída. Apenas existe uma menção genérica de que esses indivíduos serão “aprovados pelo Congresso Nacional”. De outro lado, como visto, a atual redação da lei 9986/2000 traz um rol extenso de exigências a serem preenchidas para que alguém possa ser nomeado diretor de agência reguladora federal e já atribui ao Congresso Nacional, por meio do Senado Federal, o dever de realizar esse escrutínio.

32. Deve-se esclarecer que a própria composição dos conselhos normativos que se pretende criar, com representatividade de múltiplos setores – como se os designados devessem, nas reuniões desses conselhos, advogar as pautas dos respectivos segmentos representados – viola as melhores práticas elencadas pela OCDE. Há profundo risco de que decisões altamente complexas sejam tomadas sem suficiente conhecimento técnico.

necessária ao atendimento do interesse público. Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

33. A alegação de que a composição plúrima atenderia a ditames democráticos não deve, nesse tocante, sensibilizar os congressistas que discutirão a proposta. A legitimidade democrática das agências reguladoras, da perspectiva do seu desenho institucional, é atendida pelas já mencionadas exigências de consulta pública como elemento de validade das normas a serem expedidas; pela participação do Senado Federal no processo de nomeação dos diretores; e pelo sistema de freios e contrapesos entre os poderes constitucionalmente estabelecido, que submete todo e qualquer ato administrativo a controle de constitucionalidade e legalidade pelo Poder Judiciário e, em algumas matérias, ao TCU.

34. As questões normatizadas pelas agências reguladoras são dotadas de elevada complexidade. A participação dos grupos de interesse deve ter lugar no momento da consulta pública e nos casos em que é convocada audiência pública. A decisão final, no entanto, necessita ser técnica e ponderar os seus potenciais efeitos no longo prazo, guardando equidistância dos agentes econômicos, dos consumidores/usuários e da Administração direta, que muitas vezes atua nos setores regulados como parte contratante (nos casos dos contratos de concessão e PPPs). Deve-se ainda evitar que a indústria capture os órgãos reguladores, risco apontado por George Stigler em seu clássico *Theory of economic regulation*, no qual levanta a hipótese de que a regulação possa ser “adquirida pela indústria” e “operada em seu benefício”.¹⁹

35. Em suma, a existência de potenciais conflitos de interesse entre o governo central e o órgão regulador é apontado na literatura como um risco a ser adequadamente equacionado por meio de boas regras de governança. Para que possa ser tomada uma decisão equilibrada e imparcial frente aos diferentes grupos de interesse que orbitam a regulação é que a legislação traz um rol de exigências para que alguém possa ocupar um cargo de diretor, exige que a decisão final apresente caráter colegiado, e confere aos diretores mandato, vedada a exoneração *ad nutum*. Nesse sentido, as práticas da OCDE orientam:

4. Para evitar conflitos de interesse, onde houver a necessidade de representação formal de *stakeholders* específicos em tomadas de decisão estratégicas, é melhor que mecanismos para engajar os *stakeholders* sejam

¹⁹ STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, primavera de 1971.

estabelecidos como comitês de aconselhamento ou consultivos, do que tornar esses *stakeholders* membros do órgão regulador.²⁰

36. A OCDE também aponta que, uma vez nomeados, os diretores devem exercer seus mandatos no melhor interesse da qualidade decisória para o desenvolvimento do setor, e não na defesa dos interesses dos grupos dos quais são originários. Nesse sentido:

“6. O papel dos membros do órgão regulador que são apontados por sua expertise técnica ou [conhecimento da] tecnologia da indústria deveria claramente ser o de suportar tomadas de decisão robustas no interesse público, e não o de representar os interesses de *stakeholders*”.²¹

37. Ademais, como visto, todos os processos, inclusive os sancionadores, são decididos, em instância administrativa final, nas reuniões públicas de diretoria colegiada, com escrutínio potencial de toda a sociedade., ressalvados os excepcionais casos de sigilo, que necessitam ser fundamentados.

38. A emenda parlamentar, todavia, nada dispõe sobre exigências de publicidade e transparência das atividades, seja dos conselhos normativos, seja dos órgãos administrativos julgadores independentes que seriam criados. Em realidade com relação aos conselhos normativos, de forma absolutamente ineficiente, se a emenda parlamentar vier a ser aprovada, será necessário, posteriormente, discutir e aprovar nova lei para que esses órgãos possam funcionar, já que a sua aprovação dar-se-á “na forma da lei”.

39. Contudo, ainda que a norma trazida pela emenda parlamentar não seja autoaplicável, já que a proposta não desenha minimamente como esses novos órgãos funcionariam, a sua aprovação já trará muito ruído ao processo de consolidação

²⁰ No original: “4. To avoid conflict of interests, where there is need for formal representation of specific stakeholders in strategic decision making, stakeholder engagement mechanisms such as an advisory or consultive committee should be established, rather than making those stakeholders members of the regulatory governing body”. OCDE. *OECD Best practice principles for regulatory policy: The governance of regulators*, 29.jul.2014. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/governance/the-governance-of-regulators/chapter-3-decision-making-and-governing-body-structure-for-independent-regulators_9789264209015-8-en#page12. Acesso em 20.abr.2023.

²¹ No original: “6. The role of members of the governing body who are appointed for their technical expertise or industry technology should clearly be to support robust decision making in the public interest, rather than to represent stakeholder interests”. OCDE. *OECD Best practice principles for regulatory policy: The governance of regulators*, 29.jul.2014. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/governance/the-governance-of-regulators/chapter-3-decision-making-and-governing-body-structure-for-independent-regulators_9789264209015-8-en#page12. Acesso em 20.abr.2023.

institucional dos setores regulados federais. A atração de investimentos tende a ser em muito prejudicada, principalmente nos casos de projetos de infraestrutura, cujos retornos somente são esperados no longo prazo. O mercado ficará à espera de uma nova lei que poderá não vir a ser aprovada, mas cuja ameaça futura de existência, em si, tem potencial para desestabilizar o cenário.

40. As agências reguladoras necessitam ser fortes e reconhecidas pelo mercado como efetivamente autônomas para gerar confiança na celebração de contratos de longo prazo. Segmentar as funções normativa, fiscalizadora e sancionadora em diferentes instituições não colabora nesse processo, criando riscos graves de entendimentos e decisões contraditórias. Ficar muito mais difícil cobrar coerência institucional da Administração Pública se a atividade administrativa for altamente fragmentada.

41. Sobretudo, existe elevado risco de retrocesso institucional, já que a ausência de qualquer menção a qual seria o desenho institucional desses novéis corpos burocráticos a serem criados traz fundado receio de prejuízos às exigências de planejamento, transparência e publicidade que atualmente são legalmente requeridas de todas as agências reguladoras federais pela Lei 13.848/2019. Como visto, a Lei Geral das Agências Reguladoras apresenta um rol de relevantes direitos conquistados por todos os segmentos da sociedade afetados pela regulação setorial. Esses podem se manifestar livremente no curso dos processos administrativos, que tem por regra a publicidade. Também nos processos sancionadores, a regra de publicidade das sessões regulatórias e de publicação de pautas, atas e votos contribui para a concretização do devido processo legal e evita que os agentes sejam surpreendidos por decisões arbitrárias. Nas hipóteses em que ilegalidades ou inconstitucionalidades forem praticadas, cabe ao Poder Judiciário, uma vez provocado, restabelecer a juridicidade da atuação dessas entidades da Administração Pública.

III - CONCLUSÃO

42. Por todas as razões acima expostas, roga-se que a Plenária do Instituto dos Advogados Brasileiros aprove este parecer e, na sequência, confira-lhe ampla publicidade, com o objetivo de contribuir para a discussão do tema ora em trâmite no Congresso Nacional, para que a emenda parlamentar 54 seja rejeitada por violar a

exigência constitucional de iniciativa privativa do presidente da República na propositura de leis que aumentem os custos da burocracia administrativa, seja porque no seu mérito referida proposta viola o princípio da segurança jurídica e representa retrocesso institucional.

É o parecer.

Comissão de Direito de Energia do IAB