

Contribuições para a pauta regulatória do novo governo – parte 3

Autor(a): Mateus Piva Adami

Publicado em: 30 de janeiro de 2023

Publicação: jota_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/mateus-piva-adami/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>

Fonte original:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/mateus-piva-adami/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3#ep-e7b2b681

Resumo

Terceiro artigo da série que apresenta 5 passos fundamentais para o fortalecimento das agências reguladoras.

Texto integral

Este artigo integra a série “ Contribuições para a pauta regulatória do novo governo ” que lista alguns passos considerados fundamentais para o fortalecimento da atuação das Agências Reguladoras no novo governo. A intenção é contribuir para a criação de uma agenda que resgate, no contexto contemporâneo, os pressupostos que fundamentaram a implementação do modelo das Agências Reguladoras no país, essenciais para a qualidade e eficiência de sua atuação. No primeiro artigo publicado nesta Coluna, apresentamos uma breve introdução que procurou contextualizar a importância de uma atuação independente das Agências, bem como os fatos que têm prejudicado o adequado cumprimento de suas funções. Também listamos o fortalecimento do corpo diretivo das Agências Reguladoras como primeiro aspecto a ser considerado para o seu fortalecimento institucional. Seguindo os passos considerados para o aprimoramento da atuação dos órgãos reguladores, destacamos, no segundo artigo , a relevância do constante aprimoramento do seu processo decisório . Nesta oportunidade, apresentamos um terceiro passo fundamental a ser considerado, envolvendo a preservação das competências legais conferidas às Agências Reguladoras e limitação das ações de controle. Passo 3: Disciplina e Racionalização da atuação do controle externo e interno sobre a atuação das Agências Reguladoras Um terceiro aspecto que merece especial atenção é o risco de uma intervenção excessiva de órgãos de controle externo e interno sobre matérias de competência discricionária das Agências Reguladoras. Duas preocupações principais justificam o destaque do tema. A primeira deriva da atuação observada junto aos órgãos de controle externo que, muitas vezes, acarreta uma verdadeira substituição de decisões discricionárias sob a competência das Agências Reguladoras. A segunda emerge de uma possível interpretação inadequada das hipóteses de “abuso de poder regulatório” descritas pelo art. 4º da Lei n.º 13.874/2019 diante dos parâmetros extremamente vagos ali previstos, que traz o risco de um escrutínio distorcido dos atos das Agências Reguladoras pelos órgãos de controle. Com relação ao primeiro ponto, destaca-se, sobretudo, a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) que, a despeito de deter competência constitucional para o exercício de controle a posteriori,

baseado em parâmetros de legalidade e restrito a matérias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, em consonância com os arts. 71 e 72 da Constituição, tem avocado para si, ao longo dos últimos, a ampla revisão de atos administrativos e de decisões de política regulatória [1]. Sobre esse ponto, vale mencionar os importantes estudos conduzidos a respeito pelo Grupo Público da FVG Direito SP, em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) no âmbito do projeto Observatório do TCU, que acompanha a ampliação do controle externo sobre a Administração Pública. É verdade que, por vezes, o TCU apresenta entendimento deferente às competências dos órgãos reguladores em suas decisões, com destaque à sua autonomia e à inconveniência de que venha a substituir o papel das Agências Reguladoras. No entanto, também é fato que, em inúmeros casos, a corte acaba por ultrapassar tal limitação, ao questionar decisões tomadas pelas Agências no âmbito de competências eminentemente discricionárias ou ao cobrar a implementação das recomendações que formula [2]. Há, ao menos, três graves consequências que decorrem da ausência de uma autocontenção do controlador, que vêm sendo reiteradamente destacadas por diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema: (i) a substituição da competência discricionária das Agências - concebidas como órgãos técnicos especializados e legitimados a deliberar sobre políticas regulatórias - pela competência discricionária do controlador; (ii) uma paralisia ou letargia no aparato administrativo, que passa ser altamente deferente ao controlador, inibindo decisões criativas e eficientes para a solução dos problemas inerentes aos setores regulados (fenômeno apelidado como “apagão das canetas”); e (iii) um movimento de seleção adversa dos gestores públicos, dado que gestores sérios e com capacidade decisória tendem a se recusar a aceitar o risco de serem a todo tempo questionados pelo TCU [3]. Portanto, é de extrema importância que as competências do Executivo e das Agências Reguladoras no planejamento e execução das políticas públicas e regulatórias sejam reafirmadas e que sejam adotadas medidas para resgate do papel constitucional reservado ao controle externo, que foi sendo ampliado por sua própria atuação ao longo do tempo. Nesse ponto, seria muito importante a autocontenção do controlador, o que, como já apontado, embora seja propagado na teoria, não tem sido verificado na prática, sempre que o controlador discorda de uma ação tomada pelas Agências Reguladoras. Frente a essa constatação, é recomendável uma limitação, no campo jurídico, da atuação do controle externo no momento da concepção dos atos regulatórios, bem como que a ação do controlador seja guiada por parâmetros de legalidade e contenção de arbítrios, sem pretensão de rever as ponderações de conveniência e oportunidade a cargo do regulador. Um segundo aspecto que merece cautela é o risco de uma distorção no controle sobre os atos das Agências Reguladoras, inclusive no âmbito interno da própria Administração, baseado na figura do “abuso de poder regulatório” que passou a ser prevista pela Lei de Liberdade Econômica, em seu art. 4º. De técnica legislativa contestável e pautado por uma lógica adversarial [4], é necessária cautela na aplicação do dispositivo, sob pena de se prejudicar a atividade regulatória. Não se pode olvidar que é parte da função regulatória a ponderação de interesses legítimos e conflitantes. Tampouco que a atividade regulatória, por essência, produzirá externalidades – como, por exemplo, aumentar custos de transação ou elevar barreiras à entrada. A questão é que tais efeitos ocorrem dentro da margem discricionária conferida legalmente às Agências, justamente para solucionar problemas setoriais. Ou seja, é algo inerente a sua competência legal. De modo a conferir legitimidade a esse papel é que o legislador determinou a observância de procedimentos transparentes, que assegurem a participação de todos os eventuais interessados, mediante procedimentos de AIR e consulta pública, que devem ser conduzidos de forma séria e efetiva, como já sustentado. Portanto, é fundamental que se respeite a discricionariedade Administrativa e que qualquer ação de controle seja baseada nos já

conhecidos parâmetros de legalidade, motivação e de claro despropósito das normas regulatórias. Portanto, o art. 4º da Lei de Liberdade Econômica deve ser lido como um guia para o devido desempenho das competências normativas pelos órgãos e entes da Administração [5]. Diante dos pontos apresentados, entendemos como fundamental a reafirmação das competências das Agências Reguladoras e dos espaços e parâmetros de atuação do controlador. Nesse sentido, apresentamos duas propostas de alteração normativa que visam um maior alinhamento do papel dos órgãos de controle, em consonância com as competências que lhes foram atribuídas pela Constituição: Alteração da Lei das Agências com o fim de orientar a atuação esperada do TCU no momento da concepção de atos regulatórios, bem como de outros órgãos de controle como o Ministério Público (MP). Nesse ponto, propõe-se a inclusão de referência ao TCU e ao MP, conjuntamente com a menção do órgão responsável no Ministério da Economia (ou outro Ministério que venha sucedê-lo), trazida pelo art. 9º, §7º da Lei n.º 13.848/2019, como órgãos competentes para opinar nos processos de consulta pública conduzidos pelas Agências Reguladoras. Objetiva-se, com a proposta, que eventuais ponderações do controlador sejam trazidas anteriormente à edição dos atos regulatórios, com caráter exclusivamente recomendatório, para que tenham sua conveniência avaliada pelas Agências Reguladoras em momento oportuno. Com isso, procura-se evitar rediscussões sobre decisões regulatórias após sua adoção, o que gera não apenas insegurança jurídica, como também atrasos na execução de políticas públicas ou regulatórias. Para além da alteração sugerida na Lei das Agências, também é salutar que a manifestação dos controladores seja provocada mediante o envio de ofício pelas respectivas Agências informando o MP, TCU e o próprio Ministério da Economia (ou outro Ministério que venha sucedê-lo) sobre a abertura de procedimentos de consulta pública. Adicionalmente, e sem prejuízo de outras medidas para conferir maior racionalidade à atividade de controle, seria importante que os órgãos de controle competentes atuassem de forma coordenada, a fim de evitar múltiplas instâncias e inúmeros pontos de veto para qualquer iniciativa regulatória. Note-se que tal atuação poderia ser implementada sem prejuízo das competências atribuídas a cada órgão, mediante uma atuação coordenada em um momento único, o que reduziria a incerteza que atualmente paira sobre a atividade regulatória. Propõe-se também a alteração da Lei das Agências com a inclusão de parâmetros a serem considerados na revisão dos atos administrativos discricionários pelo controle externo (tribunais de contas e judiciário). Nesse sentido, os parâmetros legais previstos para atuação das Agências, em consonância com a Lei n.º 13.848/2019, a Lei de Processo Administrativo Federal e respectivas normas setoriais, deveriam servir de baliza para a atuação do controlador na revisão dos atos regulatórios adotados pelas Agências, que deve sempre ser guiada por uma deferência às Agências Reguladoras no exercício das competências discricionárias que lhes foram atribuídas. Para tanto, a Lei das Agências poderia ser alterada de modo a prever as seguintes diretrizes a serem consideradas na atuação do controle externo: (i) enfoque sobre a constitucionalidade e legalidade dos atos praticados; (ii) avaliação da existência de motivação e coerência procedimental para fundamentação dos processos decisórios, conforme ritos e diretrizes previstas na referida lei e nas demais normas aplicáveis; e (iii) deferência às decisões de caráter técnico, que se mostrem, através de sua motivação, proporcionais aos problemas regulatórios a serem enfrentados [6], ainda que outros caminhos decisórios fossem considerados plausíveis. Em consonância com o exposto, entende-se que o caminho para uma regulação de qualidade seja o de fortalecimento das instituições e dos processos decisórios, e não de promoção de uma maior litigiosidade sobre a atuação dos reguladores, que somente contribui para uma maior insegurança jurídica (diante, por exemplo, da proliferação de práticas de revisão ou suspensão dos atos dos reguladores) e de

inibição dos próprios reguladores. Esperamos que as contribuições apresentadas tragam luzes a um possível aprimoramento legislativo neste sentido e à autocontenção dos órgãos de controle. * Agradecemos a valiosa contribuição da Camila Cavalcanti Garcia como assistente de pesquisa de base para a elaboração deste artigo.

[1] Como obras de referência a respeito, destacam-se: ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União. Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle . São Paulo: Quartier Latin, 2019; JORDÃO, Eduardo, Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública . São Paulo: Editora JusPodivm, 2022; PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador? – Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019. [2] O tema é aprofundado por: MERLOTTO, Nara Carolina . A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle . Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. [3] Esse aspecto foi ressaltado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no Julgamento do Processo Administrativo n.º 08012.001518/2006-37 referente à legalidade da cobrança da Terminal Handling Charge 2 (“THC2”), conforme voto-vista da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt , em que adverte os riscos de sancionamento dos órgãos reguladores pela revisão de decisões de mérito, nos seguintes termos: “Finalmente, ao TCU, compartilho inquietação de que ações mal fundamentadas de reguladores, quaisquer que sejam, possam causar imenso dano ao país, mas, para minimizar estes problemas, o ideal é focar no cerne da questão. Como existe o instituto da indicação, pelo Poder Executivo, e da sabatina, pelo Congresso, o desejável é que, neste processo, sejam escolhidos os melhores profissionais para ocupar estas posições. Sancionar servidores públicos por questões de mérito pode acarretar seleção adversa futura e receio destes profissionais inovarem em suas funções, o que é indesejável”. [4] COUTINHO, Diogo R. Regulação abusiva, uma faca no pescoço . Jota. 2019. [5] Sobre o ponto, vide: CARVALHO, Felipe Moreira de; MIOLA, Iagê Zendron; e COUTINHO, Diogo R. Lost in translation: equívocos da nova regulação do Ministério da Economia . Jota. 2021. [6] Uma análise aprofundada a respeito, a partir da jurisprudência norte americana, pode ser conferida em: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização . In: Sundfeld, Carlos Ari; ROSILHO, André Janjácómo (Org.). Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

ADAMI, Mateus Piva. Contribuições para a pauta regulatória do novo governo – parte 3. *jota_import*, 30 jan. 2023. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colonistas/mateus-piva-adami/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>. Acesso em: 20 ago. 2026.

APA 7ª edição

Adami, M. P. (2023, January 30). Contribuições para a pauta regulatória do novo governo – parte 3.

jota_import.

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

ADAMI, Mateus Piva. 2023. “Contribuições para a pauta regulatória do novo governo – parte 3.” **jota_import**, January 30.

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>

BibTeX

```
@article{mateus-piva-adami-contribui-es-para-a-pauta-regulat-ria-do-2023,  
author = {Adami, Mateus Piva},  
title = {Contribuições para a pauta regulatória do novo governo – parte 3},  
journal = {jota_import},  
year = {2023},  
url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contribuicoes-para-a-pauta-regulatori  
a-do-novo-governo-parte-3},  
urldate = {2023-01-30}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colonistas/mateus-piva-adami/contribuicoes-para-a-pauta-regulatoria-do-novo-governo-parte-3>

PDF gerado em 2026-08-20 18:00 UTC