

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 9 | n. 3 | setembro/dezembro 2018 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil

*Political control of regulatory agencies' rulemaking activity in
Brazil*

Sérgio Guerra*

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

sergio.guerra@fgv.br

Natasha Schmitt Caccia Salinas**

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

natasha.salinas@fgv.br

Recebido: 10/12/2018

Received: 12/10/2018

Aprovado: 17/02/2019

Approved: 02/17/2019

Como citar este artigo/*How to cite this article*: GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 402-430 set./dez. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.24570.

* Diretor e Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Pós-Doutor (*Visiting Researcher*) pela Yale Law School e Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Professor Colaborador do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2018.1). Editor da Revista de Direito Administrativo — RDA. Coordenador do Curso *International Business Law* da University of California - Irvine. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. E-mail: sergio.guerra@fgv.br.

** Professora do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Doutora e mestre pela USP. *Master of Laws* (L.L.M) pela Yale University. E-mail: natasha.salinas@fgv.br.

Resumo

O poder normativo outorgado às agências reguladoras não é ilimitado. As leis que regem as agências reguladoras refletem escolhas sobre a extensão deste poder. A depender do arranjo institucional adotado nas leis que disciplinam as competências normativas das agências reguladoras, este poder poderá ser mais ou menos extenso. Este artigo tem por objetivo analisar o controle político sobre a produção normativa das agências reguladoras federais brasileiras. Para tanto, são analisadas empiricamente iniciativas legislativas que controlam de forma prévia, concomitante ou posterior a atividade normativa dos órgãos reguladores. A principal contribuição deste artigo reside em apresentar uma nova sistematização, derivada da *práxis* legislativa, de variadas e não uniformes estratégias de atribuição de poderes normativos às agências reguladoras no Brasil.

Palavras-chave: Controle político; Estado administrativo; Agências reguladoras federais; Poder normativo; Arranjos institucionais.

Abstract

The rulemaking power granted to regulatory agencies is not unlimited. Statutes can be described as the result of struggles over the extension of this power. The rulemaking power will be more or less intensive depending on the statutory design of regulatory agencies. This article aims to analyze the political control of federal regulatory agencies' rulemaking. The article then empirically describes legislative initiatives that perform ex ante, concurrent and ex post controls over this federal rulemaking. The article's main contribution is to provide an inventory of delegation practices of rulemaking power to regulatory agencies in Brazil.

Keywords: Political control; Administrative state; Federal regulatory agencies; Rulemaking power; Statutory design.

Sumário

1. Introdução. **2.** Controle Político e Discricionariedade Normativa. **3.** Instrumentos de Controle Político da Produção Normativa. **3.1** Iniciativas que delimitam materialmente a atividade normativa. **3.1.1** Outorga ampla. **3.1.2** Outorga condicionada. **3.1.3** Outorga restrita. **3.2** Iniciativas que delimitam procedimentalmente a atividade normativa. **4.** Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

O elevado e crescente grau de complexidade das sociedades contemporâneas contribuiu para o reconhecimento institucional da outorga

de poderes normativos do Legislativo a órgãos do Poder Executivo. A delegação normativa surge, assim, como exceção à via do legalismo *tout court* com objetivo de suprir, de modo célere e adequado, as necessidades de uma sociedade plural e altamente diferenciada (GUERRA, 2018).

A outorga de poderes normativos às agências reguladoras foi um dos temas mais estudados nos anos que se seguiram à criação das autarquias especiais federais no Brasil.¹ Embasando-se em um modelo de Estado pluricêntrico (ARAGÃO, 2002) e na possível distinção entre políticas de Estado e de governo, às agências reguladoras foram outorgados poderes de normatização, fiscalização e adjudicação sobre setores variados da economia como infraestrutura, gestão de recursos naturais, produção audiovisual, planos de saúde e vigilância sanitária.

A discussão que se seguiu ao surgimento das agências reguladoras gravitou em torno da constitucionalidade da atribuição de poderes normativos a estas entidades. Discutiu-se doutrinariamente se estes poderes estariam de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional pátrio e em que termos.

Este debate, embora relevante para diferenciar ações públicas arbitrárias de ações administrativas em conformidade com o denominado “Estado regulador” (MATTOS, 2017), perde seu vigor na medida que a outorga de poderes normativos às agências tornou-se prática consolidada no Estado brasileiro.

Ao longo dos últimos vinte anos, as agências reguladoras federais editaram atos normativos em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional² e a produção destas normas foi acompanhada da realização de milhares de audiências e consultas públicas,³ garantindo-se à população o direito de participar do processo de construção destas normas. As normas produzidas pelas agências reguladoras gozam hoje de legitimidade e são, via de regra, confirmadas pelo Poder Judiciário e acatadas por seus destinatários.

Neste contexto, a discussão sobre a constitucionalidade da outorga de poder normativo às agências deve ceder lugar a pesquisas empíricas sobre

¹ NUNES (2000), CLÈVE (2000), CUÉLLAR (2001), BRUNA (2003) são exemplos de trabalhos doutrinários produzidos no período sobre o tema.

² Nos últimos 20 anos, ANATEL e ANEEL produziram, sozinhas, 1523 atos normativos. Dados extraídos de <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/>> e <<http://biblioteca.aneel.gov.br/index.html>>.

³ Até a presente data, tem-se registro da realização de 5.140 audiências/consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais, número este obtido por contagem manual nos sites das agências reguladoras federais.

como este poder é exercido na prática. Ao invés de indagar se determinada agência possui autoridade para regular determinada matéria, torna-se mais importante identificar de que modo ela regula e quais são os limites impostos pelo Poder Legislativo para o exercício desta atividade normativa.

Com efeito, as leis que regem as atividades das agências reguladoras refletem escolhas realizadas pelo Poder Legislativo sobre a extensão do poder normativo conferido às primeiras. Mesmo sendo a competência normativa de criação das agências reguladoras uma iniciativa do Poder Executivo, cabe ao Poder Legislativo estabelecer os limites para a produção normativa. O poder normativo conferido às agências reguladoras pode ser mais ou menos dúctil, a depender do desenho institucional das leis que regem a atuação das agências reguladoras.

Ver-se-á, nas seções seguintes, que os espaços para a materialização das escolhas regulatórias comportam variações, quanto ao tipo e extensão. Essas práticas legislativas permitem identificar estratégias variadas e não uniformes de outorga de poderes normativos às agências reguladoras.

Há diversas formas de atribuição de poderes normativos sendo hoje praticadas no Brasil, as quais são referidas neste artigo como instrumentos de controle prévio da atividade normativa. Este controle, como será visto, assume distintos arranjos institucionais, podendo versar sobre aspectos substantivos ou procedimentais da tomada de decisão das agências.

Mas o controle do Poder Legislativo sobre a produção normativa das agências reguladoras pode ser realizado a *posteriori*. Isto ocorre quando o Poder Legislativo age visando retirar do ordenamento jurídico atos normativos produzidos por agências reguladoras fora dos limites estabelecidos na sua lei de criação.

A análise dos instrumentos de controle do poder normativo das agências reguladoras subdivide-se, neste artigo, em duas partes. A primeira parte apresenta uma breve revisão teórica das principais estratégias de controle político da produção normativa das agências reguladoras. O objetivo desta seção não é se posicionar favorável ou contrariamente a essas estratégias, mas sim o de discorrer sobre o seu papel no contexto do Estado Administrativo.⁴ A segunda parte apresenta um inventário das principais

⁴ A expressão “Estado Administrativo” foi cunhada por Dwight Waldo (1948) para se referir a uma Administração Pública que concentra em si atividades típicas dos três poderes de um Estado. Esta expressão é usualmente adotada nos Estados Unidos, mas é evitada pela literatura jurídica brasileira, talvez porque remeta à ideia – incompatível com uma visão rígida da separação de poderes – de que a

estratégias adotadas pelo Poder Legislativo brasileiro para estruturar a atividade normativa das entidades reguladoras.⁵ O artigo tem a pretensão de se descolar de tradicionais tipologias doutrinárias sobre regulamentos e visa apresentar classificação própria construída a partir da análise da *práxis* da outorga de função normativa no Brasil às agências reguladoras. Ver-se-á que as iniciativas legislativas adotadas pelo Poder Legislativo brasileiro ora ampliam, ora limitam os poderes normativos conferidos às agências reguladoras federais. A principal contribuição deste artigo reside em apresentar uma nova sistematização, derivada da *práxis* legislativa, de variadas e não uniformes estratégias de atribuição de poderes normativos às agências reguladoras no Brasil.

2. Controle Político e Discricionariedade Normativa

Em todo o processo de outorga de poderes para a Administração Pública, atores políticos, como congressistas e o Presidente da República, transferem a burocratas o poder de decidir questões fundamentais sobre a execução de políticas públicas. No caso específico da atribuição de poderes normativos às agências reguladoras, os agentes políticos transferem aos órgãos reguladores a competência que lhes seria originária de produzir normas de caráter geral e abstrato sobre determinado setor econômico, conduzindo o tema para o âmbito da discricionariedade administrativa (GUERRA, 2018, p. 55 e ss).

A atividade normativa das Agências Reguladoras é, portanto, uma ação discricionária. Tanto faz falar-se, no caso das normas regulatórias, em regulamento delegado, executivo ou autônomo, ou mesmo regulamento autorizado⁶, capacidade normativa de conjuntura (GRAU, 2002, p. 231) e

Administração Pública exerça funções quase-legislativas ou quase-judicantes. A expressão “quarto poder” também é adotada por autores norte-americanos com objetivos semelhantes. Quanto ao Estado Administrativo no Brasil, veja-se GUERRA (2017).

⁵ Este artigo examinará apenas as iniciativas legislativas que afetam a atividade normativa das agências reguladoras instituídas a partir da metade da década de 1990. Para fins de limitação do escopo deste trabalho, portanto, estão excluídas da presente análise os órgãos da Administração Pública que, embora exerçam poder normativo, não estão organizados sob a forma de agências, como órgãos da administração direta, conselhos de políticas públicas etc.

⁶ Para Grau (2002, p. 252), os chamados “regulamentos autorizados” (ou “autorizativos”), são aqueles que dispõem sobre matérias que, embora não cheguem a serem disciplinadas detalhadamente em lei formal, nela encontram seu fundamento de validade.

remissões normativas⁷. Todos estes atos normativos incidem no sítio da discricionariedade, pois se operam dentro dos padrões *intra legem*.⁸

A outorga de poderes normativos à Administração Pública é, em alguma medida, inevitável: ainda que indesejável é impulsionada pela falta de tempo e de conhecimento dos parlamentares e governantes eleitos para solucionarem problemas complexos e rapidamente cambiantes. Administradores e burocratas dispõem, em contrapartida, do tempo, conhecimentos e habilidades que faltam aos primeiros.

Uma crítica há muito tempo estabelecida⁹ em relação à atribuição de poderes decisórios à Administração Pública diz respeito ao seu *déficit* democrático. Os burocratas, ao não se restringirem a cumprir ordens dos representantes do povo politicamente eleitos e de seus mandatários, definem, por si próprios, o conteúdo das normas que aplicam. Diferentemente, portanto, de agentes políticos, burocratas elaboram e aplicam, em menor ou maior grau, as normas a que deverão se sujeitar.

O problema da concentração de funções e poderes nos administradores reside em um risco principal: ao atribuir poder normativo aos burocratas, representantes do povo politicamente eleitos perdem a garantia de que os resultados das políticas públicas atendam aos seus interesses e aos interesses de seus constituintes.

Isto ocorre, antes de tudo, porque parlamentares e governantes eleitos muitas vezes não dispõem de conhecimento suficiente para avaliar se as ações dos burocratas estão em concordância com os objetivos das políticas públicas a que devem servir. Burocratas geralmente possuem maior treinamento técnico do que os governantes eleitos. Exigências para ingresso

⁷ Fabrício Motta (2007, p. 179) denomina de “remissões normativas” os casos em que a lei “reenvia a um ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado pela Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação estabelecida na própria lei”.

⁸ Os comentários de Clève (2000, p. 307) sobre o tema são aqui pertinentes: “Nesse campo, a Administração atua em virtude de delegação (autorização) do Legislativo, podem afirmar alguns. Aí, não há delegação, porque a Administração simplesmente executada a lei, podem afirmar outros. Ora, admita-se que a diferença entre as posições é meramente nominal. Designados como regulamentos delegados ou como regulamentos de execução, os rótulos indicam realidade fenomênica única. Idênticos fenômenos, embora com nomes distintos. Ambos constituem regulamento *intra legem*, aceitos não apenas pela doutrina, como também pela jurisprudência. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado ainda sob a égide da Constituição de 1946, mais perfeitamente compatível com a ordem constitucional em vigor, decidiu que o princípio da indelegabilidade não exclui certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos e operações de natureza técnica, dos quais dependerá a aplicação da lei”.

⁹ Weber (1971) foi um dos primeiros autores a denunciar os problemas de *déficit* democrático das organizações burocráticas.

na carreira, alto nível de especialização funcional, bem como acúmulo de experiência proporcionado por tempo de serviço contribuem para este cenário.

Além disso, burocratas assumem posições privilegiadas no processo de implementação das políticas públicas (LIPSKY, 1980) que lhes permitem agir de forma nem sempre alinhada com os interesses dos governantes e parlamentares eleitos.

Burocratas podem, assim, fazer uso do conhecimento e das competências de que dispõem para agirem em benefício de interesses próprios ou das organizações a que pertencem (SELZNICK, 1949; WILSON, 1980), que poderão ou não coincidir com os interesses dos governantes eleitos e de seus constituintes.

Há quem veja vantagens no fato de que burocratas podem agir de forma autônoma e independente dos governantes eleitos. O argumento principal defendido pelos adeptos desta corrente é o de que o conhecimento altamente especializado dos burocratas que atuam na Administração Pública tende a produzir políticas públicas mais coerentes.

Há ainda aqueles que defendem amplo poder normativo não pelo argumento técnico, mas pelo argumento institucional: as instituições políticas são desenhadas de tal modo que governantes e parlamentares eleitos estariam menos aptos do que os burocratas a legislarem em prol de interesses coletivos e sociais (MASHAW, 1997).

No entanto, os posicionamentos contrários à outorga de poderes normativos à Administração Pública, especialmente na literatura internacional, costumam ser mais numerosos. Em países capitalistas avançados, estes argumentos não são propriamente utilizados para impedir a outorga de poderes normativos, mas sim para criticar o modo pelo qual ela se opera na prática. O argumento principal talvez resida no fato de que o insulamento burocrático concentra poder nas mãos de poucos burocratas, que tomam decisões engessadas (HALL, 1983), de forma nem sempre transparente e propensas a satisfazer interesses particularísticos.

Os argumentos favoráveis ou desfavoráveis à outorga de poderes normativos costumam, especialmente na literatura internacional, amparar-se em análises empíricas. Teorias positivas da delegação precedem, portanto, teorias normativas: aqueles que se posicionam favorável ou desfavoravelmente à delegação fundamentam suas análises em demonstrações sobre o bom ou mau uso que a delegação de poderes

normativos à Administração Pública acarreta em contextos específicos (MASHAW, 1997; ARANSON, GELHRON e ROBINSON, 1982).

O debate acerca da defesa ou combate à outorga de poderes normativos gravita, no entanto, entre posições que podem ser mais ou menos extremadas. Para identificar o grau e extensão da outorga defendida ou combatida, é preciso, no entanto, definir o que se entende por poder normativo e se ele comporta variações semânticas.

Há, neste sentido, aqueles que associam poder normativo ao poder para editar regras jurídicas. Regras, em sua acepção clássica, são normas que prescrevem, proíbem, autorizam ou permitem comportamentos a serem observados por seus destinatários.¹⁰ Deste modo, sempre que governantes se absterem de produzir estas regras, deixando sua elaboração a cargo dos burocratas, estar-se-ia diante de uma outorga de poder normativo em sentido substantivo ou material.

O poder normativo, no entanto, pode ser analisado em sua dimensão processual. A atividade de produção de normas é regida por normas processuais. Estas normas podem ou não ser elaboradas por governantes e parlamentares eleitos. Os exemplos das normas processuais envolvendo análise de impacto regulatório e audiência pública prévia ilustram bem a questão. Quando órgãos da Administração Pública estão obrigados a realizar análise de impacto regulatório e/ou audiência pública durante o processo de elaboração de uma norma, a estes é garantida discricionariedade em termos substantivos, porém não lhes é conferida discricionariedade procedimental.

Deste modo, agentes políticos podem se valer de estratégias diversas para disciplinar o poder normativo dos órgãos reguladores: estes agentes podem tanto editar normas que prevejam os critérios substantivos – como regras, por exemplo – do campo de atuação da administração pública, como podem outorgar aos administradores competência para produzir estas regras, com a condição de que procedimentos determinados sejam observados.

As leis que antecipam as regras substantivas de uma determinada política pública, e que, portanto, limitam *ex ante* o poder normativo dos órgãos reguladores, recebem a denominação por Rubin (1989) de “leis transitivas”. Deste modo, será considerada transitiva uma lei que estabeleça

¹⁰ Hart (2001) e Kelsen (2009) são dois autores de teoria do direito clássica que se preocuparam em inventariar as funcionalidades das regras jurídicas.

com precisão os comportamentos esperados dos agentes regulados. Em contrapartida, se uma lei simplesmente instituiu os mecanismos processuais para o desenvolvimento de regras, esta será inteiramente intransitiva: a lei não produzirá efeitos (não “transitará”) nos agentes regulados até que o órgão regulador venha a de fato a ditar os comportamentos.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a outorga de poder para editar regras será mais ou menos discricionária a depender do setor regulado. Mas para todos os setores incidem normas processuais determinadas *ex ante* por governantes ou parlamentares eleitos. As agências reguladoras americanas estão obrigadas, por força do *Administrative Procedure Act*,¹¹ a realizar audiências públicas que permitam à população participar do processo normativo. Estas mesmas agências reguladoras estão obrigadas, ainda, a realizar análise de impacto regulatório sob determinadas circunstâncias. Estes procedimentos, a que estão sujeitas todas as agências reguladoras, foram determinados por agentes políticos: enquanto que a obrigatoriedade de realização de audiência pública foi determinada pelo próprio parlamento norte-americano, a obrigatoriedade de realização da análise de impacto regulatório foi estabelecida pela Presidência da República.

Dada a importância das normas processuais decisórias para disciplinar a atividade normativa dos órgãos reguladores nos Estados Unidos, estas passaram a ser percebidas por um grupo de cientistas políticos norte-americanos como verdadeiros “instrumentos de controle político” da Administração Pública (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987).

Trata-se de uma análise muito distinta da tradicionalmente conferida pela literatura jurídico-administrativista. A visão jurídica tradicional percebe os processos administrativos como instrumentos para conferir legitimidade às decisões administrativas, limitar a discricionariedade dos agentes públicos e proteger os cidadãos contra ações arbitrárias do Estado (MEDAUAR, 2008).

A esta visão tradicional contrapõe-se outra que percebe os processos administrativos como instrumentos estratégicos de controle político da Administração (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987). Dada a impossibilidade, pelos motivos já citados, dos agentes políticos de legislar sobre questões tecnicamente intrincadas, estes outorgam poder normativo

¹¹ Para balizar a atuação das agências foi editada uma lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), em 1946, detalhando os mecanismos de atuação. A APA fornece diretrizes para a edição de normas regulatórias, realização de audiências e participação da sociedade, julgamento de casos concretos, e, além disso, parâmetros para o controle judicial dos atos das agências pelos Tribunais (*judicial review*). Pode-se dizer que a APA representa verdadeira “constituição” do direito administrativo no âmbito federal (LAWSON, 2013, p. 256 ss).

para os administradores sem, no entanto, perder controle sobre a atividade regulatória. Ao exigir que órgãos reguladores produzam normas por meio de processos previamente estabelecidos (e.g. processos de consulta pública e processos de análise de impacto regulatório), agentes políticos estariam, assim, controlando a atividade de produção normativa dos órgãos reguladores.

Do mesmo modo que há divergência acadêmica sobre os benefícios e malefícios da outorga de poder normativo para a Administração Pública, não há consenso sobre as limitações e potencialidades dos processos administrativos para controlar a atividade de produção normativa desempenhada pelos órgãos reguladores. Os pontos mais controvertidos dizem respeito ao papel facilitador ou obstrutor (MOE, 1989) dos processos administrativos incidentes sobre a produção normativa dos órgãos reguladores.

Processos administrativos podem contribuir para a qualidade da produção normativa ao exigir, por exemplo, que o órgão responsável por produzir normas analise, *ex ante* e/ou *ex post*, as consequências da aplicação de uma determinada solução normativa e de suas alternativas. Estes mesmos processos podem, no entanto, comprometer a qualidade da produção normativa quando obstruem ou engessam a atuação dos órgãos reguladores.

Para além das referidas normas processuais, aqueles que defendem outorga ampla de poderes normativos (em termos substantivos) para a Administração Pública costumam citar outros mecanismos dos quais agentes políticos podem se valer para controlar a ação dos órgãos reguladores.

Os riscos já mencionados da outorga de poderes normativos aos órgãos reguladores estariam, assim, mitigados por outras estratégias à disposição dos agentes políticos. Uma delas seria uma atuação superveniente dos agentes políticos para editar leis que restringissem ou alterassem as competências normativas dos órgãos reguladores. Outra, mais drástica, corresponde à competência do Poder Legislativo para sustar atos normativos do poder executivo.

No Brasil, este poder é atribuído ao Congresso Nacional por força do artigo 49, V, da Constituição Federal, que poderá utilizá-lo sempre que o poder executivo exorbitar do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Embora este mecanismo estivesse presente na

constituição deste a sua promulgação¹², apenas recentemente o Congresso Nacional passou a exercer esta competência sistematicamente por meio da proposição de projetos de decreto-legislativo que tem por objetivo sustar atos do poder executivo, especialmente das agências reguladoras. Nos Estados Unidos, fenômeno semelhante tem ocorrido na era Trump, em que o congresso norte-americano passou a invocar o *Congressional Review Act* para sustar atos normativos editados pelas agências reguladoras durante o governo de Barack Obama.¹³¹⁴

Argumentos em defesa da outorga ampla de competências normativas à Administração Pública confiam nestes mecanismos para controlar ou mitigar os riscos já mencionados de concentração de poderes legislativos e executivos nas mãos dos administradores. Em contrapartida, aqueles que vêm com reservas a outorga de poderes normativos à Administração Pública questionam a eficácia destes instrumentos de *checks and balances*.

O debate normativo sobre outorga de poderes normativos à Administração Pública é extenso, porém inconclusivo. De um lado, há os que defendem que os agentes políticos devem delegar à Administração Pública amplos poderes para editar normas e por meio delas prescrever condutas aos agentes regulados. Diante das limitações institucionais e de capacidade dos agentes políticos para exercer a atividade regulatória, é não somente desejável, mas também racional que a outorga ocorra. Para mitigar os riscos decorrentes da concentração de poderes normativos e executivos nas mãos da Administração Pública, os agentes políticos possuem ao seu dispor um

¹² O poder de sustar atos do poder executivo foi uma inovação introduzida pela Constituição de 1988 (VALADÃO, 2002, p. 289).

¹³ A lei norte-americana foi promulgada em 1996, mas até 2017 apenas um ato normativo do poder executivo fora sustado. Desde o início do governo Trump, quinze atos normativos editados pela administração Obama já foram sustados. Cf. Congressional Review Act Tracker. Disponível em: <https://regulatorystudies.columbian.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs1866/f/CRA%20Tracker%2011-01-2017.pdf>. Acesso em: out. 2018.

¹⁴ Para além destes mecanismos que intervêm diretamente na produção normativa da Administração Pública, agentes políticos podem se valer de instrumentos de controle ou intervenção indiretos. O inventário de instrumentos que os agentes políticos possuem a seu dispor para monitorar e fiscalizar a atuação da Administração Pública é extenso e variado. As audiências públicas e comissões de inquérito são, por exemplo, mecanismos utilizados para monitorar e fiscalizar as ações dos órgãos do poder executivo. Chafetz (2017) rotula estes instrumentos como *soft powers* de controle político da Administração Pública. Os *hard powers*, por sua vez, seriam aqueles que afetam diretamente a organização e funcionamento dos órgãos da Administração Pública. Poderes para contingenciar orçamento, nomear e remover dirigentes, modificar estruturas administrativas e carreiras enquadram-se nesta categoria.

arsenal de instrumentos para evitar ações arbitrárias dos órgãos administrativos.

Em primeiro lugar, os agentes políticos podem definir, nas leis que editam, os processos (e.g. análise de impacto regulatório e audiências públicas) que devem ser observados pelos órgãos reguladores no exercício da atividade de produção normativa. Estima-se que estes processos sejam eficazes em garantir que os órgãos reguladores ajam em conformidade com os interesses dos agentes políticos. Além disto, aos agentes políticos é reservado o poder de modificar ou restringir supervenientemente o escopo da atuação normativa da Administração Pública. É reservado, ainda, o poder de sustar atos normativos editados pela administração pública no passado. Por fim, agentes políticos possuem poderes para conter supostas ações arbitrárias da Administração Pública ao monitorarem, fiscalizarem e intervirem diretamente na estrutura e funcionamento dos órgãos reguladores. Em resumo, os riscos da outorga de poderes normativos à Administração Pública seriam mitigados por uma série de mecanismos de controle *ex ante* (e.g. procedimentos administrativos) e *ex post* (e.g. poder de sustar atos normativos) da produção normativa realizada pela Administração Pública.

De outro lado, há os que vêm a outorga de poderes normativos à Administração Pública com sérias reservas. Ao concentrarem poderes para formular e aplicar normas nos administradores, estes estão mais propensos a tomar decisões em benefício próprio ou para atender objetivos distintos dos declarados nas políticas públicas que supostamente deveriam implementar. As assimetrias de informações existentes entre agentes políticos e burocratas propiciam que os últimos possam agir de forma arbitrária sem que os primeiros percebam. Neste contexto, normas processuais, bem como mecanismos de controle prévio e posterior da atividade normativa da Administração Pública, seriam meios ineficazes de conter esta suposta arbitrariedade. A solução não seria, portanto, outorgar incondicionalmente poderes normativos para a Administração Pública, mas sim exigir que os agentes políticos se reapropriem, ao menos em parte, da atividade regulatória das esferas da vida social, inclusive as mais técnicas. Este reequilíbrio de competências normativas entre agentes políticos e administradores é o que garantirá que os primeiros tenham condições de monitorar e avaliar o trabalho dos últimos.

Muitas das análises normativas pró e contra outorga de poderes normativos à Administração Pública, especialmente no Brasil, são construídas à margem de análises empíricas que lhes deveriam dar fundamento. No entanto, o conflito entre teorias normativas persiste mesmo quando estas são fundamentadas empiricamente, dadas as dificuldades em se estabelecer correlações entre delegação normativa e sucesso (ou insucesso das políticas).

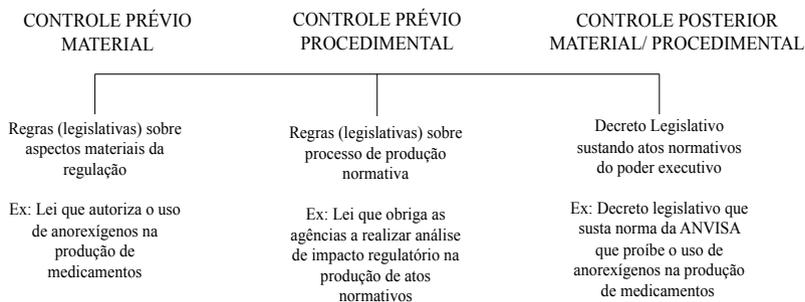
3. Instrumentos de Controle Político da Produção Normativa

Diversas são as estratégias legislativas que parlamentares e o Presidente da República podem adotar para intervir na atividade normativa das agências reguladoras. Esta intervenção pode ser prévia, por meio de iniciativas legislativas que definem o escopo material e/ou procedimental do poder normativos das agências reguladoras. O controle político da atividade normativa das agências reguladoras pode, no entanto, ser realizado a *posteriori*, quando representantes do Poder Legislativo sustam atos normativos produzidos por estas agências.

Este artigo examina três modalidades de estratégias legislativas utilizadas pelos agentes políticos para ampliar, condicionar ou restringir a outorga de competências normativas às agências reguladoras: (i) Iniciativas que delimitam materialmente a atividade normativa; (ii) Iniciativas que

delimitam procedimentalmente a atividade normativa; (iii) Iniciativas que controlam *a posteriori* a atividade normativa.

Figura 1 - CONTROLE POLÍTICO DA PRODUÇÃO NORMATIVA



3.1 Iniciativas que delimitam materialmente a atividade normativa

Parlamentares e o Presidente da República delimitam materialmente a atividade normativa das agências reguladoras ao proporem atos legislativos que criam, ampliam, modificam ou reduzem competências normativas das agências reguladoras. Em essência, estas iniciativas, que definem o escopo da produção normativa das agências, variam conforme o setor regulado e são constantemente revistas.

Um exame transversal da produção legislativa do Congresso Nacional envolvendo agências reguladoras permite identificar três modalidades principais de estratégias que delimitam materialmente a atividade normativa das agências reguladoras. Estas modalidades ou tipos ideais diferenciam-se pela extensão da delegação de poderes normativos às agências reguladoras. Qualifica-se, aqui, a outorga de poderes normativos às agências reguladoras como *ampla*, *condicionada* ou *restrita*.

3.1.1 Outorga ampla

A outorga ampla caracteriza-se, portanto, por conferir um alto grau de autonomia às agências reguladoras para determinar o conteúdo de suas

normas regulatórias. Esta ocorre quando as leis de iniciativa do Congresso Nacional ou do Presidente da República conferem competências normativas genéricas às agências reguladoras. Isto ocorre, por exemplo, com proposições legislativas que conferem competência às agências para regular determinado setor ou atividade sem, no entanto, definir os parâmetros e critérios que deverão nortear esta atividade regulatória.

A Lei n. 11.182/2005 (BRASIL, 2005), por exemplo, estabelece competência para a ANAC regular e fiscalizar a outorga dos serviços aéreos. Esta competência é considerada aqui como ampla, na medida que a lei não estabelece parâmetros e condições a serem observados pela agência para exercício desta regulação. Na medida que cabe à própria agência definir também a política de aviação civil, os critérios substantivos que deverão orientar as ações regulatórias da agência serão definidos por ela própria.

A opção pela outorga ampla de poderes normativos também ocorre em algumas iniciativas que visam a ampliar parte das competências regulatórias das agências. Observa-se, por exemplo, o Projeto de Lei n. 2.734/2011 (BRASIL, 2011b), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. Esta proposição legislativa visa a ampliar as competências da ANS para que esta passe também a regular as atividades dos prestadores de serviços médicos e hospitalares de saúde suplementar.¹⁵ O teor deste projeto de lei restringe-se, no entanto, a determinar genericamente esta competência regulatória. A definição dos critérios de aferição da qualidade dos serviços médicos e hospitalares, por exemplo, deverá ser realizada pela própria ANS.

A outorga ampla pode ocorrer também no exercício de competências específicas das agências, como regulação de preços ou controle de entrada de um agente econômico ou de um produto no mercado a ser regulado.

Neste sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 8.396/2017 (BRASIL, 2017) para atribuir à ANS a competência para definir os critérios de reajuste dos planos individuais e coletivos de saúde. Esta outorga de poderes normativos é ampla, na medida que confere à ANS competência para definir estes critérios por meio de ato normativo regulamentar.

Ocorre também outorga ampla quando a lei estabelece competência para a agência reguladora autorizar o funcionamento de agentes econômicos regulados e o registro de produtos e bens por eles produzidos,

¹⁵ Atualmente, apenas as operadoras de planos de saúde são diretamente reguladas pela ANS. A ANS regula apenas indiretamente os prestadores de serviços, ao estabelecer regras que as operadoras deverão observar ao se relacionarem com estes prestadores.

sem estabelecer, no entanto, as condições necessárias para a concessão dessas autorizações. A Medida Provisória n. 2.228-1/2001 (BRASIL, 2001), por exemplo, estabelece em seu artigo 22 que as empresas de produção, distribuição e exibição de obras cinematográficas que queiram se beneficiar de recursos públicos ou benefícios fiscais deverão registrar-se na ANCINE. Esta lei também obriga, por força do seu artigo 28, as empresas a registrarem suas obras audiovisuais na agência reguladora. A lei transferiu, no entanto, a competência para a própria ANCINE estabelecer em regulamento os requisitos para registro das empresas e das obras audiovisuais.

A outorga ampla de poderes caracteriza-se por conferir parâmetros vagos e genéricos para as agências reguladoras exercerem sua atividade normativa. As agências permanecem, neste caso, com ampla discricionariedade para prescreverem comportamentos dos agentes econômicos regulados.

3.1.2 Outorga condicionada

A outorga de poderes normativos condicionada também é muito praticada no contexto brasileiro. Esta ocorre quando a lei não apenas estabelece competências regulatórias às agências, mas condiciona seu exercício a certos parâmetros legais.

Observa-se, por exemplo, o Projeto de Lei n. 2.845/2015 (BRASIL, 2015a), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. Este projeto de lei estabelece competência para a ANAC regular o uso de veículos aéreos não tripulados (VANTS) e Drones. Esta competência, no entanto, não é plenamente discricionária. O projeto de lei estabelece, dentre outros parâmetros, que a ANAC deverá garantir o uso destes equipamentos, ainda que por empresas privadas, para fins de pesquisa e desenvolvimento científico.

Neste caso, a ANAC permanece com a competência para disciplinar o uso destes equipamentos por entidades públicas ou privadas, estabelecendo, por exemplo, as normas de segurança que deverão ser observadas por estes usuários. No entanto, diante dos parâmetros estabelecidos no projeto de lei, a ANAC não poderá editar uma norma que proíba irrestritamente empresas privadas do uso destes equipamentos. A agência reguladora deverá autorizar este uso quando for comprovada a sua finalidade científica.

Há também outorga condicionada quando o Poder Legislativo estabelece condições para a regulação de preços ou tarifas de serviços ou produtos regulados. A Lei n. 10.742/03 (BRASIL, 2003), por exemplo, estabelece parâmetros a serem observados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED na fixação e reajuste de preços de medicamentos. Observa-se que, diferentemente da iniciativa legislativa citada no item anterior, em que se optou por outorgar à ANS poderes para estabelecer os critérios de reajuste dos preços dos planos de saúde, neste exemplo a CMED deverá observar os parâmetros determinados em lei. Esta lei estabelece índices para fixação de preços, define os custos que poderão ou não ser repassados ao consumidor, estabelece a periodicidade de fixação destes ajustes, define as fontes de informação que poderão ser utilizados para a determinação de preços etc.

É comum também haver outorga condicionada quando a lei estabelece requisitos para registro de agente econômico regulado ou de bem ou produto perante a agência reguladora. A Lei n. 9.659/98 (BRASIL, 1998), por exemplo, estabelece em seu artigo 8º requisitos mínimos para a autorização pela ANS do funcionamento de operadoras de planos de saúde. A entidade que pretenda atuar como operadora de saúde deve ter registro em Conselhos Regionais de Medicina ou Odontologia e deve demonstrar capacidade de atendimento e viabilidade econômico-financeira para a oferta de planos de saúde, dentre outros requisitos. Do mesmo modo, a Lei n. 11.442/2007 (BRASIL, 2007) estabelece os critérios para registro de empresas transportadoras e transportadores autônomos de cargas perante a ANTT. Os transportadores autônomos de cargas, por exemplo, devem ser proprietários de ao menos um veículo automotor de carga e devem ter experiência de pelo menos três anos de atividade. Esses exemplos contrastam com o sistema de registro de agentes reguladoras na ANCINE, mencionado no item anterior, em que é conferido poder regulamentar à agência para estabelecer todos os requisitos de registro das empresas do setor audiovisual.

Já a Lei n. 6.360/76 (BRASIL, 1976), a que está submetida a ANVISA, estabelece os requisitos que devem ser observados para o registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos. Esta lei estabelece, por exemplo, que pedidos de registro de produtos com substâncias novas em sua composição sejam acompanhados da entrega de uma mostra desta nova

substância. Já pedidos de registro de produtos de procedência estrangeira só serão aceitos se tiverem sido registrados antes em seu país de origem.

A outorga condicionada é aquela que confere discricionariedade às agências reguladoras para definir o conteúdo das normas que editam, desde que atendidos determinados parâmetros previstos na lei. O grau de discricionariedade da outorga condicionada é, portanto, ligeiramente menor do que o da outorga ampla, porém maior que o da outorga restrita, analisada a seguir.

3.1.3 Outorga restrita

Optou-se por denominar neste artigo como outorga restrita a opção legislativa por não transferir às agências reguladoras poder normativo para exigir, dispensar, proibir e estimular certos comportamentos de agentes econômicos regulados. Neste caso, o Poder Legislativo restringe a discricionariedade do órgão regulador para disciplinar tais comportamentos. Os exemplos de outorga restrita são variados.

O Poder Legislativo prescreve, com frequência, condutas obrigatórias dos agentes econômicos regulados. Observa-se, por exemplo, a Lei n. 11.442/2007 (BRASIL, 2007) que regula o transporte autônomo de cargas. Nesta lei, definiu-se prazo máximo de cinco horas para carga e descarga do veículo de transporte rodoviário de cargas. Ultrapassado este período, o embarcador ou destinatário deverá pagar multa no valor de R\$ 1,38 por tonelada/hora ou fração. A competência para definir as condições temporais de carga e descarga estabelecidas em lei poderiam ter sido delegadas à ANTT. O Poder Legislativo optou, no entanto, por estabelecer estes prazos no texto legal, limitando, portanto, a discricionariedade da atividade regulatória da agência neste particular. Deste modo, a agência reguladora está impedida de obrigar embarcadores e destinatários a carregar e descarregar as mercadorias em prazo limite menor ou maior do que aquele estipulado na lei.

O Poder Legislativo pode também dispensar determinado grupo de agentes econômicos regulados de um comportamento obrigatório. A Lei n. 9.782/99 (BRASIL, 1999) estabeleceu em seu art. 8º, par. 5º, a possibilidade de dispensa de registro na ANVISA dos imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que para uso

em programas de saúde pública. Embora à ANVISA tenha sido atribuída a competência para estabelecer os requisitos para dispensa destes produtos,¹⁶ a ela não foi conferido o poder para proibir esta dispensa ou para dispensar de registro outros produtos e insumos.

Verifica-se também a delegação restrita quando a lei proíbe certos comportamentos. A Lei n. 5.991/73 (BRASIL, 1973), em seu artigo 36, parágrafo 2º, proíbe que farmácias que possuam filiais centralizem a atividade de manipulação de medicamentos em apenas um estabelecimento. A Lei n. 9.294/96 (BRASIL, 1996) proíbe, em seu art. 2º, par. 2º, o uso de cigarros ou qualquer outro produto derivado do tabaco em aeronaves e veículos de transporte coletivo. Esta mesma lei proíbe, em seu art. 3º-A que sejam distribuídos quaisquer tipos de amostra ou brinde destes produtos. Estes dispositivos têm em comum o fato de que proíbem comportamentos de agentes econômicos regulados e limitam a discricionariedade das agências para disciplinar tais comportamentos. Deste modo, as agências que regulam as atividades de transporte aéreo e terrestre devem garantir que os passageiros destes meios de transporte não usem cigarros e produtos afins. Do mesmo modo, a agência responsável pela vigilância sanitária não poderá autorizar a distribuição gratuita de cigarros, bem como não poderá permitir que farmácias concentrem suas atividades de manipulação em um único estabelecimento. Não há espaço para que essas agências contrariem ou até mesmo flexibilizem estas proibições.

Há situações, no entanto, em que o Poder Legislativo exerce sua atividade legislativa para garantir que determinada atividade ou conduta não venha a ser proibida ou restringida pelo órgão regulador. A Lei n. 13.454, de 23 de junho de 2017 (BRASIL, 2017a), que autorizou¹⁷ a produção, comercialização e consumo de anorexígenos - substâncias utilizadas na composição de remédios para emagrecimento - foi editada com este propósito. A produção e comercialização desses produtos era permitida no Brasil há décadas até que a ANVISA editou, em outubro de 2011, uma norma (BRASIL, 2011) restringindo o uso de sibutramina e proibindo o uso das demais substâncias. A Lei n. 13.454/2017 (BRASIL, 2017a) foi editada, deste modo, para limitar a discricionariedade da agência na regulação destas substâncias.

¹⁶ O PL 5994/2016 (BRASIL, 2016a) tem por objetivo incluir na própria lei estes requisitos.

¹⁷ O projeto de lei que deu origem a esta lei tinha inicialmente redação diversa. Seu texto original proibia a ANVISA de vetar a produção e comercialização dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol (BRASIL, 2011a).

A opção por obrigar, proibir, dispensar ou autorizar certos comportamentos no texto legal podem ter motivações variadas. O Poder Legislativo pode antecipar comportamentos no texto legal quando este tem uma certa preferência pelo conteúdo regulatório e quer garantir que esta preferência seja observada pelo órgão regulador. Mas a delegação restrita pode também ser um recurso utilizado para solucionar conflitos ou discordâncias entre o Poder Legislativo e o órgão regulador. No exemplo acima mencionado, da autorização de produção e venda de produtos anorexígenos, o Poder Legislativo agiu em resposta a uma ação regulatória da agência de proibir o uso de tais substâncias.

A delegação restrita restringe consideravelmente a discricionariedade administrativa da agência reguladora. O legislador estabelece as regras de comportamento que afetarão direitos e instituirão obrigações aos agentes regulados, de modo que o órgão regulador não poderá contrariá-las.

3.2 Iniciativas que delimitam procedimentalmente a atividade normativa

Os exemplos mencionados no item anterior se referem às iniciativas legislativas nas quais o Poder Legislativo impõe balizas ou limites substantivos à atividade normativa dos órgãos reguladores.

Estas estratégias não são, no entanto, as únicas utilizadas pelo Poder Legislativo para limitar a discricionariedade das agências reguladoras. Como observado na seção anterior, o Poder Legislativo pode outorgar, inclusive de forma ampla, poder normativo às agências reguladoras, sem, no entanto, abrir mão de definir os processos por meio dos quais estas normas serão produzidas. Nessas situações, o Poder Legislativo limita procedimentalmente – e não materialmente – a discricionariedade das agências reguladoras no que diz respeito à atividade de produção normativa.

O controle pelo procedimento é uma das formas de condicionamento da atuação administrativa. A ideia é a de que a decisão final será impactada pelo procedimento por meio do qual ela é produzida. Como já observado na seção anterior, o controle procedimental da atividade normativa ocorre por meio de duas estratégias processuais principais: a análise de impacto regulatório e os mecanismos de participação incidentes sobre a atividade de produção normativa.

A análise de impacto regulatório, em linhas muito breves, consiste num processo metódico que obriga o formulador da norma a demonstrar

que os instrumentos legais que pretende introduzir (e.g. regras exigindo, estimulando ou proibindo determinadas condutas dos agentes econômicos) serão potencialmente aptos a atingir as finalidades normativas. A análise de impacto regulatório requer do formulador a identificação clara dos problemas que a norma pretende solucionar, dos objetivos que esta pretende atingir, e dos meios que serão empregados para resolver estes problemas e realizar estas finalidades. A análise de impacto regulatório requer, ainda, que sejam realizados prognósticos acerca dos efeitos da norma e do seu potencial impacto no tecido social.

Até o presente momento, o Poder Legislativo não exigiu que as agências reguladoras realizem obrigatoriamente análise de impacto regulatório de sua produção normativa. A análise de impacto regulatório vem sendo adotada por iniciativa das próprias agências reguladoras. Além da Anvisa, primeira agência a adotar análise de impacto regulatório no Brasil, agências como ANS, ANEEL, ANATEL, ANCINE, ANAC e ANP desenvolveram projetos pilotos de análise de impacto, com forte apoio institucional do governo federal, por meio do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação (PROREG). No entanto, tramita no Congresso Nacional algumas iniciativas legislativas que visam a tornar obrigatório o uso de AIR para todas as agências reguladoras.

O projeto de lei n. 1539/2015 (BRASIL, 2015), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, visa a tornar a análise de impacto regulatório obrigatória para a edição de atos normativos, planos setoriais e atos que editem, prorroguem ou alterem outorgas de delegação de serviços públicos. Caso este projeto de lei venha a ser aprovado, a análise de impacto regulatório só poderá ser dispensada de atos normativos de efeito concreto e de normas de organização interna. Este projeto de lei também versa sobre a metodologia que deve ser empregada na análise de impacto regulatório. Já o projeto de lei n. 6621/2016 (BRASIL, 2016b), que visa a introduzir um regime geral de gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, também prevê a obrigatoriedade da análise de impacto regulatório para a edição de atos normativos. Esta lei delega, no entanto, para o executivo a definição do conteúdo e metodologia a ser adotado na análise de impacto regulatório.

Outra forma de controlar procedimentalmente as agências consiste em obrigá-las a consultar previamente a população acerca dos atos normativos que pretende editar. À população é dada a oportunidade de

influenciar o processo normativo por meio de contribuições escritas ou orais, a depender do procedimento adotado, que visam a aperfeiçoar o conteúdo do texto normativo proposto pela agência.

A realidade brasileira mostra que não há uma padronização entre as normas que regem os processos relativos aos mecanismos de participação das agências reguladoras. A lei federal de processo administrativo, embora vincule toda e qualquer tomada de decisão da Administração Pública a certas exigências (e.g., publicidade e transparência), silencia quanto aos procedimentos a serem adotados em processos decisórios específicos, como os processos normativos conduzidos pelas agências reguladoras federais. De caráter notadamente principiológico, a lei federal de processo administrativo brasileira destoa, portanto, da lei norte-americana, na medida que não estabelece regras processuais para os processos normativos adotados pelas agências reguladoras.

As “leis-quadro” que estabelecem as competências regulatórias das agências tampouco preveem estes critérios. Estas leis, quando muito, se restringem a prever a adoção, em vários casos facultativa, dos mecanismos de participação no curso dos processos decisórios das agências. Na prática, cada agência reguladora federal define, por meio de normas regimentais, o *modus operandi* dos seus mecanismos de participação.

O projeto de lei n. 6621/2016 (BRASIL, 2016b), anteriormente citado, que visa a introduzir um regime geral de gestão e controle das agências reguladoras, torna obrigatória a consulta pública (mecanismos de participação escrito e não presencial) para a produção de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. O projeto de lei também faculta às agências reguladoras a realização de audiências públicas (mecanismos orais e presenciais) para subsidiar sua tomada de decisão. Este projeto de lei estabelece também algumas regras procedimentais importantes para as consultas e audiências públicas, como definição de prazo para envio de críticas, sugestões e contribuições, bem como prazo para que a agência ofereça uma resposta às contribuições recebidas.

3.3 Iniciativas que controlam *a posteriori* a atividade normativa

Os exemplos anteriormente citados tratam de estratégias legislativas de controle político prévio da produção normativa das agências reguladoras.

A produção normativa das agências reguladoras pode, no entanto, ser controlada a *posteriori*.

Interessa, para os propósitos deste artigo, o controle político – e não judicial – dos atos normativos das agências reguladoras. Este controle é exercido por meio da competência constitucional (art. 49, V, da CF) do Congresso Nacional para sustar atos normativos do poder executivo que “exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

O Congresso Nacional vem apresentando projetos de decreto legislativo (“PDLs”) com o objetivo de sustar atos normativos das agências reguladoras desde o ano 2000. O uso de PDLs pelo Congresso Nacional foi esporádico até que, a partir de 2015, verificou-se um crescimento considerável na adoção deste instrumento.¹⁸

Em 2015 foram 19 PDLs propostos¹⁹, em 2016 foram 27²⁰, em 2017, 21²¹ e em 2018, 34²². Embora neste período tenham sido propostos PDLs com o objetivo de sustar atos de 8 agências, a ANAC²³ e, em segundo lugar, a ANEEL, foram as agências reguladoras mais visadas.

O crescimento quantitativo de PDLs nos últimos anos indica que o Poder Legislativo tem ampliado o seu controle sobre as normas produzidas no âmbito das agências reguladoras.

Cabe, observar, no entanto, que as proposituras dos PDLs raramente estão embasadas em suposta violação aos limites da outorga de poder normativo. Analisar os fatores determinantes do uso dos PDLs foge aos propósitos deste artigo, mas é merecedor de investigação futura.

4. Considerações Finais

Alguns fenômenos foram observados na análise empírica do controle político da produção normativa no Brasil.

Em primeiro lugar, verifica-se que a outorga de poderes normativos às agências reguladoras comporta diversos arranjos. Como visto, as outorgas

¹⁸ A seleção dos projetos de lei analisados neste artigo é resultado de uma busca realizada na base de dados de proposições legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado disponibilizada pública e gratuitamente por meio da internet. Base de dados disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>. Acesso em: 15 mai. 2018.

¹⁹ Foram 15 PDLs apresentados na Câmara dos Deputados e 4 apresentados no Senado.

²⁰ Foram 23 os PDLs apresentados na Câmara dos Deputados e 4 apresentados no Senado.

²¹ Neste ano foram apresentados PDLs apenas na Câmara dos Deputados.

²² Dos quais 30 PDLs foram apresentados na Câmara dos Deputados e 4 no Senado.

²³ A Resolução n. 400/16, da ANAC (BRASIL, 2016), que dispõe sobre condições gerais do transporte aéreo, foi o principal ato normativo impugnado.

podem ser amplas, garantindo um acentuado grau de discricionariedade normativa às agências reguladoras, como podem ser condicionadas ou restritas, oferecendo limites materiais ao exercício do poder normativo pelos órgãos reguladores. As iniciativas legislativas analisadas neste artigo permitem identificar uma variabilidade de padrões de delegação nos diferentes contextos regulatórios e até mesmo no âmbito de atuação de uma única agência reguladora. Não há, portanto, um poder normativo, mas vários poderes normativos possíveis no contexto regulatório brasileiro.

Quanto aos limites procedimentais ao exercício do poder normativo, tem-se tolerado que os órgãos reguladores brasileiros estabeleçam as “regras do jogo” do seu processo decisório. Permite-se, assim, que os órgãos reguladores disciplinem vagamente as regras procedimentais que deverão ser observadas na formulação de atos normativos. Uma possível explicação para o descaso dos diversos atores envolvidos na formulação de políticas públicas com o disciplinamento de regras procedimentais do processo decisório talvez resida no fato de que estas normas não são percebidas como instrumentos potencialmente capazes de afetar os resultados das políticas. Uma outra possível explicação, em sentido oposto, reside no fato de que regras estruturais e procedimentais são formuladas de modo displicentemente vago como uma atitude racional da Administração Pública de não limitar a si mesma, bem como de não publicizar e democratizar suas práticas decisórias, a menos que seja constrangida a tanto (SALINAS, 2013).

Em anos recentes, o Poder Legislativo brasileiro tem proposto projetos de decreto legislativo com o objetivo de sustar atos normativos das agências reguladoras. Estas iniciativas, no entanto, não têm sido propostas para cumprir a sua finalidade precípua, que é a de garantir que as agências reguladoras exerçam seu poder normativo nos limites da outorga conferida pelo legislador. Razões diversas motivam a adoção deste instrumento e merecem ser analisadas futuramente.

Referências

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 131-150, 2002.

ARANSON, Peter; GELLHORN, Ernest; GLOBINSON, Glen. The Delegation Process between Cabinet and Ministers, **European Journal of Political Research**, vol. 37, n. 3, p. 377-395, 2003.

BRASIL. Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5991.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9294.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.956, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.742, de 06 de outubro de 2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.742.htm>. Acesso em: nov. 2013.

BRASIL. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11442.htm>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Agência Nacional da Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada n. 50, de 25 de setembro de 2014. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/reprdc0050_25_09_2014.pdf/d04dec76-4dbb-4d04-a721-50bd191a1a9b?version=1.0>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.431/2011. Proíbe a Agência Nacional de Vigilância Sanitária de vetar a produção e comercialização dos anorexígenos: sibutramina, anfepromona, femproporex e mazindol, 28 set. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522126>>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.734/2011. 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”, 17. nov. 2011. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=527709#marcacao-conteudo-portal>>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 1539/2016. Estabelece a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2845/2015. Dispõe sobre o licenciamento e operação de veículos aéreos não tripulados (VANT"s) e aeronaves remotamente pilotadas (ARP"s), bem como os aparelhos intitulados "DRONES", de emprego militar ou comercial, e dá outras providências, 01 set. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1701218>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução n. 400, de 13 de dezembro de 2016. Disponível em: < <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao->

[1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf](#)>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5994/2016. Altera a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093855>>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 6.621/2016. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.396/2017. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149308#marcacao-conteudo-portal>. Acesso em: nov. 2017.

BRUNA, Sergio Varella. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: RT, 2003.

CHAFETZ, Josh. **Congress's Constitution**: Legislative Authority and the Separation of Powers. New Haven; Londres: Yale University Press, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Congresso Nacional e as delegações legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUÉLLAR, L. **As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5.ed. Belo Horizonte: Forum, 2018.

GUERRA, Sérgio. Separação De Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 1, p. 123-152, jun./jul. 2017.

HALL, Peter. Policy Innovation and the Structure of the State: the Politics-Administration Nexus in Britain and in France. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, vol. 446, p. 43-59, 1983.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5.ed. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAWSON, Gary. **Federal administrative law**. 6. ed. ST. Paul: West, 2013.

LIPSKY, M. **Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services**. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

MCCUBBINS, M. D; NOLL, Roger G; WEINGAST, Barry R. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. **Journal of Law, Economics and Organization**, vol. 3, n. 2, p. 243-277, 1987.

MASHAW, Jerry L. **Greed, Chaos and Governance**. New Haven: CT, Yale University Press, 1997.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

MEDAUAR, Odette. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NUNES, Simone Lahourgue. **Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State. **Columbia Law Review**, vol. 89, n. 3, p. 369-426, 1989.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A Lei como Instrumento Governamental: fundamentos teóricos, limites e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, n. 8, p. 129-155, 2013.

SELZNICK, Philipp. **TVA and the Grass Roots: a study in the sociological form of organization**. Berkeley: University of California Press, 1949.

VALADÃO, Marco Aurélio Pereira. Sustação de atos do poder executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988, **Revista de Informação Legislativa**, vol. 38, n. 153, p. 287-301, jan./mar. 2002.

WILSON, James. **Bureaucracy**. New York: Basic Books, 1989.

WALDO, Dwight. **The Administrative State**: a study of the political theory of american public administration. New York: Ronald Press Company, 1948.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 2.ed. São Paulo: Zahar Editor, 1971.