



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

PARECER JURÍDICO

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMENDA N. 54 À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.154/2023. INSTALAÇÃO DE CONSELHOS RETIRANDO A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS E INTERFERINDO NA AUTONOMIA. RISCO AOS INVESTIMENTOS. PARECER PELA REJEIÇÃO DA PROPOSIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL.

1. Histórico da criação das Agências. Razão da criação das Agências e o que se esperava com esse novo modelo.

Até o início da década de 1980, o Estado brasileiro possuía um regime de atuação direta na economia, centrado na proteção do interesse público, notadamente mediante a exploração pelo próprio Estado de atividades relevantes ou essenciais. Essa assunção era levada a efeito, seja pela criação de empresas estatais, seja pela monopolização de atividades consideradas estratégicas.

Nesse formato, essas entidades acumulavam, a um só tempo, as funções de regulador e de prestador de serviços de utilidade pública, especialmente a partir da edição do II Plano Nacional de Desenvolvimento de 1974. Essa forma de atuação na economia tinha como beneficiário principal o próprio Estado.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Na década de 1990, durante o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, editou-se o “Plano Diretor de Reforma do Estado”, cujo objetivo era modernizar e racionalizar a Administração Pública, não só pela implantação de maquinário técnico mais atualizado, mas também pelo enxugamento da máquina estatal e pelo incremento na qualificação do seu pessoal, desburocratizando e flexibilizando o modelo decisório tradicional, tudo como forma de conceder ao Estado condições de assumir eficientemente o seu novo papel, não só no campo da regulação, mas também no campo do adequado atendimento público à população.

Por meio da referida reforma, pretendeu-se reduzir o poder intervencionista do Estado, incluindo as seguintes medidas: reduzir o tamanho da Administração Pública e do setor público; fortalecer o Estado diante das pressões do setor privado; recorrer a regras, em vez de permitir decisões de arbítrio; e delegar decisões políticas importantes a instituições independentes que não têm incentivos para ceder a pressões políticas.

Nesse processo se efetivou a desestatização de parte da prestação de serviços públicos, inicialmente nos setores de telecomunicações e energia elétrica.

Nesse sentido, verifica-se que essa nova configuração do Estado pressupunha, além da participação privada na prestação dos serviços públicos, a separação das atividades de regulação das de exploração de atividades econômicas que vinham a remanescer, orientando sua intervenção para a defesa do interesse público com a busca do equilíbrio nas relações de consumo no setor regulado, sem deixar de envolver os usuários, consumidores e prestadores de serviços. Não se passou ao largo da transparência e do processo de participação direta da sociedade nas atividades normativo-decisórias do Estado.

Para dar suporte ao novel modelo Estatal, a criação das Agências foi motivada pela necessidade de se criar entidades independentes do poder político para regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos delegados a particulares por meio de concessão,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

permissão ou autorização, com o objetivo de promover equilíbrio nas relações entre os usuários e os prestadores, prestigiando-se a independência e a tecnicidade afeta a essas Entidades.

Nota-se, portanto, que as Agências Reguladoras são entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei. Têm como função básica intervir na liberdade privada, equalizando interesses em tensão. São, portanto, autarquias especiais, com personalidade de direito público, dotadas de maior independência – traduzida, em especial, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.

Para cumprir as suas funções, cada Agência Reguladora é dotada de autonomia administrativa, financeira e técnica, e especialização – ligada ao princípio da eficiência. A autonomia de tais entidades é uma característica intrínseca à própria razão da sua existência, porque, como visto, tais entidades foram criadas, justamente, em um contexto de separação entre o prestador do serviço – concessionário, permissionário ou autorizatário – e o regulador. Assim é que a independência se apresenta com requisito obrigatório para que tais entidades possam desempenhar as suas funções, de maneira equidistante, seja dos interesses dos usuários, seja dos interesses políticos de ocasião.

Contudo, desde a sua criação, as Agências Reguladoras têm sido alvo de críticas e controvérsias, especialmente em relação à sua independência e à eficácia da regulação. No entanto, é inegável que elas representam uma importante medida no sentido de modernizar o Estado e de melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados à população.

2. Da Emenda n. 54 à Medida Provisória n. 1.154, de 1º de janeiro de 2023

2.1 Objeto da Demanda

Por meio da Medida Provisória (“Medida” ou simplesmente “MPV”) nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023, editada com força normativa formal pelo Presidente da República



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Federativa do Brasil, de natureza jurídica relevante embora de eficácia provisória a depender de deliberação definitiva pelo Congresso Nacional, fora submetida à instituição política que exerce o Poder Legislativo proposta de organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

Nos termos da exposição de motivos assinada respectivamente pelos ministros de Estado da Casa Civil da Presidência e de Estado da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, o objetivo principal da Medida consiste em oferecer melhores práticas de relacionamento e gestão na execução de tarefas da Administração Pública direta e indireta a partir de mecanismos modernos, quiçá mais contemporâneos nos controles de eficiência, tendo como opção de abertura dos trabalhos do jogo político invocado pelos representantes do povo a renovação das funções de (1) legislar, (2) regulamentar, (3) executar e (4) julgar de acordo com as competências originárias das Agências Reguladoras no país.

Foram apresentadas 154 (cento e cinquenta e quatro) emendas à MPV no prazo regimental, perante a Comissão Mista, sendo 25 (vinte e cinco) de autoria de senadoras e senadores, enquanto, das 129 (cento e vinte e nove) remanescentes, a que envolve o pronunciamento desta Comissão de Assuntos Regulatórios da Seccional da Ordem dos Advogados no Distrito Federal (“Comissão” ou “OAB/DF”) está associada à Emenda Aditiva (“Emenda”) nº 54, de autoria do deputado federal Danilo Forte (União/CE), alterando as leis que criaram as Agências Reguladoras Federais.

2.2 Justificativa do Parlamentar Proponente

Intenciona a Emenda nº 54 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”*.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Para além da percepção de que para “regular, deslegalizar e editar atos normativos infralegais”, pela mera leitura das regras sobre 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”*.

É possível evidenciar a relevância da inquirição objeto do presente Parecer mapeados na garantia: *“[d]o controle e a vigilância de um poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais”*. Com essa abrangência, essa Emenda busca limitar, contudo, de maneira categórica a autonomia das Agências Reguladoras.

2.3 Vertentes do Controle Político Congressual

Importa que se conheçam quais os impactos de eventual interferência na autonomia dos órgãos reguladores nacionais, entre outras nuances de natureza (in)constitucional da *emendatio* que serão trazidas em momento oportuno, destacando as hipóteses de adequação das estruturas administrativas estatais sob o rótulo das características de inovação da cadeia hierárquica e subordinação *versus* a efetiva construção de barreiras a preservação das garantias aos direitos dos cidadãos, bem assim se são capazes de eliminar as tentações de autoritarismo e abuso do poder frente ao real propósito do interesse público.

Nas circunstâncias em que a legislação das Agências Reguladoras permeia a história administrativa do Brasil apresentada nos primeiros parágrafos deste Parecer, vê-se verdadeira sucessão de soluções inovadoras visando a contornar a rigidez da estrutura estatal tradicional. A bem dizer, as Agências evocam desde a década de 90 as novas formas jurídicas das quais se reveste o Estado, dentre tantas outras.

Inegável a densidade temática e seriedade do problema na proposta parlamentar. Não é demais enaltecer a posição corajosa, pragmática e realista das Agências Reguladoras na condução harmoniosa de incontáveis interesses, de determinar o destino dos serviços



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

públicos e melhor fixar critérios e controles moderados em situações tantas vezes delicadas e influenciadas pela macro e microeconomia.

Essa percepção do risco (esvaziamento da autonomia) não é nova. Já entre os anos de 2016 e 2017 esta mesma Comissão, preocupada com as consequências da ausência de autonomia orçamentária e financeira das Agências Reguladoras, sugeriria a hipótese de receita própria, preferencialmente oriundas de taxas de fiscalização determinadas anualmente dentro de um limite legal de forma a dispensar os repasses de recursos financeiros do Tesouro Nacional.

Essas receitas seriam arrecadadas e administradas diretamente sob os olhares atentos do Tribunal de Contas da União (“TCU”) — conveniente rememorar que a Corte de Contas é órgão auxiliar e técnico, que facilita o controle externo por parte Poder Legislativo (art. 71 da Constituição Federal de 1988).

Em decorrência do elevado *déficit* de infraestrutura das Agências, fora encaminhado Ofício nº 0468/2017 – SAP ao Presidente do Conselho Federal da OAB (“Conselho Federal”) Cláudio Pacheco Lamachia, pelo então Presidente da OAB/DF, Paulo Costa Souto, enfatizando a importância de se conceder maior autonomia às Reguladoras como uma das melhores estratégias para conferir maior credibilidade aos demais aspectos regulatórios de um país. Nos dizeres de Paulo Costa Souto:

A autonomia das agências é essencial para atrair investidores, uma vez que a aplicação de capitais em longo prazo exige estabilidade de regras e a eliminação de restrições e influências de caráter político e institucional¹.

Retomando o assunto e a título meramente ilustrativo, não é de hoje que o TCU enfrenta uma abordagem das relações interinstitucionais quando interfere na atividade-fim

¹ Fonte no sítio eletrônico da OAB/DF: <<https://oabdf.org.br/noticias/destaque/oabdf-defende-autonomia-das-agencias-reguladoras-2/>>. Ofício referenciado também veiculado na Seccional. Conferir a íntegra neste caminho: <https://oabdf.org.br/wp-content/uploads/2017/07/oficion.0468_2017.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

das agências reguladoras a ponto de elevar os esforços de compreensão, inclusive os limites jurídicos e excessos do controle externo sem gerar imbróglis e insegurança.

Prova cabal disso são as evidências extraídas do Acórdão n. 1.704/2018-Plenário, no qual se analisava questões pertinentes ao setor de portos, em particular a possibilidade de cobrança do Terminal Handling Charge 2 - THC2. A Corte de Contas consignou ser *“possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por Agência Reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência”*².

Entretanto, no caso em tela, o controle exercido nas primeiras auditorias realizadas pela Corte nos comentários do ministro do TCU Walton Alencar Rodrigues, foram tachadas de impertinentes e inconstitucionais, consideradas *“por alguns como clássico exemplo de indevida ingerência do TCU nessas entidades”*, pondo-se em xeque a legitimidade para fiscalizar, chegando a se alegar *“a imunidade dessas entidades ao controle, em razão da autonomia e da independência que, supostamente, estava a conferir-lhes a lei”*.

Outrossim, a ordem dos impactos nas alterações elencadas pela Emenda no novo sistema de investigação do conteúdo das decisões regulatórias emitidas pelas Agências implica na supressão de autonomia/competência (o arbítrio), vez que no exercício de sua autonomia as Agências estão, por imposição constitucional (art. 175, parágrafo único, inciso IV), obrigadas a manter um serviço adequado.

A prestação de um serviço público adequado representa, porquanto o interesse público a ser alcançado é o serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade.

² Tomando como parâmetro para as ponderações necessárias a pesquisa realizada *in* CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. Revista da Controladoria-Geral da União – CGU: Brasília, vol. 13, n. 24, jul./dez. 2021, p. 210-212.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Quando será inevitável a análise de impacto regulatório antes do julgamento definitivo dos pedidos, impugnações, reconsiderações e recursos? Os Conselhos nos Ministérios serão habilitados a ponto de suprir as dúvidas?

Será que os citados Conselhos nos Ministérios guardarão tamanho arranjo técnico e específico para reter a coesão entre as diversas normas jurídicas, de modo a promover a correta interpretação na revisão dos trabalhos disciplinados pelas Reguladoras? Em uma eventual insegurança jurídica e escassez de investidores isso, por si, legitimaria posições dominantes naturais do monopólio das informações por um grupo seletivo de agentes econômicos que se ‘sujeitam’ a um novo marco regulatório? Traduzindo, as chances da livre concorrência e competitividade em condições iguais entre os licitantes não de ser contínuas, habituais?

Nas palavras de Natasha Caccia Salinas e Patrícia Regina Ribeiro Sampaio: “[é] para isso que foram criadas as Agências Reguladoras, que devem congregiar quadros técnicos especializados e diretorias colegiadas para tomar decisões dialogadas sobre matérias sensíveis”³.

Por essas vertentes é atribuído às Agências o poder de trabalhar com essas variáveis dosando os níveis de flexibilidade necessária à consecução do serviço adequado. Essa concepção estaria prontamente superada a despeito da proposta parlamentar, pois ignorar a pauta das Agências, cada vez mais dinâmica, complexa e ágil em um ambiente permanentemente em evolução, é servir-se do extrapolamento da atividade normativa em prol de um repaginado formalismo inadequado a regulá-la.

Caso o Congresso avançasse sobre esses limites — aqui, invadindo a esfera de reserva administrativa dos entes reguladores para perquirir o mérito de suas decisões

³ SALINAS, Natasha Caccia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Conselhos normativos representarão retrocesso na atividade regulatória federal. Consultor Jurídico – CONJUR (online): São Paulo, 2023. Disponível na íntegra em: <<https://www.conjur.com.br/2023-fev-07/fabrica-leis-conselhos-normativos-serao-retrocesso-atividade-regulatoria>>. 20 abr. 2023.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

político-administrativas, interferindo em sua atividade-fim —, o Poder Legislativo abandonaria sua função controladora e assumiria, em máxima verdade, o papel de administrador, substituindo-se às Agências.

Nos termos da avocação legislativa, como ensina Felipe Romero: “(...) a hierarquia se manifesta no sentido formal, como hierarquia da lei ou do decreto legislativo em relação à norma editada pela Agência Reguladora, e não no sentido subjetivo. É dizer, inexistente uma relação de controle hierárquico entre Agências Reguladoras e Poder Legislativo”. Afinal, “[a] avocação legislativa como instrumento de controle diferencia-se de outros tipos de interação de natureza estritamente hierárquica, que se baseiam na relação de autoridade entre controlador e controlado. Na avocação, ao contrário, não há controle hierárquico, na medida em que não existe subordinação funcional. A hierarquia que qualifica a avocação é acessória, e não constitutiva da relação entre controlador e controlado”⁴.

Por outra frente, “(...) a expressão não significa legitimar qualquer ação parlamentar para reverter normas editadas pelas agências reguladoras. A teoria da avocação administrativa afirma que esta só poderá ocorrer em relação a competências não privativas”⁵. Sob a pertinência da Emenda as suas inclinações são aparentemente fruto do apelo do Congresso pela insistente e malfadada invasão das competências privativas das Agências.

3. Da Inconstitucionalidade da Emenda n. 54

Como mencionado, a Emenda Aditiva nº 54 acrescenta ao texto da Medida Provisória nº 1.154/2023 a previsão de criação de Conselhos Normativos vinculados à administração direta, alterando as respectivas leis de criação das agências reguladoras no

⁴ ROMERO, Felipe. Agências Reguladoras e Poder Legislativo: a regulação entre a técnica e a política. 1. ed., Editora Fórum: Belo Horizonte, 2023, p. 109.

⁵ Op. cit, p. 110.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

País, a saber: Leis: nº 9.427 de 1996 (“ANEEL”); Lei nº 9.472 de 1997 (“ANATEL”); Lei nº 9.478 de 1997 (“ANP”); Lei nº 9.782 de 1999 (“ANVISA”); Lei nº 9.961 de 2000 (“ANS”); Lei nº 9.984 de 2000 (“ANA”); Lei nº 10.233 de 2001 (“ANTAQ” e “ANTT”); MP nº 2.228-1 de 2001 (“ANCINE”); Lei nº 11.182 de 2005 (“ANAC”) e Lei nº 13.575 de 2017 (“ANM”).

Neste particular, na hipótese de aprovação da Medida Provisória nº 1.154/2023 e sua respectiva Emenda nº 54, a regulação, a deslegalização e a edição de atos normativos por Agências Reguladoras seriam exercidas por intermédio dos citados Conselhos Normativos, compostos por representantes do ministério vinculado, da própria Agência, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, aprovados pelo Congresso Nacional.

A justificativa para a criação de tais conselhos normativos, nos termos da Emenda Aditiva nº 54, se dá para fins de garantia do “*controle e a vigilância de um poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais*”, em uma alusão ao sistema de freios e contrapesos.

Assim, tenta-se sustentar, de forma falaciosa, uma espécie de monopólio da atividade normativa para o Poder Legislativo, reduzindo o poder normativo das autarquias especiais reguladoras. Não obstante, é preciso alertar, desde já, que a Emenda nº 54 padece do vício da inconstitucionalidade, como passaremos a explorar na sequência.

Antes, contudo, é preciso registrar, como bem ensinou a Ministra Rosa Weber na ADI nº 4874, que a função normativa conferida às Agências Reguladoras não se confunde com o poder regulamentador da Administração (art. 84, IV, da CF/88), com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF/88), ou, tampouco, com as leis delegadas (art. 86, CF/88).



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Com efeito, trazendo à baila o ensinamento de Odete Medauar (*apud* Valadão, 2002), esclarece-se que o poder regulamentar é atinente à regulamentação das leis e “*destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio de decretos*”, de competência privativa do Chefe do Executivo.

Sob este viés, salienta-se que o controle legislativo sobre os atos do Executivo e dos órgãos da Administração Pública somente poderá ser concretizado nas hipóteses e limites previstos pela Constituição da República. Por oportuno, constitucionalmente, apenas atos do Poder Executivo no exercício do poder regulamentador tem previsão de “*revisão*” e controle pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inciso V, da Carta Magna:

*Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
[...]
V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.*

Da leitura do dispositivo, também estariam sujeitos ao controle pelo Congresso os atos que exorbitem da delegação legislativa, referindo-se à previsão de expedição de leis delegadas pelo Chefe do Poder Executivo, com base no artigo 68 da CF/88.

Por outro lado, a função normativa consiste na competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas, inserindo-se no poder geral de polícia das Agências Reguladoras, e não abarcadas por qualquer previsão constitucional de controle direto pelo Congresso Nacional.

Nesta seara, convém citar Marcos Aurélio Pereira Valadão, que a respeito deste assunto afirma:

“O problema aqui é que não compete ao Congresso Nacional, diretamente, por via legislativa (decreto legislativo) se amiscuir em atos regulamentares, melhor dizer atos normativos, editados no âmbito do Poder Executivo, por autoridades que não o Chefe do Poder Executivo. Há outros mecanismos para se proceder a esse



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

controle, a cargo do Poder Judiciário, de maneira genérica, e, em situações específicas, do Tribunal de Contas da União (art. 71, incisos IX, X e XI). Além do que, essa modalidade de atos não se amolda, em sentido estrito, ao conceito de ato regulamentar, decorrente do poder regulamentar, mas sim ao de ato executivo, inserindo-se no âmbito dos atos normativos. Ou seja, o controle que pode ser exercido pelo Poder Legislativo, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, é limitado e restringe-se às hipóteses de extrapolação do poder regulamentar, no sentido de não-adequação aos limites da lei regulamentada (disposições contra legem, extra legem ou ultra legem), configurando violação ao princípio da legalidade, e diz respeito somente aos atos do chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos regulamentares, não abrangendo os decretos autônomos ou qualquer outro ato emanado na esfera do Poder Executivo. Qualquer outra hipótese de inconstitucionalidade só poderá ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Entender-se de outro modo seria como se ler no supercitado inciso V do artigo 49 da CF/88 não a expressão “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”, mas “atos normativos no âmbito do Poder Executivo eivados de inconstitucionalidade direta ou indiretamente”; o que configuraria, evidentemente, uma ampliação distorcida do comando constitucional.⁶”

Outra forma possível de controle externo pelo Poder Legislativo sob a Administração Pública consiste na convocação de Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestar informações sobre assunto previamente determinado, importando, de acordo com o art. 50, crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada.

⁶ Valadão, Marcos 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. v. 39, n. 153, p. 287–301, jan./mar., 2002.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Não obstante, segundo Bagnoli⁷, a autonomia das Agências em relação ao Poder Legislativo é encolhida. O legislador pode fiscalizar condutas e suspender os atos normativos que entender não condizentes com a Lei, intervir na Agência modificando seu regime jurídico, bem como extingui-la, já que a própria Constituição da República não assegura a independência absoluta das Agências. Além de que, qualquer desrespeito a esses valores assegurados em Lei, o Poder Judiciário está apto a intervir na decisão da Agência.

Em que pese as previsões citadas de controle político, reitera-se, contudo, que a Constituição da República não dispõe ou autoriza a criação de comissões específicas que limitem a função normativa das Agências Reguladoras.

Inclusive, esta independência e autonomia conferida às Agências Reguladoras, historicamente, explica-se em razão da necessidade de se atingir melhores resultados e superar a hígidez burocrática então existente em meados dos anos 90.

Assim, no âmbito da Reforma do Aparelho Estatal, caracterizado pelo neoliberalismo e foco no processo de desestatização e privatização, flexibilizando o monopólio estatal em diversos pontos estratégicos de atuação, as Agências Reguladoras careciam de autonomia em relação ao próprio governo, ou seja, “*a autonomia política deveria ser reservada às Agências Reguladoras, por atuarem em áreas monopolistas, característica dos setores de infraestrutura — telecomunicações, energia e petróleo*”, segundo explanado por Bresser Pereira⁸ (*apud* Pacheco, 2006).

Especificamente no que diz respeito à autonomia normativa das Agências Reguladoras, Leila Cuéllar acrescenta:

“Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter

⁷ BAGNOLI, Vicente. Autonomia e Independência das Agências Reguladoras. São Paulo, 2023.

⁸ Pacheco, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. RAP Rio de Janeiro 40(4):523-43, Jul . /Ago. 2006.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

geral, veiculatórias de sua política econômica. Tampouco seriam úteis na hipótese de configurarem mera "reprodução", com denominação diversa, das tradicionais autarquias. Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas.

Com esse objetivo, as leis nacionais acima averiguadas atribuíram às agências reguladoras por elas criadas competência normativa e decisória, além de maior grau de autonomia, de forma a possibilitar que tais órgãos cumpram os fins para os quais surgiram.⁹

Ainda, essa autonomia e independência das Agências devem prevalecer em relação aos governos que estão em constante alternância de poder, sendo essencial a preservação da estabilidade regulatória e da segurança jurídica, como pontos fundamentais para a atração de investimentos.

É preciso firmar tal entendimento, caso contrário, corre-se o risco de politizar as deliberações, renunciando a pareceres técnicos.

Nesse sentido, vale dizer, as Agências Reguladoras são autarquias especiais com corpo técnico especializado para tratar das matérias que lhe são afetas, conhecimento este indispensável para a elaboração de determinados normativos. Neste ponto, como reitera Cuéllar, “a legitimidade técnica da atuação normativa do legislativo, baseada puramente no fato de que seus membros foram escolhidos pelo povo, é questionável”.

Pretende-se, portanto, afastar ou diminuir os riscos de as Agências sofrerem influências externas, de ordem política ou econômica, com o intuito que exerçam, com eficiência, a missão que lhes é conferida pelos diplomas legais que as instituem.

E, ainda que na Emenda nº 54 tente justificar a criação dos Conselhos Normativos com base da ideia de “transparência” e “participação popular”, cumpre realçar que as

⁹ Cuéllar, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. Imprensa: São Paulo, Dialética, 2001.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Agências Reguladoras já dispõem de instrumentos de interação com a sociedade, como as audiências e consultas públicas, as tomadas de subsídio, as análises de impacto regulatório, os mecanismos de denúncia e ouvidoria, consoante Passaro (*apud* Cuéllar, 2001):

“Neste novo modelo, tendo o circuito de representação política entrado em crise, porque não consegue dar resposta adequada à crescente complexidade social, constata-se a necessidade de criar formas de representação alternativas à político-eleitoral. As agências reguladoras inserem-se neste contexto, pois, embora seus diretores não sejam escolhidos pelos eleitores, permite-se a participação indireta da sociedade, viabilizando oportunidades de manifestação dos indivíduos (e não somente das pessoas diretamente interessadas) sobre o conteúdo de diplomas normativos a serem elaborados pelas agências reguladoras, por exemplo.”

Como de conhecimento geral, no âmbito do direito constitucional brasileiro, a Medida Provisória (MP) é um ato unipessoal do Presidente da República, com força de lei, editada, a princípio, sem a participação do Poder Legislativo. A base legal encontra-se no artigo 62 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (grifo nosso).

Por conseguinte, após sua edição pelo Poder Executivo, a MP segue seu rito formal e é submetida ao Congresso Nacional para que seja convertida, ou não, em lei. Durante a tramitação, há a possibilidade de o Poder Legislativo apresentar emendas, desde que haja conexão temática entre a MP e a resolução do caso urgente e relevante que motivou a sua criação.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Em outras palavras, exige-se o preenchimento do requisito de pertinência temática entre as normas veiculadas pela medida provisória e a solução do caso relevante e urgente que motivou a sua adoção. O meio deve ser adequado ao atingimento dos fins colimados, sob pena de configurar-se desvio de finalidade.

Ao conflitar o positivado na Carta Magna e o propósito da MP n. 1.154, denota-se a relevância e a urgência do tema, ante a necessidade reorganizar parte essencial da administração pública, implementando a nova organização/estrutura deste, conforme consta na exposição dos motivos EMI nº 1/2023 – CC/MGI, que consubstanciou a referida MP, notemos:

A urgência e relevância estão evidenciadas pela natureza da própria estrutura ministerial que se pretende implementar, essencialmente distinta da que vigora atualmente, e que reflete uma concepção de organização do aparelho do Estado que assegura a relevância das políticas sociais e de desenvolvimento econômico que integram o Programa de Governo aprovado pela sociedade brasileira.

A MP em questão, como já dito, reestrutura os órgãos já existentes e não cria novas competências, quanto menos, cometa novas diretrizes às autarquias ou as Agências Reguladoras.

No entanto, foi proposta a Emenda n. 54, a qual sugere que os atos normativos emitidos pelas Agências Reguladoras sejam emanados por conselhos ligados aos Ministérios e secretarias que atuarão nas funções de regulação, deslegalizando a edição de atos normativos infralegais e usurpando as atuais funções dos órgãos reguladores setoriais.

A razão por trás da implementação desses conselhos regulatórios, conforme a Emenda em questão, seria supostamente assegurar a vigilância e o controle mútuo entre os



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

poderes em relação ao cumprimento das obrigações constitucionais, seguindo o princípio de *checks and balances* (freios e contrapesos).

Assim, a Emenda n. 54 foge, claramente, do objeto da MP n. 1.154, extrapolando a mera organização da estrutura do novo governo, tornando-se uma “emenda jabuti”, pois o tema tratado pela primeira não tem qualquer ligação direta com o texto da MP colocada em discussão no Congresso Nacional, sendo vistas como “contrabandos” no momento da votação.

Como explica Simone Diniz, Cientista Política e Professora:

O jabuti é um recurso estratégico que ganha notoriedade por ter um processo mais célere de tramitação [das MPs]. Chama muita atenção quando são escandalosos, talvez como o da Eletrobras, de um artigo da medida provisória que se destaca por algum motivo”, disse. Segundo a cientista política, não é fácil mapear os casos de jabutis nos textos, por isso, só aparecem quando são muito diferentes da proposta original.

Esta prática já foi definida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5127, nos termos da ementa abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (STF - ADI: 5127 DF, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 15/10/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/05/2016). (grifo nosso).

Portanto, a Emenda n. 54 é inconstitucional, por violar o princípio democrático e o devido processo legislativo, dado que extrapola o tema de reorganização governamental tratado pela MP n. 1.154, bem como almeja dar indevido tratamento célere a questão de profundo impacto econômico, deixando de ser debatido pelo Congresso Nacional com a atenção que merece, em flagrante desvio de finalidade da MP.

Não obstante ao mencionado acima, há também de se considerar o positivado no artigo 62 da Carta Política, onde exige-se, para validade da MP, a relevância e urgência do tema.

Embora o tema da Emenda n. 54 tenha sua relevância, carece de urgência, pressuposto indispensável à serventia da citada emenda.

No sentido gramatical, o conceito de “urgência” busca exprimir a qualidade daquilo que necessita ser resolvido imediatamente, para que se evite um dano ou prejuízo. Já na acepção jurídica, “*provém, invariavelmente, não somente da necessidade da feitura das coisas, como do receio, ou do temor, de qualquer demora, ou tardança, possa trazer prejuízos. O reconhecimento da urgência, em regra, estabelece a preferência em relação à coisa, ou ao fato, para que seja feita, ou executada, em primeiro lugar e em maior*



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

brevidade, dispensando-se, mesmo, em certos casos, o cumprimento de certas formalidades, ou o decurso de prazo, próprios aos casos normais”¹⁰.

Ao organizar esses conceitos de forma lógica, é possível compreender que a elaboração de uma MP deve ser precedida por uma avaliação criteriosa da relevância e urgência do assunto em questão. Isso ocorre quando há uma situação excepcional que exige uma intervenção legal imediata para proteger interesses relevantes que não possuem proteção jurídica adequada. Esse caso deve se destacar dos demais em termos de importância e requer uma ação normativa urgente para evitar danos ao interesse público. Nestes casos, o juízo não é político, mas sim de necessidade.

Se não houver um caso que atenda aos requisitos de relevância e urgência, a utilização de medida provisória se torna um abuso de poder, pois estaria invadindo a competência exclusiva do Poder Legislativo e violando o princípio da separação dos poderes. Nas palavras de Sérgio Sérulo da Cunha:

*É preciso distinguir entre a simples necessidade, que justifica a existência de toda lei, e a excepcional necessidade, que justifica a edição de um decreto de necessidade e urgência. Relevante, aquilo que se eleva acima do plano comum do necessário, é o termo encontrado para designar essa necessidade excepcional”. Já a urgência reside no “fato novo – que não se confunde com o fato crônico, com a percepção nova, ou com o juízo novo a respeito de relação preexistente – que exige pronta disciplina jurídica. (...)”, justificando a adoção de medida provisória “quando há o risco de consumir-se situação nova de fato, sem a correspondente disciplina jurídica”. Diante disso, **“para justificar a medida provisória não basta que ocorra necessidade excepcional, nem basta que ocorra urgência: é preciso haver necessidade excepcional de interesse público cuja satisfação exija imediato provimento normativo”** (Anamnese da medida provisória. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros. n. 26/1999, p. 85-86). (grifo nosso).*

¹⁰ Vocabulário Jurídico. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.449.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Nesse mesmo sentido, Marco Aurélio Greco aponta três condições complementares à relevância e urgência, para a edição de medidas provisórias: (a) compatibilidade do conteúdo com a Constituição; (b) pertinência entre a situação de fato (urgente e relevante) as providências adotadas; (c) proporcionalidade entre as providências e a questão a ser resolvida, não podendo ser introduzidas alterações desnecessárias na legislação.

Ocorre que, no caso em tela, a Emenda n. 54 não suporta o caráter de urgência excepcional e, tampouco, a “proporcionalidade entre as providências e a questão a ser resolvida”, pois não se trata de intervenção legal imediata para proteger interesses relevantes que não possuem proteção jurídica adequada, visto que as Agências Regulatórias estão desempenhando seu papel e já possuem dispõe de arcabouço legal que prevê os requisitos para seu funcionamento.

Igualmente, não foi demonstrada a existência de qualquer fato extraordinário (caso) que, em virtude de sua magnitude (relevância), justificasse a necessidade de imediata adoção das providências estabelecidas na medida provisória, como forma de evitar lesão ao interesse público (urgência). Muito menos foi indicada a eventual conexão existente entre as matérias tratadas (pertinência temática).

Como visto, a relevância da Emenda n. 54 é apontada de modo genérico, demasiadamente amplo (controle e a vigilância de um poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais) que não abarca, sequer por afinidade, a temática da MP n. 1.154 (natureza da própria estrutura ministerial), sem, ainda, apontar qualquer urgência.

Dessa forma, conjuntamente com a inconstitucionalidade, nota-se a ausência de urgência, requisitada pelo artigo 62 da Constituição Federal, que justificaria a tramitação da temática da Emenda n. 54 em conjunto com a MP n. 1.154.

Ademais, faltaria na tratativa do tema, de extrema relevância, o debate aprofundado no Congresso Nacional acerca das mudanças pretendidas, com a participação da sociedade.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Insta apontar, ainda, a inconstitucionalidade nomoestática afeta à referida Emenda. Como é cediço, é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo os projetos de lei que versem sobre a organização da administração pública.

Não é despidendo apontar que a citada MP atende ao pressuposto de iniciativa. Entretanto, o mesmo não se pode concluir em relação à Emenda n. 54, visto que trata, como apontado alhures, de tema alienígena ao objeto da MP n. 1.154, de 1º de janeiro de 2023, o que ratifica sua patente inconstitucionalidade formal.

4. Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que a referida MP, conquanto apresente, *prima facie*, motivos legítimos, tem o condão de fazer fenecer a independência das Agências Reguladoras, fator indispensável à acomodação da atividade regulatória, sem que as decisões de atividades das Agências estejam ao alvedrio de governos de situação, máxime porque estas são, em sua essência, Entidades de Estado, e não de governo.

As Agências Reguladoras têm aperfeiçoado seu modelo de participação social e transparência, com a transmissão de suas Reuniões Colegiadas, em tempo real, por seus respectivos canais no *YouTube*, além de consolidarem a oitiva à sociedade por meio de Audiências Públicas e outras formas de participação direta da sociedade nos mecanismos decisórios das Agências.

Não se pode olvidar, ainda, que as Agências têm implementado mecanismos de governança e tecnicidade, como a Análise de Impacto Regulatório – AIR, e a Análise de Resultado Regulatório – ARR, importantes institutos que permitem maior tecnicidade e mitigação de impactos decorrentes de suas decisões.

Cabe destacar, ainda, que as Agências Reguladoras editam seus atos por meio de decisões colegiadas, o que permite maior ponderação das decisões tomadas, além de mitigar o risco de captura dos agentes com poder de decisão, máxime porque os Diretores



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

das Agências Reguladoras gozam de mandatos fixos, permitindo-lhes maior autonomia e força institucional para desempenhar suas funções nas respectivas áreas de atuação.

Por fim, as Agências representam relevante inovação no âmbito do Estado brasileiro, pois, por meio delas, as decisões regulatórias passaram a gozar de mais autonomia, tecnicidade, previsibilidade e segurança jurídica, pilar central da estabilização das relações sociais. Alterar a forma como as decisões das Agências Reguladoras são tomadas consiste na morte da segurança jurídica, visto que, a depender do Governo de situação, a regra regulatória pode ser repentinamente alterada, o que afastará o aporte de investimentos no Brasil, investimentos estes efetivados em contratos de longo prazo, que não podem estar sujeitos a interesses políticos outros.

À guisa do exposto, esta Comissão de Assuntos Regulatórios manifesta preocupação com o teor da Emenda n. 54, e, ato contínuo, como instituição intrinsecamente ligada ao princípio democrático, pugna pela completa rejeição da referida Emenda, pelos motivos apresentados neste parecer.

Brasília, 27 de abril de 2023

Hélio Roberto Silva de Sousa
Coordenador

Secretário-Geral Adjunto da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 68.883

Felipe Corrêa Castilho
Membro da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 35.039



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE ASSUNTOS REGULATÓRIOS

Marcelo Nogueira Mallen da Silva
Membro da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 53.186

Nathália Caroline Fritz Neves
Membro da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 67.057

Vinícius Tadeu Bienza Lara
Membro da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 62.146

De acordo,

Paola Aires Corrêa Lima
Presidente da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 13.907

Ciro Paessano de Albuquerque Silva
Vice-Presidente Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 58.258

Paula Cabral Vilela
Secretária-Geral da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF
OAB/DF 54.448