

Conselhos normativos serão retrocesso na atividade regulatória

Na última semana, voltou ao cenário da regulação a discussão em torno da criação de conselhos ministeriais, com composição *multistakeholder*, para o exercício de funções normativas nos setores regulados. A ideia, formalizada em uma emenda aditiva ao Projeto de Lei de conversão da Medida Provisória nº 1.154/2023, que dispõe sobre a organização da administração pública federal, é requeitada e deve ser recusada. Na primeira vez, no ano passado, aventou-se a possibilidade de [uma proposta de](#) [re a qual nos posicionamos contrariamente](#) – que não prosperou.



Na atual conjuntura, a sugestão consiste em alterar a redação das

respectivas leis que instituíram as agências reguladoras para que a edição de atos normativos seja *"exercida por meio de Conselhos ligados aos Ministérios e secretarias que atuarão nas funções de regulação, deslegalização e edição de atos normativos infralegais, sendo compostos, na forma da lei, por representantes do Ministério, da Agência, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, aprovados pelo Congresso Nacional"*. A [Exposição de Motivos](#) da referida emenda aditiva menciona que os Conselhos Normativos a serem criados teriam competência *"para regular, deslegalizar e editar atos normativos infralegais, ou seja, [em] toda a atividade normativa terá que haver a interação entre representantes do Ministério, das Agências, dos setores regulados da atividade econômica, da academia e dos consumidores, garantindo o controle e a vigilância de um poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais"*.

A proposta em questão possui equívocos que merecem ser apontados, a fim de que não prospere.



Natasha Salinas

professora e pesquisadora

1. Em primeiro lugar, denota desconhecimento do que é uma agência

reguladora e para que serve, em que pese o país já ter duas décadas de experiência com a sua existência, e sobre como é (ou, ao menos, deveria ser) o exercício da função normativa). Agências disciplinam temas de elevada complexidade, como tarifas e exigências de segurança e qualidade de produtos e serviços que são colocados à disposição da população em diversos mercados. A proposta em questão, ao criar conselhos normativos, confunde os institutos da participação popular com a função deliberativa das diretorias colegiadas. Vejamos.

A lei geral das agências reguladoras federais ([Lei 13.848/2019](#)) abraça, em seu artigo 9º, as boas práticas internacionais ao exigir a realização de consultas públicas antes da edição de atos normativos. Nesse momento, todos os segmentos da sociedade — agentes econômicos, academia, consumidores/usuários — assim como outras searas do governo (como ministérios e outras autarquias) são muito bem-vindos e estimulados a participar. Pesquisas desenvolvidas no âmbito do projeto [Regulação em Números](#), da FGV Direito Rio, mostram que mecanismos de participação como consultas e audiências públicas têm se tornado cada vez mais relevantes nos processos normativos das agências [reguladoras federais](#).

Todavia, uma vez colhidas e respondidas as contribuições recebidas, a decisão deve ser técnica e deve considerar os efeitos sistêmicos sobre os setores de competência das agências reguladoras. Não por acaso, [pesquisa](#) recente revelou que as agências tendem a incorporar com maior frequência as contribuições recebidas em consultas públicas que utilizam linguagem mais técnica.



Os mecanismos de participação instruem, mas não determinam o resultado da regulação. As deliberações das agências reguladoras são tomadas em sessões públicas das diretorias colegiadas. E os diretores devem, segundo a legislação em vigor, ser pessoas com conhecimento nos temas atribuídos por lei às respectivas agências. O objetivo da nomeação de diretores técnicos para deliberar sobre o conteúdo da regulação é, acima de tudo, garantir a qualidade da regulação. Temas sensíveis para a população podem atrair contribuições de baixíssima qualidade, como [estudos empíricos já revelaram](#). Além disso, a blindagem institucional das agências reguladoras tem por objetivo evitar que decisões de curto prazo e que comprometem a segurança jurídica sejam tomadas — como costuma ser o caso quando ministros se posicionam contra reajustes tarifários previstos em contratos de concessão. O ambiente regulatório torna-se, assim, menos atrativo a investidores, em especial nos setores de infraestrutura, em que a implantação de novos projetos requer investimentos elevados e de retorno no longo prazo.

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

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

3. Em terceiro lugar, de acordo com a [proposta](#), a adoção de Conselhos *"possibilita maior interação entre os componentes, de modo a discriminar funções reguladoras e julgadoras, com maior transparência, responsabilidade e participação democrática"*. Merece ser questionado por que Conselhos propiciariam "maior interação entre os componentes". Estudos empíricos também nos revelam que muitas vezes não há efetiva e plena deliberação em conselhos tripartites com competências regulatórias, sendo o exemplo do [Conama](#) possivelmente o mais emblemático.

Além disso, a proposta nada diz sobre a governança dos conselhos com poder normativo, nem sobre os requisitos para sua composição. Alude apenas genericamente a que teriam componentes dos ministérios, da sociedade civil e da academia.



Pergunta-se então: terão essas pessoas mandato? Quem fará o crivo para se ter certeza de que a cadeira de proteção dos usuários do serviço não será ocupada por membro das empresas, e por aí sucessivamente? Atualmente a interação das diretorias colegiadas, por força de lei, é pautada pelos primas da (1) previsibilidade — pautas precisam ser divulgadas com antecedência; e (2) publicidade — votos necessitam ser proferidos em sessões públicas colegiadas. Não há, de outro lado, qualquer exigência a esse respeito para esses conselhos. A proposta nada diz quanto a mandatos, requisitos para composição, mecanismo de decisão.

4. Por fim, a emenda propõe ainda a criação de "órgão administrativo julgador independente" para lidar com o contencioso administrativo hoje em curso no âmbito das agências reguladoras. A argumentação subjacente consiste em sustentar que as agências reguladoras concentrariam excessivos poderes. Nesse sentido, é mencionado na [Exposição de Motivos](#) que "*o princípio da separação de poderes descreve a relação entre os Poderes com funções de legislar e regulamentar, executar e julgar. A partir desse entendimento e da concepção de harmonia entre os Poderes, é necessário criar mecanismos que proporcionem o melhor relacionamento e execução de tarefas na Administração Pública*".

Esta premissa de que as agências congregariam excessivos poderes executivos, legislativos e judiciais está de há muito superada, e não encontra eco em outras jurisdições. Não há que se falar em concentração de poderes, pois (1) conforme acima explicitado, existe clara diferença entre as funções legislativa e normativa: a primeira é típica do Poder Legislativo; a segunda é subordinada à primeira e própria das burocracias administrativas; (2) agência reguladoras não possuem função jurisdicional: suas decisões possuem natureza administrativa e, por mais complexo que seu objeto possa ser, são sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, na extensão e nos limites em que atos administrativos podem ser revisados pelo Poder Judiciário. Aliás, na tradição norte-americana, as agências reguladoras são conhecidas por desempenharem duas funções principais: *rulemaking* e *adjudication*. Ambas nas mesmas organizações administrativas.

Além disso, quem tem familiaridade com a atuação regulatória sabe que processos normativos e processos sancionadores realizam caminhos bastante distintos, embora dentro da mesma instituição. Desde a entrada em vigor da Lei 13.848/2019, processos normativos nas agências reguladoras precisam ser objeto de consulta pública e as propostas normativas necessitam ser submetidas à análise de impacto regulatório. Os conselhos previstos na proposta de emenda legislativa, por sua vez, não estarão subordinados a essas exigências, já que o texto nada menciona a esse respeito.

De outro lado, os processos sancionadores têm rito distinto, com exigências de exercício de contraditório e ampla defesa. É também praxe nas agências que as primeiras decisões sejam tomadas em sede de unidades como superintendências, cuja decisão pode ser então contestada por meio de recurso à diretoria colegiada. O duplo grau de análise de questões administrativas sancionadoras já é uma realidade nas agências reguladoras federais. Não há, salvo melhor juízo, ganho institucional, de governança ou qualidade técnica de se retirar os processos sancionadores da alçada das agências reguladoras. Muito ao contrário, até mesmo porque esse "órgão administrativo julgador independente" seria chamado a decidir processos administrativos sobre temas tão diversos quanto transporte terrestre, medicamentos e energia elétrica, apenas para dar alguns exemplos. É esperado que muito se perca em especialização técnica.



Em suma, a proposta de criação de conselhos no âmbito das agências reguladoras e de um "órgão administrativo julgador independente" parece ser tema que visa transformar questões técnicas e que devem ser tratadas como políticas de estado em temas de curto prazo e alto risco de politização partidária.

A proposta parece fazer parte de uma questão maior. Conforme mostram pesquisas do [Projeto Regulação em Números](#), há diversas tentativas do Congresso de se imiscuir em temas que não são de natureza legislativa, mas fundamentalmente administrativas e de elevada complexidade técnica. Temas como produtos que podem ou não ser comercializados por serem relevantes da perspectiva da saúde e da vigilância sanitária, reajuste de tarifas de energia elétrica e franquia de bagagem têm estado na pauta do Legislativo, seja por meio de [projetos de decreto legislativo](#), seja pela [edição de leis](#). No entanto, trata-se de questões que necessitam de elevado conhecimento técnico para serem disciplinadas, ou que possuem complexas equações econômico-financeiras para viabilizar a prestação de serviços regulados no longo prazo. 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.

O papel e o poder do Parlamento estão em ser guia das decisões fundamentais da sociedade e do país, auxiliando na construção de um ambiente com segurança jurídica e favorável à atração de investimentos ao país. A criação de conselhos normativos vai na contramão dessas finalidades: ao alterar a governança dos setores regulados, o Parlamento incrementará a insegurança jurídica e afugentará investidores. Aqueles que possuem contratos em vigor recearão que normas advindas desses conselhos poderão afetar adversamente a execução de seus contratos, ao tempo em que as agências reguladoras nada poderão fazer a respeito.

A emenda aditiva em questão, portanto, deve ser rechaçada. O progresso do país passa por demandar maior autonomia às agências reguladoras, inclusive financeira, e pela cobrança de resultados da sua atuação. Nisso o Parlamento em muito pode contribuir, no seu papel de fiscalizador dos atos do Poder Executivo. Mas o país em nada ganhará com o apequenamento das competências das agências reguladoras e a retirada de suas atribuições normativa e adjudicatória.