



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## **Institucionalizando tensões entre o legislativo e o regulador: proposta para uma lei de revisão dos atos normativos das agências pelo Congresso Nacional**

*Institutionalizing tensions between the legislative branch and the regulator: proposal for a law enabling the review of agencies' normative acts by the National Congress*

Rafael Viana de Figueiredo Costa

**Resumo:** O objetivo do presente estudo é analisar a tensão institucional entre o Poder Legislativo e as entidades reguladoras – incluindo-se as agências reguladoras regidas pela Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, e outras entidades técnicas e independentes similares, tais como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil, por exemplo –, propondo soluções institucionais para o problema. Uma característica intrínseca a tais entidades reguladoras é a concentração de poderes quase-legiferantes, outorgados em caráter normalmente bastante abstrato pela lei de criação da entidade reguladora, os quais podem ser mais ou menos análogos à produção legislativa primária. Com o passar dos anos, e a sedimentação do modelo institucional das entidades reguladoras independentes, cresceram as tensões entre o Poder Legislativo e tais entidades, como apontam diversos estudos. O presente artigo tem como objetivo apontar caminhos para se institucionalizar estas tensões, a partir da análise específica: (i) do caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501, julgada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de outubro de 2020, (ii) do caso *Gundy v. United States*, julgado em 20 de junho de 2019 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e (iii) do Congressional Review Act (1996), dos Estados Unidos da América.

**Palavras-chave:** Direito administrativo; Estado Regulador; Poder Legislativo; Entidades reguladoras.

**Abstract:** The goal of this study is to examine the political tension between the legislative branch and regulatory entities – including regulatory agencies in accordance with Law n. 13,848, of June 25th, 2019, and other similar independent and technical entities, such as the Brazilian Securities and Exchange Commission and the Central Bank, for instance – proposing institutional solutions for this question. An intrinsic characteristic to such regulatory entities is the concentration of quasi-legislative powers, usually delegated in broad ways by the law that created the regulatory entity, noted that such powers may be more or less analogous to primary laws. With time and the settling of the institutional model of independent regulatory entities, political tensions have grown between the legislative branch and such entities, as studies point out. This article aims to pinpoint ways to institutionalize these tensions, from a detailed analysis of (i) Unconstitutionality Action n. 5,501, decided by the Brazilian Supreme Court on October 23rd, 2020, (ii) the case *Gundy v. United States*, decided on June 20th, 2019, by the U.S. Supreme Court, and (iii) the Congressional Review Act (1996), of the United States of America.

**Keywords:** Administrative Law; Regulatory State; Legislative power; regulatory entities.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9n1p134-156>

## INSTITUCIONALIZANDO TENSÕES ENTRE O LEGISLATIVO E O REGULADOR: PROPOSTA PARA UMA LEI DE REVISÃO DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS PELO CONGRESSO NACIONAL

Rafael Viana de Figueiredo COSTA\*

*Sumário: 1. Introdução; 2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501 como sinal de um problema institucional; 3. A tensão institucional entre o Poder Legislativo e o Regulador; 4. O caso Gundy v. United States; 5. O Congressional Review Act (1996); 6. Possíveis soluções institucionais para a tensão entre o Poder Legislativo e o Regulador. 7. Referências bibliográficas.*

### 1. Introdução

O objetivo do presente artigo é debater quais são os limites ao exercício da atividade de *rulemaking* das entidades reguladoras quando confrontada com a edição, especialmente *a posteriori*, de leis em sentido estrito ou decretos legislativos pelo Poder Legislativo, hostis à regulamentação previamente editada. Assim, a partir de dois casos concretos – um julgado no Brasil e outro nos Estados Unidos –, e da Congressional Review Act (1996), será analisada a plausibilidade da ideia de que o Poder Legislativo deveria ter uma prevalência em relação ao Poder Regulador nesta hipótese, e que os tribunais pátrios deveriam adotar uma maior deferência ao legislador, como uma fronteira ao conceito de deferência ao regulador. Por fim, será avaliado se a solução a ser apresentada prescinde de alteração legislativa, *i.e.*, se seria justificável que fosse construída pela jurisprudência, ou não.

Apesar deste artigo não promover um debate sobre quem dentre o Congresso Nacional, o Poder Judiciário ou as agências reguladoras possui a *melhor* capacidade institucional para definir a interpretação final sobre uma determinada regulação (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003), é importante ter em conta, ao menos, que este tipo de avaliação sobre a *melhor* capacidade institucional para a emissão de juízos de valor dependeria de dados empíricos robustos (LEAL; ARGUELHES, 2016, p. 202). Logo, para o desenvolvimento da discussão que será travada, parte-se de uma premissa cética com relação ao recorrente argumento doutrinário e jurisprudencial de uma presunção de superioridade decisória das agências em relação ao Congresso ou ao Poder Judiciário para quaisquer assuntos em suas respectivas esferas de atuação. Muitas vezes este tipo de argumento é lançado carecendo de suporte empírico<sup>1</sup>, e

---

\*Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito-Rio. Pós-graduado em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Insuper-SP. Graduado em Direito pela FGV Direito-Rio. Advogado.

<sup>1</sup> Este tipo de argumento foi utilizado, por exemplo, na ADI 5501, quando do julgamento da medida cautelar. Tal caso será discutido mais detidamente na sequência deste artigo, mas vale destacar este trecho do voto vencedor do relator, Min. Marco Aurélio: “28. As razões que impõem essa deferência

sem levar em consideração a possibilidade de variação no nível de *expertise* entre as diferentes agências reguladoras<sup>2</sup> – e a profundidade técnica da discussão em concreto.

Com efeito, a solução a ser apresentada neste espaço se afasta desta discussão, objetivando, na verdade, indicar um caminho para solucionar a questão da tensão institucional entre o legislativo e o regulador, sendo certo que novos artigos e pesquisas serão bem-vindas para robustecer tal proposta. Em termos de organização do artigo, cumpre esclarecer que a parte analítica, a qual consiste nos itens 2 a 5, visa apresentar evidências – ainda que não definitivas – a apontar para a existência do fenômeno da tensão institucional entre Poder Legislativo e Poder Regulador, ao passo que a parte propositiva (item 6) visa colocar sobre a mesa uma solução ao cenário apresentado, com base na experiência norte-americana. Isso porque, como veremos, o contexto histórico norte-americano – notadamente o anterior à edição do Congressional Review Act (1996) – apresentava semelhanças com o contexto brasileiro atual. Atualmente, nos Estados Unidos, há mais segurança ao menos a propósito de *como* o Congresso pode agir para confrontar atos normativos das agências reguladoras. Ressalve-se, claro, que a proposta a ser apresentada certamente não seria a única solução para a questão debatida.

Também é importante pontuar que este artigo tampouco visa (re)discutir a *legitimidade* do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, o que já está bastante superado por entendimentos solidificados na doutrina e na jurisprudência nacional, e mesmo nos Estados Unidos da América. Em tal país, o que existe é apenas uma discussão acalorada a propósito da abrangência das possibilidades de delegação de poder normativo às agências, mas não da premissa acerca de sua existência.

Nesse sentido, o reconhecimento da legitimidade do poder normativo exercido por agências reguladoras independentes ganhou força a partir da constatação prática de que, diante de uma conjectura social cada vez mais complexa, o Poder Legislativo seria simplesmente incapaz de normatizar, por si só, toda a atividade humana em uma determinada jurisdição (MOREIRA NETO, 2003, p. 118-124). Assim, sedimentou-se a ideia de que entidades reguladoras precisam ser dotadas de poderes nor-

---

são simples. A Anvisa recebeu da ordem jurídica a atribuição de realizar o controle sanitário dos medicamentos, porque detém as melhores condições institucionais para tomar tais decisões. Tais capacidades referem-se aos maiores níveis de informação, de *expertise*, de conhecimento técnico e aptidão operacional em relação ao procedimento de registro sanitário, marcado por grande complexidade” (ADI 5501 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017).

<sup>2</sup> Decisões da Agência Nacional do Cinema (ANCINE) em assuntos como a cota de tela regulamentada pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE) merecem o mesmo nível de deferência de uma decisão da ANVISA sobre vacinas, por exemplo? Parte da doutrina e decisões judiciais que abordam o tema da deferência não costumam fazer este tipo de reflexão. Este exemplo foi pensado a partir do PDL 542/2020. Ver: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2021/09/29/arthur-lira-devolucao-projetos-oposicao.htm>. Acesso em: 7 Jan. 2022.

mativos relevantes, por serem mais capacitadas, especializadas e técnicas para regular mercados complexos, podendo densificar conceitos mais vagos, abstratos e imprecisos previstos em lei (GUERRA, 2019, p. 6). Nas palavras de Floriano Azevedo Marques Neto:

Se bem é verdade que a atividade regulatória não pode prescindir de uma forte e bem articulada base legal, certo também é a impossibilidade de que todo o arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento. A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador (2000, p. 82).

Dito isto – e compreendida a ideia de que este trabalho visa promover uma discussão sobre *limites* –, um ponto de partida importante reside na discussão sobre a natureza jurídica do poder-dever normatizador exercido pelas entidades reguladoras, quando autorizadas por lei ordinária a fazê-lo, conforme o modelo institucional inerente ao Estado Regulador, que ganhou força no Brasil a partir da década de 1990. Trata-se de uma questão para a qual não existe uma única conclusão aceitável, tendo em vista a pluralidade de vozes dissonantes na doutrina nacional a propósito do tema. Para autores como o Ministro Alexandre de Moraes, trata-se de delegação de poderes inominada do Poder Legislativo para que a entidade reguladora exerça poderes de regulação (MORAES *apud* GUERRA, p. 212). Gustavo Binenbojm (2006, p. 277) converge, ao aduzir que o poder normativo das agências seria proveniente de “delegação legislativa inominada”.

Por outro lado, para Marçal Justen Filho, admitir delegação de poderes em caráter definitivo seria inconstitucional se baseado somente no art. 84, IV, da CF/88 (2002, p. 512). Sérgio Guerra (2019, p. 213) pontua que só haveria delegação de poderes *legislativos* caso se facultasse ao regulamento inovação absoluta como se lei fosse, o que não é o caso do poder regulador.

Nos Estados Unidos, berço do Estado Regulador, a Suprema Corte tradicionalmente interpreta que uma lei pode delegar poderes normativos para uma agência governamental, desde que a legislação contenha um *intelligible principle*, é dizer, um *standard* de conduta, o qual o órgão delegatário deve observar<sup>3</sup>. O *intelligible principle* tem sido o principal “teste” que a Suprema Corte estadunidense aplica para decidir se uma determinada delegação de poderes normativos, por lei, a uma agência governamental – independente ou não – foi constitucional. No Brasil, a teoria dos “princípios inteligíveis” tem sido mencionada por votos vencedores de ministros no Supremo Tribunal Federal, em casos paradigmáticos sobre este tema<sup>4</sup>, mas nunca

<sup>3</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U. S. 361, 372 (1989).

<sup>4</sup> ADI 4.874, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01 fev. 2018, Processo Eletrônico Dje-019 Divulgado em 31 jan. 2019 Publicado em 1 fev. 2019.

houve a declaração da inconstitucionalidade de uma lei sob o argumento de que teria sido violado tal preceito.

Como veremos a seguir, o “teste” do *intelligible principle* não é unanimidade atualmente nos Estados Unidos. Sobre a matéria, *Justice Gorsuch*, ao divergir no caso que será aqui analisado em mais detalhes adiante<sup>5</sup>, começa o seu voto por indagar: “*What’s the test?*”, propondo uma revisão do padrão do *intelligible principle* para averiguar a constitucionalidade de uma delegação de poderes legiferantes a uma agência governamental. Também adotando uma postura revisionista, Gary Lawson (2020, p. 5), citando o *Justice Marshall*, encara a capacidade das entidades do Poder Executivo em exercer a regulação como um poder análogo a um substabelecimento realizado a partir de um mandato, como no Direito Privado. Para Lawson (2020, p. 7), assim como em um mandato privado, o povo, por meio da Constituição norte-americana, teria delegado poderes ao Congresso para editar leis em caráter geral e abstrato. Ainda que se admita que uma agência governamental substabelecida nos poderes de mandatário – digamos, a *Food and Drug Administration (FDA)* –, possa editar normas gerais com base nos *standards* na lei outorgante, teríamos, na visão de Lawson, de forçosamente admitir que o substabelecimento do Congresso pode ser revogado a qualquer tempo e, ademais, reconhecer que nem todos os poderes podem ser substabelecidos ao regulador. Poderes normativos referentes a matérias de maior interesse não deveriam, em nenhuma hipótese, poder ser substabelecidas a agências reguladoras ou outras entidades que façam parte do Poder Executivo. Nesse caso, o “teste”, portanto, seria averiguar o que são as matérias de “maior interesse” e separá-las das matérias de “menor interesse”.

Como reforçaremos mais adiante, o objetivo ao trazer à tona essa discussão é simplesmente chamar a atenção para o fato de que a doutrina dos princípios inteligíveis tem sofrido críticas internas na própria Suprema Corte dos Estados Unidos. Vale reforçar, entretanto, que esse tipo de crítica e a discussão sobre o melhor “teste” para a delegação de poderes legiferantes às agências governamentais se consolidou como uma discussão de “grau” nos Estados Unidos, com o abandono prático de uma *non-delegation doctrine* “linha dura”, a qual não admitiria a delegação de tais poderes sob nenhuma circunstância.

No Brasil, as recorrentes tentativas do Congresso em sustar atos normativos das agências reguladoras revelam uma situação institucional similar àquela dos Estados Unidos antes da edição da Congressional Review Act em 1996. A situação brasileira, sem prejuízo, é mais grave do que o cenário norte-americano pré-Congressional Review Act, visto que, quando as disputas entre o Poder Legislativo e o Poder Regulador são postas para serem resolvidas pelo Poder Judiciário, este último tem privilegiado o Poder Regulador, por meio da importação da doutrina dos princípios inteligíveis e de uma doutrina de deferência às agências baseada em *Chevron* – mas

---

<sup>5</sup> *Gundy v. United States*, 588 US (2019).

ligeiramente diferente, sobretudo por ser *mais* deferente ao regulador, como será explicado adiante.

A posição do Poder Judiciário brasileiro enfraquece sobremaneira o papel do Poder Legislativo, pois: (1) dá interpretação ampla ao “mandato” conferido pelo Congresso às entidades reguladoras<sup>6</sup>; (2) não permite que o Congresso suste atos normativos das agências por decretos legislativos; e (3) não permite que o Congresso edite lei ordinária em sentido contrário ao de uma norma de agência reguladora. Ao combinar todos estes fatores, o STF se afasta da solução jurisprudencial americana em *Chadha*<sup>7</sup>, por exemplo, e acaba, assim, por retroalimentar e agravar a tensão institucional, em virtude da imprecisão na importação das doutrinas norte-americanas.

Portanto, a partir desta discussão da jurisprudência norte-americana e da breve recuperação do histórico precedente à edição do Congressional Review Act (1996) nos Estados Unidos, será traçado um paralelo com o atual cenário de tensão institucional no Brasil. Tal cenário de tensão é evidenciado tanto pela relevância dos casos analisados – em que Poder Legislativo e Poder Regulador divergiram frontalmente – quanto pelo crescimento quantitativo de projetos de decretos legislativos em que o Poder Legislativo tenta ampliar seu controle sobre as normas produzidas no âmbito das agências reguladoras, entendendo que elas estariam usurpando competências privativas de seus poderes (JORDÃO; RIBEIRO; MOLHANO; et al., 2019, p. 91).

## **2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501 como sinal de um problema institucional**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501, julgada definitivamente em 26 de outubro de 2020<sup>8</sup>, discutia a constitucionalidade da Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplastia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes: (i)

---

<sup>6</sup> O ponto (1) é relevante se tomarmos como analogia o problema “principal-agent” a que se referem os economistas. De forma geral, existem dificuldades em fazer com que a atuação do mandatário esteja alinhada aos interesses do mandante, nas mais variadas situações concretas. A interpretação ampla dos poderes conferidos às agências com a doutrina dos princípios inteligíveis não é um problema per se, mas se combinado com os itens (2) e (3) acima causa enfraquecimento injustificado do papel constitucional do Congresso Nacional. Larkin (2017, p. 194) expõe um interessante argumento similar – utilizado como fonte para este artigo: “[...] The argument was that Congress should be free to reserve a legislative veto because Congress need not create a particular agency or empower one to adopt rules. Part of the justification was practical. Delegation is risky because of the difficulty of ensuring that agency officials adhere to Congress’s mandates— what economists call a “principal-agent problem”—so Congress felt a need to nullify unwise agency actions before they became effective [...]”.

<sup>7</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Explicaremos em seguida a importância histórica deste caso o qual, resumidamente, passou a proibir que o Congresso reservasse para si o poder de vetar atos normativos das agências por meio da atuação unicameral.

<sup>8</sup> ADI 5501, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, Processo Eletrônico DJE-283 divulgado em 30 nov. 2020, publicado em 01 dez. 2020.

laudo médico que comprove o diagnóstico; e (ii) assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal, sem exclusão do acesso, pelo paciente, a outras modalidades terapêuticas.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da referida lei, entendendo que haveria violação ao princípio da separação de poderes e do direito fundamental à saúde, nos termos dos artigos 2º e 196 da Constituição Federal.

A história da controvérsia em torno do uso da fosfoetanolamina sintética é antiga. Conforme narra a Associação Médica Brasileira – nos termos relatados pelo Min. Marco Aurélio em seu voto na ação direta de inconstitucionalidade em comento – trata-se de substância que foi descoberta na década de 1970, a partir da testagem realizada em camundongos. A associação relata também a ausência de testes clínicos em pessoas, em inobservância, pois, ao previsto na Lei nº 6.360/1976.

Por sua vez, o Senado Federal se manifestou reportando-se a estudos acadêmicos atestando efeitos positivos da fosfoetanolamina sintética no combate a tumores cancerígenos, frisando a comprovação, em análises científicas, de ausência de efeitos colaterais. A Câmara dos Deputados discorreu sobre a segurança do consumo por indivíduos, atestadas por pesquisas patrocinadas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Remeteu-se, ainda, à realização prévia de audiências públicas para discutir o processo legislativo, asseverando, em acréscimo, que os protocolos versados na Lei nº 6.360/1976 não vincula o legislador. Diversas outras partes interessadas se manifestaram também no âmbito da celeuma, entretanto, registremos apenas a opinião da Advocacia Geral da União, que se manifestou no sentido da improcedência do pedido, por ausência de violação à separação de poderes, lembrando a existência de outras normas legais que autorizam excepcionalmente, sem registro sanitário, a utilização de medicamentos, e a opinião da Procuradoria Geral da República, a qual, a seu turno, defendeu o acolhimento do pedido de inconstitucionalidade.

Pois bem, a julgar pela pluralidade de opiniões dos mais diversos órgãos e entidades do Poder Público e da iniciativa privada, tanto no âmbito do processo quanto fora dele, o único ponto de convergência de todos é tratar-se de caso controvertido. Adicionalmente, depreende-se, da análise dos autos, uma divergência institucional ao confrontarmos a opinião do Congresso Nacional a propósito dos limites de seus poderes com a opinião da ANVISA. Sem embargo, como se extrai da ementa e da leitura do acórdão do caso, são somente dois os principais argumentos que acabaram por levar à declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam: (i) a violação ao postulado da separação de poderes; e (ii) a afronta ao direito à saúde dos cidadãos. Para fins deste artigo, não obstante, interessa-nos apenas examinar se a lei de fato ofende a separação de poderes, conforme prevista na Constituição Federal. Por exemplo, o voto do Ministro Marco Aurélio chega a afirmar

que “o Congresso Nacional não pode autorizar, de forma abstrata e genérica, a distribuição de droga. [...]”. Mas se este é o caso, cumpre questionar, quem então deteria poderes para autorizar de forma genérica e abstrata a distribuição de uma droga? Caso apenas a ANVISA tenha tais poderes, eles não foram outorgados por lei<sup>6</sup> e não poderiam ser retirados, por conseguinte, também por lei *a posteriori*?

Da análise da ADI 5.501, parece-nos evidente que o Congresso Nacional entende possuir poderes para autorizar expressamente a distribuição de medicamentos, pelo menos desde que promova discussão ampla e democrática com a sociedade civil, como tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado alegam ter sido o caso. Por outro lado, os ministros do Supremo Tribunal Federal, entenderam – fazendo uso de uma doutrina de deferência –, que o posicionamento da ANVISA, de uma certa forma, se sobrepõe à vontade do legislador<sup>9</sup>, mas, como veremos a seguir, não é essa a ideia da doutrina *Chevron*<sup>10</sup>, tampouco da doutrina *Auer*<sup>11</sup>, *Skidmore*<sup>12</sup> ou *Kisor*<sup>13</sup>, todas elas em uso pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em diferentes hipóteses ao analisar o espaço de deferência à interpretação do regulador sobre leis (*desde que haja ambiguidade*) e regras próprias.

Aqui vale um passo atrás. Efetivamente, é importante ter em mente que as doutrinas de deferência norte-americanas são construções jurisprudenciais que somente são

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, lê-se na ementa do acórdão: “Não pode o Congresso Nacional ultrapassar a barreira técnico científica para garantir o fornecimento de medicamento de forma genérica e abstrata em contraposição à orientação do órgão regulador (ANVISA)”.

<sup>10</sup> *Chevron U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 468 U.S. 837 (1984). *Chevron Deference*. LII / Legal Information Institute. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/wex/chevron\\_deference](https://www.law.cornell.edu/wex/chevron_deference)>. Acesso em: 7 Jan. 2022. A doutrina *Chevron* consiste em um teste que decidirá se um determinado tribunal deve deferir à interpretação ou resposta de uma agência ou não. O escopo da doutrina *Chevron* diz respeito à quando uma delegação para uma agência é implícita (e não explícita). Nesse caso, um tribunal não pode desconsiderar uma interpretação razoável da lei feita pela agência para fazer valer a sua própria interpretação. Ademais, como esclarecem a doutrina e jurisprudência norte-americanas, a deferência *Chevron* apenas se aplica caso a lei seja silente ou ambígua sobre um determinado assunto.

<sup>11</sup> *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997). Essa doutrina estipula que a interpretação de uma agência em relação à própria regulação merece deferência, a menos que seja claramente errônea ou inconsistente com a regulação”. Ver: <https://www.natlawreview.com/article/divided-supreme-court-cuts-back-doctrine-judicial-auer-deference-to-agency>. Acesso em: 8 Jan. 2022.

<sup>12</sup> *Skidmore v. Swift & Company*, 323 US 134 (1944). De acordo com esta doutrina de deferência, uma determinação, interpretação ou opinião de uma agência federal merece deferência judicial se for autorizada por lei e baseada na experiência e julgamento informado da agência. Ver: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 8 Jan. 2022.

<sup>13</sup> *Kisor v. Wilkie, Secretary of Veterans Affairs* (2019). Neste caso, a Suprema Corte norte-americana reafirmou o precedente do caso *Auer* (1997). De acordo com esta decisão, a deferência só deveria se aplicar se (1) a regulação for genuinamente ambígua depois de aplicadas todas as ferramentas de interpretação; (2) a interpretação da agência for razoável; (3) a interpretação da agência seja a posição oficial da mesma, o que significa que tenha como fonte os agentes finais com poder de decisão sobre as políticas da agência; (4) a interpretação da agência deve ser sobre um assunto de expertise da agência; (5) a interpretação da agência deve refletir um “julgamento justo e detido” não uma posição litigante ad hoc ou de qualquer outra forma uma interpretação que cause aos agentes regulados uma surpresa injusta. Ver: <https://www.yalejreg.com/nc/what-kisor-means-for-the-future-of-auer-deference-the-new-five-step-kisor-deference-doctrine/>. Acesso em: 8 Jan. 2022.

usadas se a controvérsia girar em torno da interpretação de leis ou regulações ambíguas ou não claras. Por exemplo, caso a lei seja absolutamente compreensível nos Estados Unidos, ninguém discutirá se o Poder Judiciário deve aplicar deferência a uma interpretação da agência que seja *contra legem*, simplesmente porque, nesse caso, a análise *Chevron* (e todas as outras construções sobre deferência) param no *step-one* e não prosseguem.

Ademais, acontece que – também como veremos adiante – não existem regras expressas no direito brasileiro sobre quais os procedimentos cabíveis para o Congresso Nacional invalidar atos das agências reguladoras. O Congresso Nacional tem entendido que, nos termos do artigo 49, V, da Constituição Federal<sup>14</sup>, possui poderes para anular atos normativos das entidades reguladoras por meio de Decreto Legislativo<sup>15</sup>, havendo, por conseguinte, várias iniciativas no Poder Legislativo para sustar atos normativos que demonstram um aumento da tensão institucional entre este poder e os reguladores (SALINAS, 2019). Entretanto, vale atentar que muitas vezes as tentativas de invalidação dos atos das agências não possuem uma fundamentação ancorada em exorbitância do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, e, adicionalmente, há forte contestação doutrinária sobre a caracterização de tais atos normativos das agências como expressão de um “poder regulamentar”, seja executivo ou autônomo, de competência do chefe do Poder Executivo (GUERRA, 2017, p. 219-220). Mesmo quando os decretos legislativos minimamente fundamentam tais iniciativas em exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativas, alguns autores enxergam nesse tipo de interpretação, pelo Congresso Nacional, uma tentativa de interpretação excessivamente “criativa” para enfraquecer as agências (JORDÃO; RIBEIRO, 2017, p. 198).

A solução para esta controvérsia doutrinária e jurisprudencial poderia ser a edição de uma lei de lógica similar àquela do *Congressional Review Act* (1996) dos Estados Unidos da América, institucionalizando a forma e as hipóteses nas quais o Congresso Nacional poderá se sobrepor, *a posteriori*, à norma ou interpretação da agência. Nos Estados Unidos, antes do *Congressional Review Act* o Congresso costumava invalidar normas das agências (independentes ou não) por meio de vetos legislativos, sem sanção presidencial, e eventualmente até mesmo sem passar pelas duas casas legislativas (vetos unicamerais). Isso nos remete ao que tem ocorrido, em alguns casos, na república brasileira. Esse tipo de situação terminou sendo julgada inconstitucional pela Suprema Corte estadunidense, por violação ao princípio do bicameralismo e da *presentement clause* da constituição norte-americana (que regula o processo legislativo, estabelecendo a necessidade de sanção presidencial das leis)<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Decreto Legislativo n. 273/2014, que susta a Resolução 52/2011 da ANVISA.

<sup>16</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

### 3. A tensão institucional entre o Poder Legislativo e o Regulador

A ADI 5.501 está longe de ser exemplo isolado de tensão entre o Poder Legislativo e o poder das entidades reguladoras<sup>17</sup>. Ao contrário dos Estados Unidos, no Brasil muito se discute sobre a existência de um espaço reservado à regulação, no qual a agência regulatória deteria competência exclusiva de atuação inacessível ao legislador (FONSECA, 2016), sempre pautada pela técnica, eficiência e objetivando atender ao melhor resultado econômico possível.

No entanto, o legislador não necessariamente está confortável com este amplo espaço autônomo conferido ao regulador. Nessa linha, o crescimento de projetos de decretos legislativos com o objetivo de sustar atos das agências reguladoras vem sendo notado há algum tempo. Em 2015, foram propostos quinze projetos de decretos legislativos para sustar atos das agências reguladoras, vinte e três em 2016, e vinte e um em 2017 (JORDÃO; RIBEIRO; MOLHANO; et al., 2019, p. 94). Os referidos autores destacam que:

o crescimento quantitativo de PDCs [projetos de decretos legislativos] ao longo do tempo merece ser destacado, pois denota que o Poder Legislativo tem ampliado o seu controle sobre as normas produzidas no âmbito das agências reguladoras, entendendo que elas estariam usurpando competências privativas do Poder Legislativo (JORDÃO; RIBEIRO; MOLHANO; et al., 2019, p. 91).

Além do quantitativo, os casos também têm sido qualitativamente importantes. Apenas a título ilustrativo, em 2017, o Senado aprovou Decreto Legislativo para afastar resolução da ANAC que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas em voos domésticos. O caso, segundo relata Eduardo Jordão e Arthur Lardosa (2016) é mais um exemplo da batalha entre o Poder Legislativo e os reguladores<sup>18</sup>. Nesse sentido, Sérgio Guerra e Nathasha Salinas (2018, p. 412) explicam que os poderes do Congresso Nacional em sustar atos do Poder Executivo têm sido usados sistematicamente apenas mais recentemente, apesar de haver previsão na Constituição desde a sua promulgação (VALADÃO, 2002, p. 289).

Em 2020, o Projeto de Decreto Legislativo 548/20, de autoria do deputado federal Alessandro Molon, buscava sustar a Resolução 442/20 da ANVISA, a qual dispõe sobre a manutenção do ingrediente ativo abamectina em produtos agrotóxicos no país.

---

<sup>17</sup> Além da Resolução 52/2011, que proibia a fabricação, importação, exportação, distribuição, manipulação, prescrição ou uso de medicamentos para emagrecimento que fizessem uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol, sustado pelo Decreto Legislativo 273/2014, com posterior edição da Lei nº 13.454/2017, autorizando a produção, comercialização e consumo das referidas substâncias, e edição de circular da ANVISA entendendo que a lei “não dispensa de registro os medicamentos por ela mencionados [...]”, a ADI 5.779 questiona a constitucionalidade da Lei dos Anorexígenos e ainda não foi julgada (prevista para ser julgada em 13 out. 2021).

<sup>18</sup> Sobre o tema, ver: JORDÃO, Eduardo; LARDOSA, Arthur. Congresso x Agências: limites, só para os outros. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/congresso-x-agencias-limitespara-os-ouros-19122016>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

Na justificativa da proposta, o deputado alega que o produto pode causar malformações congênitas e pode ser nocivo às crianças alimentadas com leite materno. Prossegue o deputado, justificando a proposta de sustação, asseverando ser “surpreendente que este ingrediente ativo, abamectina, com tais características e advertências, possa ter seu registro liberado pela Anvisa”.

De acordo com o entendimento atual do STF, a partir do caso da ADI 5.501, brevemente examinado acima, é possível que o projeto de decreto legislativo citado no parágrafo anterior, ainda se aprovado, fosse questionado com base no argumento de violação à separação de poderes e na ideia de que o legislador não pode adentrar no espaço reservado à atuação técnica das agências reguladoras. Ocorre que, no caso da PDL 548/20, o parlamentar visa vetar uma substância potencialmente lesiva à saúde, cujos riscos, segundo ele, não foram devidamente considerados pela ANVISA.

Como visto anteriormente, poderia haver questionamentos, em acréscimo, com base na ideia de que o artigo 49, V, da Constituição Federal não alcança atos das agências reguladoras. Tais questionamentos seriam legítimos, até mesmo porque não existem regras claras, estabelecidas em lei ou na jurisprudência, para que o Poder Legislativo exerça o controle repressivo da atividade normativa das agências, ou de forma mais ampla, das entidades reguladoras.

Mergulhando mais a fundo neste assunto, parece questionável a ideia de que as entidades reguladoras *sempre* são compostas por *experts* e se pautam pela melhor técnica<sup>19</sup>. Claro, a reflexividade como dever-ser das agências faz total sentido, mas, de igual forma, o processo legislativo democrático, plural, participativo é o dever-ser do parlamento e nem sempre tal cenário se verifica no mundo real. Se porventura houver uma sequência de governos autoritários, é bastante possível que as agências sejam aparelhadas por pessoal incapacitado. O ponto é que existem diretores de agências bons e ruins, assim como existem legisladores bons e ruins, presidentes bons e ruins, e assim sucessivamente. A balança do poder normativo, no final do dia, precisa pender para algum lado, seja o do legislador ou o do regulador. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm escolhido o lado do regulador nessa disputa, que tem se mostrado a cada dia mais contenciosa. Mas será que esse ponto de equilíbrio é mesmo o ideal? Subsequentemente, vale indagar se existem meios de deixar as regras do jogo mais claras para que a disputa – que é inevitável e inerente à democracia, como nos mostra a experiência norte-americana – seja mais justa entre estes poderes.

---

<sup>19</sup> A indicação para cargos diretivos das agências é prerrogativa do Presidente da República e, tendo em vista o notório fraco controle *ex ante* realizado pelo Congresso Nacional quando das indicações aos cargos diretivos, situações de indicados não técnicos ou militarizados podem passar a se tornar cada vez mais frequentes, a depender da acentuação da gravidade da crise institucional brasileira. A título exemplificativo, ver: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/02/ancine-criara-orgao-de-controle-que-sera-comandado-por-militar.shtml>.

#### 4. O caso *Gundy v. United States*

Com base nas provocações dos tópicos anteriores, passaremos a investigar como a jurisprudência e as leis norte-americanas têm tratado controvérsias similares. O primeiro caso a ser examinado é *Gundy v. United States*, o qual discute a delegação de poderes normativos às agências (independentes ou não), ou órgãos do Poder Executivo norte-americano.

Apenas para melhor contextualizar, tratava-se, resumidamente, de saber se o SORNA (*Sex Offender Registration and Notification Act*) poderia atribuir (delegar) ao *Attorney General* os poderes de “especificar a aplicabilidade” de registro mandatório de *sex offenders* perante a administração pública, para crimes ocorridos antes da edição da referida lei<sup>20</sup>.

De início, importante afirmar que *Gundy v. United States* reafirmou a doutrina dos princípios inteligíveis. Decidiu a Corte Suprema norte-americana que o Congresso não pode transferir para o Executivo ou o Judiciário poderes que são estritamente e exclusivamente legislativos, mas pode conferir às agências poderes normativos, desde que estabeleça princípios inteligíveis pelos quais a autoridade da agência pode ser exercida. Os princípios inteligíveis pelos quais a agência receptora dos poderes normativos pode pautar a sua atuação são historicamente amplos, sendo que a Suprema Corte não costuma ser rigorosa nesse quesito<sup>21</sup>.

*Gundy v. United States* é interessante do ponto de vista analítico para a reflexão da doutrina e da jurisprudência brasileiras porque demonstra de forma muito evidente que a regra dos princípios inteligíveis é *per se* incompleta, no contexto do direito brasileiro, para averiguar se uma delegação (ou atribuição) de poderes normativos a uma agência reguladora brasileira é legal ou constitucional. O cerne da questão é que, seguramente, uma atribuição de poderes normativos a uma agência reguladora que tenha o caráter de regulação social e não apenas econômico<sup>22</sup>, para inovar na ordem jurídica criando tipos penais, seria considerada inconstitucional por violação ao princípio da legalidade aplicável ao direito criminal. Em outros termos, o SORNA seria facilmente julgado inconstitucional pela Corte Suprema brasileira<sup>23</sup>, ao passo que foi julgado constitucional pela Suprema Corte norte-americana, com fulcro na doutrina do *intelligible principle*.

<sup>20</sup> 34 U.S.C. §20913(d): “The Attorney General shall have the authority to specify the applicability of the requirements of this subchapter to sex offenders convicted before the enactment of this chapter...and to prescribe rules for the registration of any such sex offender”.

<sup>21</sup> *Whitman v. American Trucking Assns. Inc.*, 531 U.S. 457, 474-475.

<sup>22</sup> Conforme linguagem adotada pela Ministra Rosa Weber no seu voto na ADI 4874/DF.

<sup>23</sup> Mesmo porque, neste caso, a reserva de lei formal é absoluta. É o caso também de reservas legais tributárias, e.g., artigo 150, §6º, Constituição Federal (precedentes DI 3462 MC, Relator(a): Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 08 set. 2005, Dj 21 out. 2005 pp-00005 ement vol-02210-01 pp-00068 RTJ vol-00195-03 PP-00918 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 75-83 RDDT n. 124, 2006, p. 191-195 RET v. 8, n. 46, 2005, p. 25-31).

Entretanto, mesmo em *Gundy v. United States*, o fato de o *Attorney General* poder especificar quais condutas praticadas antes de a legislação ser promulgada seriam passíveis de registro perante a autoridade competente não passou incólume de críticas. *Justice Gorsuch*, em seu voto dissidente, criticou exatamente esse tipo de problema com a doutrina do *intelligible principle*. Em seu voto, escreveu: “A Constituição promete que apenas os representantes eleitos podem editar leis restringindo a liberdade. No entanto, a lei diante de nós corrompe esse desenho. Pretende conceder ao procurador chefe da nação o poder de escrever o seu próprio código criminal regulando as vidas de meio milhão de cidadãos”<sup>24</sup>.

A “afrota” de *Justice Gorsuch* mais adiante em seu voto ao escrever: “What’s the test?” ilustra bem a sua preocupação em deixar as decisões políticas macro com o Congresso, sem olvidar do fato de que os detalhes, as miudezas, poderiam ser preenchidas por outros órgãos. Contudo, é importante não perder de vista que o teste de *Gorsuch*, se passasse a ser aplicado, seria o mais rígido da Corte Suprema estadunidense em noventa anos (HAL, 2020, p. 202). Em resumo, Hal (2020, p. 201) sintetiza o “teste *Gorsuch*” para uma lei delegar poderes de forma legítima seria de três possibilidades: (i) a tarefa da agência seria “preencher detalhes”, (ii) a aplicação da lei se concentraria em *fact-finding* (competências investigativas), ou (iii) a outorga de poderes envolveria certas responsabilidades não-legislativas.

O objetivo deste tópico não é defender a aplicação do teste alternativo de *Gorsuch* para a verificação da validade de uma lei que outorga poderes normativos a uma agência reguladora, mesmo porque, como vimos, trata-se de um critério que poderia se mostrar excessivamente estrito e engessado na prática. Com efeito, a ideia é simplesmente chamar a atenção para: (i) o tipo de situação que a histórica aplicação “frouxa” do *intelligible principle* tem gerado nos Estados Unidos da América, as quais seriam absolutamente estranhas ao nosso direito nacional; e (ii) o fato de que a aplicação da doutrina do *intelligible principle* vem sofrendo fortes críticas internas na própria Suprema Corte dos Estados Unidos.

Como mencionado na Introdução, o Poder Judiciário brasileiro, ao importar conceitos estrangeiros de forma apressada, têm enfraquecido o papel institucional (e constitucional) do Congresso. Se vislumbrarmos a função normativa das agências como derivada de um instrumento de mandato, vamos perceber que o Judiciário sistematicamente tem privilegiado o mandatário (no caso, as agências reguladoras), tanto no que se refere à outorga dos poderes (princípios inteligíveis) – objeto da discussão deste Capítulo –, quanto na fiscalização do mandatário (possibilidade de revogação de atos incompatíveis com a vontade do mandante), em detrimento do mandante. E,

---

<sup>24</sup> No original: “[...] Yet the statute before us scrambles that design. It purports to endow the nation’s chief prosecutor with the power to write his own criminal code governing the lives of a half-million citizens”. *Gundy v. United States*, 588 US \_ (2019), *Justice Gorsuch*, voto dissidente, p. 1.

certamente, isto é um problema, na medida em que quem outorga estes poderes é o Poder Legislativo nacional.

Em âmbito local, portanto, o Supremo Tribunal Federal deve encarar mais de frente a discussão sobre se o estabelecimento de critérios “claros e obrigatórios” na lei que outorga poderes normativos para as agências é suficiente para que tais poderes sejam considerados legítimos e constitucionais. Apesar desta pergunta permanecer, em grande medida, sem resposta, é possível que as primeiras bases para o aprofundamento desta discussão tenham sido lançadas pelo Ministro Luiz Fux em seu voto dissidente na ADI 4.874-DF, quando destaca:

Noutro giro, apesar de a regra circunscrever-se à deferência quanto às manifestações das agências reguladoras, o controle judicial, também, tem o seu lugar, especialmente quando, *verbi gratia*, as normas extrapolarem sua competência, existir a necessidade de tutela efetiva de direitos fundamentais e, também, quando o tema afetar solução técnica que possa ser equacionada de várias maneiras possíveis e proporcionais, o que impõe a manifestação de quem possui legitimidade democrática para tanto. [...] <sup>25</sup>

O voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes também adota uma postura crítica ao voto vencedor do relator, advogando pela existência de dois requisitos para que uma determinada política de deslegalização seja legítima: “*Para que a deslegalização seja considerada legítima, (i) não poderá envolver matérias sujeitas, por decisão constitucional, à reserva de lei, e (ii) há de ser acompanhada de parâmetros mínimos e claros, que, de modo enfático, limitem a atuação da agência reguladora, e permitam a fiscalização dos seus atos.*” <sup>26</sup>

Malgrado a bem-vinda dissidência liderada pelo Ministro Fux e pelo Ministro Alexandre de Moraes na ADI 4874, fato é que, hodiernamente, a jurisprudência do Supremo enfraquece o papel constitucional do Congresso Nacional (art. 2º, art. 49, V e X, dentre outros, Constituição Federal), visto que, de início, (i) considera a doutrina dos princípios inteligíveis como o *principal* critério balizador de uma determinada outorga, por lei, de poderes normativos a entidades reguladoras <sup>27</sup>, e, em acréscimo, (ii) entende que a transferência de matérias de alta complexidade dos setores econômicos ao regulador justifica uma flexibilização do princípio da legalidade, para delinear um espaço normativo reservado ao regulador, inacessível ao Poder Legislativo (FONSECA, 2016, p. 158) <sup>28</sup>.

<sup>25</sup> ADI 4874, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgado Em 01/02/2018, Processo Eletrônico Dje-019 Divulgado em> 31 jan. 2019. Publicado em 01 fev. 2019.

<sup>26</sup> ADI 4874, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgado Em 01/02/2018, Processo Eletrônico Dje-019 Divulgado em> 31 jan. 2019. Publicado em 01 fev. 2019, p. 143.

<sup>27</sup> A propósito, v.: ADI 4923, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, Processo Eletrônico DJe-064 Divulgado em 04 abr. 2018, publicado em 05 abr. 2018.

<sup>28</sup> Nesse sentido, ver também: ADI 5501.

## 5. O Congressional Review Act (1996)

Consoante ao exposto anteriormente, há de se reconhecer que a importação maqui-nal da doutrina dos princípios inteligíveis como *principal* critério para se decidir sobre a constitucionalidade de uma outorga de poderes, pela lei, a uma agência reguladora tem os seus perigos. O presente tópico visa dar um passo adiante e pavimentar o caminho para a discussão a respeito do controle político *a posteriori* de atos normativos das agências reguladoras pelo Congresso Nacional, a partir do exemplo dos Estados Unidos da América.

Ainda que a outorga de poderes normativos relativamente amplos às agências seja inevitável tendo em vista a complexidade da sociedade pós-moderna e da tecni-cidade dos setores regulados<sup>29</sup>, como deve ser tratado o caso em que o Congresso Nacional exerce um controle ativo e hostil, *a posteriori*, em relação a normas das agên-cias reguladoras? Porque se por um lado é mais do que verdadeiro o argumento de que o Congresso não consegue normatizar todos os setores atualmente regulados pelas agências, por outro, quando ele o faz, por que escolher a deferência ao regula-dor em oposição à deferência ao legislador?

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido um espaço decisório das agências reguladoras no qual nem mesmo o legislador poderia atuar *a posteriori* para sustar tais atos normativos, ou até mesmo editar legislação em sentido estrito contrária às normas técnicas dessas entidades. Na doutrina, algumas vozes defen-dem que a balança deve pender para o regulador quando estiverem em jogo assun-tos técnicos e complexos. Nesse sentido, FONSECA (2016, p. 155) assevera que: “a reserva de regulação, na forma como descrita neste trabalho, se justifica como uma forma de separar (ou ao menos tentar separar) as variáveis políticas das variáveis técnicas”.

Sem embargo, a ideia de um espaço decisório restrito ao regulador, protegido pela separação de poderes, inacessível ao legislador seria estranha ao direito norte-ame-ricano, por exemplo. O *Congressional Review Act* (1996) aqui discutido teve o pro-pósito justamente de institucionalizar um meio pelo qual o legislador pode sustar atos normativos de agências (independentes ou não) nos Estados Unidos<sup>30</sup>. E, mais

<sup>29</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econô-mico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.414.

<sup>30</sup> Congressional Record Volume 142, Number 50 (Thursday, April 18, 1996), Senate, Pages S3683-S3687. Congressional Record Online through the Government Publishing Office. CONGRESSIONAL REVIEW TITLE OF H.R. 3136. Statement for the Record by Senators Nickles, Reid, and Stevens: “[...] This allows Congress the opportunity to review a rule before it takes effect and to disapprove any rule to which Congress objects. Congress may find a rule to be too burdensome, excessive, inappropriate or duplicative. Subtitle E uses the mechanism of a joint resolution of disapproval which requires passage by both houses of Congress and the President (or veto by the President and a two-thirds' override by Congress) to be effective. In other words, enactment of a joint resolution of disapproval is the same as enactment of a law. Congress has considered various proposals for reviewing rules before they take effect for almost twenty years. Use of a simple (one-house), concurrent (two-house), or joint (two houses plus the President) resolution are among the options that have been

importante, tal lei é apenas um meio para se facilitar a atuação legislativa para derubar atos das agências, mas a legitimidade da edição de lei em sentido estrito, materialmente oposta a uma regulamentação infralegal das agências, nunca esteve em discussão no país norte-americano.

Apesar de pouco usada desde a sua promulgação, o *Congressional Review Act* serviu de base para o Congresso norte-americano na era Donald Trump vetar algumas regras infralegais da administração Obama (GUERRA, SALINAS, 2018, p. 412), e, mais recentemente, para o Congresso e governo Biden vetarem algumas regras da administração Trump<sup>31</sup>.

Antes do *Congressional Review Act*, eram comuns vetos legislativos a normas infralegais emanadas pelas agências norte-americanas. Não obstante, essa prática se tornou ilegal após o caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), pois os procedimentos de veto eram por vezes unicamerais ou, pelo menos, não contavam com sanção presidencial. No caso a *Section 244(c)(2)* do *Immigration and Nationality Act*, autorizava a Câmara ou o Senado, por resolução, a invalidar a decisão do Poder Executivo sobre deportação de um cidadão. O interessante deste caso é que a lei que outorgava poderes de veto a uma casa isoladamente foi considerada inconstitucional porque, de acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, quando a Constituição norte-americana queria outorgar poderes para uma das casas atuar isoladamente, o fazia de modo expresse<sup>32</sup>.

De certa forma, portanto, o *Congressional Review Act* foi uma reação do Congresso norte-americano a este estado das coisas após a decisão da Suprema Corte supra mencionada (Larkin, 2017, p. 197)<sup>33</sup>. O *Congressional Review Act* exige a passagem

---

debated and in some cases previously implemented on a limited basis. In *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), the Supreme Court struck down as unconstitutional any procedure where executive action could be overturned by less than the full process required under the Constitution to make laws--that is, approval by both houses of Congress and presentment to the President. That narrowed Congress' options to use a joint resolution of disapproval. **The one-house or two-house legislative veto (as procedures involving simple and concurrent resolutions were previously called), was thus voided. Because Congress often is unable to anticipate the numerous situations to which the laws it passes must apply, Executive Branch agencies sometimes develop regulatory schemes at odds with congressional expectations.** [grifo nosso]. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CREC-1996-04-18/html/CREC-1996-04-18-pt1-PgS3683.htm>. Acesso em: 8 Jan. 2022. Como há poucos registros históricos sobre a discussão do Congressional Review Act antes de sua promulgação, estudiosos e tribunais consideram este joint statement como a melhor evidência da intenção do congresso norte-americano quanto ao texto do Congressional Review Act. Ver: <https://www.redtaperollback.com/cra/legislative-history/>. Acesso em: 8 Jan. 2022.

<sup>31</sup> Informação disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/06/30/remarks-by-president-biden-signing-three-congressional-review-act-bills-into-law-s-j-res-13-s-j-res-14-and-s-j-res-15/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

<sup>32</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), item 955.

<sup>33</sup> Larkin afirma in verbis: "The CRA was Congress's attempt to devise a lawmaking procedure that would approximate a legislative veto as closely as Chadha would allow. [...]". Ver também breve explicação em: [https://eelp.law.harvard.edu/2020/05/the-congressional-review-acts-legal-uncertainties/#\\_ednref1](https://eelp.law.harvard.edu/2020/05/the-congressional-review-acts-legal-uncertainties/#_ednref1). Acesso em: 25 jul. 2021.

pelas duas casas legislativas e sanção presidencial para que a norma emanada pelo Poder Executivo seja sustada.

No caso brasileiro, são diversos os decretos legislativos – os quais não dependem de sanção presidencial – que visam sustar atos das agências reguladoras, o que é: (1) resultado de tensão institucional entre as agências e o legislador, e, ao mesmo tempo, (2) fonte de divergência doutrinária a propósito da legalidade deste tipo de ação.

A semelhança entre o caso brasileiro e o estadunidense (*pré-Congressional Review Act*) reside na iminência de uma reação institucional, resultado de um descontentamento com o limitado controle *a posteriori* sobre atos da administração pública que antes eram de competência do Poder Legislativo. Apesar dos congressistas tenderem a escrever leis abertas, com princípios inteligíveis vagos, a experiência prática nacional tem deixado claro que não desejam renunciar a um controle político *a posteriori* sobre a atuação das agências.

## 6. Possíveis soluções institucionais para a tensão entre o Poder Legislativo e o Regulador

Parte da solução para o problema institucional entre o Poder Legislativo e as entidades reguladoras passa por uma revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que deveria passar a adotar uma postura de deferência ao legislador, como baliza à aplicação de doutrinas de deferência ao regulador. A doutrina *Chevron*, como visto, possui como pressuposto para aplicar a deferência ao regulador, a existência de ambiguidade da lei. Se o Congresso norte-americano tiver se manifestado de forma clara sobre o tema, a doutrina *Chevron* não daria razão a uma agência que adotasse interpretação *contra legem*.

Aprofundando a experiência norte-americana, é fundamental observar que mesmo críticos dos *legislative vetoes* – e, por conseguinte, entusiastas da supramencionada decisão da Suprema Corte (*Immigration and Naturalization Service v. Chadha*), datada de 1984 – reconheciam o poder do Congresso em: (1) supervisionar as agências norte-americanas (independentes ou não), e (2) promulgar leis para se sobrepor à política das agências, dentre outras estratégias – menos honrosas, mas juridicamente válidas – como o controle orçamentário. Nesse sentido, manifestava-se ninguém menos que o então senador Joseph R. Biden, Jr., em artigo acadêmico:

[...] Congress is entirely capable of putting its intent into words. And where that intent is unclear, Congress can clarify it with the agencies in oversight hearings. After all, Congress controls their purse strings – **indeed, mandates their very existence** – so I think it is reasonable to assume that they will listen closely. It is my experience that they do listen. **And if an agency still refuses to listen, Congress**

**can enact legislation to overrule or control agency action** or to cut off funds. [...]” [grifos nossos] (1984, p. 689).

Por isso, a jurisprudência brasileira – com base na Constituição pátria e inspirada pela experiência estadunidense –, deveria reconhecer que o Congresso nacional, enquanto titular dos poderes legislativos outorgados pelo poder constituinte originário e mandante dos poderes normativos das agências, remanesce com a competência para editar leis ordinárias sobre todos os assuntos normatizados pelas agências reguladoras. Se o Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo estiverem de acordo com o conteúdo de uma norma geral e abstrata, obedecendo aos procedimentos formais previstos na Constituição<sup>34</sup>, o ato resultante é uma “lei” e deveria sim se sobrepor a normas regulatórias das agências, em caso de incompatibilidade entre ambos.

Nesse sentido, a reserva da administração abrange somente matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo, na forma da Constituição. A esse respeito, veja-se o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do conceito da reserva de administração:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.<sup>35</sup>

Apesar de bem firmado o conceito clássico de “reserva de administração”, ministros do Supremo Tribunal Federal têm marcado posição pela existência de uma reserva de espaço decisório normativo das agências reguladoras, o qual não pode ser invadido nem mesmo pelo legislador. Destaque-se, a propósito, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5.501, em que se manifestou a favor de que matérias normatizadas pelas agências devem ser inacessíveis ao legislador, *in verbis*:

24. Pois bem. A separação de Poderes, princípio fundamental do Estado e cláusula pétrea no sistema constitucional brasileiro, atribui ao Executivo um domínio de funções tipicamente administrativas, que

<sup>34</sup> Ou se o Poder Legislativo derrubar o veto do Presidente da República, conforme o caso.

<sup>35</sup> RE 427.574 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 13-12-2011, 2ª T, DJE de 13-2-2012.

devem ser desempenhadas com exclusividade, sem margem para interferências legislativas ou judiciais. Tais funções correspondem à chamada reserva de administração. [...] 25. A ideia de preservação da reserva de administração como corolário do princípio da separação de poderes vem sendo empregada em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de normas editadas pelo Poder Legislativo em matérias reservadas à competência administrativa do Poder Executivo. [...]"<sup>36</sup>

Além de contar com ministros do Supremo como entusiastas, a ideia de reserva de regulação também é defendida por vozes eloquentes na doutrina, com base na premissa de que a tecnicidade das decisões das agências deve ser preservada, ficando isolada do caos político (FONSECA, p. 143).

Sucedem que este racional não é compatível com o próprio conceito de “reserva de administração”, como verificado acima, vez que as competências normativas não foram atribuídas às agências reguladoras pela Constituição Federal, e sim por lei ordinária. Apesar de bem-intencionado, do ponto de vista estritamente técnico esse tipo de posicionamento do Ministro Barroso e de parte da doutrina parece ligeiramente exacerbado. Como visto acima, nos Estados Unidos não se discutiria que o Congresso retém poderes para, *a posteriori*, editar legislação em sentido reverso à uma regulamentação de agência governamental, independentemente da legitimidade do exercício do poder normativo pela agência.

Nesse ponto, é importante abrir um parêntesis para explicar que não se está defendendo tampouco um “viés maximalista da lei” (ARIGONY, 2019, p. 2017), no sentido de que esta deveria prever todas as situações possíveis sem delegar nenhum poder normativo ao regulador, e, mais amplamente, ao Poder Executivo, ou um “procedimento inconstitucional” (MELLO, 2011, p. 359). Cumpre repisar que a discussão precípua neste artigo é de balizas para o exercício de um controle *ex post* da atividade normativa que foi outorgada por lei ao regulador. Tampouco se defende neste espaço o abandono da ideia de deferência ao regulador. Nessa seara, a ideia é simplesmente chamar a atenção para o fato de que a deferência ao regulador não pode se dar ao arrepio da atuação *a posteriori* do legislador para (1) sustar *expressamente*, por meio de lei, atos das agências reguladoras<sup>37</sup>, ou (2) legislar sobre situações gerais e abstratas as quais já haviam sido previamente normatizadas pelas agências, nos termos dos poderes conferidos pelo povo, e mais concretamente pelo constituinte originário.

A permissão para esse tipo de atuação *a posteriori* do parlamento, com a edição de lei ordinária, é importante para garantir a primazia da lei em qualquer democracia

---

<sup>36</sup> ADI 5501, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, Processo Eletrônico DJE-283 divulgado em 30 nov. 2020, publicado em 01 dez. 2020.

<sup>37</sup> Conforme se verá logo abaixo, entendemos que tais atos não poderiam ser sustados por decreto legislativo.

consolidada. Em outras palavras, a experiência norte-americana não é isolada. Na verdade, democracias como a República Federal da Alemanha, por exemplo, encaram a legislação como fonte de balizamento do poder executivo e a lei é considerada a pedra angular de toda a estrutura constitucional democrática (PUNDER, 2009, p. 357)<sup>38</sup>.

Vale destacar que, especificamente no cenário legal brasileiro, a possibilidade de revisão dos atos das agências por meio de *decretos legislativos*, no entanto, não seria legítima, do ponto de vista jurídico. Nesta hipótese, impende notar que o processo legislativo por meio do qual a agência ou entidade reguladora foi criada e os poderes normativos foram outorgados envolveu sanção presidencial ou derrubada de veto pelo Congresso Nacional. O processo do decreto legislativo, em contrapartida, é mais simples e prescinde da atuação do Poder Executivo, razão pela qual a derrubada de norma de agência reguladora por esta via seria inconstitucional, mesmo que o procedimento fosse descrito expressamente em uma nova lei ordinária ou lei complementar. Em outros termos, para que se derrube uma outorga de poderes normativos a uma agência – que se deu por lei formal –, é preciso que haja outra lei formal em sentido inverso. Foi essa a discussão que se deu nos Estados Unidos quando do julgamento, pela Suprema Corte, de *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

Para que sejam definitivamente aplacados os acirrados ânimos da disputa institucional entre o legislador e o regulador, e para que seja afastado qualquer risco de nova contenda no Poder Judiciário fruto da interpretação do Congresso Nacional a respeito da prerrogativa prevista no artigo 49, V da Constituição Federal<sup>39</sup>, a proposta do presente artigo seria a criação, no direito brasileiro, de uma lei similar à *Congressional Review Act* dos Estados Unidos, na qual determinar-se-ia, principalmente: (1) um sistema de envio das principais regulações das agências e outras entidades reguladoras à uma base de dados unificada do Congresso Nacional; (2) a possibilidade de controle político *a posteriori*, tão somente por meio de lei em sentido estrito, dos atos normativos das agências reguladoras, por um período de tempo determinado após o envio da norma ao Congresso, a fim de evitar insegurança jurídica, vide item (1) acima. Se rechaçada especificamente por meio do procedimento da lei aqui proposta, a matéria não poderia mais ser normatizada por regulação substancialmente igual à desaprovada pelo Congresso, a exemplo de disposição análoga no *Congressional Review Act*.

A despeito das sugestões aqui expostas, entende-se que o Congresso continuaria tendo poderes para editar leis gerais e abstratas sobre matérias reguladas pelas agências reguladoras, desde que o fizesse por meio do procedimento normal para a edição de leis ordinárias. A diferença em utilizar o procedimento legislativo aqui sugerido seria tão somente: (1) a impossibilidade expressa da agência em elaborar

<sup>38</sup> Ver, adicionalmente, artigo 80, (1) da Constituição alemã.

<sup>39</sup> Este tipo de interpretação sofre críticas da doutrina de Eduardo Jordão, por exemplo (2017, p. 198).

nova regulação similar, exceto se for novamente autorizada pelo Congresso, e (2) algum tipo de procedimento legislativo simplificado, se for o caso, a exemplo do que ocorre por meio do mecanismo criado pelo *Congressional Review Act*.

Evidentemente, pode-se dizer que a proposta posta para debate aqui é utópica, porquanto os parlamentares nacionais simplesmente a vislumbrariam como a representação de uma autocontenção desnecessária do Poder Legislativo e de suas prerrogativas. Contudo, diante do atual entendimento do STF em casos como a ADI 5501, por exemplo, esse tipo de legislação poderia representar, ao inverso, um marco institucional de fortalecimento do Poder Legislativo, reafirmando a soberania da lei e honrando os poderes que foram outorgados pelo constituinte originário ao Congresso. Bastaria, para tanto, que o Poder Judiciário não julgasse inconstitucional a legislação, o que, como visto, seria uma decisão desventurada, haja vista os ditames da Carta constitucional e a experiência norte-americana.

Olhando a proposta do ponto de vista das agências e entidades reguladoras, pode-se dizer que representaria a pacificação do entendimento sobre até onde vai o controle político *a posteriori* dos atos do regulador. Para as agências e entidades reguladoras seria oportuno que ficasse positivada no ordenamento jurídico a impossibilidade de derrubada de regulações setoriais por decretos legislativos.

## 7. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 6, p. 202-224, 2019.
- BIDEN, Joseph R. Jr. Who needs the Legislative Veto? Symposium: Reactions to Chadda: Separation of Powers and the Legislative Veto. *Syracuse Law Review*, v. 35, Issue 2, 1984, pp. 685-702.
- GUERRA, Sergio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: *Teoria do Estado Regulador*. v. I. Guerra, Sergio (org). Curitiba: Juruá, 2019.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2019.
- FILHO, Marçal Justen. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

- FONSECA, Franciscoco José Defanti. Reserva de regulação da Administração Pública. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Teoria do Estado Regulador*. v. II. Curitiba: Juruá, 2016.
- HAL, John. *The Gorsuch Test: Gundy v. United States, Limiting the Administrative State, and the Future of Nondelegation*. SSRN Electronic Journal, 2020. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3550906#:~:text=In%20Gundy%20v.,test%20for%20approa-ching%20nondelegation%20challenges.](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3550906#:~:text=In%20Gundy%20v.,test%20for%20approa-ching%20nondelegation%20challenges.)>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- JORDÃO, Eduardo; LARDOSA, Arthur. *Congresso x Agências: limites, só para os outros*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/congresso-x-agen-cias-limitespara-os-outros-19122016>>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- JORDÃO, Eduardo et al. A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 75-107, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p75](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p75). Acesso em: 23 jul. 2021.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples. *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- LARKIN, Paul. *Reawakening The Congressional Review Act*. 41 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 187. Disponível em: <[http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/01/Larkin\\_FINAL.pdf](http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/01/Larkin_FINAL.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2022.
- LAWSON, Gary. Mr. Gorsuch, Meet Mr. Marshall: A Private-Law Framework for the Public-Law Puzzle of Subdelegation. *Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper*. No. 20-16. Disponível em: [https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1906&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1906&context=faculty_scholarship). Acesso em: 22 jul. 2021.
- LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, p. 192-213, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, p. 118-124. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito Administrativo Econômico*. Coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2000.
- PÜNDER, Hermann. Democratic Legitimation of Delegated Legislation: A Comparative View on the American, British and German Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 58, n. 2, 2009, pp. 353–378. JSTOR, [www.jstor.org/stable/20488294](http://www.jstor.org/stable/20488294). Acesso em: 31 jul. 2021.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A Intervenção do Congresso Nacional na Autonomia das Agências Reguladoras. *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 586-614, out. 2019. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/302/382>>. Acesso em: 24 jul. 2021.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003.
- 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.