O Congresso Nacional e a frágil autonomia das agências reguladoras

Sérgio Guerra
Diretor e professor titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio

Natasha Salinas
Professora do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio

Em 23 de janeiro passado, a Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados anunciou que examinaria o Projeto de Lei nº 5.325/2019, que tem por objetivo alterar a Lei nº 9.427/96 (que institui a Aneel) para proibir expressamente as distribuidoras de energia de incluírem no valor da tarifa cobrada do usuário/consumidor as perdas não técnicas de energia elétrica.[1] As perdas não técnicas ou comerciais são aquelas que estão associadas à gestão comercial da distribuição, como as que decorrem, por exemplo, de furto de energia ou erros de medição. Pelo regime atual, as perdas não técnicas são em parte repassadas à tarifa cobrada dos consumidores. O cálculo do percentual dessas perdas é definido pela Aneel em regulamento próprio.[2]

Segundo exposição de motivos dessa iniciativa legislativa, as perdas não técnicas representam 10,7% das receitas das distribuidoras da Região Norte, de onde o parlamentar, autor da proposta, é originário (senador Zequinha Marinho, do Pará). O objetivo da proposta é, portanto, diminuir o preço da tarifa paga pelos usuários da Região Norte do país.

Iniciativas legislativas como esta são comuns no âmbito do Congresso Nacional. Estudo[3] realizado pelo projeto Regulação em Números,[4] da FGV Direito Rio, pesquisou a tramitação na Câmara dos Deputados, de 1996, ano da criação das agências, até 2017, de 689 iniciativas legislativas sobre agências reguladoras. Mais de dois terços desta produção teve por objetivo criar, ampliar, modificar ou reduzir parâmetros para o exercício de competências normativas e fiscalizatórias das agências.

Ao analisarmos o conteúdo das iniciativas legislativas que tratam especificamente da outorga de competências às agências reguladoras, identificamos três padrões possíveis adotados pelo Congresso Nacional: outorga *ampla*, *condicionada* e *restrita*.[5]

O Congresso Nacional outorga competências amplas às agências reguladoras quando lhes confere alto grau de autonomia para determinar o conteúdo de suas normas regulatórias. Algumas leis que criam agências costumam ter essa natureza. Por exemplo, ao editar a Lei nº 11.182/2005, o Congresso atribuiu competência para a Anac regular e fiscalizar serviços aéreos de maneira bastante ampla, sem definir parâmetros e condições para exercício desta regulação. Em alguns casos, o Congresso pode inclusive articular-se para ampliar as competências originariamente atribuídas às agências reguladoras. O Projeto de Lei nº 2.734/2011, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, tem por objetivo ampliar as competências da ANS para que passe a regular as atividades dos prestadores de serviços médicos e hospitalares de saúde suplementar.[6]

A outorga de competências amplas é exceção, e não a regra. Muito mais comuns são as iniciativas legislativas que condicionam o exercício da atividade regulatória a certos parâmetros ou condições legais. A Lei nº 10.742/03, por exemplo, es-

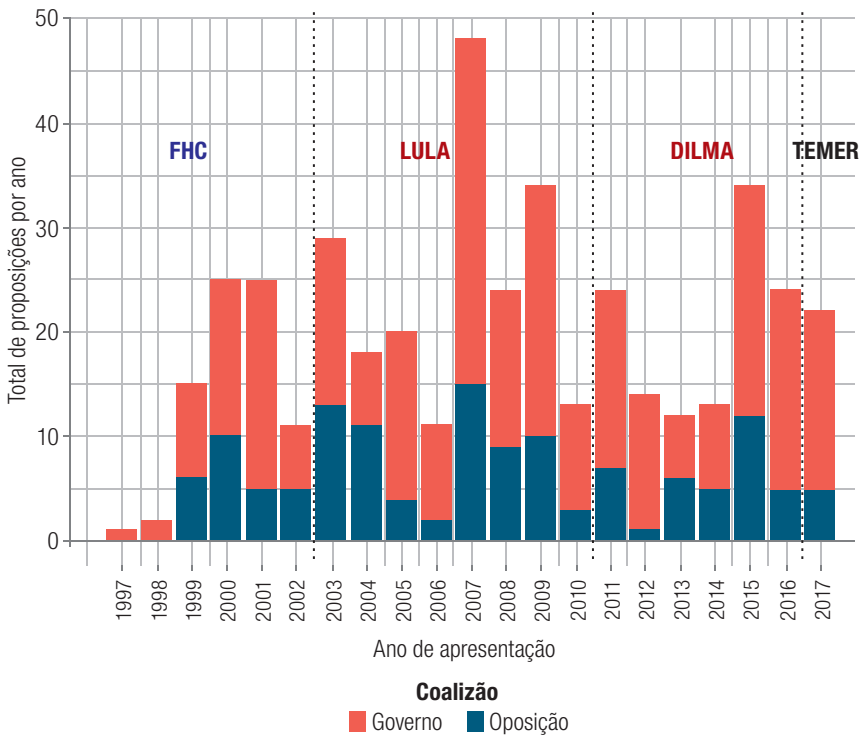
tabelece parâmetros a serem observados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) na fixação e reajuste de preços de medicamentos. Esta lei estabelece índices para fixação de preços, define os custos que poderão ou não ser repassados ao consumidor, estabelece a periodicidade de fixação destes ajustes, define as fontes de informação que poderão ser utilizados para a determinação de preços etc. A proposta legislativa do senador Zequinha Marinho, ora comentada, pode também ser enquadrada nesta categoria, na medida que limita a competência de definição de tarifas atribuída à Aneel a uma condição específica: não incluir as perdas não técnicas no valor da tarifa cobrada do consumidor.

Por fim, a outorga restrita é aquela que limita consideravelmente a reflexividade administrativa da agência reguladora ao estabelecer, em seu lugar, a regra que deverá ser observada pelo agente econômico regulado. Neste caso, o Congresso Nacional *substitui* a agência na definição dessa regra. Observa-se, por exemplo, a Lei nº 11.442/2007, que regula o transporte autônomo de cargas. Nesta lei, definiu-se prazo máximo de cinco horas para carga e descarga do veículo de transporte rodoviário. Ultrapassado este período, o embarcador ou destinatário deverá pagar multa no valor de R$ 1,38 por tonelada/hora ou fração. A competência para definir as condições temporais de carga e descarga estabelecidas em lei poderiam ter sido outorgadas à ANTT. O Poder Legislativo optou, no entanto, por restringir consideravelmente a competência da ANTT neste particular.

Há situações, ainda, em que o Poder Legislativo exerce sua atividade legislativa para garantir que determinada atividade ou conduta não venha a ser proibida ou restringida pelo órgão regulador. A Lei nº 13.454/17, que autorizou a produção, comercialização e consumo de anorexígenos – substâncias utilizadas na composição de remédios para emagrecimento – foi editada com este propósito. A produção e comercialização desses produtos era permitida no Brasil há décadas até que a Anvisa editou, em outubro de 2011, uma norma restringindo o uso de sibutramina e proibindo o uso das demais substâncias.[7] A Lei nº 13.454/2017 foi editada, deste modo, para impedir que a agência reguladora proíba[8] agentes regulados de produzirem as substâncias acima mencionadas.

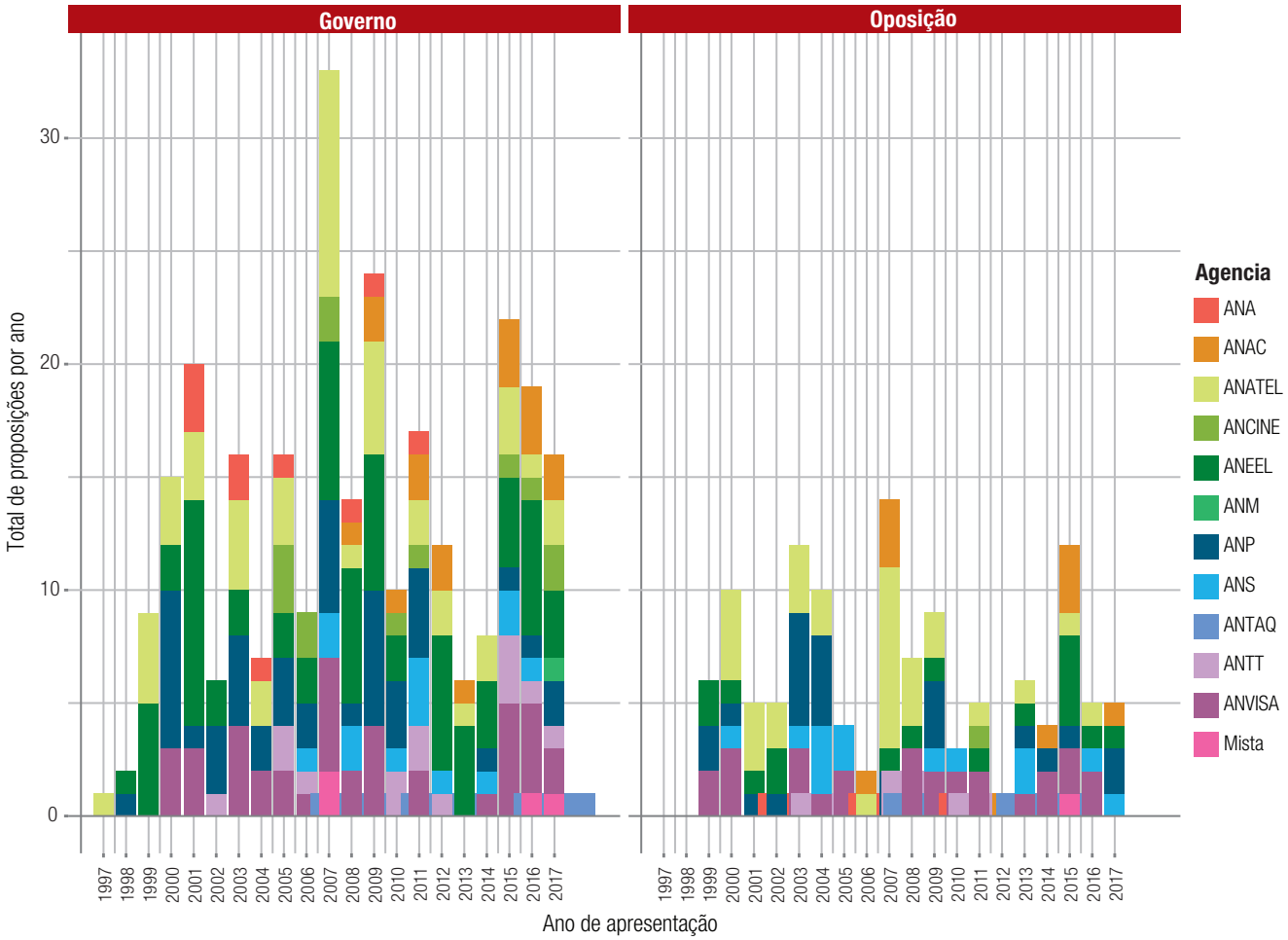
O que estudos empíricos como estes têm a demonstrar? Iniciativas legislativas que outorgam competências sob condições específicas ou que restringem o exercício das competências das agências variam conforme o setor regulado e não são estanques. À medida que um ambiente regulatório se consolida, parlamentares buscam[9] estratégias para limitar a reflexividade administrativa das agências de modo a alcançar objetivos pontuais. Esses pleitos ora visam atender às demandas dos consumidores/usuários de serviços (*e.g.* o mencionado projeto de lei que visa proibir a inclusão das perdas não técnicas ao valor da tarifa), ora coincidem com os interesses dos agentes econômicos regulados (*e.g.* a referida lei que autoriza a produção de anorexígenos). A produção legisla-

Atos legislativos sobre competências regulatórias



Fonte: Elaboração própria (base de dados Regulação em Números).

Atos legislativos sobre competências regulatórias por agência



Fonte: Elaboração própria (base de dados Regulação em Números).

tiva do Congresso Nacional, nesses termos, tem sido pendular, podendo, independentemente dos objetivos, aumentar a insegurança jurídica e enfraquecer o modelo de regulação por agências.

[1]Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/23/projeto-proibe-que-despesa-com-furto-de-energia-seja-cobrada-do-consumidor>. Acesso em: 31 jan. 2020.

[2]Essas regras estão previstas no submódulo 2.6 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET.

[3]JORDÃO, Eduardo; MOLHANO, Leandro; SALINAS, Natasha; SAMPAIO, Patrícia. A Produção Legislativa do Congresso Nacional sobre Agências Reguladoras. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p75.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020. *Revista de Informação Legislativa*, v. 56, n. 222, abr-jun., 2019, p. 75-107.

[4]O "Regulação em Números" é um projeto institucional da FGV Direito Rio, que tem por objetivo desenvolver estudos empíricos sobre agências reguladoras federais. Desenvolvido no âmbito do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio, o Regulação em Números atualmente desenvolve quatro frentes de pesquisa principais: (i) mecanismos de participação (audiências e consultas públicas) das agências reguladoras federais; (ii) processo administrativo normativo das agências; (iii) controle político/legislativo das agências reguladoras; (iv) controle judicial e externo das agências reguladoras.

[5]Cf. GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. Controle Político da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 3, 2018, p. 402-430.

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

[7]Resolução Anvisa n. 50, de 25 de setembro de 2014.

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

[9]Isso não significa que os parlamentares são bem-sucedidos na tentativa de controlar as agências reguladoras. No estudo que realizamos, verificamos que apenas 8,7% de todas as iniciativas legislativas foram transformadas em norma jurídica. As demais foram arquivadas ou seguem um curso lento de tramitação. Dois terços das leis aprovadas, por sua vez, foram iniciadas pelo Poder Executivo, e não pelo Congresso Nacional. Cf. JORDÃO *et. all., op. cit.*