



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2020

Susta a eficácia dos Pareceres nº 24/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União mediante o Despacho nº 127, de 27 de março de 2020, e nº 35/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 211, de 23 de abril de 2020.



SF/20650.38864-78

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica sustada a eficácia dos Pareceres nºs 24/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União mediante o Despacho nº 127, de 27 de março de 2020, e nº 35/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 211, de 23 de abril de 2020.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Nos termos do art. 49, inciso V, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), é competência exclusiva do Congresso Nacional **sustar os atos normativos** do Poder Executivo que **exorbitem** do **poder regulamentar**. Tal competência é exercida pelo Parlamento da União por meio de **decreto legislativo**, conforme preceitua o art. 213, inciso II, do Regimento Interno do Senado Federal.

Conforme a célebre lição de Hely Lopes Meirelles¹, atos administrativos **normativos** são aqueles que contêm um **comando geral** do

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 203.



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

Executivo, visando à correta aplicação da lei, sendo o objetivo imediato de tais atos explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Como exemplo de atos dessa categoria, o saudoso Mestre cita os decretos regulamentares, os regimentos, as resoluções, as deliberações e as portarias de conteúdo geral.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho² leciona que, quanto aos destinatários, os atos administrativos podem ser **gerais**, também denominados de **normativos**, quando regulam uma quantidade indeterminada de pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, sendo exemplos os regulamentos e as instruções normativas; ou **individuais** (também denominados **concretos**), que se preordenam a regular situações jurídicas concretas, vale dizer, têm destinatários individualizados, definidos, mesmo que coletivamente, como uma licença para construção ou um decreto expropriatório.

A **generalidade**, assim, é o atributo da **norma** de ser aplicável a destinatários indeterminados, isto é, a qualquer um que se enquadre na regra prescrita. A norma geral opõe-se à **individual**, dirigida a um ou mais sujeitos determinados.³

Outra característica do ato normativo é sua **abstração**, entendida como a qualidade da norma de se destinar a situações hipotéticas, que podem ou não ocorrer no mundo real. Surgindo um caso concreto que se amolde à situação descrita, a regra deve ser aplicada (subsunção do fato à norma). A abstração opõe-se à **concretude**, característica da regra de ser aplicável apenas a um ou mais casos específicos, não a reiteradas situações semelhantes.⁴

Note-se que generalidade é diferente de abstração. A primeira refere-se à aplicação da norma a indivíduos indeterminados; a segunda, à incidência do comando a situações inespecíficas.⁵ Conforme ensina Norberto Bobbio⁶, **gerais**

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 280.

³ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. *Análise de Juridicidade de Proposições Legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/Conleg/Senado, ago/2014 (Texto para Discussão nº 151), p. 26. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 25 jul. 2020.

⁴ Idem, p. 27.

⁵ Idem, p. 28.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 180-181.



**SENADO FEDERAL**

Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

são as normas universais em relação aos destinatários e **abstratas** aquelas universais em relação à ação.

O **poder regulamentar** pode ser entendido em sentido estrito ou amplo. Em sentido restrito, é a competência privativa do chefe do Poder Executivo para expedir **regulamentos**, sob a forma de decretos, para a fiel execução das leis (art. 84, IV, CF/88). Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles⁷ leciona que o poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os chefes de Executivo para explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei.

Destaca o consagrado administrativista que, sendo o regulamento, na hierarquia das normas, **ato inferior à lei, não a pode contrariar**, nem restringir ou ampliar suas disposições, só lhe cabendo explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados, ou completá-la, fixando critérios técnicos e procedimentos necessários para sua aplicação.⁸ Caso o regulamento extrapole a lei, será tido por **ilegal** e poderá, neste caso, ser objeto de sustação pelo Congresso Nacional (art. 49, V, CF/88).

Em sentido amplo, por outro lado, a expressão poder regulamentar refere-se a **poder normativo**, ou seja, a competência dos órgãos em geral para expedir **normas** no âmbito de suas atribuições. Por exemplo, compete aos Ministros de Estado expedir **instruções** para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, II, CF/88); ao Conselho Nacional de Justiça expedir **atos regulamentares** no âmbito de sua competência (art. 103-B, § 4º, I, CF/88); e às agências reguladoras expedir **atos normativos** em relação às suas respectivas áreas de atuação (arts. 5º e 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019).

Note-se, portanto, que o poder regulamentar em sentido estrito é uma espécie do gênero do poder normativo, uma vez que se refere à edição de regulamentos, que são um específico tipo de ato normativo.

A competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos ilegais do Poder Executivo tem sido exercida não apenas em relação aos decretos

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 149.

⁸ Idem, p. 150.



SF/20650.38864-78

**SENADO FEDERAL**

Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

regulamentares, expressão do poder regulamentar *stricto sensu*, mas também no tocante a outros atos normativos do Executivo que contrariem as normas legais ou constitucionais. Nesse sentido, deve-se entender a expressão poder regulamentar contida no inciso V do art. 49 da Carta Magna em seu sentido mais amplo, com o significado de **poder normativo**.

Em tal contexto, já houve a sustação congressual de Portarias Ministeriais e Interministeriais (ex.: Decretos Legislativos nºs 170, de 2018; 177, de 2017; e 293, de 2015), de Resoluções de Agências Reguladoras (ex.: Decreto Legislativo nº 273, de 2014) e mesmo de **Pareceres** de Consultorias Jurídicas de Ministérios com caráter normativo (ex.: Decreto Legislativo nº 207, de 2002).

A propósito, quanto aos **pareceres jurídicos**, a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU), prevê que os pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República e publicados juntamente com os respectivos despachos presidenciais **vinculam a Administração Federal**, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento (art. 40, *caput* e § 1º), bem como que os pareceres aprovados, mas não publicados, **obrigam as repartições interessadas**, a partir do momento em que deles tenham ciência (art. 40, § 2º).

Do mesmo modo, reza essa Lei que os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelos Ministros de Estado, pelos Secretários-Gerais e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, também **obrigam os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas** (art. 42).

Desse modo, nota-se que os pareceres jurídicos que se enquadram nessas situações possuem nítido **caráter normativo**, razão pela qual podem ser objeto de sustação pelo Congresso Nacional, caso sejam considerados ilegais, como foi o caso da Nota Conjur-Minfra nº 24, de 11 de fevereiro de 1992, cujos efeitos foram sustados pelo Decreto Legislativo nº 207, de 2002.

Nesse cenário, o presente projeto de decreto legislativo visa a sustar a eficácia do **Parecer nº 24/2020/DECOR/CGU/AGU**, aprovado pelo Advogado-Geral da União mediante o Despacho nº 127, de 27 de março de 2020, bem como do **Parecer nº 35/2020/DECOR/CGU/AGU**, aprovado pelo Advogado-Geral da União mediante o Despacho nº 211, de 23 de abril de 2020.



**SENADO FEDERAL**

Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

Em rigorosa síntese, tais pareceres tratam da nova sistemática de substituição do cargo de Diretor-Geral/Presidente/Diretor-Presidente das agências reguladoras em caso de **vacância**, isto é, de vaga **definitiva** do cargo, por término do mandato, renúncia, falecimento ou outras situações não temporárias que revelem a saída definitiva do anterior ocupante desse cargo.

Segundo os citados Pareceres, as novas regras de substituição de dirigentes das agências reguladoras em caso de **vacância**, inseridas pela Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (nova lei das agências reguladoras), notadamente a nova redação do art. 10 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 (que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, que ainda permanece em vigor), conduzem ao entendimento de que a substituição de qualquer dirigente, **inclusive do Diretor-Presidente**, deve observar a nova regra de substituição por integrante de uma **lista de substituição** previamente estabelecida, formada por três **servidores da agência**, ocupantes dos cargos de Superintendente, Gerente-Geral ou equivalente hierárquico.

Tal Parecer da AGU foi editado após a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), por meio da Portaria nº 77, de 17 de março de 2020, ter estabelecido que, no caso de **vacância** do cargo de **Diretor-Geral**, o cargo seria exercido interinamente pelo **diretor** previamente designado como Diretor-Geral substituto (aplicando-se a regra do art. 5º, § 9º, da Lei nº 9.986, de 2000), sendo este, por sua vez, substituído conforme o novo mecanismo da lista de substituição de servidores.

Essa medida da ANP, contudo, foi classificada como **ilegal** pelo referido Parecer da AGU, o qual definiu que, no caso de vacância do cargo de **Diretor-Geral**, a substituição também deverá obedecer à lista de substituição de servidores, devendo, consequentemente, no caso dessa agência, ser observado o Decreto s/nº de 31 de janeiro de 2020, que designou os servidores da ANP que compõem a lista de substituição da Diretoria Colegiada. Em razão desse entendimento da AGU, a ANP acabou revogando a Portaria nº 77, de 2020, por meio da Portaria nº 101, de 30 de março de 2020.

Em 22 de abril de 2020, mediante lúcida provocação da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar junto ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Advocacia-Geral da União, foi exarado o citado Parecer nº 35/2020/DECOR/CGU/AGU, que não obstante



SF/20650.38864-78



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

manteve a interpretação conferida no Parecer nº 24/2020/DECOR/CGU/AGU e decidiu por lhe aplicar efeitos prospectivos. Nota-se, portanto, o **caráter normativo** desse Parecer, uma vez que, após sua edição, as agências reguladoras estão obrigadas à sua observância.

Ocorre que a interpretação de que a lista de servidores deve ser utilizada também para o **Diretor-Presidente** da agência **não se coaduna com o espírito da lei e subverte** a própria lógica da atividade regulatória das agências. Isso porque a substituição do Diretor-Presidente por um servidor da lista acarretará à **esdrúxula situação** em que a condução das reuniões do colegiado ficará a cargo de um servidor da agência, embora na função de Presidente-substituto, com a natural sujeição dos diretores ou conselheiros titulares, no tocante à direção dos trabalhos, a um agente que, na verdade, é apenas um servidor, o qual voltará a ficar sob o poder hierárquico do colegiado após o período de interinidade.

Tal situação pode gerar **dois problemas**: o primeiro, o surgimento de um desconforto para os dirigentes titulares, que podem não se sentir satisfeitos em ter suas reuniões conduzidas por um servidor da agência que está apenas interinamente na presidência e que, na essência, é um subordinado do corpo funcional; o segundo, a inibição deste servidor que exerce transitoriamente a presidência para agir com independência funcional e mesmo discordar das decisões dos demais conselheiros ou diretores, o que é pernicioso para o sistema regulatório brasileiro e viola a *ratio* dessas entidades autárquicas que recebem poder normativo de segundo grau via o instituto da “deslegalização”.

Desnecessário lembrar a relevância de um sistema regulatório funcional e confiável para a atração de investimentos, nacionais e estrangeiros, a setor estratégicos da economia, principalmente em um cenário pós-pandêmico para a retomada de injeção de capital no Brasil. E esse tema tem recebido atenção do mercado e da academia, tendo este Parlamentar participado recentemente de um debate promovido pelo prestigiado JOTA intitulado “*agências reguladoras, nova lei e a insegurança jurídica*”⁹.

Bem a propósito, esse debate foi fruto de trabalho acadêmico dos autores FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA e RICARDO

⁹ <https://www.jota.info/casa-jota/a-falta-de-quorum-em-agencia-reguladora-prejudica-a-atracao-de-investimento-17072020>



**SENADO FEDERAL**

Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

FENELON JUNIOR, que trataram com ineditismo sobre “[a] Lei Federal n. 13.848/2019 e as regras de vacância em agências reguladoras federais: o princípio dos freios e contrapesos e o risco do déficit democrático”¹⁰, tendo merecido destaque também pelo Valor Econômico em publicação do jornalista Daniel Rittner, de 16 de junho de 2020¹¹.

Para os autores, “[j]ustamente por isso, o legislador ordinário introduziu a regra prevista no parágrafo 9º, qual seja, no caso de ausências eventuais do Diretor-Presidente, as funções atinentes à presidência serão exercidas por membro da Diretoria Colegiada indicado pelo Diretor-Presidente. Pretendeu-se, com isso, evitar que, no caso de atraso de indicação pelo Presidente da República ou de sabatina pelo Senado Federal antes do término do mandato do Diretor-Presidente, caberia a este, ainda no gozo de suas prerrogativas legais e legitimado por já ter sido aprovado pelo Senado Federal para o cargo de Diretor-Presidente quando de sua nomeação e posse, a indicação do seu sucessor temporário, o qual deverá necessariamente ser membro do órgão colegiado da agência reguladora”.

Sobre os riscos de a função de Diretor-Presidente ser exercida com base na lista de substituição, os autores apresentam argumentos contundentes contra essa medida, inclusive com doutrina regulatória estrangeira:

Nessa ordem de considerações, é importante apontar que o Diretor-Presidente exerce funções de relevo, cabendo a este geralmente a representação da entidade regulatória, o comando hierárquico sobre pessoal e serviços, o exercício das competências administrativas e a presidência das reuniões da Diretoria Colegiada¹², incluindo-se aqui a gestão das pautas das sessões deliberativas¹³, o que se revela de elevada sensibilidade político-institucional. Sobre a importância da independência do Diretor-Presidente de entidades regulatórias, é elucidativo o artigo da Professora de Direito Administrativo e do Estado Regulador da *New York University (NYU)* Rachel E. Barkow, intitulado *Insulating Agencies: avoiding capture through institutional design*, que traz uma avaliação cirúrgica sobre a desejável independência do Diretor-Presidente de uma agência reguladora em relação ao Chefe do

¹⁰ VIANNA, Fernando Villela de Andrade; JUNIOR, Ricardo Fenelon. In “A Lei Federal n. 13.848/2019 e as regras de vacância em agências reguladoras federais: o princípio dos freios e contrapesos e o risco do déficit democrático”. Obra no prelo para publicação, gentilmente compartilhada com este Parlamentar a pedido do Gabinete.

¹¹ <https://valor.globo.com/brasil/coluna/o-custo-de-um-veto-na-lei-geral-das-agencias.ghml>

¹² V., a título exemplificativo, o artigo 16, da Lei Federal n. 11.182/2005, que dispõe sobre a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e o artigo 61, da Lei Federal n. 10.233/2001, que dispõe sobre a competência dos Diretores-Gerais da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

¹³ Os Regimentos Internos das Agências Reguladoras federais brasileiras atribuem essa função ao Diretor-Presidente.



**SENADO FEDERAL**

Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

Poder Executivo, cujas opiniões sobre determinada decisão regulatória não devem influenciar o Diretor-Presidente de uma entidade reguladora:

*Whether an agency head should be removable at will or serve a term of years and be removable only for cause before his or her term expires is, as noted, the insulation design feature that is most often used to demarcate an agency as “independent.” If this is the definition of independence, independent regulatory agencies abound across a wide range of policy fields. They include, for example, the FTC, the Consumer Product Safety Commission, the Federal Energy Regulatory Commission, and the Nuclear Regulatory Commission. The heads of these agencies can be removed only for good cause, which typically means “inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.” Though the issue has not been decided by the Supreme Court, most commentators agree that it is not good cause for removal if an agency performs a lawful regulatory agency action that the President disagrees with as a matter of policy. If this view is correct, the President cannot control independent regulatory agency policy making with the threat of removal.*¹⁴

Os autores concluem no sentido de que “[e]xatamente por isso, queremos aparecer que o Parecer nº 00024/2020/DECOR/CGU/AGU deixou de considerar a própria ratio originária do artigo 5º, da Lei Federal n. 9.986/2000, com a redação promovida pela Lei Federal n. 13.848/2019, ao concluir que a vacância do cargo de Diretor-Presidente das agências reguladoras também estaria submetida ao mecanismo da “lista de substituição”. Todavia, mesmo com os vetos presidenciais, a disposição do artigo 5º, tal como se encontra, comporta uma interpretação conforme à Constituição Federal, mais precisamente sob a luz dos princípios da separação dos poderes e dos freios e contrapesos, como forma de compatibilizar a lacuna deixada pelos dispositivos vetados com a adequada autonomia e independência técnica dessas entidades regulatórias. Isto porque, é natural que o servidor técnico de uma agência reguladora, exercendo temporariamente a função de Diretor-Presidente, esteja mais sujeito a pressões políticas da Administração Direta do que um Diretor efetivo, já sabatinado pelo Senado Federal e em pleno gozo de suas prerrogativas legais, a exemplo da impossibilidade de exoneração ad nutum, conforme tratado no capítulo II.”

Nesse sentido, a engenhosa solução legal da lista de substituição deve ser interpretada em seu sentido teleológico e sistemático, para **excluir** de sua aplicação o caso de substituição do **Diretor-Presidente**, o qual seria substituído, também nos casos de vacância **definitiva**, por um dos membros **titulares** do colegiado, com base no art. 5º, § 9º, da Lei nº 9.986, de 2000, sendo este, por sua vez, substituído por um servidor da lista durante o mesmo período, por aplicação

¹⁴ BARKOW, Rachel E. in “Insulating Agencies: Avoiding capture through institutional design”. Texas Law Review. 89 Tex. L. Rev. 15. 2010.





SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador MARCOS ROGÉRIO

do art. 10 da mesma Lei, conforme, aliás, procurou fazer a ANP, com a edição da Portaria nº 77, de 2020.

Incorreta deve ser considerada, portanto, a interpretação da Lei dada pelo Parecer nº 24/2020/DECOR/CGU/AGU, reafirmada pelo Parecer nº 35/2020/DECOR/CGU/AGU, os quais, a pretexto de detalhar a norma legal, acabou contemplando procedimento que **subverte** o adequado funcionamento das agências reguladoras, o que certamente não foi a intenção do legislador, razão pela qual os citados Pareceres devem ser **sustados** por Decreto Legislativo, por exorbitar de sua atribuição normativa.

Ante o exposto, conclamamos os nobres Pares à aprovação deste projeto de decreto legislativo.

Sala das Sessões,

Senador MARCOS ROGÉRIO



SF/20650.38864-78