

O DISCURSO DE ÓDIO E A LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Bento Benzi Costa

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Resumo – o presente artigo busca conceituar o discurso de ódio, fenômeno cada vez mais frequente, principalmente no âmbito das redes sociais, para analisar seu eventual acobertamento pelo direito fundamental à liberdade de expressão, constitucionalmente previsto. Para tal, é necessária a realização de uma ponderação principiológica, a fim de identificar os direitos fundamentais atingidos pelos discursos odiosos e a necessidade de flexibilização ou limitação do direito à liberdade de expressão diante de tais discursos. Busca, ainda, avaliar os instrumentos normativos de combate ao *hate speech* e de responsabilização dos propagadores, assim como a atuação do Poder Judiciário, através de seus tribunais superiores, diante do tema.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Discurso de Ódio. Liberdade de Expressão.

Sumário – Introdução. 1. Da limitação da liberdade de expressão ante o discurso de ódio. 2. Da ponderação de direitos fundamentais diante do *hate speech*. 3. Da responsabilização dos propagadores de ódio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a necessidade e os parâmetros para a limitação do direito à liberdade de expressão, previsto na Constituição Federal, diante do discurso de ódio, analisando o conflito principiológico existente na ocorrência de manifestações odiosas.

O trabalho enfoca a necessária limitação do direito à liberdade de expressão em coexistência com os demais direitos fundamentais, de forma que não legitime discursos odiosos que geram e propagam preconceito e discriminação.

O tema relacionado ao direito fundamental da liberdade de expressão, constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso IV, da Carta Maior, vem ganhando cada vez mais relevância social. A escalada da tensão política no país, aliada ao constante avanço tecnológico que facilita a disseminação de informação e meios de comunicação acessíveis, contribuem para a importância do tema.

O direito à liberdade de expressão vem sendo utilizado como justificativa para veiculação de qualquer tipo de discurso, mesmo que odioso. Deste modo, imperioso destacar que, assim como os demais direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a liberdade de



apenas pelo Chefe do Poder Executivo, a teor do art. 84, IV, da CRFB. No mesmo sentido a delegação legislativa, na forma do art. 68, caput, da CRFB.

A despeito da divergência, desde a criação das agências reguladoras, em 1997, já foram apresentados mais de 200 projetos de decreto legislativo (PDL) com esse objeto, chamando a atenção para uma forma específica de controle que ainda passa abaixo do radar de grande parte da literatura jurídica nacional. A importância de mapeá-lo reside no fato de que a Constituição não concedeu ao Congresso um poder amplo e irrestrito de sustação de normas do Poder Executivo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a interpretação conferida pela doutrina especializada à competência constante do art. 49, V da CRFB, no sentido de compreendê-la como de natureza essencialmente jurídica, ao argumento de que o seu objetivo é identificar desvios do padrão de legalidade e restaurar a ordem normativa.

Segue-se em contraste, no segundo capítulo, os dados revelados da prática institucional do Congresso Nacional, que mais se coaduna com uma compreensão política da prerrogativa fiscalizatória que lhe foi outorgada, o que não parece se enquadrar rigorosamente nos termos restritos do dispositivo constitucional.

No terceiro capítulo, à luz da exposição dos dados, argumenta-se que, ao interpretar generosamente os limites da autorização constitucional, o Congresso pode estar “exorbitando” do seu próprio poder, sob o pretexto de policiar a exorbitância de poderes alheios. Busca-se, com isso, despertar a atenção para a possibilidade de se vislumbrar uma atuação legítima do Poder Legislativo no âmbito do controle da atividade regulatória, fundada em juízo político, mais coerente com a autocompreensão da competência congressual.

A pesquisa é desenvolvida pelo método histórico dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende revelar, através da análise empírica qualitativa dos PDLs coletados na base de dados de proposições legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, disponível pública e gratuitamente na internet, como os parlamentares têm usado os seus poderes de policiar a (alegada) exorbitância de poderes normativos das agências reguladoras.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente quantitativa e qualitativa, porquanto o pesquisador se vale tanto da bibliografia pertinente à temática em foco quanto dos dados empíricos obtidos para sustentar a sua tese.



1. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, V, DA CRFB PELA LITERATURA JURÍDICA NACIONAL

O art. 49, V, da CRFB¹ estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para, no exercício de suas funções atípicas, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Na prática, a concretização desse controle repressivo em relação aos atos normativos emanados do Poder Executivo suscita o estabelecimento de três premissas: (i) natureza do instituto; (ii) hipóteses de cabimento; (iii) instituições sujeitas a esse controle.

No tocante à natureza, a discussão orbita entre o caráter político e jurídico da prerrogativa. Se por um lado a competência é conferida a uma instituição política - Congresso Nacional -, por outro, a necessidade de subordinação da medida sustatória à identificação de desvios do padrão de legalidade parece acenar para a natureza jurídica dessa modalidade de controle². A importância na delimitação do instituto consiste na compreensão acerca da extensão do respaldo constitucional para atuação legítima do Poder Legislativo no âmbito da suspensão da eficácia de normas do Executivo.

O recurso às hipóteses de cabimento corrobora essa conclusão, uma vez que a sua delimitação implica no reconhecimento, por exclusão, da exorbitância. Tradicionalmente, por poder regulamentar compreende-se exclusivamente a competência do Chefe do Poder Executivo para editar decretos regulamentares, na forma do art. 84, IV, da CRFB³. No mesmo sentido, a delegação legislativa em relação ao disposto no art. 68, caput, da CRFB⁴, de tal modo que, a princípio, não seria possível vislumbrar a sustação dos atos normativos das agências reguladoras pelo Congresso Nacional com fundamento no art. 49, V, da CRFB⁵.

Em primeiro lugar porque tanto o decreto regulamentar quanto os atos de delegação legislativa têm fundamento direto na Constituição Federal, ao passo que os atos normativos das agências reguladoras têm nas leis quadros de criação o seu fundamento de validade, razão pela qual aquelas configuram normas primárias e estas, secundárias.

Além disso, a atuação regulamentar tem por escopo a consecução de uma função política de complementação da lei, a teor do art. 84, IV da CRFB⁶, ao contrário da regulação, que compreende o exercício de função normativa, executiva e judicante, perfazendo a concretização

¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

² GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v 9, n 3, p. 402-430, set./dez. 2018.

³ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

do disposto no art. 174 da CRFB⁷. Portanto, enquanto o regulamento tem por fundamento o poder regulamentar, a regulação decorre do poder administrativo de polícia.

O ponto de convergência entre o regulamento e a regulação é a deslegalização, consistente na transferência sem delegação, “pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, no exercício da competência implícita no caput do art. 48 da Constituição”.⁸ Diversamente, contudo, a norma delegada, que tem força própria de lei.

A despeito das diferenças mencionadas, parte da doutrina⁹ compreende o exercício da função regulamentar em sentido amplo, de modo a abranger não apenas a competência do Chefe do Poder Executivo, mas também a das demais entidades da Administração, considerando que leis ordinárias podem atribuir poder normativo a outras esferas do Poder Executivo.

A extensão conceitual se justifica na medida em que a existência e poder normativo das agências reguladoras só ganharam assento no ordenamento jurídico brasileiro a partir da segunda metade da década de 90, ou seja, posteriormente à promulgação da Constituição, em 1988, de modo que não poderia o constituinte originário ter feito referência a institutos que somente vieram a ser criados posteriormente.

Com efeito, a ampliação do conceito de função regulamentar implica no prolongamento da competência congressional para sustar atos normativos do Executivo, debate que se situa no âmbito da terceira premissa teórica.

Em outras palavras, os atos normativos das agências reguladoras somente podem ser alcançados pelo art. 49, V, da CRFB/88¹⁰ se a sua finalidade for viabilizar a proteção, pelo Poder Legislativo, da sua competência privativa contra eventuais excessos legiferantes do Poder Executivo face às leis *standard*, que refletem as escolhas legislativas sobre a extensão deste poder. Do contrário, adotando-se uma interpretação restritiva do conceito de poder

⁷ *Ibid.*

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 32.

⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 415-416.

¹¹ FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1212-1225.

¹² *Ibid.*



regulamentar, somente os atos normativos provenientes do Chefe do Poder Executivo estariam sujeitos a esse controle.

A despeito da divergência doutrinária, o recurso ao dispositivo constitucional por parlamentares irresignados com normas emitidas por agências reguladoras é uma realidade, conforme pode se depreender da análise realizada na base de dados da atividade legislativa da Câmara dos Deputados¹¹ e do Senado Federal¹², tendo sido apresentados, desde 1997, 224 PDLs, sendo 66 referentes ao período de 2020 a 2022, o que será objeto de análise do capítulo seguinte.

2. AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DOS PARLAMENTARES SOBRE OS CONTORNOS DA SUA COMPETÊNCIA DURANTE A PANDEMIA (2020-2022)

Desde a Constituição de 1988, tem-se notícia de apenas uma efetiva promulgação de decreto legislativo contra ato normativo de agências reguladoras. Trata-se do Decreto Legislativo nº 273/2014, que sustou os efeitos da Resolução nº 52/2011, cujo objeto era a vedação ou limitação, conforme o caso, do uso de determinadas substâncias em medicamentos para emagrecimento. No entanto, a despeito do relativo insucesso desse mecanismo de controle, o seu recurso por parlamentares tem sido cada vez maior, revelando um crescimento exponencial.

Buscando explorar esse cenário, pesquisa¹³ realizada pela autora deste texto, em coautoria com Eduardo Jordão, Natasha Salinas e Patrícia Sampaio, no âmbito do projeto Regulação em Números, da FGV Direito Rio, levantou os dados relativos a esse tipo de controle até 2019. De acordo com a pesquisa, entre 1997 e 2014 (17 anos), portanto antes da sustação do PDL supramencionado, foram propostos 46 PDLs (aproximadamente 2,7 PDL/ano), ao passo que no período subsequente, entre 2015 e 2019 foram cerca de 112 PDLs, ou 22,4 PDL/ano.

Tais conclusões sugerem que a sustação do primeiro e único ato normativo de uma agência reguladora em 2014 parece ter estimulado a prática de crescente proposição de PDLs pelo Congresso Nacional a partir de então.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Pesquisa avançada de propostas legislativas*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em: 7 mar. 2023.

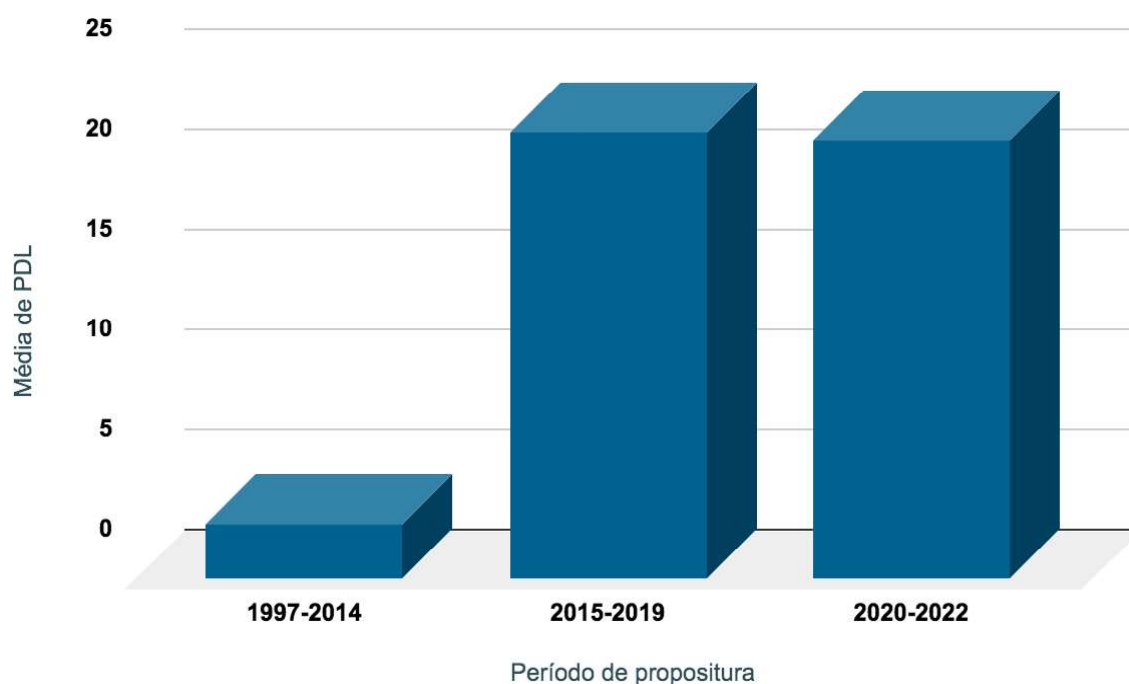
¹⁴ BRASIL. Senado Federal. *Pesquisa simples de atividade legislativa*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade>>. Acesso em: 7 mar. 2023.

¹⁵ JORDÃO, Eduardo Ferreira *et al.* Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19/2023, ed. 44.

O interesse no mapeamento dessa relação institucional ganha novos contornos com o advento da pandemia da Covid-19, tendo em vista o protagonismo assumido pelas agências reguladoras nas respostas à crise sanitária. Nesse cenário, busca a presente pesquisa, em continuidade à anteriormente citada, compreender a realização prática dessa norma constitucional no cotidiano das instituições e investigar eventual mudança ou manutenção no padrão argumentativo dos parlamentares no contexto pandêmico, considerado, para os fins deste trabalho, entre 2020 e 2022.

De acordo com os dados colhidos pela autora na base de dados das Casas Legislativas¹⁴, entre 2020 e 2022, foram apresentados 66 PDLs, resultando em uma média de 22 PDL/ano, sendo que mais da metade deles (39) foram apresentados em 2022. Comparativamente¹⁵, a média de propositura se manteve estável quando comparada com o período que sucedeu, conforme mostra o Gráfico 1¹⁶.

GRÁFICO 1 - MÉDIA DE PDLs EM CADA PERÍODO



Substancialmente, dois aspectos merecem destaque quando comparados com o período anteriormente analisado (2015-2019), quais sejam, a alteração do padrão argumentativo dos parlamentares para sustação de atos normativos das agências reguladoras e a manutenção da

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, notas 11 e 12.

¹⁷ JORDÃO, *op. cit.*, nota 13.



preponderância de proposições pela base governista em margem quase idêntica, não obstante a alteração da chefia do Poder Executivo em 2018.

Conforme exposto, na letra do art. 49, V, da CRFB¹⁷, é “da competência exclusiva do Congresso Nacional [...] sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Contudo, as diferentes caracterizações dessa exorbitância pelos parlamentares em cada um dos projetos revela a existência de ao menos cinco tipos de argumentos que autorizariam a sustação, assim classificados¹⁸: (i) Inconveniência da opção normativa adotada pela agência; (ii) Inovação no mundo jurídico; (iii) Usurpação de competência de outras instituições; (iv) Violação de outras normas legais ou constitucionais substantivas, que não aquela que confere competência à agência; e (v) Extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei que delegou a competência normativa à agência.

Em todos os períodos, o primeiro e mais comum tipo argumentativo parece entender a exorbitância como inconveniência da opção normativa adotada pela agência. Em 176 dos 224 PDLs (78% das vezes) este argumento esteve presente. Neste caso, o parlamentar aparentemente acredita ser a sua discordância quanto ao teor da norma razão autônoma e suficiente para a sua sustação. Curiosamente, esse tipo de argumento era menos frequente antes da acentuação de propositura de PDLs, verificada após 2014 (estava presente em apenas 29,55% dos PDLs anteriores a 2015; em 45,69% dos PDLs entre 2015 e 2019; e 92,42% dos PDLs entre 2020 e 2022).

Nesse sentido, a argumentação empregada pelo Deputado Bosco Costa (PL-SE) no PDL 262/2022, visando sustar ato normativo da Aneel que homologou o resultado do Reajuste Tarifário Anual de 2022: “Resolução Homologatória nº 3.023, de 19 de abril de 2022 autorizou aumento tarifário real, favorecendo a empresa concessionária, em detrimento de seus consumidores, o que prejudicou o equilíbrio econômico-financeiro na prestação dos serviços”¹⁹.

No entanto, cumpre destacar que, embora o pódio tenha se mantido o mesmo, o recurso a este tipo argumentativo tem sido cada vez mais frequente. Enquanto entre 2000 e 2013 o

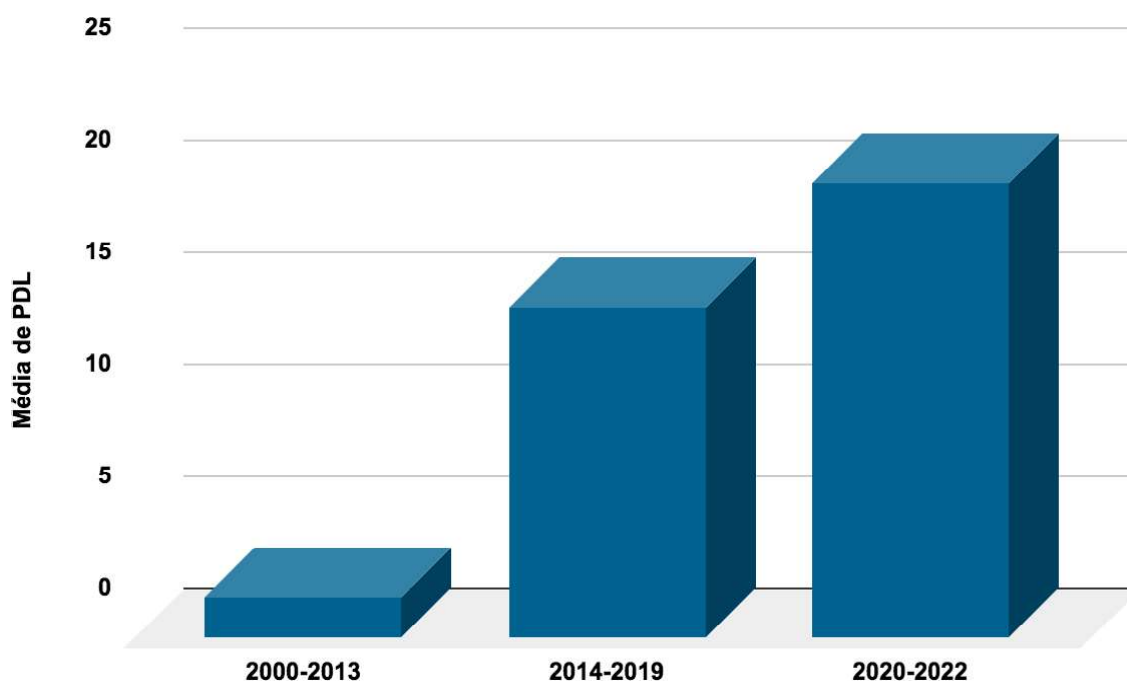
¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁸ Correlação com a classificação empregada em: JORDÃO, *op. cit.*, nota 13.

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo nº 262*, de 22 de junho de 2022. Susta os efeitos da Resolução Homologatória nº 3.023, de 19 de abril de 2022, que homologou o resultado do Reajuste Tarifário Anual de 2022, as Tarifas de Energia – TE e as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD referentes à Energisa Sergipe – Distribuidora de Energia S.A – ESE. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2329949>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

argumento era empregado, em média, em 1,8 PDLs por ano, entre 2014 e 2019 a proporção salta para 14,8 e, entre 2020-2022, para 20,3, conforme revela o Gráfico 2²⁰.

GRÁFICO 2 - MÉDIA ANUAL DE RECURSO AO TIPO ARGUMENTATIVO "INCONVENIÊNCIA DA OPÇÃO NORMATIVA ADOTADA PELA AGÊNCIA"



O segundo argumento mais frequentemente utilizado para justificar uma proposta de PDL caracteriza a exorbitância como violação de outras normas legais ou constitucionais substantivas, que não aquela que confere competência à agência. Nesse segundo tipo argumentativo, o parlamentar não se opõe à competência da agência para expedir o ato normativo, mas alega que o conteúdo da escolha da agência, no caso concreto, viola outras normas jurídicas. Neste caso, comparativamente, conforme análise dos dados coletados pela própria autora do presente artigo, a proporção e a colocação se mantiveram as mesmas em ambos os períodos analisados (2015-2019 e 2020-2022).

O terceiro tipo argumentativo identificado na pesquisa caracteriza a exorbitância normativa como inovação no mundo jurídico. Nessa hipótese, o controle decorre da suposta ilegalidade na criação de restrições pelo administrador, para além das que a lei estabelece.

²⁰ Elaboração da própria autora do presente artigo.



Fortemente impulsionado nos últimos anos, esse tipo de argumento revela uma tendência de aumento dessa forma de autoconhecimento da competência congressional de fiscalização dos atos normativos emanados das agências reguladoras. Enquanto no período de 2000-2019 esse argumento ocupava o quinto lugar no ranking de frequência, entre 2020-2022 passou a ocupar o terceiro lugar, com 4 PDLs, em um universo de 66, não obstante a média anual tenha se mantido praticamente a mesma (1,6 entre 2015 e 2019; 1,3 entre 2020-2022), conforme análise dos dados coletados pela própria autora do presente artigo.

A título de exemplo, a argumentação empregada pelo Deputado Ricardo Barros (PP-PR) no PDL 8/2021, visando susta parcialmente os efeitos do Guia sobre os requisitos mínimos para submissão de solicitação de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, de vacinas Covid19, editado pela Anvisa em 2 de dezembro de 2020:

[...]A ANVISA editou em 2 de dezembro de 2020 o Guia sobre os requisitos mínimos para submissão de solicitação de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, de vacinas Covid19. (...) Com base nessa disposição, essa Agência tem cobrado dos fabricantes e desenvolvedores de vacinas contra a Covid-19 que os ensaios clínicos relativos à fase 3 estejam em andamento no Brasil. Contudo, observa-se que 11 vacinas já foram aprovadas em diversos países e estão sendo utilizadas na imunização da população dos mesmos. (...) Tal exigência, entretanto, não goza de razoabilidade e sequer tem amparo na legislação vigente no nosso País. Trata-se de inovação normativa que exorbita do poder regulamentar da Agência. Esse requisito foi imposto pela ANVISA com base na Resolução RDC nº 9, de 2 de fevereiro de 2015, da própria Agência, que dispõe sobre a exigência de realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil. [...] ²¹

Por sua vez, o quarto tipo argumentativo mais frequentemente encontrado, que mais parece se aproximar à literalidade da norma, caracteriza a exorbitância como extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei que delegou a competência normativa à agência.

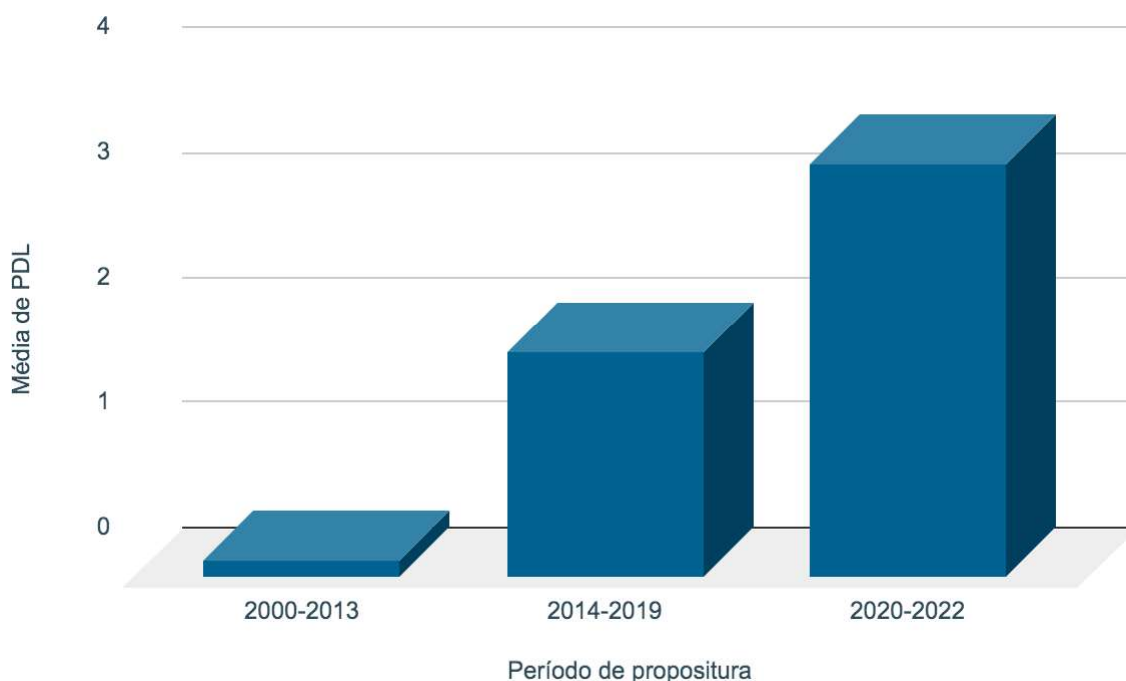
Nesses casos, o parlamentar reconhece a competência normativa pela agência reguladora, conferida pela lei quadro editada pelo próprio Congresso Nacional, mas entende que a escolha normativa realizada no caso concreto está fora do espectro de abrangência aberto pelo legislador no ato de deslegalização. Com relação ao período estabelecido como paradigma, esse tipo argumentativo se encontra em decadência, visto que ocupava anteriormente o terceiro lugar.

A despeito da diferença observada com relação aos dados representativos do período de 2020-2022 ser pequena (1 PDL marcando a mudança de pódio), a conclusão pela progressiva

²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo nº 8*, de 03 de fevereiro de 2021. Susta parcialmente os efeitos - do Guia sobre os requisitos mínimos para submissão de solicitação de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, de vacinas Covid19, editado pela Anvisa em 2 de dezembro de 2020. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268888>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

aproximação com um modelo de controle de natureza política, e não jurídica, encontra respaldo também na constatação de que os parlamentares vêm cada vez mais manifestando expressamente suas convicções quanto à sua competência para rever aspectos materiais dos atos emanados das agências reguladoras. Enquanto entre 2000 e 2013 essa manifestação ocorria, em média, em 0,14 PDLs por ano, entre 2014 e 2019 a proporção saltou para 1,8 e, entre 2020-2022, para 3,3 conforme revela o Gráfico 3, conforme análise dos dados coletados pela própria autora do presente artigo.

GRÁFICO 3 - MÉDIA ANUAL DE MANIFESTAÇÃO CONVICTA QUANTO À
COMPETÊNCIA PARLAMENTAR PARA REVISAR ASPECTOS MATERIAIS DOS
ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS



Por fim, o quinto argumento caracteriza a “exorbitância” como usurpação de competência de outras instituições. Comparativamente, essa linha discursiva vem perdendo força, já que ocupava anteriormente (2000-2019) o quarto lugar em termos de frequência. Além disso, entre 2020 e 2022 apenas a competência do Congresso Nacional foi apontada como alvo de violação, diferentemente do que procede com relação ao período paradigma.

GRÁFICO 4 - TIPOS ARGUMENTATIVOS UTILIZADOS NOS PDLs (2020-2022)



3. DIÁLOGO (OU DISPUTA) INSTITUCIONAL ENTRE AGÊNCIA REGULADORA E PODER LEGISLATIVO

Conforme demonstrado, a prática do artigo 49, inciso V da CRFB/88²² na dinâmica institucional entre agências reguladoras e o Congresso Nacional revela, com frequência, a intenção dos parlamentares de suplantar a normativa regulatória com fundamento, muitas vezes exclusivo, no descontentamento produzido por ela.

Em termos práticos, o impasse pode ser visualizado, por exemplo, a partir da constatação de que, em sua totalidade, os PDLs apresentados durante a pandemia (2020-2022) em face de atos normativos da Anvisa relacionados à Covid (4 PDLs) adotaram o tipo argumentativo classificado como inconveniência da opção normativa, que parece confrontar duramente a ideia de deferência às decisões das agências.

Neste tocante, é relevante a indagação a respeito da habilidade de cada órgão público na antecipação de choques e oferecimento de respostas rápidas. No contexto da pandemia da Covid-19, a Anvisa se destacou como o órgão com o maior número de medidas que tratam do coronavírus, tendo as suas ações sido essenciais para orientar decisões de diversas instituições do governo federal, incluindo outras agências reguladoras²³.

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

²³ GUERRA, Sérgio *et al.* As agências reguladoras em resposta à crise da COVID-19. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54/2020, p. 874-897, jul-ago 2020.



A atuação da instituição no combate à doença começou muito antes do tema passar a ser tratado pela mídia e pela população como uma ameaça concreta e iminente à saúde pública brasileira, haja vista a criação, em janeiro de 2020, de um grupo de emergência em saúde pública destinado a monitorar e conduzir ações referentes ao novo coronavírus (Portaria nº 74)²⁴. Assim, quando os efeitos da crise se tornaram mais perceptíveis, a agência já havia desenvolvido uma “massa crítica” de processos e conhecimentos²⁵.

Ressalta-se, ainda, que todos os quatro PDLs apresentados contra atos da Anvisa atinentes à pandemia da Covid foram apresentados pela base governista, sendo dois deles relacionados à vacinação. Embora nenhum desses projetos tenha avançado nas Casas Legislativas, não logrando sequer serem apreciados pelas Comissões até a presente data, o recurso frequente ao instrumento sustatório sugere a sua efetividade enquanto mecanismo de controle político (lembrando-se, uma vez mais, que até hoje apenas um único ato normativo de agência reguladora foi sustado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo). Nessa perspectiva, ainda que sem promulgação, a tramitação de PDLs pode contribuir para pressionar as agências a alterar ou revogar atos normativos impugnados²⁶.

Além disso, a predominância, cada vez mais dispar (vide gráfico 2), do tipo argumentativo relacionado à inovação no mundo jurídico em detrimento daquele relacionado ao âmbito de liberdade conferido pela lei de criação da agência parece sinalizar um descompasso entre o desenvolvimento da autonomia das agências reguladoras e a compreensão da prerrogativa de controle desses atos pelos parlamentares, parametrizada por critérios políticos, e não jurídicos, conforme sugere a doutrina especializada no assunto²⁷.

Em consonância, a constatação de que todas as vezes que o parlamentar demonstra convicção quanto à sua competência para rever aspectos subjetivos/materiais dos atos emanados das agências reguladoras, emprega também um argumento classificado como irrisignação com a opção normativa adotada.

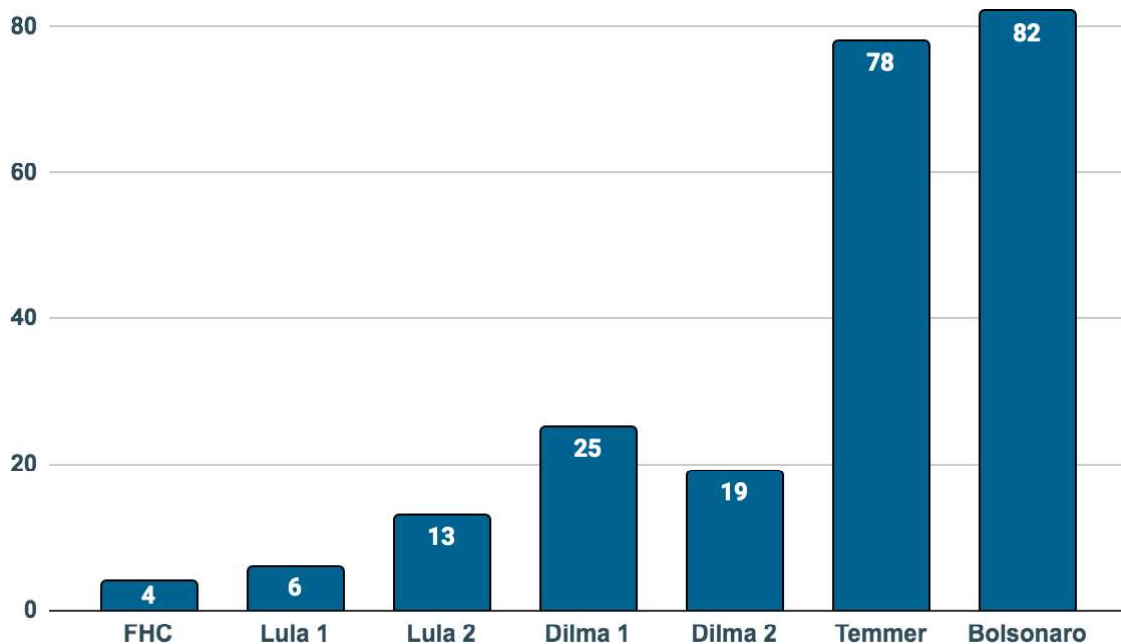
²⁴ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Portaria nº 74*, de 29 de janeiro de 2020. Dispõe sobre a criação de Grupo de Emergência em Saúde Pública para condução das ações referentes ao Novo Coronavírus (NCoV). Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus/regulamentos-e-medidas>>. Acesso em: 2 mai. 2023.

²⁵ GUERRA, *op. cit.*, nota 21.

²⁶ JORDÃO, *op. cit.*, nota 13.

²⁷ GUERRA, *op. cit.*, nota 2.

GRÁFICO 5 - NÚMERO DE PDLs POR GOVERNO



No tocante à origem parlamentar das proposições, verifica-se que, não obstante a alteração de mandato presidencial intercorrente, em 2018, a maioria (56,1% do total de proposições) foi apresentada por congressistas da base governista.²⁸ Os parlamentares da oposição apresentaram PDLs em 43,9% dos casos, conforme se extrai do Gráfico 4.

A proporção com o período anterior (2000-2019) é quase unitária, na relação de 57% para 41%, sendo os 2% restantes objeto de formulação por partidos políticos da base governista e da oposição em conjunto. Desperta a atenção o fato de que, recentemente, nenhum PDL de composição mista foi apresentado, o que parece ser sintomático dos processos de polarização política vivenciados nacionalmente.

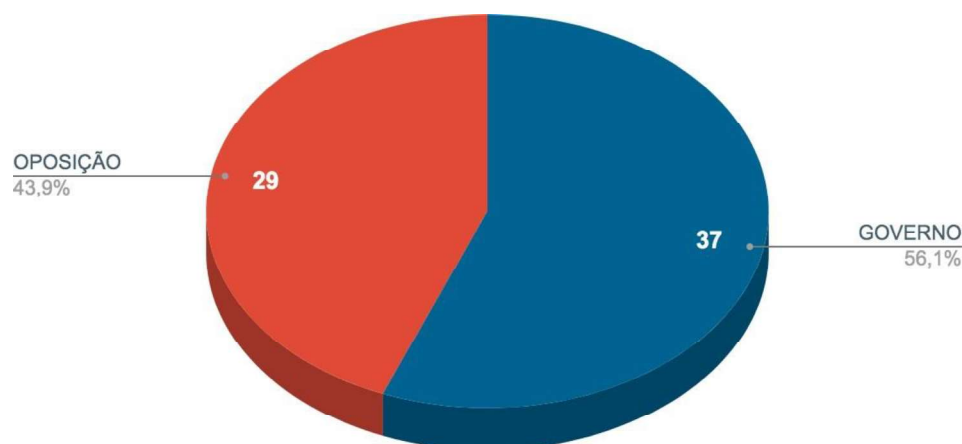
O padrão, no entanto, se altera a depender do tipo argumentativo. Dentre todo o período analisado (1997-2022), dos parlamentares que demonstraram convicção quanto às suas competências para rever aspectos subjetivos/materiais dos atos emanados das agências reguladoras, 60,9 % eram da base governista, 34,8% da oposição e 4,3, composição mista.

Os parlamentares da base governista também lideram em termos de compreensão da exorbitância como inovação no mundo jurídico, com uma frequência cada vez maior. Entre

²⁸ *BASÔMETRO*: quanto apoio o governo tem na Câmara? Elaboração Estadão Notícias, 2023.

1997-2019, 58,8% dos PDLs que lançaram mão do argumento da inovação no mundo jurídico para respaldar a exorbitância eram da base governista, ao passo que entre 2020-2022 esse percentual saltou para 75%.

GRÁFICO 5 - ORIGEM PARLAMENTAR DOS PDLs (2020-2022)

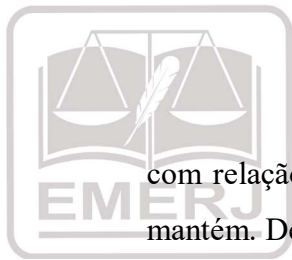


Indaga-se se o recurso aos tipos argumentativos classificados como inconveniência da opção normativa adotada pela agência, inovação no mundo jurídico, e usurpação da competência Congressual, não revela um comportamento defensivo das Casas Legislativas para com as agências reguladoras. Em outras palavras, cogita-se que as prerrogativas regulatórias possam estar sendo percebidas pelos parlamentares como ameaçadoras às prerrogativas institucionais do próprio Congresso Nacional, considerando, inclusive, que a irresignação parlamentar para com os atos normativos das agências reguladoras parece ser uma tendência entre os governos (vide gráfico 5)²⁹.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que, a despeito da incerteza teórica acerca da aplicabilidade do art. 49,V, da CRFB às agências reguladoras, desde o ano 2000, de forma cada vez mais frequente, o Congresso Nacional vem apresentando projetos de decreto legislativo com o objetivo de sustar os seus atos normativos. Em especial,

²⁹ Elaboração da própria autora do presente artigo.



com relação ao período de 2020 a 2022, objeto de análise da presente pesquisa, a tônica se mantém. Desde a criação da primeira agência reguladora no Brasil, há 26 anos, 224 PDLs foram apresentados com esse escopo, sendo 66 deles (aproximadamente 30%) entre 2020 e 2022.

No entanto, a forma como parlamentares têm entendido os limites da sua competência constitucional não se revelou uniforme. Em um primeiro momento (2014-2015), o tipo argumentativo classificado como “extrapolamento do âmbito de liberdade conferido pela lei de criação da agência”, que parece bem próximo da letra do dispositivo constitucional, esteve presente em 19,32% dos PDLs. Já no período que sucedeu a aprovação do primeiro decreto legislativo sustatório de ato normativo de agência reguladora (2015-2019), essa frequência caiu para 9,14%. Por sua vez, durante o período da pandemia da Covid-19 (2020-2022), chegou a 4,54%.

Por outro lado, observa-se a forte tendência da compreensão da exorbitância como inconveniência da opção normativa, ao ponto de no período objeto da presente pesquisa (2020-2022) esse tipo argumentativo estar presente em 92,42% dos PDLs. Nesse sentido revela também a frequência com que os parlamentares vêm demonstrando convicção quanto à sua competência para rever aspectos subjetivos/materiais dos atos emanados das agências reguladoras (4,4% dos PDLs entre 1997-2014; 9,3% entre 2015-2019; e 14% entre 2020-2022).

Não obstante, essa justificativa associa-se a uma tradição administrativa de interpretação literal do princípio da legalidade dificilmente compatível com o atual estágio do Estado Administrativo brasileiro. A propriedade administrativa do Estado consiste justamente no protagonismo alcançado pela administração pública enquanto resposta a problemas que tensionam o ordenamento jurídico, de modo que o seu desenvolvimento decorre de necessidades concretas do Estado e da sociedade.

Além disso, parece também se afastar dos restritos termos do art. 49, V da CRFB, de modo que, ao interpretá-lo, o Congresso pode estar “exorbitando” do seu próprio poder, sob o pretexto de policiar a exorbitância de poderes alheios. Esse dado é ilustrativo da constatação de que o processo de aceitação do modelo das agências reguladoras ainda está em fase de construção.

Ressalva-se em todo caso que, sendo a pretensão do parlamentar de ordem política, ou seja, motivada pela irrisignação com o teor da norma produzida, e não propriamente com a competência da agência para emaná-la, mais adequado seria lançar mão de ferramentas dessa natureza.

A disputa de poder político entre as instituições, em Estados de Direito, procede pela via normativa, em uma perspectiva construtiva de diálogos institucionais. Um dos modelos



possíveis de diálogo entre o Poder Legislativo e as agências reguladoras é o *bypass*, consistente no controle político *a posteriori* do poder normativo das agências reguladoras realizado pelo Congresso Nacional com a intenção de rever o mérito de uma decisão administrativa. Esse movimento de reivindicação de autoridade normativa, no entanto, corresponde ao exato oposto do processo que resulta na delegação de poderes às agências reguladoras, fruto da deslegalização.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maíra Villela; SCAMILLA, Beatriz. Estado Administrativo Norte-Americano e Covid-19: contexto e perspectivas. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 878–903, dez. 2020.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 415-416.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Pesquisa avançada de propostas legislativas*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em: 7 mar. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 262, de 22 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2329949>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 8, de 03 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268888>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Senado Federal. *Pesquisa simples de atividade legislativa*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade>>. Acesso em: 7 mar. 2023.

FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v 9, n 3, p. 402-430, set./dez. 2018.

_____. As agências reguladoras em resposta à crise da COVID-19. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54/2020, p. 874-897, jul-ago 2020.



JORDÃO, Eduardo Ferreira *et al.* Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2315, 2023.

_____; SCAMILLA, Beatriz. Como o Congresso interpreta seu poder de sustar normas das agências? *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 62-63, jan. 2020.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014.

ROMERO, Felipe Lima Araújo. Bypass institucional de agências reguladoras pelo Poder Legislativo: justificção, delimitação conceitual e premissas para uma interação possível. *IV SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO FGV DIREITO RIO E FACULDADE DE DIREITO DA UERJ: Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação*. Rio de Janeiro, 2019.