



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS

IGOR FEITOSA DUARTE

A CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER NORMATIVO PELAS
AGÊNCIAS REGULADORAS

BRASÍLIA

2012

IGOR FEITOSA DUARTE

**A CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER NORMATIVO PELAS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Fabrício Juliano Mendes
Medeiros

BRASÍLIA
2012

Para meus pais, Duarte e Keila, pelo exemplo de caráter e honestidade, pelo carinho, incentivo e respeito e por tornarem possível e menos tortuosa a caminhada até aqui realizada.

Agradeço ao professor Fabrício Juliano Mendes Medeiros, pela instrução, atenção e paciência despendidas desde o nascedouro desta pesquisa.

Agradeço ainda a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento e concretização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho gira em torno da instituição das agências reguladoras e tem por objetivo discutir a constitucionalidade do exercício do seu poder normativo. Inicialmente é apresentado o fenômeno da reforma do Estado com uma análise dos modelos liberal e social-burocrático, para chegar ao atual modelo gerencial e ao papel das agências neste novo modelo. Em seguida apontam-se aspectos da reforma do Estado brasileiro e o surgimento das agências no Brasil, abordando suas características e funções, para então chegar a um estudo sobre a legitimação de sua atividade regulatória. Após esta construção, a pesquisa é direcionada especificamente à análise da constitucionalidade da atividade normativa das agências reguladoras, oportunidade em que são discutidos os principais pontos objeto de controvérsia entre os estudiosos do assunto. Primeiramente é feita uma apresentação de aspectos relevantes acerca do poder normativo e da ideia de regulamento. Por conseguinte é feito um estudo sobre tripartição de Poderes e princípio da legalidade no contexto do Estado Gerencial e a maneira como o poder normativo é atribuído às agências. Por fim, é feito um levantamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de decisões que tratam da questão da atribuição de poder normativo ao Poder Executivo.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Agências reguladoras. Poder normativo. Constitucionalidade. Separação de Poderes.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. O FENÔMENO DA REFORMA DO ESTADO	9
1.1. A decadência do Modelo Social-Burocrático.....	9
1.2. O Modelo Gerencial de Estado	13
1.3. O papel das Agências Reguladoras no Estado Gerencial	18
2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	22
2.1. A Reforma do Estado Brasileiro; Origem e marco regulatório das Agências ..	22
2.2. Características e funções das Agências	30
2.3. A Legitimação da atividade das Agências.....	38
3. A CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS	46
3.1. Poder normativo e regulamento	47
3.2. Princípio da Separação de Poderes e Legalidade	53
3.3. A Jurisprudência acerca do tema.....	60
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras são entidades autárquicas em regime especial que exercem a ampla função de regular setores específicos da economia. Dentre as várias funções contidas na atividade regulatória está a competência de editar atos normativos gerais e abstratos. O presente estudo monográfico tem por escopo analisar a constitucionalidade do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras em face do ordenamento jurídico vigente.

No primeiro capítulo abordar-se-á o fenômeno da reforma do Estado sob uma perspectiva histórica. Inicialmente, pretende-se apresentar um panorama sobre como se dava a regulação e a intervenção do Estado sob os domínios do particular e como o surgimento de novas ideologias, e a conseqüente criação de novos modelos, afetou sobremaneira o modo como o Estado interage com a economia.

Nesse sentido, faz-se um breve introito sobre o modelo liberal de Estado Mínimo para, em seguida, analisar-se o modelo de Estado Social-Burocrático – de caráter fortemente interventivo –, o desenvolvimento da burocracia administrativa e como a conjugação destes fatores acabou por desencadear uma crise do Estado e a necessidade de estabelecimento de um novo modelo.

É apresentada então a reforma gerencial do Estado e suas principais características, a mudança do paradigma interventivo e o papel das agências reguladoras neste novo modelo, finalizando com uma demonstração das agências em âmbito internacional em dois países.

No segundo capítulo, direciona-se o estudo das agências para a realidade brasileira. Em um primeiro momento são abordados os efeitos da crise no cenário nacional, o processo de reforma estatal e como isso proporcionou o surgimento das agências.

A seguir é analisado o instituto das agências reguladoras no Brasil, o que as diferencia das autarquias comuns, suas características e em que consistem

as diversas funções por elas exercidas que estão no bojo do conceito amplo de atividade regulatória.

A última parte do segundo capítulo é destinada ao estudo da legitimidade das agências para o exercício de suas funções de maneira geral e, posteriormente, com um direcionamento maior para a atividade normativa já com um discurso voltado para o capítulo seguinte.

O terceiro e último capítulo é destinado especificamente à análise da constitucionalidade da atividade normativa das agências. Optou-se por debater os principais pontos que geram a controvérsia em âmbito doutrinário. Assim, primeiramente será feita uma exposição acerca do que se entende por poder normativo e regulamento.

Após a fixação destes conceitos, serão abordadas a separação de Poderes e a legalidade sob a ótica do atual Estado Gerencial. A partir de um enfoque histórico-evolutivo, buscar-se-á uma interpretação de tais institutos que se coadune com a realidade do Estado sem ferir os preceitos da ordem constitucional vigente.

Por fim, realizar-se-á um estudo panorâmico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afeta ao tema. Serão analisados cinco acórdãos que abordam a questão do exercício de normatização por entidades do Poder Executivo, sendo que dois deles dizem respeito a entidades autárquicas de caráter regulatório anteriores à Constituição de 1988 e uma decisão liminar específica sobre uma agência reguladora federal no contexto atual.

Com toda a exposição, pretende-se verificar a importância da atividade das agências no modelo gerencial de Estado e a eventual compatibilidade da sua competência normativa com a Constituição Federal.

1. O FENÔMENO DA REFORMA DO ESTADO

1.1. A DECADÊNCIA DO MODELO SOCIAL-BUROCRÁTICO

O final do século XIX representou um momento de mudança no modo de atuação dos Estados ocidentais de cultura liberal. Anteriormente, a partir dos ideais burgueses que remetem à Revolução Francesa, vigorava o Estado Gendarme, que tinha como único escopo garantir a liberdade e a propriedade, interferindo minimamente na atividade dos particulares. Politicamente, o Executivo era submetido ao Contrato Social e às leis emanadas exclusivamente do Parlamento¹ oligárquico. Economicamente, o mercado era livre para agir como melhor entendesse, fazendo valer a máxima do *laissez faire, laissez passer*.²

A reação social contra esse sistema individualista de exploração e concentração de poder econômico associada a eventos históricos desencadeou, no início do século XX, na abertura democrática e no advento do denominado Estado de bem-estar, ou Estado Intervencionista.³

Este período é marcado pelo crescimento do aparelho estatal, que, com base principalmente na doutrina keynesiana⁴, passa a assumir diversas atribuições de caráter social (saúde, educação, habitação, etc.) e a intervir no sistema econômico, de modo a buscar a diminuição das desigualdades e a justiça social. Como consequência imediata, tem-se uma mitigação das liberdades individuais em prol do interesse público.⁵

¹ Neste período concretiza-se a expressão mais rígida da separação de Poderes estruturada com base nos ensinamentos de Montesquieu.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 38-39.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 52-55.

⁴ Tal doutrina busca uma reanálise do liberalismo clássico, de forma que o Estado passa a ter um papel incisivo de controle da economia em busca do bem-estar social. Desse modo, em uma visão ampla e genérica, a intervenção do Estado em setores necessários para o desenvolvimento do país e pouco explorados pela iniciativa privada, a busca do pleno emprego e a estabilidade econômica por intermédio de regulação e estímulo são características da teoria elaborada por J. M. Keynes. Nesse sentido, ver RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. *Keynes: Doutrina e Crítica*. São Paulo: Ed. Massao Ohno, 1999. p.39-46.

⁵ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 21-23.

Do ponto de vista jurídico-político, com o desenvolvimento do Estado de bem-estar social o Poder Executivo sobressalta-se sobre os demais ao ter suas prerrogativas expandidas. Passa a exercer função normativa (devidamente ratificada pela Constituição – com instrumentos como decretos-lei e medidas provisórias – e por leis do próprio Poder Legislativo) com o objetivo de tornar efetiva a intervenção econômica, além da ampliação do raio de incidência do poder de polícia sobre diversas atividades do setor público e do setor privado⁶.

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão⁷:

“De forma geral observa-se ao longo da história do Estado Democrático de Direito (pelo menos até os anos oitenta) o aumento da intervenção direta ou indireta do Estado na sociedade e particularmente na economia, o que é perfeitamente compreensível se tivermos em mente que todas as classes passaram a participar do processo político, levando o Estado a empreender ações que favorecessem os seus múltiplos interesses.”

Além disso, atrelada ao advento do *Welfare State* está a Reforma Burocrática do Estado, direcionada ao âmbito da administração pública. Orientada pela teoria da dominação racional-legal desenvolvida por Max Weber, tal reforma proporcionou a mudança do paradigma da administração patrimonialista, em que a máquina pública estava concentrada na mão de poucos e voltada para a realização de interesses particulares escusos, para a administração pública burocrática hierarquizada e de caráter técnico-profissional.⁸

Segundo Bresser Pereira⁹, com a reforma burocrática

“[...] Surge o serviço público ou a burocracia estatal formada por administradores profissionais especialmente recrutados e treinados, que seguem carreiras bem definidas, e respondem de forma neutra aos políticos. Surge o *ethos* burocrático, fundamentado na ideia de

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 40.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 58-59. O autor reconhece denominações como as citadas anteriormente, mas defende que a denominação mais adequada para definir o modelo de Estado que está a se desenvolver é a de Estado Democrático de Direito.

⁸ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 38-39.

⁹ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 48. Em sua exposição, o autor denomina o modelo de Estado analisado como Estado Social-Burocrático, nomenclatura adotada no início deste tópico.

serviço público identificado com o interesse público, na aspiração à neutralidade ideológica, na busca da efetividade e da segurança das decisões, no pressuposto da maior racionalidade ou eficiência da administração, na afirmação do poder do Estado em todos os momentos.”

Por volta dos anos de 1900 a 1930, período inicial de vigência dessa perspectiva estatal a administração burocrática respondeu razoavelmente aos anseios da sociedade. Em um Estado ainda pequeno, mas em processo de franca expansão, a burocracia racional-legal permitiu um controle efetivo das ações do governo e, por consequência, certa moralização da máquina pública, antes afundada em corrupção, nepotismo e empreguismo¹⁰. Some-se a isso a universalidade e a rigidez procedimental e verifica-se a resolução de problemas básicos de maneira minimamente satisfatória.¹¹

Analisando o princípio deste fenômeno, Osborne e Gaebler¹² afirmam que

“Em tempos de crise intensa – a Depressão e duas guerras mundiais –, o modelo burocrático funcionava soberbamente. Nas crises, quando os objetos eram claros e compartilhados por quase todos, as tarefas a executar eram relativamente claras, e virtualmente todos os cidadãos estavam dispostos a colaborar, a mentalidade vertical de comando-e-controle assegurava a realização desses objetivos. Os resultados falavam por si mesmo e a maioria dos cidadãos se alinhava com o estado.”

Entretanto, a partir da segunda metade do século XX verificou-se que o Estado Social Burocrático já não se coadunava com a realidade do mundo globalizado. A forte política de intervenção fez com que os Estados assumissem atribuições em excesso, superiores a suas capacidades¹³. A administração burocrática, em um primeiro momento exultada pela atuação profissional, imparcial e

¹⁰ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 48.

¹¹ OSBOURNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 9. ed. Brasília: Comunicação, 1997. p. 14-15.

¹² OSBOURNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 9. ed. Brasília: Comunicação, 1997. p. 15.

¹³ Um exemplo claro desta perspectiva está na Constituição Federal brasileira que impõe ao Estado o dever de garantir, entre outros espalhados pelo texto constitucional, direitos sociais como “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. No afã de garantir todos os direitos, nenhum acaba sendo garantido satisfatoriamente. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de abril de 2012. Art. 6º).

eficiente, agora era considerada lenta, com diretriz de atuação rígida e de custo elevado e carente de governabilidade.¹⁴

Por outro lado, a sociedade se desenvolve e o mundo se torna cada vez mais complexo, de modo que as informações circulam com maior amplitude e velocidade, o mercado globalizado pressiona as instituições econômicas constantemente e expande a concorrência, os particulares voltam a exigir maior autonomia e flexibilidade em face da intervenção estatal, os consumidores buscam serviços selecionados e de maior qualidade.¹⁵

O descompasso da atividade estatal com a realidade social dinâmica culminou em verdadeira crise¹⁶:

“Em consequência, seja da captura do Estado por interesses privados, seja da ineficiência de sua administração, seja do desequilíbrio entre as demandas da população e sua capacidade de atendê-las, o Estado foi entrando em crise fiscal – uma crise fiscal que, em um primeiro momento, no início dos anos 80, apareceu sob a forma da crise da dívida externa. Na medida em que o Estado via sua poupança pública tornar-se negativa, perdia autonomia financeira e se imobilizava, suas limitações gerenciais apareciam com mais nitidez. A crise de governança, que no limite se expressava em episódios hiperinflacionários, tornava-se total: o Estado, de agente do desenvolvimento, se transformava em seu obstáculo.”

O cenário de recessão que se perpetuou pelas décadas de 1970 e 1980 fez florescer basicamente duas ideologias em resposta.

Primeiramente, ganha força a doutrina neoliberal, que prega o retorno ao *status quo ante*, com liberdade plena de mercado, restabelecimento do Estado Mínimo, desregulação e privatização. Esta tendência se torna popular e

¹⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In BRESSER PEREIRA, Luís Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 176-177.

¹⁵ OSBOURNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 9. ed. Brasília: Comunicação, 1997. p. 16.

¹⁶ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 36.

chega a se concretizar com o governo britânico de Margareth Thatcher e com o conservadorismo de Ronald Reagan nos Estados Unidos.¹⁷

No entanto, a solução extremista do neoliberalismo estava longe de ser um consenso entre as potências ocidentais e se mostrou inconsistente face ao processo irreversível de atuação da administração com políticas públicas em prol da coletividade. Foi idealizada então uma segunda reforma, de caráter moderado entre o intervencionismo e o liberalismo puro, conhecida como Reforma Gerencial.¹⁸

1.2. O MODELO GERENCIAL DE ESTADO

A segunda grande reforma do Estado¹⁹ representa uma tentativa de equilíbrio entre dois extremos. De um lado, tem-se a situação vigente, de uma máquina pública inchada, lenta e ineficiente. Por outra vertente, há a doutrina neoliberal em busca do retorno do Estado mínimo do século XIX.

Entre a maioria dos pensadores da reforma ficou claro que as relações entre particulares não poderiam ficar submetidas somente à mão invisível do mercado, como preconizava Adam Smith em “A Riqueza das Nações”²⁰. Mas também ficou evidente que o excesso de burocracia e intervencionismo sufocava o mercado e atravancava o desenvolvimento dos países.

Nesse contexto, a Reforma Gerencial trazia consigo a ideia²¹

“[...] da construção ou da reconstrução do Estado, para que este possa – em um novo ciclo de desenvolvimento – voltar a complementar e corrigir efetivamente as falhas do mercado, ainda

¹⁷ CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 417;420.

¹⁸ DINIZ, Eli. *Crise, Reforma do Estado e Governabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 177-178.

¹⁹ No decorrer dos noventa, diversas pequenas reformas administrativas foram realizadas nos países capitalistas, no intuito de equilibrar a máquina pública. No entanto, depois da Reforma Burocrática (considerada a primeira grande reforma do Estado), somente a Reforma Gerencial volta a envolver o Estado em amplo espectro (político, econômico, social, administrativo, etc.). Nessa linha, ver BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 51-52.

²⁰ Esta construção teórica é desenvolvida principalmente no livro IV da referida obra. SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003. Vol. 1.

²¹ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 39.

que mantendo um perfil de intervenção mais modesto do que aquele que prevalecia no ciclo anterior.”

As primeiras experiências observadas dentro dessa perspectiva de reforma ocorreram durante a década de 1980 na Europa escandinava e em países de origem anglo-saxônica (principalmente Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia). Posteriormente, no decorrer dos anos 1990, Estados Unidos e países da América Latina seguiram a mesma tendência. Não obstante cada país ter uma experiência própria e diferenciada, o modelo gerencial de Estado tem características comuns²², as quais passam a ser analisadas a seguir.

O primeiro aspecto de grande relevância para a reforma diz respeito à diminuição da máquina pública. Conforme já exposto anteriormente, no decorrer de pouco mais de meio século, o Estado Social Burocrático tornou-se muito grande ao assumir uma série de atribuições de caráter social e econômico. Com a crise econômica, o aparelho estatal já não tinha mais condições de exercer tal gama de atividades. A principal medida então tomada para combater a crise foi enxugar a máquina pública e delimitar sua área de atuação.

Para tanto, primeiramente fez-se necessário dividir as atividades típicas de Estado e as estritamente privadas.

Por atividades típicas têm-se aquelas que são exercidas exclusivamente pelo Estado e caracterizam a soberania e o poder coercitivo do Estado, além de medidas econômicas que objetivem o equilíbrio e a austeridade fiscal. Nesse sentido, servem de exemplo a produção de leis, o exercício de jurisdição, a tributação, o poder de polícia, a formulação de políticas públicas, o controle cambial, a política de estabilidade financeira, entre outros²³. Estas atividades devem permanecer sobre a égide do Estado.

Já as atividades de mercado que foram assumidas pelo governo, como, no caso brasileiro, as telecomunicações ou a extração de minérios, devem

²² KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In BRESSER PEREIRA, Luís Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 77-78.

²³ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 96-97.

retornar à esfera privada. Tal medida representa além da diminuição, uma maneira de refinar o Estado²⁴.

“A recíproca do motivo principal que levou à estatização de certas atividades econômicas – a falta de recursos no setor privado – impôs, a partir dos anos 80, a sua privatização. Agora era o Estado que estava em crise fiscal, sem condições de investir, e, pelo contrário, necessitava dos recursos da privatização para reduzir suas dívidas, que haviam aumentado muito.”

Há que se destacar ainda, em decorrência dos direitos sociais, um meio termo entre estas atividades que, em princípio, seriam privadas, mas acabaram tornando-se de prestação obrigatória pelo Estado por serem imperativos essenciais de desenvolvimento humano, como saúde, educação, cultura, etc. Estas atividades devem continuar a ter atuação pública, mas de maneira descentralizada, por intermédio de entidades de caráter público que se encontram ao lado do Estado, cabendo ao poder público apenas fiscalizar, incentivar e fomentar.²⁵

Uma segunda característica é a desburocratização do sistema administrativo. O processo de desburocratização tem por finalidade básica dar eficiência e economicidade à atuação do Estado nas áreas que ainda lhe são próprias.

Nesse sentido, o que se busca, entre outros aspectos, é: uma flexibilização de procedimentos, de modo a torná-los mais dinâmicos e adaptáveis às constantes mudanças; uma administração orientada por objetivos e focada em resultados; dar maior autonomia e, conseqüentemente, maior responsabilidade aos administradores públicos; produzir uma ação coordenada entre agentes, órgãos e entidades públicas; atuação sempre voltada para os interesses da coletividade.²⁶

Ressalta-se neste ponto que um processo de desburocratização não se traduz no fim da burocracia na administração pública, mas tão somente uma

²⁴ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 98.

²⁵ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 37.

²⁶ OSBOURNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 9. ed. Brasília: Comunicação, 1997. p. 20-21.

diminuição de seus aspectos característicos, retirando aqueles conflitantes com o modelo gerencial²⁷. Em verdade²⁸,

“[...] a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático.”

Como terceira característica da reforma gerencial, a descentralização de poder é uma medida que possui vinculação direta com a anteriormente analisada, eis que traduz a quebra com a tradicional hierarquia burocrática.

A descentralização possui sentido político e administrativo. Em termos políticos, ocorre uma distribuição de competências do ente central para os entes federativos menores. Tal distribuição tem sentido amplo, pressupõe o exercício das competências com autonomia política, administrativa e orçamentária²⁹.

Sua implementação deve se valer do princípio da predominância de interesses, segundo o qual a competência de natureza local não deve ser exercida regionalmente e a competência regional não deve ser exercida pelo ente federal.³⁰ A divisão de poder torna a administração mais eficaz, cria um processo de integração e cooperação entre entes federativos, além de proporcionar com maior facilidade a participação do cidadão junto ao Estado.

No âmbito administrativo, a descentralização assume sentido tradicional de criação de personalidades jurídicas para o exercício de determinadas atribuições com certa autonomia em detrimento do Poder Central. Este instrumento

²⁷ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 107.

²⁸ BRASIL, Presidente (F. H. Cardoso). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Ed. Imprensa Nacional, 1995. p. 22.

²⁹ Em países que adotam o modelo federativo, como Brasil, Austrália e Estados Unidos, tal medida não teve grande impacto, por ser inerente à própria forma de Estado, cabendo à reforma apenas melhor distribuir as funções. Mas em países que adotam a forma unitária de Estado, o projeto de descentralização adotado na reforma gerencial produziram consideráveis resultados, como demonstrado pela experiência francesa (nesse sentido, ver BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 65-67).

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. p. 300-301.

se torna de grande relevância na medida em que se faz necessária a tomada de decisões sem a influência política.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão³¹

“Esta evolução, mais do que simplesmente consistir em uma mudança dos paradigmas do Direito Administrativo, é reflexo da complexização da sociedade. Os diversos interesses que no Estado pluriclasse recebem a proteção legislativa, a tecnização dos meios necessários à sua satisfação e a exigência de que tais interesses sejam tratados com imparcialidade frente ao jogo político-partidário, fizeram com que o Estado fosse progressivamente criando em seu interior novos centros de poder dotados de diferentes modelos organizativos.”

Por fim, um último aspecto de que merece ser ressaltado está relacionado à desregulação da economia. A desregulação consiste em uma revisão, uma reformulação do arcabouço normativo com o objetivo de se adaptar à nova realidade do Estado. Sobre o tema, leciona Eros Grau³² que “a *desregulação* de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sobre novas formas, de *regulação*. Desde essa perspectiva, pretender-se-ia *desregulamentar* para melhor *regular*”, além de coibir a “hipertrofia das regulamentações, isto é, a *inflação normativa*”.

Nesse contexto, o movimento de desregulação no Estado Gerencial vem para dar maior liberdade ao mercado, mas desta vez com limitações normativas balizadas pelo interesse público. Desta forma, a desregulação tem o precípua papel de evitar a concentração de poder econômico e fazer valer a livre concorrência no mercado por intermédio de novos mecanismos de regulação.³³

É de se ressaltar que, no que diz respeito à desregulação, as agências reguladoras exercem papel determinante por serem as instituições em grande parte responsáveis pela estatuição dos novos preceitos normativos a regular ramos variados da economia, conforme se verificará a seguir.

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 202.

³² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 98 (destaques do autor).

³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 44.

1.3. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO GERENCIAL

Partindo de uma visão generalista, observa-se que as agências reguladoras surgem nos países que adotaram a reforma gerencial após o processo de privatização e diminuição da máquina pública.

Ao invés de deixar tais atividades submetidas unicamente ao livre arbítrio do mercado, as agências são constituídas no intuito de regular estes setores determinados, com caráter mais técnico, imparcial e voltado à satisfação do interesse público.

Nessa linha, a criação de tais entidades da administração indireta representa, dentro da reforma gerencial, uma mudança no paradigma de intervenção do Estado na economia, uma vez que o modelo anterior primava pela utilização da intervenção por atuação direta na condição de sujeito do mercado por absorção ou por participação, enquanto no modelo gerencial a intervenção na economia é minimizada pelo enxugamento da máquina pública e dá lugar à intervenção sobre a economia consistente em normatizações por entidades especializadas que visam, por atividade de indução ou de direção, garantir a qualidade dos serviços e a concorrência entre os agentes atuantes em determinados setores.³⁴

Leila Cuéllar³⁵ corrobora este entendimento ao afirmar que:

“Assim, as agências reguladoras surgem num momento histórico em que se faz imprescindível a existência de entidades que tenham como missão controlar e regular determinadas atividades, para que sejam atingidos os objetivos almejados pelo Estado e se alcance a eficiência procurada. Possuem, portanto, função instrumental no que tange aos escopos fixados com a ‘reforma do Estado’, consistindo na citada ‘terceira via’ de atuação estatal.”

Ao olhar a questão por outra perspectiva, ressalta-se que as agências, uma vez advindas do processo de descentralização, são dotadas de

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010. p. 146-147. Segundo o referido autor, quando se trata de intervenção direta na economia, o Estado age por participação quando atua em concorrência com os agentes privados e age por absorção quando atua em regime de monopólio. Já na intervenção indireta, o Estado age por direção quando estabelece normas comportamentais de observância obrigatória, coercitiva, e age por indução quando utiliza dos instrumentos interventivos para estimular comportamentos dos agentes econômicos regulados.

³⁵ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 129.

autonomia principalmente de cunho decisório em face do Poder Central. Isso se justifica como uma forma de evitar que a regulação de setores econômicos estratégicos seja objeto de interesses políticos escusos.³⁶ Ou seja³⁷,

“[...] as agências surgem para promover a atenuação das influências político-partidárias. Amplia-se o controle sobre o Estado e se elimina um poder político de configuração imperial. Produz-se uma instância política formal, especificamente destinada a exercitar certas atribuições de grande relevo e importância para a sociedade. Dá-se visibilidade e transparência para o exercício do poder político.”

Uma vez que atuam em campos específicos da economia, tais entidades autônomas tem contato direto com os atores envolvidos e acabam por exercer com maior eficácia atribuições como a de fiscalização e composição de litígios.

Depois de diversas experiências com resultados positivos, o Estado percebeu que outras áreas complexas do mercado, além daquelas que haviam sido objeto de privatização no início da reforma, poderiam ser mais equilibradas e melhor sintonizadas com o interesse da coletividade se deixassem o âmbito exclusivamente privado e fossem submetidas à regulação por agências reguladoras.³⁸

Feitas estas considerações iniciais acerca do papel das agências reguladoras no modelo gerencial de Estado, passa-se a uma breve análise deste instituto na realidade jurídica de dois países que influenciaram de maneira direta ou indireta o direito brasileiro na instituição de suas agências reguladoras.

A primeira experiência internacional relevante para o objeto de estudo está no cenário norte-americano. Os Estados Unidos são o país pioneiro no estabelecimento de agências reguladoras e a maior influência ao modelo brasileiro. A primeira agência de que se tem notícia é a *Interstate Commerce Commission* (ICC), criada em 1887 para regular o ramo ferroviário que, por estar em franca

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 217.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 540.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 218.

expansão à época, foi objeto de várias práticas abusivas e de concorrência desleal.³⁹

Desde então, várias agências foram criadas e passaram por um processo de evolução que, em se tratando de um país de *common Law*, vinha sendo ratificado por decisões da Suprema Corte.

Dentre as características das agências norte-americanas destaca-se: a capacidade de inovar no mundo jurídico, por intermédio de delegação pelo Poder Legislativo; o Congresso exerce controle sobre a produção normativa das agências quanto à adequação com o objeto de delegação; o controle judicial sobre as agências existe, mas somente no que tange a aspectos de legalidade; o Poder Executivo também exerce certo controle, na medida em que fixa diretrizes a serem observadas pelas agências; os dirigentes das agências possuem relativa estabilidade, podendo ser demitidos tão somente se existir justo motivo.⁴⁰

Uma última questão que merece atenção decorre da Lei de Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedure Act* – um estatuto geral que define o modo de atuação das agências reguladoras nos Estados Unidos), que determina a obrigatoriedade da participação dos cidadãos interessados no processo normativo das agências. Tal procedimento garante a legitimidade democrática que, em tese, faltaria às agências reguladoras para a emissão de preceitos gerais e abstratos.⁴¹

A França é outro país cuja experiência regulatória merece atenção, pois, apesar de também sofrer influência do modelo norte-americano, as entidades autônomas francesas têm características peculiares.

São chamadas Autoridades Administrativas Independentes (AAI) que, ao contrário de grande parte dos demais sistemas, não possuem personalidade

³⁹ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 275-277.

⁴⁰ CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 416;418.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 43.

jurídica. Contudo, este fator não impede que atuem com certa autonomia, uma vez que não se subordinam hierarquicamente ao Poder Executivo.⁴²

A atividade de regulação das Autoridades Administrativas Independentes varia de acordo com a importância do setor regulado, o que acaba sendo definido pelo Poder Legislativo na lei de criação das entidades em análise. Em alguns setores, as AAls tem a capacidade de expedir normas gerais e abstratas, e também atividades de fiscalização e aplicação de sanções. Em outros, as AAls exercem mera atividade consultiva, auxiliando no processo de elaboração de normas.⁴³

No que tange ao controle, o Poder Executivo exerce certo controle sobre as AAls somente de caráter financeiro, tendo em vista que o orçamento destas instituições é vinculado ao Estado e elas são obrigadas a publicar uma prestação anual de contas.⁴⁴

Na esfera judicial as AAls sofrem controle amplo tanto pelo Conselho Constitucional quanto pelo Conselho de Estado. O Poder Judiciário francês tem exercido papel de grande relevância para as AAls, uma vez que sua jurisprudência tem delineado as áreas, os limites e a legitimidade de atuação destes órgãos autônomos.⁴⁵

⁴² BADIN, Luiz Armando. As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 492-493.

⁴³ BADIN, Luiz Armando. As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 496-498.

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 238.

⁴⁵ AUAD, Denise. Autoridades administrativas independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 478-479.

2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

2.1. A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO; ORIGEM E MARCO REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS

Conforme exposto no capítulo anterior, o principal fator de motivação das reformas gerenciais nos países desenvolvidos foi a crise do Estado, precipuamente de natureza econômica. O Brasil não ficou imune a tal crise. Pelo contrário, na condição de país em desenvolvimento, do final da década de 1970 até a década de 1990 passou por uma crise muito mais aguda, envolvendo aspectos econômicos, administrativos e políticos.

Do ponto de vista econômico, o país era consumido por uma dívida externa crescente e ainda se vale de medidas interventivas burocráticas e defasadas. Segundo a lição de Bresser Pereira⁴⁶

“A crise fiscal ou financeira caracterizou-se pela perda do crédito público e pela poupança pública negativa. A crise do modo de intervenção, acelerada pelo processo de globalização da economia mundial, caracterizou-se pelo esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações, que foi bem-sucedido em promover a industrialização nos anos 30 a 50, mas que deixou de sê-lo a partir dos anos 60.”

No âmbito administrativo, observa-se que o ideal burocrático racional-legal de profissionalizar o serviço público não chegou a ser atingido, de modo que o regime militar se aproveitou da situação para usar a máquina pública como objeto de fisiologismo^{47 48}. Isso influenciou diretamente o constituinte originário, que acabou por aumentar a rigidez burocrática da administração de maneira geral dentro da Constituição Federal de 1988, ocasionando verdadeiro retrocesso em

⁴⁶ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 41.

⁴⁷ No contexto em análise, a expressão “fisiologismo” traduz a ideia de exercício do poder com base em troca de favores, de modo a deixar prejudicada a predominância do interesse público. Nesse sentido, vide FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1999. p. 909.

⁴⁸ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 172.

detrimento das medidas descentralizadoras promovidas anteriormente com o Decreto-Lei nº 200/67⁴⁹.

Por fim, o aspecto político representa o fator de maior agravamento da crise no país. Na década de 1980, a sociedade brasileira viu ruir um regime ditatorial e vivenciou um processo de abertura democrática que culminou no nascimento de um Estado Democrático de Direito.

O primeiro governo pós-ditadura, ao invés de tomar medidas contra a crise já estabelecida no regime anterior, adotou, com verdadeiro saudosismo ao período Vargas, políticas paternalistas que resultaram no fracasso do Plano Cruzado. Na visão dos governantes à época⁵⁰

“[...] seria possível promover a retomada do desenvolvimento e da distribuição de renda por meio do aumento do gasto público e da elevação forçada dos salários reais, ou seja, uma versão distorcida, populista e estatista, do pensamento keynesiano, em que a burocracia estatal deveria ainda desempenhar um papel estratégico.”

O que foi implantado como uma solução aos problemas vigentes só proporcionou o desenvolvimento de um cenário hiperinflacionário nos anos seguintes.

A parte final da crise estatal brasileira foi desencadeada pelo controverso governo Collor. Controverso porque apesar de representar o passo inicial da reforma, com a implantação do Programa Nacional de Desestatização (PND – Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990) para diminuição do aparelho estatal e com outras medidas de ajuste fiscal, representou também o ápice da crise, com a corrupção alastrada pelo alto escalão do governo, o que levou ao *impeachment* do Chefe de Estado.

Em seguida, o “governo tampão” de Itamar Franco apresenta medidas importantes para a reforma que estava por vir. Em primeiro lugar, têm-se, em conformidade com o ideal burocrático estabelecido no texto constitucional de

⁴⁹ BRASIL, Presidente (F. H. Cardoso). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Ed. Imprensa Nacional, 1995. p. 27-28.

⁵⁰ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 174.

1988, a gradual e efetiva profissionalização do serviço público.⁵¹ Em seguida, a criação do Plano Real, peça chave para a estabilização da economia, o controle da inflação e o reequilíbrio das contas públicas nos anos que se seguiram.⁵²

Somente em 1995 tem início a reforma gerencial no Brasil, nos moldes do que já vinha ocorrendo no cenário internacional em diversos países desenvolvidos, tendo por base o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. A ideia era não só diminuir a máquina pública, mas principalmente torná-la eficiente.⁵³

No que tange à seara administrativa, a reforma buscou, entre outras medidas: dar continuidade ao processo de descentralização já iniciado depois do Decreto-Lei 200/67, principalmente com consolidação da administração indireta e a celebração de contratos de gestão com entidades paralelas ao Estado; promover a desconcentração das decisões administrativas; diminuir consideravelmente a burocracia estatal com a simplificação de procedimentos – como o de licitação para entes da administração indireta – e o foco em resultados; moralizar o serviço público por meio da fixação de teto remuneratório, alteração das regras de concursos públicos e relativização da estabilidade do servidor; reformular o sistema previdenciário.⁵⁴

⁵¹ BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 174.

⁵² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Manole, 2003. p. 6-7.

⁵³ Relevante ressaltar aqui que a reforma brasileira não teve em sua essência caráter neoliberal, ao contrário do que afirma parcela da doutrina e também os grupos de oposição ao governo da época. O pensamento neoliberal se traduz no retorno ao Estado Mínimo ou, nas palavras de Norberto Bobbio, trata-se de “uma teoria dos limites do poder do Estado, derivados da pressuposição de direitos ou interesses do indivíduo, precedentes à formação do poder político, entre os quais não pode estar ausente o direito da propriedade individual” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1994. p. 89). Apesar de acarretar certa diminuição, isso não quer dizer que a reforma visa a imposição de um Estado mínimo. “Mudar o Estado significa, antes de tudo, abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, de um Estado que, por força de circunstâncias, concentrava-se em larga medida na ação direta para a produção de bens e serviços. [...] Esta visão de um Estado que se adapta para poder enfrentar os desafios de um mundo contemporâneo não pode ser confundida nem com a inexistência de um Estado competente, eficaz, capaz de dar rumo à sociedade [...], nem tampouco significar a inércia diante de um aparelho estatal construído em outro momento da história [...]” (CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luís Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 15-16).

⁵⁴ SANTOS, Luiz Alberto dos. *Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle Social: Possibilidades no Âmbito da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Ed. DIAP, 2000. p. 167-171.

É de se ressaltar que grande parte dessas medidas só foi efetivamente posta em prática com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, conhecida como “Reforma Administrativa”.

Já no âmbito econômico, o mais relevante para o presente estudo, a primeira atitude tomada pelo governo à época para dar viabilidade ao processo de transição foi a propositura de Emendas à Constituição, que vieram a ser promulgadas pelo Congresso Nacional ainda em 1995. Tais emendas permitiram a flexibilização do monopólio do Estado sobre atividades tipicamente de mercado como a exploração de recursos minerais (EC nº 6/95) e o setor do petróleo (EC nº 9/95), além de abrir tais setores para o capital estrangeiro.⁵⁵

Paralelamente, a criação da Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95) deu instrumentalidade ao dispositivo constitucional constante do artigo 175⁵⁶ e possibilitou que serviços públicos considerados atividades não exclusivas, mas ainda assim sobre o monopólio do Estado, como o setor de telecomunicações – que já havia sido flexibilizado pela EC nº 8/95 –, e o setor de energia elétrica, pudessem ser transferidos para a esfera privada.⁵⁷

Tais medidas tornaram possível a continuidade do Programa Nacional de Desestatização, de modo a retirar setores estratégicos das mãos de empresas públicas e sociedades de economia mista que, na maioria dos casos, eram ineficientes e deficitárias.⁵⁸ Proporcionaram assim a concretização dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência em diversos setores antes concentrados sob a égide do Estado⁵⁹, e demonstraram ainda

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 111-112.

⁵⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁵⁷ MENENZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 44.

⁵⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Manole, 2003. p. 37.

⁵⁹ MENENZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 48-49.

paulatina adaptação do ordenamento jurídico brasileiro ao modelo gerencial que se propôs instituir.

Outra observação importante está no fato de que em decorrência das Emendas Constitucionais 8 e 9 de 1995, foi inserida na Constituição Federal a previsão de criação do que se chamou de “órgão regulador” para o setor de telecomunicações (art. 21, XI da CF/88) e para questões relacionadas à exploração de petróleo (art. 177, § 2º, III, da CF/88).

Neste contexto de expansão da política de privatizações ocorre, conforme já exposto no capítulo anterior, verdadeira mudança no paradigma da intervenção estatal sobre a economia, em que se deixa de atuar diretamente no mercado – salvo hipóteses específicas constitucionalmente previstas – e passa a intervir indiretamente, por meio de disciplina e fomento, conforme explana Luís Roberto Barroso⁶⁰:

“[...] em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as *agências reguladoras*.”

Não obstante sejam instituições inovadoras na administração pública brasileira, pelas características que lhe são peculiares, muito tempo antes de seu surgimento já existiam entidades e órgãos com atribuições regulatórias, como, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, criado pela Lei nº 4.137/62 e posteriormente reformulado pela Lei nº 8.884/94, responsável pela repressão e prevenção de infrações contra a ordem econômica⁶¹, ou o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional – CMN –, ambos criados pela Lei nº 4.595/64, responsáveis pela política monetária e pela regulação das instituições financeiras atuantes no país.⁶²

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 116-117 (destaque do autor).

⁶¹ BRASIL. *Lei nº 4.137, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012. Art. 1º.

⁶² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Manole, 2003. p. 12-14.

Além disso, de acordo com o já exposto, as agências reguladoras surgem inicialmente como resposta associada ao Programa Nacional de Desestatização. Todavia isso não significa que elas sejam instituições a serviço única e exclusivamente do processo de privatização. Pelo contrário, de acordo com Alexandre Santos de Aragão⁶³

“[...] podemos constatar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente, os serviços públicos.”

Isso fica evidente quando se verifica a criação de agências para regular atividades exclusivamente privadas como os planos de saúde e o setor de audiovisual, o que se observará em seguida.

O Brasil possui dez agências reguladoras federais atuando em setores específicos da economia⁶⁴. Por outro lado, na esfera estadual, existe uma tendência de criação de uma única entidade reguladora responsável pela atuação em diversos ramos do mercado⁶⁵. Tendo por foco a administração pública federal, analisar-se-ão tão somente as agências deste nível federativo.

A primeira agência reguladora foi criada em 26 de dezembro de 1996 pela Lei nº 9.427. Trata-se da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, ligada ao Ministério das Minas e Energia e responsável pela regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com as políticas e diretrizes do governo federal.⁶⁶

Posteriormente, com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –, ligada

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 268.

⁶⁴ BRASIL. *Portal Brasil*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras>>. Acesso em 16 mai. 2012.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 118.

⁶⁶ Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Art. 1º e 2º.

ao Ministério das Comunicações e destinada à adoção de medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.⁶⁷

Em seguida, foi criada a Agência Nacional do Petróleo – ANP – pela Lei nº 9.478/97, sendo entidade vinculada ao Ministério das Minas e Energia com o escopo de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.⁶⁸

Dois anos depois, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – é criada pela Lei nº 9.782/99, com vinculação ao Ministério da Saúde e com o objetivo de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.⁶⁹

Criada pela Lei nº 9.961/00, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – também está associada ao Ministério da Saúde, sendo responsável pela promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, por intermédio de regulação das operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.⁷⁰

A Agência Nacional de Águas – ANA –, criada pela Lei nº 9.984/00 tem ligação com o Ministério do Meio Ambiente e busca implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.⁷¹

⁶⁷ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Artigos 8º e 19.

⁶⁸ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Artigos 7º e 8º.

⁶⁹ Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Artigos 3º e 6º.

⁷⁰ Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Artigos 1º e 3º.

⁷¹ Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Artigo 3º.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ – têm a peculiaridade de serem criadas pela mesma Lei nº 10.233/01. Ambas estão ligadas ao Ministério dos Transportes e são responsáveis em suas respectivas áreas de atuação pela implementação das políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, além de regular e supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes exercidas por terceiros.⁷²

Já a Agência Nacional do Cinema – ANCINE – foi criada pela Medida Provisória nº 2.219/01. Está vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e exerce atividade de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.⁷³

Por fim, a última agência criada em âmbito federal foi a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC – pela Lei nº 11.182/05, associada ao Ministério da Defesa e responsável pela regulação e fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, em conformidade com as políticas fixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.⁷⁴

Atualmente, uma nova agência está em processo de criação. Trata-se da Agência Nacional de Mineração, cujo marco regulatório está sendo elaborado pelo Ministério das Minas e Energia, em razão da deficiência organizacional e regulatória do Departamento Nacional de Produção Mineral e “das vulnerabilidades do Código Mineral em vigência, do seu regulamento, das legislações relacionadas”.⁷⁵

Uma vez superficialmente analisadas em espécie, inicia-se a análise das características comuns e das principais funções destas entidades reguladoras.

⁷² Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Artigos 20 e 21.

⁷³ Medida Provisória nº 2.219, de 4 de setembro de 2001. Art. 5º.

⁷⁴ Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Artigos 1º e 2º.

⁷⁵ BRASIL, *Relatório de Auditoria Anual de Contas nº 201109004, de 27 de julho de 2011*. Disponível em <<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em 17 de maio de 2012. p. 15.

2.2. CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS

As agências reguladoras brasileiras são entidades da administração pública indireta, constituídas na forma de autarquias sob regime especial. São autarquias basicamente porque criadas por lei específica de iniciativa privativa do Presidente da República, possuem personalidade jurídica de direito público e exercem, na qualidade de titulares, atividades exclusivas de Estado de maneira descentralizada.⁷⁶

Por outro lado, a ideia de “regime especial” se traduz em algo que as diferencia das autarquias comuns, ou seja,⁷⁷ “um conjunto de privilégios específicos que a lei lhes outorgou, tendo em vista a consecução de seus fins”, os quais passam a ser pormenorizados.

O mais relevante destes privilégios, ou características, é a autonomia. Autonomia representa um maior grau de independência ou liberdade de atuação de um ente em detrimento de outro⁷⁸. Nesse contexto, segue-se a classificação de Luís Roberto Barroso⁷⁹, que subdivide a autonomia das agências reguladoras em político-administrativa e econômico-financeira.

A autonomia político-administrativa é composta por dois pontos. Em primeiro lugar, a ausência de vínculo hierárquico com o Poder Central, eis que as agências têm ampla liberdade para exercer a atividade regulatória, bastando apenas respeitar os dispositivos legais que definem sua atuação e observar os objetivos e metas estabelecidos pelo Executivo.⁸⁰

Em segundo lugar, tem-se a estabilidade do conselho diretor, com “limitações ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 146-147.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 121.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 314.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 121-122.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 146-147.

Executivo”.⁸¹ De acordo com a Lei nº 9.986/00, que veio para dar homogeneidade à gestão dos recursos humanos das agências reguladoras, os membros do Conselho Diretor são escolhidos pelo Presidente da República e nomeados após ratificação em sabatina pelo Senado Federal⁸² para mandato fixo⁸³ e não coincidente. Uma vez nomeados, os dirigentes passam a ter estabilidade, só perdendo o mandato por causa natural, a pedido, por condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar.⁸⁴

Tal característica se mostra essencial para a garantia da imparcialidade da atividade regulatória em detrimento das ingerências políticas que costumam permear as escolhas de ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento. Assim⁸⁵:

“É provável, aliás, que uma das motivações para a criação das agências reguladoras no Brasil esteja associada à tentativa de se coibir a influência política na designação dos diretores e, conseqüentemente, na própria atividade desenvolvida pelas agências.”

Na mesma linha, Maria D’Assunção Costa Menezello⁸⁶ afirma que “não se trata aqui de um privilégio dado aos dirigentes da agência, mas de requisito essencial para resguardar o princípio da segurança jurídica para os agentes regulados, objetivando maior continuidade nos atos regulatórios”.

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 314.

⁸² Neste ponto, a título de observação, faz-se menção à recente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 251 em que se discute a constitucionalidade do Decreto Presidencial nº 7.703, de 20 de março de 2012, que modificou o decreto regulamentador da ANTT (Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002) para prever a possibilidade de designação, pelo Ministro dos Transportes, de servidor efetivo da referida agência para o cargo de Diretor interino até que seja realizado o procedimento legalmente previsto para a nomeação do Diretor titular (art. 8º, § 6º, Decreto nº 4.130/02).

Seguindo a linha de raciocínio aqui exposta, é razoável concluir que o referido decreto agride frontalmente a lógica de autonomia político-administrativa das agências em relação à Administração Direta e, ao estabelecer uma válvula de escape à necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo, o próprio sistema de *checks and balances*.

⁸³ A duração do mandato varia de acordo com a lei de criação de cada agência. A título de exemplo, na ANS o mandato dos diretores é de três anos (Lei nº 9.961, art. 6º, parágrafo único); na ANEEL os diretores tem mandato de quatro anos (Lei nº 9.427, art. 5º); já na ANATEL, o mandato dos conselheiros tem duração de cinco anos (Lei nº 9.472, art. 24).

⁸⁴ Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, artigos 5º, 6º e 9º.

⁸⁵ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 132-133.

⁸⁶ MENENZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 87.

Ainda com relação aos membros do conselho diretor, o artigo 8º da Lei nº 9.986/00 estabeleceu um prazo de quarentena de quatro meses após a saída do cargo em que os ex-dirigentes não podem prestar qualquer serviço ou atuar no setor objeto de sua regulação, ficando vinculados à respectiva agência neste período com remuneração. Tal dispositivo tem intuito moralizante, de modo a tentar evitar a “captura” dos ex-chefes das agências pelos agentes regulados.⁸⁷

Passando à análise da autonomia econômico-financeira, vê-se que as agências possuem patrimônio e quadro de pessoal próprio e, apesar de não poderem ter orçamento próprio, em razão das limitações oriundas do princípio da Unidade Orçamentária constante do artigo 165, § 5º, da Constituição Federal, possuem autonomia para elaborar seu orçamento.⁸⁸

Em perspectiva diversa, o atributo mais importante que é corolário da autonomia econômico-financeira está relacionado à possibilidade de cobrança de taxas de fiscalização decorrentes do exercício de poder de polícia ou de contribuições para o fomento dos setores regulados.⁸⁹ Tais tributos são, em geral, instituídos pela própria lei de criação das agências, que também firma a delegação da capacidade tributária para tais entes⁹⁰.

Ademais, as agências reguladoras possuem outras receitas próprias, como⁹¹ “produto de multas, rendimentos de operações financeiras, recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos, doações, etc.”

Além da autonomia, outra característica de destaque é a tecnicidade. Este é o principal fator que faz com que existam agências específicas

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 445.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 333-334.

⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 333.

⁹⁰ Como forma de ilustração, pode-se citar a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE –, criado no bojo da Medida Provisória que criou a ANCINE (Medida Provisória nº 2.219, de 4 de setembro de 2001, art. 32 e seguintes), ou a Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, criada juntamente com a ANEEL (Lei 9.472, de 26 de dezembro de 1996, artigos 12 e 13).

⁹¹ ROCHA, Regina Bernardes. Órgãos reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 249.

para cada um dos diversos setores regulados. Segundo Alexandre Santos de Aragão⁹²:

“[...] os fenômenos industriais e pós-industriais [...] fizeram com que a vida social deixasse de se fundar apenas em valores preponderantemente políticos em sentido estrito, para também se inspirar fortemente em fatores técnicos [...].

Mesmo nos setores já afetos a uma normatização preponderantemente técnica, a isto se soma a necessidade de maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexização e pluralização do sistema social.”

Em face desta realidade, a legislação comum das agências define como um dos critérios de admissão dos membros do Conselho Diretor, formação superior e grande conhecimento na área específica de atuação da agência para as quais são nomeados, sem falar da criação de cargos comissionados de natureza eminentemente técnica.⁹³

Com um corpo técnico dotado de autonomia, as agências ganham liberdade para agir com imparcialidade e neutralidade em face das partes interessadas (Poder Público, sociedade, e setor regulado), sem se preocupar com influências políticas ou governamentais.⁹⁴

A tecnicidade vem, pois, para dar concretude a dois princípios basilares das agências reguladoras, quais sejam: princípio da especialidade, segundo o qual cada entidade reguladora desempenha e é profissionalizada nos conteúdos conferidos pela lei, não podendo adentrar em outras searas⁹⁵; e princípio da eficiência, eis que as decisões são tomadas de maneira mais célere e “respaldadas na melhor solução técnico-científica para os problemas enfrentados pelo povo”.⁹⁶

Vistas as características, ingressa-se na análise das funções atribuídas às agências. Vital Moreira, citado por Leopoldo Ubiratan Carreiro

⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 323.

⁹³ Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, artigos 2º e 5º.

⁹⁴ MENENZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 87.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 443.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 380.

Paggoto⁹⁷, ensina que a regulação é “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.

Ou seja, a palavra regulação por si só já transmite a ideia de uma amplitude de responsabilidades.⁹⁸ Neste diapasão, afirma Marçal Justen Filho⁹⁹ que:

“É impossível realizar abordagem abrangente de todas as formas de atuação pelas quais se manifestam as competências das próprias agências. Cada entidade é titular de poderes com determinada característica e recebe atribuição para intervir sobre determinado aspecto da vida social. Verifica-se heterogeneidade de atribuições entre as diversas agências e, mesmo no âmbito interno de cada qual, tem de admitir-se uma pluralidade de disciplina jurídica correspondente à variação das funções exercidas.”

Tendo em vista o fato de a presente pesquisa ter por foco o gênero “agências reguladoras”, abordar-se-ão apenas as atividades comuns às diversas agências existentes.

Conforme se observará, todas as funções das agências estão direta ou indiretamente voltadas para a consecução de finalidades públicas e dos objetivos de universalizar os serviços, controlar tarifas, fomentar e promover o desenvolvimento das atividades nos setores regulados, garantir a competitividade no mercado e exercer o controle de qualidade e eficiência na execução dos serviços.¹⁰⁰

A função de fiscalização é inerente a todas as agências, na condição de pessoas jurídicas de direito público, mas se justifica de maneira diferenciada a depender do setor objeto de intervenção.

No caso das entidades reguladoras de serviços públicos a fiscalização se dá em razão do dever ínsito ao Poder Concedente e recai sobre a adequada execução dos contratos de concessão, a eficiência na prestação dos

⁹⁷ MOREIRA, *apud* PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 269.

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 481.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 120.

serviços, entre outros. Já no âmbito das atividades econômicas eminentemente privadas a fiscalização tem esteio no típico exercício do poder de polícia e está voltada para a garantia da livre iniciativa e da concorrência, além da proteção dos interesses do consumidor.¹⁰¹

Na condição de entidades que possuem um elevado grau de aproximação com os agentes interessados, as agências mantêm ouvidorias que proporcionam a participação direta da população no processo de fiscalização por intermédio do oferecimento de denúncias e reclamações que devem ser averiguadas.¹⁰²

Em última instância, as situações de fiscalização têm por escopo o respeito e o cumprimento dos preceitos normativos (tanto as leis em sentido estrito quanto os atos normativos das próprias agências) relacionados ao respectivo ramo regulado, e a garantia da prevalência dos interesses públicos sobre os privados.¹⁰³

Decorrência direta da função de fiscalização é a função sancionadora. Uma vez verificada a infração dos institutos normativos ou de disposições do contrato de concessão, podem as agências aplicar medidas repressivas aos responsáveis. Tal capacidade sancionadora decorre, no caso das agências reguladoras de serviços públicos, de leis gerais como a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) ou a Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95)¹⁰⁴, e das próprias leis de instituição das agências nos demais casos.¹⁰⁵

A imputação de sanções segue a lógica tradicional dos atos administrativos de caráter punitivo, devendo ser devidamente motivada, balizada nos

¹⁰¹ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 78-80.

¹⁰² CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 81.

¹⁰³ MENENZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 71-72.

¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 317-318.

¹⁰⁵ A título de ilustração, vide os incisos IX e XVIII do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), ou os incisos XXX e XLI do art. 4º da lei de criação da ANS (Lei nº 9.961/00).

princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e garantida ampla defesa e contraditório ao agente causador da infração.¹⁰⁶

Uma terceira função exercida pelas agências é a função dita quase jurisdicional, que envolve a resolução administrativa de litígios entre os agentes regulados e o Estado, entre os particulares (consumidores/usuários de produtos e serviços) e agentes regulados, ou conflitos de agentes regulados entre si.¹⁰⁷

Acerca do tema, bastante elucidativa é a exposição de Maria D'Assunção Costa Menenzello¹⁰⁸:

“Na esteira da reforma e redefinição do papel do Estado brasileiro, verificou-se que havia uma possibilidade de a agência reguladora desempenhar tarefas inéditas para os agentes públicos, a saber, a solução de conflitos entre os agentes regulados. Criou-se uma esfera de decisão administrativa para que os conflitos fossem solucionados com rapidez e com base no conhecimento técnico que os diversos setores regulados exigem.”

Fala-se em função quase jurisdicional porque as questões julgadas em última instância por uma agência reguladora não são passíveis de reexame por meio de recurso impróprio ao ministério supervisor, mas, por outro lado, não se pode desconsiderar a competência do Poder Judiciário para reavaliar o caso, em razão do postulado da inafastabilidade previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁹

Com isso, no que tange à resolução de conflitos, a participação das agências tende a ser muito mais valorizada em um papel de mediação, voltado para a composição, para uma resposta consensual com a menor onerosidade possível para as partes envolvidas, de modo a equilibrar os interesses e beneficiar a todos, do que no papel de jurisdição administrativa.¹¹⁰

¹⁰⁶ MENENZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 72.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 555.

¹⁰⁸ MENENZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 167.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 446.

¹¹⁰ MENENZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 164-165.

É de se ressaltar que esta ideia de consensualismo está impregnada no *modus operandi* das agências, em seu trato com as partes interessadas, de modo a substituir uma atuação autoritária por uma atuação mais flexível para a maior efetividade na consecução das finalidades públicas, ou seja,¹¹¹

“[...] a relação de adequação entre os meios (regras legais, regulamentares e eventualmente até mesmo contratuais) e os fins (normas programáticas, políticas públicas, princípios gerais, etc.) é dinâmica, devendo haver um processo de contínuo ajuste daqueles visando, em cada momento, à melhor realização destes.”

Exemplo cristalino disto está na possibilidade de, em eventual resolução de conflito, as agências celebrarem, com base na Lei de Ação Civil Pública¹¹², Termo de Ajustamento de Conduta com o agente infrator para resguardar interesses coletivos.¹¹³

Caso não se vislumbre a possibilidade de composição amigável, existe ainda a hipótese de as partes litigantes adotarem a solução por intermédio do mecanismo da arbitragem, elegendo como árbitro a agência reguladora do setor, tendo em vista a sua alta capacidade técnica, neutralidade política e imparcialidade.¹¹⁴

As vantagens do julgamento de conflitos de interesse no âmbito de uma agência reguladora em detrimento do Poder Judiciário residem em diversos aspectos, dentre os quais se destaca a garantia de qualidade técnica, o conhecimento da realidade da área regulada, a maior celeridade e a eficiência. Fortalece o exposto a seguinte colocação de Marçal Justen Filho¹¹⁵:

“[...] a matéria objeto da competência decisória da agência é, por sua própria natureza específica e complexa. Os agentes administrativos vinculados à agência são titulares de conhecimentos técnicos correspondentes, que lhes permitem uma avaliação muito mais adequada ágil e satisfatória do conteúdo dos litígios. A pretensão do

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 320.

¹¹² Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º *caput* e § 6º.

¹¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 321.

¹¹⁴ GUERRA, Sérgio. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2004. p. 46.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 557.

particular pode ser compreendida, de modo muito mais imediato, pelo árbitro administrativo do que por um magistrado.

Isso significa que a submissão do litígio à decisão da agência também se justifica pela constatação das dificuldades que entranham o desenvolvimento da atividade jurisdicional.”

A última e mais relevante função das agências reguladoras é a função normativa. Em termos gerais, tal função consiste na competência não só de emitir regramentos que vêm dar aplicabilidade e explicar direitos e obrigações decorrentes das normas primárias (leis *strictu sensu*)¹¹⁶, mas também de editar atos normativos gerais e abstratos para regular o setor controlado, impondo encargos, deveres e obrigações às entidades reguladas, à administração e aos administrados.¹¹⁷ Trata-se de tema de veras controvérsias que, sendo o objeto central deste estudo monográfico, será abordado em detalhes no capítulo seguinte.

Vencidas as principais características, objetivos e funções, prossegue-se com o estudo da legitimidade de atuação das agências reguladoras, principalmente no que diz respeito ao seu poder normativo.

2.3. A LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE DAS AGÊNCIAS

Conforme se observou no início deste capítulo, as agências reguladoras surgem no Brasil em razão da reforma do Estado, de um processo de desburocratização da atividade administrativa e desestatização dos serviços públicos.

Demonstrou-se que a lógica da reforma era criar entes dotados de autonomia em face da Administração Direta, com corpo qualificado e dirigentes estáveis, para exercer as diversas funções regulatórias de maneira imparcial e com neutralidade política, atendendo com celeridade, eficiência e qualidade técnica as demandas da sociedade complexa em setores sensíveis da economia.

Ocorre que o exercício de diversas atribuições de índole tanto administrativa, quanto normativa e judicante suscitou na doutrina o questionamento

¹¹⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29-30.

¹¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 369-370.

acerca da legitimidade da atuação das agências, principalmente pela ausência de processo democrático em sua instituição. Segundo Marcelo Lennertz¹¹⁸:

“[...] se a distância dos critérios político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do chefe do Poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (não-eleitos), é vista, do ponto de vista da eficiência econômica, como uma das maiores vantagens do modelo institucional das agências reguladoras, do ponto de vista jurídico, ela tem sido tratada como um dos seus maiores problemas.”

Na mesma linha, aponta Alexandre Santos de Aragão¹¹⁹ que:

“O ponto jurídico-político mais tormentoso dos amplos poderes, mormente de natureza normativa, das agências reguladora é o seu déficit democrático [...] oriundo da ‘estabilidade temporária’ dos seus dirigentes, que não podem ser exonerados *ad nutum* pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições – especialmente pelo Presidente da República.”

Parte da doutrina afirma que o problema da legitimidade se dá pelo fato de o país ter realizado uma importação incompleta das *Independent Regulatory Agencies* estadunidenses, visto que nos Estados Unidos a legitimidade da produção normativa advém principalmente da obrigatoriedade da participação dos interessados diretos no processo, por determinação da *Administrative Procedure Act*, enquanto no ordenamento pátrio, há a previsão de instrumentos de participação popular previstos nas leis das agências, mas sem caráter obrigatório.¹²⁰

Entretanto, se tal resposta construída pela força da jurisprudência parece adequada na sistemática dinâmica da *Common Law*¹²¹, não se mostra suficiente na lógica mais rígida da *Civil Law* brasileira, sendo necessárias

¹¹⁸ LENNERTZ, Marcelo. *A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2604>>. Acesso em 21 jun. 2012.

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 433.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 42-43.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 36-37.

adaptações e uma base teórica diferente para se justificar a legitimidade das agências.¹²²

Sobre outro ângulo, também não parece razoável defender a legitimidade das agências unicamente sobre o argumento de capacidade técnica diferenciada e eficiência, porquanto seria o equivalente a usar da lógica maquiavélica de usar o fim almejado para justificar, em outros contextos, eventuais práticas autoritárias em detrimento da soberania democrática. Corroborando esta linha de pensamento, aduz Marçal Justen Filho¹²³ que:

“Esta é uma abordagem muito perigosa do instituto das agências. Está subjacente a esse enfoque a tese de que as agências podem merecer aprovação equivalente à do Legislativo e que a soberania popular pode ser substituída pela eficiência governativa.

A proposta de legitimação pela eficiência é uma versão atualizada de propostas políticas autoritárias, que tiveram grande prestígio há alguns decênios. Mesmo no Brasil, o grande argumento a favor da legitimação dos governos militares foi a produção do *milagre econômico*. A supressão das liberdades era justificada como o preço a pagar pela eficiência econômica.”

No ordenamento jurídico brasileiro, que tem o poder lastreado na perspectiva da dominação legal – conforme a lição de Max Weber na obra “Economia e Sociedade” –, busca-se na lição de Lucio Levi¹²⁴ a égide argumentativa para a defesa da legitimidade das agências reguladoras:

“[...] quando a força do Governo repousa na definição institucional do poder, para ele ser qualificado como legítimo é suficiente que tenha se estruturado de conformidade com as normas do regime e que exerça o poder de acordo com os mesmos, de tal forma que se achem respeitados determinados valores fundamentais da vida política.”

Portanto, continua o célebre pensador italiano¹²⁵, “[...] a Legitimidade [...] tem seu fundamento na crença de que são legais as normas do regime, estabelecidas

¹²² PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 283.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 380 (destaque do autor).

¹²⁴ LEVI, Lucio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. Vol. II. p. 676.

¹²⁵ LEVI, Lucio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. Vol. II. p. 676.

propositalmente e de maneira racional, e que legal também é o direito de comando dos que detêm o poder com base nas mesmas normas”.

Nesse sentido, em se constatando a compatibilidade da atividade regulatória das agências com os princípios e dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (o que será discutido com mais profundidade no capítulo seguinte), a legitimidade acaba por decorrer da própria lei de instituição das agências.

Ademais, a experiência de mais de dez anos de existência das agências na ordem jurídica demonstra a consolidação destas instituições perante a sociedade e os agentes regulados. Logo, arremata-se a construção com o seguinte excerto do ensinamento de Lucio Levi¹²⁶:

“[...] Quando o fundamento e os fins do poder são percebidos como compatíveis ou de acordo com o próprio sistema de crenças e quando o agir é orientado para a manutenção dos aspectos básicos da vida política, o comportamento de indivíduos e grupos pode ser definido como legitimação.”

Partindo desta lógica central, os posicionamentos já vistos sobre a eficiência e a possibilidade de participação popular, que sozinho considerados eram tidos por insuficientes ou inadequados, aqui vêm como forma de complemento e reforço da legitimidade das agências. Com este mesmo intuito, passa-se a expor outros pontos relevantes à solidificação da legitimidade.

Uma questão de destaque diz respeito ao controle. No âmbito administrativo, as agências reguladoras sofrem uma espécie de controle preliminar, já que a sua criação se dá mediante lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, e cabe a ele definir quais setores devem ser regulados, quais as competências e prerrogativas, etc.¹²⁷

E, se verificada eventual incompatibilidade de uma agência com a ordem jurídica vigente, é deveras plausível o procedimento de extinção que, pelo princípio da simetria, também se daria por lei de idêntica iniciativa, cabendo em

¹²⁶ LEVI, Lucio. Legitimidade. In. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. Vol. II. p. 677.

¹²⁷ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 102.

ambos os casos, a deliberação e o referendo Congresso Nacional. Isto é, já nesta fase inicial¹²⁸, “a criação, disciplina e a subsistência de agências reguladoras é legitimada pela conjunção das prerrogativas legislativas dos titulares dos dois poderes legitimados democrático-eleitoralmente – Chefe do Poder Executivo e Poder Legislativo”.

Como já se salientou anteriormente, evidente é o controle do Poder Judiciário sobre a atividade das agências em razão da Unidade de Jurisdição e da inafastabilidade preconizadas pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, sendo todo ato ensejador de lesão ou ameaça a direito dos interessados passível de revisão judicial.¹²⁹

Na esfera financeiro-orçamentária, o Tribunal de Contas da União é responsável pelo controle externo sobre o dispêndio do erário na atividade regulatória, analisando basicamente a execução do orçamento anual e as contas prestadas pelos dirigentes das agências e demais responsáveis pela manutenção de recursos públicos, sem adentrar no mérito da competência específica das agências.¹³⁰

Em se tratando precisamente da atividade normativa das agências, impende lembrar que, em razão da autonomia político-administrativa, a administração direta não exerce qualquer controle sobre a emissão de normatizações. Cabe às agências apenas observar as finalidades públicas almejadas e as diretrizes, objetivos e metas traçadas pelas políticas públicas governamentais.¹³¹

Na esfera Judicial, as estatuições normativas expedidas pelas agências estão sujeitas ao controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concentrado, caso contrariem os princípios e regras da ordem constitucional, assim

¹²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 434.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 446.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 128-130.

¹³¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 34-35.

como ao controle de legalidade relativo ao eventual desrespeito das leis que fixam sua competência.¹³²

Já o Poder Legislativo detém com exclusividade não só a competência geral de fiscalização e controle dos atos da administração direta e indireta, mas também a competência específica de sustar os atos normativos do Poder Executivo que excedam a competência regulamentar ou os limites da delegação legislativa.¹³³ Assim, todo e qualquer ato normativo de uma agência está sujeito a extenso controle pelos representantes do povo, e aqueles que ultrapassem os limites estabelecidos em sua lei de criação ou que afrontem os ditames constitucionais são passíveis de sustação imediata pelo Congresso Nacional via decreto legislativo.

A vastidão de modalidades de controle que recaem sobre as agências reforçam a sua legitimidade na medida em que estabelecem limites exatos à atividade regulatória e resguardam as competências das instituições tradicionais do Estado Democrático de Direito.¹³⁴

Uma segunda questão que contribui para a defesa da legitimidade das agências está relacionada aos seus dirigentes. Com a obrigatoriedade do respeito ao procedimento de escolha e nomeação pelo Presidente da República após aprovação em sabatina pelo Senado Federal, argumenta-se que a aprovação dos diretores das agências por dois agentes legitimados democraticamente pelo voto direto dos titulares do poder contribuiria para a diminuição do déficit democrático.¹³⁵

Por fim, um último ponto a ser levantado como forma de reforço à legitimidade das agências. Para aqueles que insistem na falta de legitimação democrática, adverte-se que existem outras entidades que exercem atividade normativa sem estarem acobertadas pelo manto democrático. Tais instituições

¹³² MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 33-34.

¹³³ Constituição Federal de 1988, artigo 49, incisos V e X.

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 29.

¹³⁵ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 130.

buscam exercer um papel de equilíbrio entre as forças políticas em prol do interesse público.¹³⁶

Na tentativa de caracterizar tais entes, explana Alexandre Santos de Aragão¹³⁷ que:

“O que há em comum a todos estes órgãos, que, sem dúvida possuem escala de autonomia variável, é o (1) caráter não eletivo do provimento dos seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica de suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação hierárquica aos poderes políticos eletivos do Estado como forma de propiciar (4) o exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade manifestada por seus representantes.”

Tais atributos, já trabalhados na esfera das agências reguladoras, também são compatíveis com outras instituições dotadas de poder normativo. Exemplo claro disso pode ser observado no Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

Na qualidade de organismo especializado em matéria de Direito Eleitoral, o TSE possui competência para regulamentar o processo eleitoral e editar resoluções normativas com força de lei para disciplinar determinados temas. Ou seja, assim como as agências reguladoras, o TSE exerce funções de natureza jurisdicional, administrativa e normativa. Estas competências resultam do Código Eleitoral¹³⁸ e da legislação extravagante e tem respaldo constitucional conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹³⁹

¹³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 441.

¹³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 442.

¹³⁸ Nesse sentido, dispõe o art. 23, incisos IX e XII do Código Eleitoral:

“Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,

[...]

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

[...]

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;”

¹³⁹ CARVALHO, Franklin Ramos de. *O poder normativo conferido às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10837>. Acesso em 22 jun. 2012.

Em face de todo o exposto, infere-se que negar a legitimidade normativa às referidas instituições implica em um retrocesso à rigidez legalista de outrora, isto é, a concentração de uma série de questões complexas que demandam respostas céleres e tecnicamente eficientes em um Poder Legislativo que não possui capacidade para tanto.

Demonstrados os argumentos que consolidam a legitimidade de atuação das agências reguladoras, parte-se para a discussão acerca da constitucionalidade do seu exercício de poder normativo.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS

Ao analisar as atividades das agências reguladoras dentro do sistema constitucional brasileiro, observa-se que elas vagam entre as três funções de Estado, pois¹⁴⁰ “formalmente inseridas na Administração Pública, suas funções lembram mais as do Poder Judiciário, quando atuam como agentes fiscalizadores, ou as do Poder Legislativo, quando atuam como entes normativos”.

Como parte integrante do Poder Executivo enquanto administração pública indireta, não existem grandes discrepâncias. As agências reguladoras em geral são dotadas de capacidade de emissão de espécies normativas secundárias, atribuição inerente ao Poder Executivo, por meio da qual são criados regramentos que vem dar aplicabilidade e explicar direitos e obrigações decorrentes das normas primárias gerais e abstratas (leis)¹⁴¹, além do típico Poder de Polícia para fiscalizar as atividades de mercado e impor sanções a eventuais infrações cometidas pelas partes envolvidas, tudo dentro dos limites legalmente estabelecidos.

Mas ao analisar as demais funções decorrentes da atividade de regulação é que se observa uma possível incoerência com alguns princípios constitucionais. Exemplo claro disso está na capacidade que as agências têm de dirimir conflitos entre as prestadoras de serviço do setor regulado e a sociedade ou o Poder Público, o que caracterizaria, em princípio, verdadeiro exercício jurisdicional. Entretanto, conforme já observado no capítulo anterior, o entendimento majoritário atualmente é o de que as decisões proferidas em âmbito administrativo pelas agências não impedem a análise da questão pelo Poder Judiciário, em razão do Princípio da Inafastabilidade, direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

¹⁴⁰ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 269.

¹⁴¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29-30.

O ponto central de discussão da presente pesquisa que, ao contrário pontos levantados anteriormente, gera grande divergência doutrinária e que tem sido objeto de questionamento por parte dos estudiosos do tema quanto à sua constitucionalidade é o exercício do poder normativo, poder de editar atos normativos gerais e abstratos para regular o setor controlado, impondo encargos, deveres e obrigações às prestadoras de serviço, à administração e aos administrados.

Conforme afirma Marçal Justen Filho¹⁴²:

“O poder de gerar normas de natureza e eficácia abstratas é uma das formas de exercício da competência regulatória estatal. Cabe verificar a viabilidade da sua atribuição a um órgão autárquico integrante do Executivo, o que envolve o exame de pressupostos tradicionalmente afirmados e admitidos no pensamento jurídico nacional.”

É deste modo que se pretende proceder, apresentando os principais aspectos acerca dos quais recai a controvérsia e desenvolvê-los a fim de se chegar a uma defesa razoável da constitucionalidade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras.

3.1. PODER NORMATIVO E REGULAMENTO

O primeiro ponto a ser abordado diz respeito ao que se entende por poder normativo e seus desdobramentos. O poder normativo constitui-se na competência de produzir normas jurídicas gerais e abstratas que podem vincular tanto a atuação da administração quanto os direitos e obrigações dos administrados.¹⁴³

Trata-se de um gênero de amplo espectro, que abrange as funções legislativa, regulamentar e regimental. Ou seja, em sintonia com o pensamento de Eros Grau¹⁴⁴, tem-se que a função normativa permite emanar estatuições primárias a partir de poder originariamente competente para tanto (Legislativo), ou de poder

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 483.

¹⁴³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23.

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 180-181.

derivado (Executivo e Judiciário), sendo este último baseado em atribuição implícita ou explícita decorrente da Constituição Federal ou de lei em sentido formal.

Contribui com esta linha de raciocínio Marçal Justen Filho¹⁴⁵ ao lecionar que:

“[...] Rigorosamente, é impossível determinar um sujeito, uma organização, uma entidade dotada do *poder formal de produzir norma*. Na verdade, utiliza-se a existência de *competência normativa* na falta de outra mais adequada e satisfatória. Trata-se de referir a existência de competências orientadas à produção de categorias similares à lei, que também se orientam a disciplinar a conduta humana e que, em última análise, geram normas jurídicas. [...]

A expressão *competência normativa* apenas pode ser utilizada se acompanhada da advertência de que se refere a um gênero de competências estatais, relacionadas à produção de atos destinados a gerar normas jurídicas. Sob esse ângulo, a competência legislativa é uma modalidade de competência normativa.”

Com isso, pretende-se deixar bem claro que não é privativo do Poder Legislativo o exercício do poder normativo, mas somente parcela dele, correspondente à função legislativa, função de elaboração de lei em sentido estrito.

Um segundo conceito que deve ser mais bem definido é o de regulamento. A abordagem de cunho mais tradicional deste instituto tende a apresentá-lo a partir de uma interpretação isolada do artigo 84, inciso IV da Constituição Federal¹⁴⁶ como atividade normativa privativa do Chefe do Poder Executivo e indelegável, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo. Tal linha interpretativa não parece razoável, pois, conforme expressa Marçal Justen Filho¹⁴⁷:

“Não se pode adotar interpretação literal restritiva, como querem alguns, que invocam a expressão ‘fiel execução’ como fundamento para a tese de que o regulamento poderia apenas traduzir a vontade

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 486-487 (destaques do autor).

¹⁴⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
[...]

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 511 (destaques do autor).

já contida na lei. Não se interpreta a Constituição através de mera tradução das palavras. Ou seja, a norma do art. 84, inc. IV, da CF/88 não significa, de modo necessário, a exclusão da possibilidade de ampla competência normativa para complementação da lei. A ‘fiel execução’ pode ser interpretada como aquela que assegura a realização da possibilidade buscada pelo Direito, mesmo que isso não signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa. Assegurar a fiel execução da lei propicia, por isso, a adoção de determinações que, respeitado o *espírito* ou a *finalidade* da lei, configurem inovação à disciplina por ela adotada.”

Complementarmente, expõe Leila Cuéllar¹⁴⁸:

“É imperioso observar que, embora os artigos 84, IV, e 87, II da Constituição Federal atribuam competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado para expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel execução das leis, o exercício de função regulamentar não é exclusivo daquelas autoridades.

[...]

Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgão e entidades da Administração Pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência regulamentar.”

Neste diapasão, bastante difundida é entre os estudiosos do assunto a ideia de que¹⁴⁹ “regulamentar se insere na ampla categoria das normas produzidas pelo Executivo, podendo ser associada a qualquer ato normativo emanado do Executivo”.

Seguindo a lição de Eros Grau¹⁵⁰, defende-se que:

“Os regulamentos são estatuições primárias – impostas por força própria – ainda que não emanados de um poder *originário*. Por isso se apresentam como *derivados*, no sentido de que devem fundar-se sobre uma *atribuição de poder normativo* contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal.”

A partir do conceito apresentado no parágrafo anterior, é possível afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro existem três tipos de regulamento: os

¹⁴⁸ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 116-117.

¹⁴⁹ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 266.

¹⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 181 (destaques do autor).

regulamentos de execução, que são atribuição normativa decorrente da própria Constituição Federal em seu artigo 84, inciso IV, e tem a função de dar fiel execução, desenvolver a lei; os regulamentos autorizados¹⁵¹, que decorrem de atribuição explícita da função normativa ao Executivo por ato legislativo (lei *strictu sensu*); e os regulamentos autônomos que surgem em virtude de atribuição implícita no texto constitucional da função normativa ao Executivo.¹⁵²

Assim, quando se olha para a atividade normativa das agências reguladoras a partir desta concepção de poder regulamentar, conclui-se que suas normatizações têm a natureza de regulamentos autorizados, já que a competência para tanto deriva da atribuição que a lei de criação de cada agência confere.

Feitas estas considerações acerca do que se entende por poder normativo e atividade regulamentar já é possível refutar o argumento de que o exercício de poder normativo pelas agências reguladoras é inconstitucional por se tratar de delegação legislativa, o que seria vedado pela Constituição Federal.¹⁵³

Em primeiro lugar, conforme exposto acima, não há que se falar em delegação legislativa, pois as agências exercem função regulamentar que está inserida no gênero poder normativo e não se confunde com função legislativa de editar leis em sentido formal, que também integra o gênero poder normativo, mas decorre de função típica (ou originária) e preponderantemente do Poder Legislativo.

Sem contradizer o exposto no parágrafo anterior, ressalta-se que apesar de não ser privativa do Poder Legiferante a atividade normativa, ainda assim agências reguladoras necessitam da atribuição do Legislativo por lei *strictu sensu*

¹⁵¹ Na lição de Eros Grau, esta espécie de regulamento é chamada por parte da doutrina de “regulamento delegado”, o que é um equívoco, pois não há que se falar em delegação de função legislativa, mas sim de uma atribuição de função normativa inerente ao Executivo. GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 188.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 189.

¹⁵³ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 141.

por uma questão de equilíbrio entre os Poderes de Estado, pois de acordo com a lição de Eros Grau¹⁵⁴:

“Essa atribuição conferida ao Executivo pelo Legislativo consubstancia permissão para o exercício de função que é própria do Executivo, como faculdade vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Por isso, ela preexiste à atribuição, da qual podemos dizer cumprir papel de instrumento de controle da legalidade daquele exercício. Assim, a *atribuição* conferida ao Executivo para aludido exercício poderia ser comparada ao tiro de partida que é dado para que se desenrole uma corrida de 100 metros; a faculdade de correr velozmente é própria de quem participa da prova, como é própria do Executivo, repito, a *função normativa regulamentar*.”

Portanto, o fato de as agências necessitarem de atribuição legal para emitirem regulamentos autorizados não configura delegação legislativa.

Em segundo lugar, se ainda assim considerar-se que se está diante de caso de delegação legislativa, o que, reiterar-se, não parece razoável, aponta-se a posição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, citada por Leila Cuéllar.¹⁵⁵

Segundo a referida autora, uma vez que, ao contrário das anteriores¹⁵⁶, a Constituição Federal de 1988 não traz expressamente¹⁵⁷ a vedação à delegação de funções, poder-se-ia considerar isso, associado a diversos fatores de ordem histórica e social, como um indício de flexibilização do princípio da separação de Poderes. Conseqüentemente, restaria plausível a dita delegação legislativa às agências.

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 186.

¹⁵⁵ FERRAZ, 1994 *apud* CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 35-36.

¹⁵⁶ Vide art. 6º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1967, e art. 36, § 2º, da Constituição Federal de 1946.

¹⁵⁷ Não se está aqui a ignorar o art. 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, entretanto, convém observar que, conforme explana Inocêncio Mártires Coelho, as disposições transitórias são “pontes no tempo”, que nas mudanças políticas negociadas foram concebidas para tranquilizar e acelerar a passagem de um a outro regime constitucional e não para tumultuar nem eternizar essa travessia” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 46). Ou seja, o referido dispositivo foi criado com o intuito de garantir uma passagem segura e fechar as escaras de um regime de exceção que antecedeu à ordem constitucional vigente e não se coaduna mais com a realidade do modelo de Estado Regulador.

Interessante ressaltar ainda que alguns estudiosos do assunto que defendem a inconstitucionalidade do exercício de poder normativo pelas agências (não só pela vedação à delegação de funções, mas também pela incompatibilidade com os princípios da legalidade e da separação de Poderes), tergiversam afirmando que apenas poderiam ser dotadas da capacidade normativa as agências que têm previsão constitucional, quais sejam, a ANATEL (art. 21, XI da CF/88) e a ANP (art. 177, § 2º, III da CF/88).¹⁵⁸

Tal linha de pensamento soa no mínimo contraditória. Isso porque, a expressão “órgão regulador” que existe nos dispositivos supramencionados e que legitimaria a atuação das referidas agências é fruto de atuação do Poder Constituinte derivado de reforma.¹⁵⁹

É amplamente sabido que o poder de reforma sofre limitações de ordem formal, circunstancial e material¹⁶⁰. Em se tratando de limitação material, o art. 60, § 4º, incisos III e IV, da Carta Magna é de clareza meridiana ao dispor que não pode haver emendas tendentes a abolir a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais.

Ora, se a atividade normativa das agências reguladoras fere diretamente a separação de Poderes e a garantia constante do art. 5º, II da Constituição, como defende parte da doutrina, então as Emendas à Constituição de número 8 e 9 de 1995 padeceriam de inconstitucionalidade material e não poderiam compor o ordenamento constitucional. Constata-se, no entanto, que tais emendas sequer foram levadas à análise da Corte Constitucional em sede de controle concentrado.

Logo, defender que somente deteriam capacidade normativa as agências que tem égide em dispositivos constitucionais decorrentes de manifestação

¹⁵⁸ Nesse sentido ver CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 141 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 211.

¹⁵⁹ A expressão foi inserida pela EC nº 8/95 no art. 21, XI e pela EC nº 9/95 no art. 177, § 2º, III.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 249-250.

do Poder Constituinte reformador, sendo considerada inconstitucional a atividade das demais, se torna algo paradoxal.

Em verdade, está no *caput* do artigo 174 do texto constitucional¹⁶¹, a base do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras. Ao trazer a expressão genérica “Estado” como agente normativo e regulador da economia, a interpretação cumulativa com os artigos 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, ambos da CF/88, leva à conclusão de que os “órgãos reguladores” estão entre agentes componentes do “Estado” legitimados a regular e normatizar, na forma da lei que os institui.¹⁶² Colabora para este entendimento Leopoldo Ubiratan Carneiro Pagotto¹⁶³ ao sustentar que:

“[...] Não se atribui, nem doutrinariamente, nem o art. 174 da Constituição especificamente, à Administração, ao Judiciário ou ao Legislativo a função reguladora, pois, como a função normativa, está presente em todos os ramos do Estado.”

Apresentados estes pontos principais, abordar-se-á no tópico seguinte os princípios da separação de Poderes e da legalidade e como as agências se enquadram nestes limitadores constitucionais.

3.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E LEGALIDADE

A tripartição de Poderes está intimamente ligada à legalidade e não constitui um instituto rígido e estanque. Desde a aurora do Estado moderno, verifica-se que a depender do contexto político, histórico e social, diferentes concepções de legalidade e da configuração das funções de estado são apresentadas.¹⁶⁴

A título de exemplo, a análise período pós-absolutista mostra que os contornos e delimitações acerca dos Poderes de Estado são mais rígidos, caracterizando-se a supremacia da lei oriunda dos representantes do povo como

¹⁶¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹⁶² CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33-34.

¹⁶³ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carneiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 270.

¹⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 371.

forma de submeter o Estado à ordem vigente (coibindo arbitrariedades) e garantir a perpetuação da ordem democrática.¹⁶⁵

Por outro lado, com o passar do tempo, o processo de estabilização das instituições democráticas fez com que o Estado paulatinamente modificasse o seu *modus operandi*. Nesse sentido, declara Marçal Justen Filho¹⁶⁶ que:

“A evolução sociopolítico-econômica traduz-se na configuração das relações internas entre os diversos poderes estatais. Assim, o próprio princípio da tripartição de poderes vai sendo impregnado por novas vivências normativas e axiológicas, reflexo da variação das novas realidades sociais.”

Fato é que, ao contrário do que defendem alguns, mesmo na clássica teorização de Montesquieu, nunca se falou em uma efetiva e completa separação de Poderes. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão¹⁶⁷ explica que:

“Preliminarmente, devemos observar que a doutrina de Montesquieu, além de ter sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nunca foi aplicada em sua inteireza.

[...]

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.”

Na mesma linha, Leila Cuéllar¹⁶⁸:

“É preciso frisar que Montesquieu não utilizou a palavra ‘separação’ e sequer aludiu à divisão absoluta de poderes. O que o autor propunha era uma distribuição das funções estatais e um equilíbrio entre elas, através da colaboração entre os órgãos responsáveis pelo desempenho das mesmas no intuito de evitar a concentração do poder, seu abuso e garantir a manutenção da liberdade política. Entendendo que deveria existir uma ação contínua dos poderes, uma verdadeira colaboração, destaca igualmente a contenção do poder somente pelo poder (‘le pouvoir arrête le pouvoir’).”

¹⁶⁵ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 19.

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 491.

¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 371.

¹⁶⁸ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 24.

Apesar do exposto, na ordem constitucional brasileira ainda se cultua uma separação de poderes rígida, onde qualquer exercício de função em caráter atípico que não esteja relacionado ao tradicional sistema de freios e contrapesos tende a ser visto com maus olhos.

Não se pode ignorar, no entanto, que a evolução do Estado Democrático de Direito e o desenvolvimento de novos valores jurídicos e sociais mostram que a concepção clássica não só da tripartição de Poderes, como também do princípio da legalidade não são compatíveis com as premissas do Estado gerencial¹⁶⁹. Ou seja¹⁷⁰:

“O momento histórico hoje vivido distancia-se em mais de dois séculos das lições de Montesquieu – que jamais poderiam cogitar do atual estado evolutivo da civilização mundial. Mais do que isso, a evolução tecnológica, desenvolvida em progressão geométrica a partir dos anos 90, torna necessária a plena adaptação dos instrumentos administrativos do Estado. Tudo isso faz brotar a necessidade de o jurista adotar uma postura, senão progressista, ao menos contemporânea. Por óbvio, tal não implica ‘curvar-se’ a preceitos e teorias normativas estrangeiras, mas sim criar, elaborar meios hermenêuticos-jurídicos que possibilitem a efetiva inserção do pensamento jurídico na atual realidade mundial.”

Desse modo, nova interpretação precisa ser proposta à divisão das funções estatais, redefinindo também a ideia legalidade. Neste ponto, importante ressaltar que não se está a defender aqui que a teorização de Montesquieu está obsoleta. Elementos da obra de Montesquieu como a separação das funções em três Poderes e o controle do Poder pelo Poder ainda são plenamente aplicáveis, o que se busca com a referida interpretação é dar uma visão mais flexível a um sistema que tende a ser visto com rigidez excessiva e incompatível com o modelo gerencial de Estado.

Logo, esse processo de adaptação interpretativa deve ser realizado de modo a não alterar o núcleo de direitos e garantias fundamentais

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002. p. 490-492.

¹⁷⁰ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 136-137.

constitucionalmente previstos, apenas amoldá-los às demandas da contemporaneidade.¹⁷¹

Nesse sentido, flexibiliza-se a separação de Poderes e a legalidade deixa de ser vista como uma vinculação estrita à lei em sentido formal, é adaptada, e passa a englobar diversas outras fontes normativas presentes no ordenamento jurídico, criando um bloco de legalidade, de modo que a segurança jurídica deixa de ter o sentido de imutabilidade e passa a significar a ordenação do movimento.¹⁷²

Com isso, constata-se que a função normativa, assim como a administrativa e a jurisdicional, está difundida entre os três Poderes de Estado. Portanto, Executivo e Judiciário possuem parcela da função normativa inerente à sua atuação, na qualidade de Poder derivado. Somente a função legislativa, é de titularidade privativa do Legislativo, na qualidade de Poder originário.

Conforme já argumentado no tópico anterior, em razão da harmonia e equilíbrio entre os Poderes preconizados no artigo 2º da Carta Magna, faz-se necessário apenas que o Poder originário atribua por meio de lei a parcela inerente ao Poder derivado. Então, a partir do momento que ocorre tal atribuição, observados os limites constitucionalmente estabelecidos, a criação de direitos e obrigações aos indivíduos pelo Executivo está a ser feita em virtude de lei, como determina o princípio da legalidade previsto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal.¹⁷³

Ou seja, de acordo com Eros Grau¹⁷⁴:

“o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos (= reserva de norma), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule.”

¹⁷¹ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 303-305.

¹⁷² PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 306.

¹⁷³ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 186.

¹⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 184.

Isso quer dizer que quando o Poder originário atribui por lei ao Poder Executivo a regulamentação de determinados temas, tal atribuição é suficiente para o respeito ao princípio da legalidade, pois se está regulamentando em virtude da lei, através do exercício de função normativa.

Ainda uma ponderação deve ser feita acerca da legalidade em relação à sua acepção histórica para chegar às agências. Inicialmente, verifica-se que a complexidade e o pluralismo da sociedade, bem como o grande desenvolvimento técnico de diversos setores da economia nas últimas décadas expuseram a inadequação do modelo de Estado liberal (onde a legislação era sempre geral, abstrata e produzida exclusivamente pelo Legislativo) ao contexto presente. O Estado passou então a elaborar, ainda unicamente pelo Poder Legislativo, leis especiais e específicas que fugiam da abstração das normas codificadas.¹⁷⁵

Ocorre que tal medida também se mostrou insuficiente ao longo do tempo por uma série de fatores. Em primeiro lugar porque a burocracia da produção legislativa torna o processo deveras lento para a demanda social crescente. Em segundo lugar, os representantes do povo e dos estados-membros, em regra, não apresentam a especialização técnica adequada para tratar de temas complexos que precisam de regulamentação como, por exemplo, telecomunicações, mercado financeiro, comércio internacional, matriz energética e etc. Some-se à falta de tecnicidade o grande número de interesses políticos que rodeiam a produção legislativa e muitas vezes desvirtuam o interesse público.¹⁷⁶

E o peso decorrente deste contexto da incapacidade legislativa acaba por recair sobre o Executivo, de modo que¹⁷⁷, “a fim de enfrentar a realidade crescente dos fatos, tornou-se como que essencial à Administração estar dotada de capacidade de manejar instrumentos jurídicos que a tornem apta a prover situações fáticas.”

¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 379.

¹⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 379-380.

¹⁷⁷ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001. p. 123.

Em face da problemática demonstrada é que se verifica a importância das agências reguladoras, como entidades autárquicas dotadas de autonomia e com a relevante função regulatória de atividades que demandam grande conhecimento técnico. Ou seja¹⁷⁸, “a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das agências reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.”

O exercício de poder normativo das agências reguladoras, conforme já explicitado, decorre de atribuição legal e/ou constitucional. Em geral, esta atribuição é concedida na própria lei de criação da agência reguladora ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos para proporcionar autonomia e agilidade na regulação do setor¹⁷⁹. Ou seja, a outorga legal de poder normativo às agências é fundada em *standards*¹⁸⁰:

“[...] palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas – também genéricas – fixadas nas suas respectivas leis.

As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, suprimento do mercado interno, boas práticas da indústria, competição no mercado, preços abusivos, continuidade de serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos.”

Os *standards* podem ser observados em maior ou menor grau, a depender da complexidade do setor regulado. No caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por exemplo, determinam os incisos III e IV do art. 7º da Lei nº 9.782/99:

¹⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 380.

¹⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 406.

¹⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 408.

“Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[...]

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;”

No exemplo apresentado é evidente o poder conferido à ANVISA de criar regulamentos autorizados que estabeleçam padrões e limites acerca de produtos nocivos à saúde, baseado em seu amplo conhecimento técnico e sempre levando em conta o interesse público que gira em torno do tema.

Do mesmo modo, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) estabelece poderes normativos à ANATEL em seu artigo 19, incisos IV, X, XII e XIV, *verbis*:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

[...]

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

[...]

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;”

Esta lei merece atenção porque, apesar de trazer tais atribuições genéricas que permitem a atividade regulamentar da ANATEL, trata-se de uma lei analítica, que desce a uma série de minúcias relacionadas ao setor, de maneira que em sede de normatização pela agência não só deve ser observado o interesse público e os princípios constitucionais, como também as disposições da própria legislação instituidora.

Com isso, verifica-se que a depender da lei criadora, varia o grau de discricionariedade que as agências possuem para desenvolver os *standards* estabelecidos, podendo produzir, conforme amplamente defendido anteriormente, normas primárias, gerais e abstratas, sobre o tema regulado. Deve-se ter em mente aqui que as normas jurídicas devem sempre atender ao devido processo legal e buscar a realização de valores constitucionais, não importando de onde elas tenham emanado.¹⁸¹

É de se reiterar, por fim, que o desrespeito de quaisquer destes limites enseja as mais diversas formas de controle abordadas no capítulo anterior, o que contribui para o equilíbrio e a harmonia entre as funções de Estado.

Demonstrados os aspectos vinculados à constitucionalidade da atividade normativa das agências, passar-se-á à apreciação da jurisprudência pátria acerca do assunto.

3.3. A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TEMA

Apesar de ser bastante discutida e controversa em âmbito doutrinário, a constitucionalidade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras não tem grandes repercussões em sede judicial.

Na presente pesquisa, realizou-se um levantamento de cinco decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Dos cinco acórdãos, quatro foram proferidos em controle difuso, sendo dois deles anteriores à Constituição de 1988. Apenas dois entre os quatro dizem respeito a instituições da administração

¹⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 404.

indireta com funções regulatórias, sendo os outros dois relacionados ao exercício de poder regulamentar por órgãos do Poder Executivo.

Por fim, há um único acórdão que se refere especificamente a uma agência reguladora federal e sua atividade normativa. Trata-se de decisão em sede de controle concentrado e de caráter liminar, conforme se verá a seguir.

O primeiro acórdão objeto de análise foi proferido em 29 de março de 1974 no Recurso Extraordinário nº 76.629/RS julgado pela 1ª Turma, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, cuja ementa é a seguinte¹⁸²:

“ESTABILIDADE DE PREÇOS – Lei 4.862 e Decreto 57.618.

Nega vigência a Lei o termo que sobrepõe ao texto dela exigência regulamentar não existente no texto, negando aumento de preços que o legislador concedeu mediante prévia autorização do órgão controlador.”

No caso, a recorrente pleiteava direito a ser beneficiária de incentivo fiscal por cumprir as exigências estabelecidas na Lei nº 4.862/65, mas não recebeu tal benefício em razão de uma condição nova estabelecida por via regulamentar no Decreto nº 57.618/66. O relator dá provimento ao recurso, cuja decisão foi unânime, concedendo o benefício ao recorrente, pelo fato de a referida lei ser taxativa e não apresentar dispositivo que permitisse o exercício de poder regulamentar. Em arremate, argumenta o relator¹⁸³:

“Nesses assuntos, dou sempre muita importância à ratio iuris, entendendo que se o legislador quer os fins, concede os meios. Mas, no caso, a lei estabelece condições, que se devem entender taxativas. Meu voto confirmaria o v. acórdão se a lei 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir. Aí, não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de standards jurídicos de caráter técnico, a que se refere STATI. Mas não é esse o caso dos autos.”

Ou seja, *in casu*, defendeu a turma a possibilidade de normatizações de caráter técnico fixadas em *standards* por lei em sentido estrito, da mesma forma

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 76.629/RS, relator Ministro Aliomar Baleeiro, publicado no DJ de 13 de setembro de 1974.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 76.629/RS, relator Ministro Aliomar Baleeiro, publicado no DJ de 13 de setembro de 1974 (destaques do autor).

que as agências reguladoras exercem nos dias atuais, sem que isto seja considerado delegação legislativa inconstitucional¹⁸⁴.

O segundo acórdão analisado foi proferido em 20 de maio de 1975 no Recurso Extraordinário nº 77.899/PE, de relatoria do Ministro Carlos Thompson Flores, julgado pela 2ª Turma. O caso gira em torno da constitucionalidade de regulamentos editados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool (I.A.A.), entidade autárquica criada pelo Decreto nº 22.789 de 1º de junho de 1933, responsável pela regulação de questões relacionadas à produção, fornecimento e comercialização de cana de açúcar e seus derivados.¹⁸⁵

As resoluções normativas questionadas determinavam um aumento no preço do açúcar da época e estipulava a participação dos fornecedores de cana no pagamento do sobrepreço resultante do aumento. O então Tribunal Federal de Recursos concedeu a segurança por considerar que as resoluções em discussão eram ilegais.¹⁸⁶

Já no âmbito do RE nº 77.899/PE, o Ministro relator, em argumentação introdutória, afirma¹⁸⁷:

“Para conceder o writ, tanto a sentença como o aresto que a manteve examinaram a lide nos acanhados limites do direito privado, considerando as relações entre os impetrantes e ou fornecedores de cana no âmbito desse direito e os atos de aquisição de matéria – cana – como meras compras e vendas mercantis.

Se assim o fosse, os decisórios estariam corretos.

Sucedem, porém, que desde há muito os princípios que norteiam a lavoura canavieira são outros [...]”

Partindo desta premissa, o relator demonstra que a importância da produção de cana de açúcar na economia brasileira é determinante para uma

¹⁸⁴ É de se ressaltar que o acórdão em estudo foi proferido na vigência da Emenda à Constituição nº 1 de 1969, a qual previa expressamente em seu artigo 6º, parágrafo único, a vedação de delegação de atribuições por qualquer dos poderes.

¹⁸⁵ Decreto nº 22.789, de 1º de junho de 1933. Artigo 4º.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 77.899/PE*, relator Ministro Thompson Flores, publicado no DJ de 08 de agosto de 1975.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 77.899/PE*, relator Ministro Thompson Flores, publicado no DJ de 08 de agosto de 1975 (destaque do autor).

política mais sólida de intervenção do Estado¹⁸⁸, “com a finalidade de restabelecer e manter o equilíbrio entre a produção e o consumo”.

Aduz o relator que, em face de tal cenário, a atividade do I.A.A. decorre de disposição legal que atribui poder regulamentar de caráter técnico à referida entidade autárquica. Uma vez concedida tal atribuição, a atividade do I.A.A. se coadunaria com o disposto no art. 146 da Carta Constitucional de 1946¹⁸⁹, eis que não agride os direitos fundamentais.¹⁹⁰

Deste modo, a Turma, em decisão unânime, considerou legal e constitucional a atividade regulamentar de um ente da administração indireta de natureza reguladora, reforçando a tese defendida nesta pesquisa.

A terceira decisão colhida foi proferida em 23 de fevereiro de 1989 em Ação Rescisória nº 1.204-6/DF, com relatoria para o acórdão do Ministro Sydney Sanches.

O cerne da demanda gira em torno de resolução formulada pelo Instituto Brasileiro do Café (I.B.C.), entidade autárquica criada pela Lei nº 1.779/52 responsável pela regulação da política econômica do café brasileiro no país e no estrangeiro¹⁹¹, que fixava uma quota de exportação maior para cooperativas exportadoras de café do que para outras empresas exportadoras do mesmo grão.¹⁹²

Apesar de a discussão não ter por foco a violação ou não do princípio da legalidade, a referida decisão se mostra de grande importância, pois, tomada por maioria, ficaram vencidos o relator e o revisor que reputavam a norma

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 77.899/PE*, relator Ministro Thompson Flores, publicado no DJ de 08 de agosto de 1975.

¹⁸⁹ Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 77.899/PE*, relator Ministro Thompson Flores, publicado no DJ de 08 de agosto de 1975.

¹⁹¹ Lei nº 1.779, de 22 de Dezembro de 1952. Artigo 1º.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AR nº 1.204/DF*, relator Ministro Célio Borja, relator para o acórdão Ministro Sydney Sanches, publicado no DJ de 11 de setembro de 1992.

regulamentar do I.B.C. ilegal, uma vez que exorbitaria dos limites legalmente estabelecidos e feriria o princípio constitucional da isonomia.¹⁹³

Abrindo a divergência, o voto vencedor do Ministro Sydney Sanches argumenta que a lei de criação do I.B.C. cria ampla capacidade normativa para fixar diretrizes e regulamentar diversas situações, dentre as quais está a de fomentar o cooperativismo de produção, de crédito e de distribuição entre os cafeicultores¹⁹⁴. Uma vez atribuída tal competência, a normatização feita pelo Instituto é perfeitamente legal e até seria respaldada implicitamente pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, com a previsão do art. 160, inciso V¹⁹⁵, linha de raciocínio já desenvolvida no tópico anterior.

Assim, constatada a compatibilidade da regulamentação com o ordenamento jurídico pátrio, estes atos, ao estabelecerem quotas de exportação privilegiadas para cooperativas em detrimento das demais exportadoras, se enquadrariam em medidas de fomento expressamente prevista em lei, não contrariando a ideia de isonomia.¹⁹⁶

Então, por maioria, o plenário do Pretório Excelso decidiu pelo não provimento da Ação Rescisória e manutenção do acórdão rescindendo e mais uma vez ratificou a capacidade normativa de uma entidade com atribuição análoga à das atuais agências reguladoras.

Outro *decisum* objeto de estudo foi proferido em dois de dezembro de 1998, no Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão cuja ementa é a seguinte¹⁹⁷:

“TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 66 DA LEI Nº 7.450/85, QUE AUTORIZOU O MINISTRO DA FAZENDA A FIXAR PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI, E PORTARIA Nº 266/88/MF, PELA QUAL DITO PRAZO FOI

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AR nº 1.204/DF*, relator Ministro Célio Borja, relator para o acórdão Ministro Sydney Sanches, publicado no DJ de 11 de setembro de 1992.

¹⁹⁴ Lei nº 1.779, de 22 de Dezembro de 1952. Artigo 2º, alínea h).

¹⁹⁵ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AR nº 1.204/DF*, relator Ministro Célio Borja, relator para o acórdão Ministro Sydney Sanches, publicado no DJ de 11 de setembro de 1992.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 140.699/PE*, relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 18 de maio de 2001 (grifos do autor).

FIXADO PELA MENCIONADA AUTORIDADE. ACÓRDÃO QUE TEVE OS REFERIDOS ATOS POR INCONSTITUCIONAIS.

Elemento do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora **legalizado** pela Lei nº 4.502/64 e assim permaneceu até a edição da lei nº 7.450/85, que, no art. 66, o **deslegalizou**, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária (CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas as leis, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96).”

Tal acórdão merece destaque por trazer uma perspectiva diferenciada sobre a questão da capacidade normativa em âmbito administrativo. Uma primeira ideia desenvolvida gira em torno da reserva legal. Segundo o relator, o que a Carta Magna não reservou à lei formal seria passível de atribuição para regulamentação pelo Executivo.¹⁹⁸

No caso, argumentou-se que, em se tratando de questões tributárias, a Carta de 1988 e o Código Tributário Nacional já trariam os temas que deveriam ser definidos em lei, dentre os quais não estaria a fixação de prazo para recolhimento de tributos. Portanto, se a lei atribuiu ao Ministério da Fazenda o dever de fixar prazos para pagamento do IPI¹⁹⁹, Portaria do Ministro da Fazenda neste sentido respeita a legislação tributária e a Constituição.²⁰⁰

Construído este raciocínio, a questão mais uma vez desaguou no tema de indelegabilidade de poderes. O relator, valendo-se de voto vencido de Lázaro Guimarães no juízo *a quo* explica que²⁰¹ “a indelegabilidade – que tem origem constitucional – não pode jamais ser encarada em termos absolutos. [...] pode a lei estabelecer, inclusive numa matéria tributária, atribuições ao Poder Executivo”, bastando para tanto que “haja autorização legal e que o exercício deste poder se faça dentro dos limites razoáveis”.

Um último ponto levantado pelo relator diz respeito à deslegalização. A exposição revela que o prazo para pagamento do IPI havia sido fixado por lei²⁰².

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 140.699/PE, relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 18 de maio de 2001.

¹⁹⁹ Lei nº 7.450, de 23 de Dezembro de 1985. Artigo 66.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 140.699/PE, relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 18 de maio de 2001.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 140.699/PE, relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 18 de maio de 2001.

²⁰² Lei nº 4.502, de 30 de Novembro de 1964. Artigo 26, inciso III.

Entretanto, com o advento da lei em discussão, houve a revogação da lei anterior e a atribuição da competência para fixação de prazo ao Ministro da Fazenda, configurando hipótese de deslegalização. O relator, citando Canotilho, expõe²⁰³:

“A **deslegalização** encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista uma **reserva material de lei**, a lei ou o decreto-lei (no caso de autorização legislativa) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei.”

Com base em todo este constructo teórico, o plenário da Corte Constitucional brasileira decidiu por maioria pelo provimento do Recurso Extraordinário para reconhecer a constitucionalidade da atribuição legal de poder normativo ao Ministro da Fazenda e, conseqüentemente, a constitucionalidade da portaria ministerial.

Por fim, o último acórdão analisado é a única manifestação do STF encontrada que aborda especificamente a questão da constitucionalidade do exercício de poder normativo por uma agência reguladora federal no contexto atual em controle concentrado. Trata-se de decisão proferida em caráter liminar em 20 de agosto de 1998, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF, naquela ocasião de relatoria do Ministro Marco Aurélio²⁰⁴, que visa atacar a constitucionalidade de diversos pontos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

Especificamente sobre o poder normativo, arguem os requerentes que os incisos IV e X do artigo 19 da lei 9.472/97, que fixam a competência da ANATEL para normatizar os serviços de telecomunicações tanto em regime público quanto em regime privado, são inconstitucionais por usurparem a competência do Congresso Nacional prevista no artigo 48, inciso XII, da Lei Fundamental de 1988²⁰⁵.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 140.699/PE*, relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 18 de maio de 2001 (grifos do autor).

²⁰⁴ Por força de dispositivo regimental, a ADI nº 1.668-5/DF teve determinada a substituição do relator, sendo desde 20 de março de 2006 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

²⁰⁵ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

XII - telecomunicações e radiodifusão;

Ademais, reiteram o argumento da delegação de poder e sua vedação pelo artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.²⁰⁶

Sem grandes discussões, o plenário da Suprema Corte nacional decidiu dar interpretação conforme a Constituição com relação aos citados incisos, para fixar o entendimento de que a ANATEL possui competência normativa desde que respeitados os limites legais e regulamentares atinentes ao setor²⁰⁷. Ou seja, o principal elemento da atividade regulatória das agências tem respaldo constitucional.

Ainda se está diante de uma decisão provisória, o que demonstra que a questão ainda está aberta em âmbito jurisprudencial. Entretanto, já há uma sinalização pela manutenção do entendimento que o STF vem mantendo desde tempos remotos, conforme amplamente demonstrado neste tópico.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI nº 1668MC/DF*, relator Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 16 de abril de 2004.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI nº 1668MC/DF*, relator Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 16 de abril de 2004.

CONCLUSÃO

Desde o surgimento do Estado Moderno o fenômeno da regulação é observado. Com o passar do tempo, o surgimento de diferentes ideologias influenciou diretamente nas formas de intervenção desenvolvidas no âmbito estatal. Inicialmente, o período liberal apresenta um modelo minimalista de intervenção voltado apenas à garantia da liberdade e da propriedade.

Em um segundo momento, o contexto liberal dá lugar a um modelo de forte intervenção voltado para a garantia do bem-estar social, em que o Estado adapta-se em uma estrutura burocrática e passa a atuar diretamente na economia com a produção e o fornecimento de bens e serviços. Essa situação perdurou até o século XX e culminou em uma crise do Estado, que acumulou mais atribuições do que poderia cumprir e se tornou uma máquina inchada e ineficiente.

Em resposta a tal realidade, é desenvolvido em boa parte do mundo ocidental um modelo gerencial de Estado que visava diminuir a máquina pública, desburocratizar o sistema, descentralizar a atividade administrativa e desregular a economia para melhor regulá-la posteriormente. Com estas medidas, buscava-se a eficiência e qualidade na promoção da atividade estatal.

A implantação do modelo gerencial ocasionou uma mudança no paradigma de intervenção do Estado, que deixava de atuar diretamente na economia para atuar sobre a economia por intermédio de regulação. Este cenário de mudança da política interventiva associado à crescente complexização da sociedade no mundo globalizado, que suscita questões de ordem cada vez mais técnica e demanda respostas ágeis e eficientes por parte do poder público, ensejou o surgimento das agências reguladoras no Brasil.

Agências reguladoras são entidades autárquicas em regime especial criadas por lei para regular setores específicos da economia que requerem uma intervenção mais incisiva por parte do Estado. São dotadas de autonomia político-administrativa, concretizada na escolha diferenciada, estabilidade e mandato fixo dos dirigentes, e de caráter técnico, característica que busca garantir os princípios da especialidade e da eficiência.

As agências exercem ampla atividade regulatória, com função de fomento aos setores regulados; função de fiscalização e, conseqüentemente, de aplicação de sanções; função quase jurisdicional de composição de conflitos, sendo a última instância em âmbito administrativo; e função normativa de editar regulamentações gerais e abstratas, foco da presente pesquisa. Em razão desta diversidade de atividades, que perpassam as três funções clássicas de Estado, as agências acabam sendo objeto de grande questionamento na seara doutrinária quanto à sua atuação, principalmente no que diz respeito à sua atividade normativa.

A primeira questão discutida diz respeito à legitimação da atividade regulatória em sentido amplo exercida pelas agências. Neste ponto, conclui-se que a legitimidade de tais entidades decorre de sua lei de criação, eis que sua atividade além de compatível com o ordenamento constitucional e infraconstitucional, também é reconhecida e respeitada pelos agentes regulados e demais interessados.

A partir desta base teórica, outros argumentos, como a participação popular no processo de regulação, a verificação dos diversos meios de controle das atividades das agências ou a existência de outros órgãos que exercem funções normativas sem que seus titulares sejam escolhidos democraticamente, vêm em uma perspectiva de reforço da legitimidade.

Já tratando especificamente do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras fez-se necessária a construção de uma série de premissas para se chegar à defesa da constitucionalidade, abordando a ideia de poder normativo, regulamento, separação de Poderes e legalidade.

Primeiramente, constatou-se que o poder normativo consiste na competência de produzir normas jurídicas gerais e abstratas. Ou seja, é um gênero que abarca as funções legislativa, regimental e regulamentar, de modo que seu exercido não fica restrito ao Poder Legislativo.

Em segundo lugar, ao tratar de regulamento, inferiu-se preliminarmente que o poder regulamentar não está restrito ao Chefe do Poder Executivo, está espalhado pela Administração Pública direta e indireta. O

regulamento constitui um preceito primário que decorre de uma atribuição constitucional ou infraconstitucional, implícita ou explícita.

No que tange à separação de Poderes, a constatação básica a que se chegou em um momento inicial é a de que não é uma instituição rígida e estanque. Desse modo, todas as funções estatais estão presentes nos três Poderes e lhe são inerentes, com a diferença de que cada Poder exerce uma função em caráter originário (ou típico) e as demais em caráter derivado (ou atípico).

Assim, a função normativa é inerente ao Poder Executivo, que a exerce em caráter derivado. Mas para que este exercício se concretize é imprescindível, por uma questão de harmonia e equilíbrio entre os Poderes, que haja uma atribuição constitucional ou por lei formal.

O princípio da legalidade, por sua vez, está diretamente ligado a princípio da separação de Poderes. Portanto, com a flexibilização da tripartição, conforme demonstrada nos parágrafos anteriores, a noção de legalidade também é afetada e deixa de ser vinculada apenas à lei estrita, passando a abranger outras fontes integrantes do ordenamento jurídico.

Com base nas quatro premissas, constata-se que não há falar em delegação legislativa ou em violação do princípio da separação de Poderes, tendo em vista que as agências exercem função regulamentar (espécie de poder normativo) que é inerente ao Poder Executivo.

Também não há falar em violação ao princípio da legalidade, já que a referida flexibilização permite a interpretação da legalidade em sentido amplo. Ademais, o fato de o poder normativo das agências decorrer da atribuição constante de sua lei de criação, faz com que todos os atos regulamentares das agências sejam editados em virtude da lei.

As agências reguladoras exercem função normativa baseada em *standards* (estatuições de baixo teor normativo) e, em razão disso, possuem razoável discricionariedade para regulamentar os setores em que atuam. Entretanto, sua atuação deve sempre se pautar nas finalidades públicas e respeitar os princípios e limites legais e constitucionais. Em face de todas estas considerações, é possível

concluir pela constitucionalidade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras.

Por fim, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite verificar que desde tempos remotos, a Suprema Corte já vem reconhecendo a capacidade normativa de órgãos do Poder Executivo, inclusive de entidades autárquicas de natureza eminentemente regulatória, de acordo com os limites estabelecidos pelas leis e pela ordem constitucional.

Entretanto, no que diz respeito especificamente ao poder normativo das agências reguladoras propriamente ditas no cenário atual, a questão ainda está em aberto, uma vez que a única decisão encontrada acerca do tema foi proferida em caráter liminar. Importante ressaltar que a referida decisão já sinaliza pelo reconhecimento da constitucionalidade da atividade normativa das agências.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In BRESSER PEREIRA, Luís Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AUAD, Denise. Autoridades administrativas independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BADIN, Luiz Armando. As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1994.

BRASIL, Presidente (F. H. Cardoso). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Ed. Imprensa Nacional, 1995.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 21 jun. 2012.

_____. *Decreto nº 22.789, de 1º de junho de 1933*. Cria o Instituto do Açúcar e do Alcool e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=22789&tipo_norma=DEC&data=19330601&link=s>. Acesso em 11 ago. 2012.

_____. *Lei nº 1.779, de 22 de dezembro de 1952*. Cria o Instituto Brasileiro do Café, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1779.htm>. Acesso em 11 ago. 2012.

_____. *Lei nº 4.137, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.* Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm>. Acesso em 11 ago. 2012

_____. *Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985.* Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 19 jun. 2012.

_____. *Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985.* Altera a legislação Tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7450.htm>. Acesso em 11 ago. 2012.

_____. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.* Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.* Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.* Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.* Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.* Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.* Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9984.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.* Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, 2000.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. *Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005*. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. COMUNICAÇÕES - LEI GERAL Nº 9.472/97 - CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. *ADI 1668MC/DF*. Tribunal Pleno. Requerentes: Partido Comunista do Brasil e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ do dia 16.04.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória. Café. Exportação. Quotas. Arts. 2º e 3º, II, parágrafo 1º, da Lei nº 1.779, de 22.12.1952; art. 3º, "b", da Resolução nº 51, de 19.08.1981. Princípio de isonomia. Art. 153, parágrafo 1º, da E.C. nº 1/69. 1. A alínea "b" do art. 3º da Resolução nº 51/81, do I.B.C., com apoio nos arts. 2º e 3º, inciso II, e seu parágrafo 1º, da Lei nº 1.779, de 22.12.1952, visou a fomentar o cooperativismo de produção entre os cafeicultores, pois, ampliando as quotas de exportação de suas cooperativas, por essa forma lhes facilitou o escoamento da produção. 2. Não é arbitrária a discriminação entre as Cooperativas, que buscam afastar intermediários e com isso propiciar melhores preços, e as empresas não cooperativas, que podem se valer de intermediários e alcançar preços maiores. E isso pesa na competição perante o mercado externo. 3. Valendo-se de critérios políticos, que lhe haviam sido conferidos, o I.B.C., na Resolução 51/81, não exorbitou da Lei nº 1.779, de 22.12.1952, nem afrontou o princípio da isonomia previsto no parágrafo 1º do art. 153 da E.C. nº 1/69. 4. Preservando esses critérios o acórdão rescindendo também não violou tal princípio. 5. Nem compete ao Poder Judiciário a pretexto de isonomia, ampliar ou estender a terceiros benefícios ou privilégios legalmente autorizados, inclusive os resultantes de resoluções normativas de órgãos administrativos com poder delegado, pois isso seria substituir-se ao legislador ou administrador. Compete-lhe, isto sim, desconstituir tais benefícios e privilégios, quando inconstitucionais, se provocado pelas vias pró-prias, em caráter incidental ou principal. 6. Inocorrendo a alegada violação do princípio da isonomia (art. 153, parágrafo 1º da E.C. nº 1/69), julga-se improcedente a ação rescisória, que se funda apenas nessa alegação. *AR 1.204/DF*. Tribunal Pleno. Autor: Ever S.A. Réu: Instituto Brasileiro do Café. Relator: Min. Sydney Sanches. Publicado no DJ do dia 11 de setembro de 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Estabilidade de preços. Lei 4.862 o Decreto 57.618. Nega vigência a Lei o termo que sobreponha ao texto dela exigência regulamentar não existente no texto, negando aumento de preços que o legislador, concedeu mediante prévia autorização do órgão controlador. *Re 76.629/RS*. Primeira Turma. Recorrente: Marcopolo S.A. – Carrocerias e Ônibus S.A. Recorrida: União Federal. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Publicado no DJ do dia 13 de setembro de 1974.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Estatuto da lavoura canieira. Instituto do Açúcar e do Alcool (I.A.A.). Constitucionalidade de sua ação disciplinadora e intervencionista nos assuntos pertinentes a lavoura em questão. Legalidade das resoluções, pelo instituto expedidas, especialmente as de ns. 2.004 e 2.009/68, porque conformes as autorizações legislativas. (dec.-lei n. 4.189/42 e leis ns. 4.071/62 e 4.870/65). II. Relação entre usineiros e fornecedores de cana. Não ficam jungidas aos estritos limites do direito privado, como meros contratos mercantis, mas as de direito público, face a legislação específica que as regem, ao mesmo no que permite as condições, incluindo a fixação do preço. III. Admissão de assistentes equiparados a litisconsortes. IV. Recurso extraordinário provido para cassar a segurança provida para os usineiros. *RE 77.899/PE*. Segunda Turma. Recorrente: Instituto do Açúcar e do Alcool. Recorridos: Companhia Agro Industrial Nossa Senhora do Carmo e outras. Relator: Min. Thompson Flores. Publicado no DJ do dia 08 de agosto de 1975.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 66 DA LEI Nº 7.450/85, QUE AUTORIZOU O MINISTRO DA FAZENDA A FIXAR PRAZO DE RECOLHIMENTO DO IPI, E PORTARIA Nº 266/88/MF, PELA QUAL DITO PRAZO FOI FIXADO PELA MENCIONADA AUTORIDADE. ACÓRDÃO QUE TEVE OS REFERIDOS ATOS POR INCONSTITUCIONAIS. Elemento do tributo em apreço que, conquanto não submetido pela Constituição ao princípio da reserva legal, fora legalizado pela Lei nº 4.502/64 e assim permaneceu até a edição da Lei nº 7.450/85, que, no art. 66, o deslegalizou, permitindo que sua fixação ou alteração se processasse por meio da legislação tributária (CTN, art. 160), expressão que compreende não apenas as leis, mas também os decretos e as normas complementares (CTN, art. 96). Orientação contrariada pelo acórdão recorrido. Recurso conhecido e provido. *RE 140.669/PE*. Tribunal Pleno. Recorrente: União Federal. Recorrido: Companhia Atlantic de Petróleo. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ do dia 18 de maio de 2001.

_____. *Medida Provisória nº 2.219, de 4 de setembro de 2001*. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2219.htm>. Acesso em: 16 mai. 2012.

_____. Controladoria Geral da União. *Relatório de Auditoria Anual de Contas nº 201109004, de 27 de julho de 2011*. Disponível em <<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em 17 de maio de 2012.

_____. *Portal Brasil*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras>>. Acesso em 16 mai. 2012.

BRESSER PEREIRA, Luís Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luís Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Franklin Ramos de. *O poder normativo conferido às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10837>. Acesso em 22 jun. 2012.

CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

DINIZ, Eli. *Crise, Reforma do Estado e Governabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA, Sérgio. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In BRESSER PEREIRA, Luís Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

LENNERTZ, Marcelo. *A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2604>>. Acesso em 21 jun. 2012.

LEVI, Lucio. Legitimidade. In. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MENENZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Manole, 2003.

OSBOURNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. 9. ed. Brasília: Ed. Comunicação, 1997.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ROCHA, Regina Bernardes. Órgãos reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. *Keynes: Doutrina e Crítica*. São Paulo: Ed. Massao Ohno, 1999.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle Social: Possibilidades no Âmbito da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Ed. DIAP, 2000.