

**WESLEY JORGE MONTEIRO**

**A FUNÇÃO DO ESTADO E O INSTITUTO DA  
DESLEGALIZAÇÃO**

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

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida  
Barbosa

**BRASÍLIA**

**2012**

A minha família, Maria de Fátima Monteiro, José Ribamar Monteiro, Waleska de Fátima Monteiro e em especial a Grace Batista Monteiro, pelo investimento, amor, apoio e confiança.

Agradeço, primeiramente, a Grace Batista Monteiro, pela constante companhia, dedicação, atenção e toda demonstração de amor.

À minha família, participante da minha alegria em concluir este curso de graduação, pelo incentivo transmitido.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

Aos meus amigos, pela cumplicidade e alegria de sempre.

“Devo ensinar-lhe, Tzu-lu, no que consiste o conhecimento? Quando você sabe alguma coisa, reconhecer que sabe; e, quando você não sabe alguma coisa, reconhecer que não sabe. Isso é conhecimento.”

Confúcio

*(Século IV A.C)*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 PODERES E FUNÇÕES DO ESTADO .....</b>	<b>9</b>
1.1 Poderes .....	9
1.2 Funções .....	12
1.2.1 <i>Típicas e Atípicas</i> .....	14
1.2.2 <i>Administrativas</i> .....	15
1.2.3 <i>Agências Reguladoras</i> .....	18
<b>2 TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO OU DELEGIFICAÇÃO.....</b>	<b>21</b>
2.1 Conceito .....	21
2.2 Fenômeno.....	22
2.3 Deslegalização e o Poder Normativo das Agências.....	24
<b>3 DESLEGALIZAÇÃO NO BRASIL.....</b>	<b>29</b>
3.1 Doutrina .....	29
3.2 Jurisprudência .....	33
3.3 Reflexões à Teoria .....	41
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>53</b>

## RESUMO

Trata-se de monografia que tem por objetivo examinar o instituto da “deslegalização ou delegificação” em face do poder normativo das agências reguladoras, tendo em vista a relevância dessas agências para os interesses da coletividade. Para tanto, após apresentado o momento no qual elas foram inseridas no ordenamento jurídico, torna-se necessária a análise desse poder normativo, abordando se essa atuação fere a norma constitucional. Prosseguindo-se, discute-se a postura adotada pela doutrina e pela jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Econômico. Direito Constitucional. Agências Reguladoras. Função Administrativa. Deslegalização. Administração Pública.

## INTRODUÇÃO

O direito administrativo ocupa-se, no sentido estrito, da função administrativa, sendo essa uma atribuição do Poder Executivo, envolvendo atividades de gestão de pessoal, de bens e serviços, além do planejamento, decisão, execução e controle voltadas a bem coletivo.

A função administrativa não é exclusiva do Poder Executivo, mas devido à especialização cada vez maior das atividades estatais, os órgãos próprios dos Poderes Legislativo e Judiciário também possuem atribuições administrativas na sua gestão interna.

Assim, os órgãos do Poder Executivo, que é a Administração Pública, gerenciam os atos administrativos que impactam no interesse público. As agências reguladoras são órgãos da Administração Indireta que tem como função regular as matérias de sua competência.

As competências das agências reguladoras são definidas por meio de sua lei criadora. Na mesma lei está contida a sua finalidade, a sua estrutura e também o alcance da sua função normativa. De forma simplificada, pode-se dizer que a função normativa das agências reguladoras compreende o exercício do controle administrativo sobre os atos e contratos dos serviços público prestados à sociedade por terceiros.

Pode-se agora definir o campo problemático do tema objeto da presente monografia: saber qual o alcance da competência legiferante conferida às agências reguladoras pelo fenômeno da “deslegalização ou delegificação”<sup>1</sup>.

Entende-se como deslegalização modalidade anômala de transferência sem delegação, pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Revista Interesse Público, v. 7, n. 35, jan/fev, 2006. A deslegalização ou delegificação no entendimento de Carvalho Filho, “tem por núcleo central a edição de normas técnicas por órgãos administrativos dotados de especialização em certos setores de prestação de serviços e produção de bens”. Para melhor edição do texto o termo será escrito sem aspas.

natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos.<sup>2</sup>

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a legitimação do poder normativo das agências reguladoras pelo instituto da deslegalização. Compreender o alcance do Poder Normativo das agências reguladoras e entender a ampliação desse poder com o fenômeno da deslegalização apresenta-se como importante objetivo deste trabalho.

Desta forma, o ponto de partida é a apresentação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, realizando uma rápida análise da competência de cada poder e a seguir pela definição da função administrativa do Poder Executivo.

Ainda no primeiro capítulo, expõem-se as características das agências reguladoras, assim como as suas competências normativas.

No segundo capítulo, é apresentada por diversos doutrinadores a definição do instituto da deslegalização. As causas do surgimento do fenômeno da deslegalização também são abordadas neste capítulo. A seguir é exposta a atuação do instituto da deslegalização no poder normativo das agências reguladoras.

Por fim, demonstram-se análises doutrinárias a respeito desse instituto, sendo algumas favoráveis e outras desfavoráveis. Também é demonstrado como a jurisprudência vem se posicionando acerca do tema. Finalizando o capítulo, são apresentadas algumas reflexões relativas ao instituto da deslegalização, expondo sugestões do pesquisador.

---

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 34.

# 1 PODERES E FUNÇÕES DO ESTADO

## 1.1 Poderes

Antes de adentrar no cerne deste capítulo, far-se-á necessário ornar alguns conceitos, mesmo que superficialmente, sobre a formação do Estado e a divisão dos seus Poderes, assim como estabelecer os limites impostos pela Constituição de 1988 a cada um deles, e, futuramente, direcionar o foco desta pesquisa exclusivamente a um dos Poderes, qual seja o Poder Executivo como sendo o centro da Administração Pública.

O Estado social tem sua origem no fim do século XVIII com a Revolução Francesa, no qual o Estado passa a preservar os ideais do iluminismo, garantindo aos indivíduos o Princípio Universal da liberdade. Conforme a sociedade evoluía além do princípio da liberdade, novos princípios foram inseridos na proteção do Estado, entre eles o da igualdade e o da fraternidade. Todavia, na metade do século XX, o Estado sofreu novas transformações, passando a atuar com mais frequência na vida dos cidadãos.

Com a evolução da sociedade o Estado passou a desempenhar um papel de fundamental importância na vida dos indivíduos, em especial, no que diz respeito aos interesses da coletividade.

Na definição de Darcy Azambuja, o Estado é hierarquizado e tem por finalidade o bem público.

“O Estado, portanto, é uma sociedade, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum. E se denomina *sociedade política*, porque, tendo sua organização determinada por normas de Direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, *o bem público*”.<sup>3</sup>

Partindo desse conceito, constata-se que o Estado é a união de um grupo de indivíduos organizados por uma norma jurídica que visa ao bem estar coletivo.

---

<sup>3</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 1998. p. 2.

Deste modo, independentemente da função exercida pela Administração Pública e de quem quer que exerça tal atividade em nome do Estado, deverá sempre obedecer à norma geral, ou seja, o Estado e seus agentes deverão atuar de forma a garantir o interesse coletivo, obedecendo a Constituição a qual se submete.

Com a especialização de suas funções, o Estado passa a ter órgãos próprios para cada atividade, visando a garantir o equilíbrio entre eles. O Estado Brasileiro adota a teoria tripartida de Montesquieu.

“Em todo o Estado – diz ele – há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do Direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz lei para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado. (Esprit des Lois, Livro XI, cap VI).”<sup>4</sup>

Desta forma, a Constituição Federal Brasileira de 1988, sob forte influência da teoria de Montesquieu sobre os freios e contrapesos<sup>5</sup> – onde um poder limita o outro – fundamentada no pensamento liberal e inspirada na constituição americana, traz em seu artigo 2º a divisão do Estado em três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>6</sup>

Cada poder tem sua função primordial: o Legislativo essencialmente a de elaboração das leis, o Judiciário a de aplicar a lei na solução de conflitos e o Executivo a de executar a lei na gestão concreta, direta e imediata.

Todavia, Renato Alessi, sobre a separação rígida entre os poderes, afirma que:

“[...] fica claro que Montesquieu, inspirador dos atuais sistemas constitucionais, adotou a distinção baseada essencialmente no critério subjetivo para formular sua teoria de separação dos poderes. Assim, ao Poder Legislativo corresponderia exclusivamente a elaboração de leis; ao

<sup>4</sup> *Apud* AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 1998. p. 178.

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 131.

<sup>6</sup> Constituição Federal, Artigo 02.

Poder Judiciário, a solução dos litígios; e ao Poder Executivo, a movimentação da máquina administrativa. Um exame, ainda que superficial, revela não ser esta a realizada política que se vive. Aliás, esse arranjo institucional, de separação absoluta das funções estatais, não existe, nem existiu em qualquer país do mundo em razão de sua impossibilidade prática.”<sup>7</sup>

Desta maneira, nota-se que a separação dos poderes de forma rígida e inflexível, onde cada poder exerceria apenas uma atividade, nunca passou de um mito, portanto, a “separação de poderes” nada mais é do que uma separação de funções entre cada um desses órgãos.

Assim são os ensinamentos de Eros Roberto Grau:

“A *separação* dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal, coroando na afirmação, inscrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”.<sup>8</sup>

Ademais, as funções do Estado devem ser divididas entre os Poderes de forma que todas as demandas da sociedade sejam atendidas de forma ágil e eficaz. E nesse sentido o Estado deve se emoldurar de forma a atender as diversas necessidades da população.

Alexandre Santos de Aragão sustenta o seguinte:

“O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias”.<sup>9</sup>

Para Eros Roberto Grau, o importante é observar que, na perspectiva de Montesquieu, sua teoria não defende a efetiva “separação de poderes”, todavia uma diferenciação entre eles e que, ainda assim, devem atuar de maneira equilibrada<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 311.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 222.

<sup>9</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. de 2000. Disponível na Internet: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em 21 de junho de 2012.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 226.

Essas diferentes funções do Estado são as chamadas funções típicas e atípicas que serão discutidas a seguir, assim como a definição dos limites e das competências que a constituição federal distribui entre os três poderes.

## 1.2 Funções

O Poder Estatal, também conhecido como Poder Público, é aquele poder conferido pela sociedade ao Estado, a fim de servir aos interesses coletivos que serão definidos pela própria sociedade criadora.

Nessa seara, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>11</sup> ensina que existe uma classificação dualista quanto ao Poder Público, qual seja uma definição orgânica e outra funcional. Na primeira, o poder orgânico é composto pelos poderes instituídos na constituição federal, são os próprios órgãos, ou seja, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; por outro lado, na segunda classificação, o poder funcional corresponde ao Poder Legiferante ou normativo, Executante ou Administrativo e o Judicante ou Jurisdicional. Entretanto, o autor adverte que:

“Inexiste, todavia, qualquer correspondência rígida entre os clássicos poderes orgânicos e os poderes funcionais com idêntica raiz etimológica, pois, nos modelos reais, a distribuição de funções entre órgãos do Estado obedece apenas a *critérios políticos-constitucionais*, que expressam as altas definições organizativas próprias de cada Estado”.

Reitere-se, porém, que não existe uma relação inflexível entre os Poderes do Estado e as relativas competências, pois a Constituição Federal é que determinará as funções de cada Poder, indicando os seus limites.

Corroborando com o entendimento de Diogo de Figueiredo, Dirley da Cunha Jr.<sup>12</sup>, também, classifica a Administração Pública em dois sentidos:

“No sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública compreende um conjunto de entidades jurídicas (de direito público ou de direito privado), de órgãos públicos e de agentes públicos, que formam o aparelhamento orgânico e compõem a estrutura formal da Administração. Por esse sentido, leva-se em conta o sujeito da Administração.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 19 e 20.

<sup>12</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p.27.

No sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública corresponde a um conjunto de funções ou atividades de caráter essencialmente administrativo, consistentes em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado. Nesse sentido, toma-se em consideração a função administrativa.”

Em síntese, os poderes orgânicos são formados pelos órgãos, entes ou corpos despersonalizados sob os quais se atribuem as competências com a finalidade de que eles possam desempenhar determinadas funções, ou ainda, são as funções atribuídas aos órgãos para que estes possam atuar em determinadas funções.

Nesse contexto, Hely Lopes Meirelles conceitua a atividade administrativa como:

“[...] atividade administrativa é concreta, direta e imediata porque a Administração Pública age *concretamente* (com injunções e regulamentações, pondo em execução a vontade abstrata do Estado contida na lei), *diretamente* (sem intermediações ou substituições) e *imediatamente* perante os administrados, prestando os serviços públicos e atendendo as necessidades coletivas, visando o bem-estar geral da comunidade, realizando os fins constitucionais do Estado”.<sup>13</sup>

Para que a Administração Pública exerça suas atividades essenciais é necessário que ela possa desempenhar outras atividades e não somente aquelas diretamente relacionadas às suas atividades essenciais. Nesse sentido, afirma-se que todos os poderes da Administração Pública desempenham atividades Típicas e Atípicas.

Dirley da Cunha Jr. caracteriza as funções típicas e atípicas da seguinte forma:

“Os Poderes estatais desempenham, para além de suas funções típicas ou proprietárias, funções atípicas ou secundárias. As funções típicas correspondem àquelas que os Poderes exercem com predominância, mas não com exclusividade. E as funções atípicas correspondem às funções típicas de outros Poderes, exercidas como atividade ancilar das funções principais de cada Poder”.<sup>14</sup>

As atividades primárias e secundárias foram determinadas pelo legislador constituinte aos Poderes na Constituição Federal, e, para melhor entendimento sobre as

<sup>13</sup> *Apud* JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p.27.

<sup>14</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p.28.

funções típicas e atípicas de cada um dos Poderes, serão conceituadas algumas dessas funções a seguir.

### 1.2.1 Típicas e Atípicas

Para determinar as funções relativas ao Poder Legislativo, serão usadas as definições de Alexandre de Moraes.

“As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar e fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70).

As funções atípicas constituem-se em *administrar e julgar*. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.”<sup>15</sup>

Na definição das funções típica e atípicas do Poder Judiciário, Alexandre de Moraes utiliza-se do entendimento de Arruda Alvim para firmar o conceito quanto à função típica do judiciário.

“Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controversa mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes”<sup>16</sup>.

O Judiciário, porém, como os demais Poderes de Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa. São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição. São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao judiciário elaborar seus regimentos internos, [...]”<sup>17</sup>.

Quanto ao Poder Executivo, toma-se por definição o que leciona Dirley da Cunha Júnior<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 416.

<sup>16</sup> *Apud* MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 507.

<sup>17</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 507.

“[...] o Executivo, além de exercer sua função típica (que é realizar, em caráter preponderante, a atividade administrativa) [...]”.

“[...] desempenha, outrossim, as funções atípicas de legislar (Ex.: Medidas Provisórias, Leis Delegadas e atos normativos em geral, como os decretos regulamentares) e de julgar (Ex.: processos administrativos disciplinares), que irão subsidiar a sua atividade de administrar os interesses da coletividade [...]”.

Assim, segundo afirma Dirley da Cunha Jr., o Poder Executivo tem a função administrativa como sua função típica.

“[...] a função executiva ou administrativa, que se presta a executar, de ofício, a lei, administrando os negócios coletivos, satisfazendo as necessidades públicas e atuando concretamente no interesse do bem estar geral da coletividade.”<sup>19</sup>

Desta forma, segundo autores citados, tem-se por Administração Pública as atividades do Poder Executivo, pois cabe aos seus agentes, órgãos e entidades a função típica de gerenciar todos os atos administrativos controlando os atos individuais que possam interferir nos interesses da comunidade. Entretanto, não se pode afirmar que os outros poderes não desenvolvam atividades administrativas, mas tais atividades se dão de forma suplementar ou atípica, auxiliando na realização de suas atividades essenciais<sup>20</sup>.

## 1.2.2 Administrativas

Destarte, feitas tais considerações sobre a Administração Pública, direciona-se o estudo efetivamente à função administrativa, na qual se faz necessário a sua conceituação.

Definição de função administrativa, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentos ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função

<sup>18</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2010, p. 29.

<sup>19</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 26.

<sup>20</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 28.

não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio”<sup>21</sup>.

Na visão de Lúcia Valle Figueiredo, o conceito é mais amplo.

“A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos Tribunais de contas), atos, estes, revisíveis pelo judiciário”.<sup>22</sup>

Extrai-se de mais importante em ambos os conceitos o fato de a função administrativa sempre buscar como resultado um bem coletivo, ou seja, a função administrativa visa como um fim determinado à realização de fins públicos. Por outro lado, toda essa busca deve obedecer a uma norma jurídica, pois a Administração Pública só pode atuar dentro dos termos expressamente autorizados pela lei.

Ademais, sobre a afirmação de que a Administração Pública deve obediência a lei, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

“[...] a atividade administrativa é uma atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares. Esta ideia costuma ser sinteticamente expressa através das seguintes averbações: enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o princípio geral da liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido. Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei é meramente uma relação de não-contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei é não apenas uma relação de não-contradição, mas é também uma relação de subsunção”.<sup>23</sup>

E para a Administração Pública alcançar suas finalidades é necessário um conjunto de regras e princípios constitucionais que discipline a atuação dos agentes públicos no desempenho das funções administrativas, tanto da Administração Pública direta como da indireta<sup>24</sup>. Esse conjunto de normas é denominado de Regime Jurídico-Administrativo.

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 71-72.

<sup>22</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 34.

<sup>23</sup> *Apud* FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 49 e 50.

<sup>24</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 33.

O Regime Jurídico-Administrativo está amparado em dois princípios fundamentais: supremacia do interesse público sobre os interesses privados; e indisponibilidade do interesse público.

Sobre esses princípios, Dirley da Cunha Júnior ensina que eles conferem uma prerrogativa de autoridade aos sujeitos da Administração Pública ao mesmo tempo em que impõem sujeições ou restrições aos mesmos sujeitos<sup>25</sup>.

Entretanto, a Constituição Federal, no *caput* do seu artigo 37, traz cinco princípios referentes à Administração. Ressalta-se que esses expressos no artigo não são os únicos princípios norteadores da Administração Pública, pois existem outros tão importantes quanto aqueles, que não foram explicitados.

Para que se tenha uma clara e real noção da força normativa dos princípios em um ordenamento jurídico, cita-se a definição de Canotilho.

“Os princípios gerais de Direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito”.<sup>26</sup>

Observa-se que os princípios são formadores das normas gerais, ou seja, são normas jurídicas fundamentais, dotadas de intenso valor e por isso são consideradas as normas das normas, pois são os princípios que refletem a ideologia e o modo de se compreender e aplicar as normas constitucionais.

Portanto, faz-se necessário definir de forma lacônica os princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, qual seja:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...]”. (grifo nosso).

---

<sup>25</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 33.

<sup>26</sup> *Apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 38.

Em resumo, o Princípio da Legalidade implica que a Administração Pública deve atuar de acordo com a lei e o Direito, pois é uma exigência que decorre do Estado de Direito onde há a submissão do Estado ao império da ordem jurídica; o Princípio da Impessoalidade exige que a atividade administrativa seja exercida de modo a prestigiar todos os administrados de modo coletivo e não a certos membros em detrimento de outros, desta forma deve se apresentar de forma impessoal; o Princípio da Moralidade é um conjunto de valores éticos que fixa um padrão de conduta que deve ser observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, impondo a esses agentes que atuem na função pública com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé; o Princípio da Publicidade exige que a atividade pública seja transparente ou visível para que os administrados tomem conhecimento de todo comportamento administrativo do Estado, desta forma todos os atos da Administração Pública devem ser públicos e de conhecimento geral, assim todos tem o direito a receber informações de seu interesse particular ou coletivo diante dos órgãos públicos; o Princípio da Eficiência denota que os agentes públicos devem realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento. Esse princípio deve abranger o sucesso dos meios (eficiência), como o sucesso dos fins (eficácia), visando atender a efetividade administrativa empregando os meios adequados<sup>27</sup>.

Nesse contexto, a Administração Pública busca a realização dos interesses coletivos, devendo obediência à norma jurídica vigente, ou seja, a Administração, para alcançar a sua finalidade constitucional, deve se submeter à primazia do Estado Democrático de Direito.

### 1.2.3 Agências Reguladoras

No direito brasileiro, em sentido amplo, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta, que tenha por função regular as matérias de sua competência, poderá ser qualificado como agência reguladora<sup>28</sup>.

Sobre a definição das agências reguladoras, tem-se como primordial a função regulatória, mas o que se entende por regulação? Para responder essa questão, cita-se a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

---

<sup>27</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 39 a 44.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas. 2003, p. 402.

“[...] a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.<sup>29</sup>

Nesse sentido, verifica-se que a definição de Dirley da Cunha Júnior sobre as agências reguladoras é mais abrangente.

“A agência reguladora foi concebida para exercer a disciplina e o controle administrativo sobre os atos e contratos que dizem respeito à prestação de um serviço público específico ou a alguma atividade econômica, cumprindo-lhe a função de regular essa prestação e atividade”.<sup>30</sup>

Para se alcançar um desempenho eficaz, voltado a obedecer aos princípios da Administração Pública designados pela Constituição Brasileira em seu artigo 37, faz-se mister que as agências reguladoras exerçam um poder normativo.

Nessa seara, citam-se os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

“A questão do poder normativo das agências reguladoras brasileiras pode ser melhor delineada nos tópicos: (i) a ação administrativa das agências, para sua eficácia e operacionalidade, exige *ação normativa*; (ii) ação normativa compreende *poder normativo*”.<sup>31</sup>

Ainda, sobre as agências, vale ressaltar que elas são criadas por lei específica, devendo absorver as matérias outrora do Poder Executivo. Após sua criação as agências reguladoras possuem independência em relação ao Executivo e ao Legislativo.

Assim, percebe-se que as agências reguladoras nasceram com o objetivo de, representando o Estado, estabelecer regras para a prestação dos serviços públicos, visando ao equilíbrio entre o Estado, usuários e delegatários. Seu propósito é regular a atividade econômica, protegendo o interesse coletivo e catalisando a ação do Estado na economia. Em essência, sua atuação é coordenadora e normativa, sempre com o escopo de defender o interesse público.

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 30.

<sup>30</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 196.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 354.

Todavia, Dinorá Adelaide Musetti Grotti adverte que a instituição desses órgãos não ficou confinada aos serviços privados.

“As atividades disciplinadas e controladas pelas agências são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq). Outras são atividades econômicas no sentido estrito (como a Agência Nacional de Petróleo - ANP). Outras são atividades que, quando o Estado protagoniza, serão serviços públicos, mas que também são facultadas aos particulares, hipóteses em que serão atividades econômicas. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares executam no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS (hoje denominada Anvisa), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Algumas são atividades de fomento de setores culturais e fiscalização de atividade privada, que é o que sucede com a Agência Nacional do Cinema - Ancine. Há, ainda, agência reguladora do uso de bem público, que é o que ocorre com a Agência Nacional de Águas – ANA”.<sup>32</sup>

Embora as agências reguladoras tenham um papel extremamente importante no atual contexto político econômico do Brasil, não apenas pela capacitação técnica inferida em cada atividade regulamentada, o que traz uma melhor resposta da Administração Pública, tornando a reação rápida e flexível, visando à estabilização econômica contra as oscilações do mercado, é fundamental um estudo sobre a sua legitimidade.

Destarte, o próximo capítulo será desenvolvido buscando analisar os vários aspectos sobre o fenômeno da deslegalização ou delegificação que possam justificar tal legitimidade conferida às agências reguladoras, visando a conceituar o instituto, demonstrando sua aplicação segundo a doutrina e apresentando a posição do Supremo Tribunal Federal sobre os casos concretos.

---

<sup>32</sup> GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

## 2 TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO OU DELEGIFICAÇÃO

### 2.1 Conceito

O instituto da deslegalização tem origem europeia, mais precisamente na Itália, e não alcança consenso entre os doutrinadores estrangeiros. A deslegalização, ou delegificação, pode ser conceituada como a retirada do poder legiferante sobre determinadas leis do Poder Legislativo, transferindo-o para o Poder Executivo. Para Canotilho<sup>33</sup>, a deslegalização acontece quando “uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamento”.

Ampliando a ideia, Enterría conceitua a delegificação ou deslegalização como “a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração”.<sup>34</sup>

Ainda segundo o autor supracitado, a deslegalização produz o “congelamento do grau hierárquico”, onde uma lei anterior de regulação material não inova diretamente a regulação, apenas rebaixa o grau hierárquico da norma, para que esta possa ser regulada por mero regulamento. Ou seja, “simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora”.<sup>35</sup>

Vale dizer que a deslegalização não gera leis com o mesmo nível hierárquico no sentido amplo, o que significa que não existe processo legislativo representativo. Em outras palavras, por não proceder do poder constituinte derivado, tais normas não podem confrontar-se com as leis em sentido amplo.

<sup>33</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1995, p. 915.

<sup>34</sup> *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, v. 786, Abril, 2001. Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

<sup>35</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, v. 786, Abril, 2001. Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

Corroborando com os autores anteriormente citados, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que deslegalização é uma modalidade anômala de transferência sem delegação:

“[...] pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, no exercício da competência implícita no *caput* do artigo 48 da Constituição”.<sup>36</sup>

É importante frisar que a deslegalização não se confunde com o instituto da desregulação<sup>37</sup>, que visa a reduzir a interferência do Estado na economia.

Pode-se concluir, de forma sucinta, que a deslegalização é entendida como a supressão executada pelo Poder legiferante de matérias do âmbito da lei, para atribuí-las às agências reguladoras.

## 2.2 Fenômeno

Com a evolução das funções administrativas do Estado, houve uma necessidade de adequação do arcabouço regulatório. Segundo Moreira Neto, “a modernização das funções do Estado se confunde com a necessidade de maior poder normativo por parte do Poder Executivo”.<sup>38</sup>

O aumento da complexidade da realidade dos mercados econômicos, resultado da globalização, do aumento da velocidade das telecomunicações, das constantes inovações tecnológicas, houve a adequação do Estado em face destas transformações. Com isso, há uma necessidade de harmonizar o ordenamento jurídico à realidade imposta.

Wallace Paiva Martins Júnior argumenta:

“Além disso, e sem prejuízo da notável morosidade do Legislativo (até porque as matérias mais relevantes ficam na dependência do Executivo,

---

<sup>36</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 34.

<sup>37</sup> O conceito de desregulação no entendimento de Di Pietro, “quando se fala em desregular, como um dos instrumentos ora utilizados pela reforma do Estado, quer-se significar que deve diminuir o regramento da atividade privada, para diminuir a intervenção do Estado nas liberdades do cidadão” (Di Pietro, 2002, p. 150).

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 163.

titular da iniciativa legislativa e do poder de veto, e porque não há limites para edições e reedições de medidas provisórias), tais normas constitucionais foram aprimoradas no patamar infraconstitucional com indicações mais precisas do objeto da atuação administrativa, embora reservada dose mínima de liberdade à Administração Pública”.<sup>39</sup>

Soma-se a isso o fracasso do Estado do Bem Estar Social, onde o Estado era produtor de bens e serviços e detinha o monopólio de importantes atividades econômicas, surge, então, a necessidade de outro tipo de Estado, o Regulador.

Di Pietro afirma o seguinte:

“Foi nos Estados Unidos que teve início a atividade reguladora pelo Estado, com a criação das agências, intensificando-se essa intervenção nos anos 30, época em que o intervencionismo já se praticava intensamente, pela multiplicação de órgãos intervencionais não só nos Estados Unidos, mas também na França, Alemanha, Itália, Portugal e em inúmeros outros países da Europa e da América Latina”.<sup>40</sup>

Pode-se observar que o Estado Regulador originou-se nos Estados Unidos, sendo as agências reguladoras identificadas como qualquer outra autoridade pública. Desta forma, “possuem competência para editar normas jurídicas e atos administrativos, obedecendo aos limites impostos pela lei de sua criação”.<sup>41</sup>

Lúcia Valle Figueiredo explica que o motivo principal do surgimento das agências reguladoras:

“[...] estava ligado à alta especialização dos vários campos de atuação do Executivo e ao entendimento de que, se houvesse possibilidade de gente especializada executar, melhor seria a prestação do serviço ou a fiscalização”.<sup>42</sup>

A questão que se coloca é a legitimação do poder normativo das agências reguladoras. O poder normativo regulatório, obedece à alta especialização técnica, – norma

---

<sup>39</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 789, Julho, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 15 de maio de 2012.

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 32.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 151.

<sup>42</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 151.

em sentido estrito – não é suficiente para dar eficiência e autonomia para as agências reguladoras.

Assim, torna-se nítido que as agências reguladoras necessitam de um poder normativo amplo dado a evolução natural do processo de gestão pelo Estado dos interesses coletivos.

Nesse contexto, Faria apresenta a seguinte ideia:

“A consciência desse impasse, por legisladores e governantes, os tem levado a rever sua política legislativa, procurando cada vez mais desvincular o Estado de suas funções reguladoras da economia. Para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, eles estão recorrendo a amplas e ambiciosas estratégias de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência na fixação de preços, salários e de limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho e cortes nos gastos sociais”.<sup>43</sup>

### **2.3 Deslegalização e o Poder Normativo das Agências**

Conforme já explicitado anteriormente, as agências reguladoras são autarquias de natureza especial que possuem autonomia gerencial, orçamentária e financeira, dotadas de funções técnicas e poderes normativos.

O Poder Normativo recebido pelas agências reguladoras, que é uma delegação para a execução da atividade de regulação, é fornecido pelo Poder Legislativo, na forma de lei de iniciativa do Poder Executivo, que conterà a finalidade, os objetivos e a estrutura das agências. Segundo afirma Alexandre de Moraes, assim como aconteceu nos Estados Unidos, o Poder Legislativo estabelece os parâmetros básicos, de forma generalizada, e às agências reguladoras cabe a regulamentação específica. Assim, as agências exercem, de forma exclusiva, a atividade de fiscalização antes executada pela Administração direta.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> FARIA, José Eduardo. **As transformações do direito**. São Paulo, Revistas Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, Abril, 1998. Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 30 de maio de 2012.

<sup>44</sup> MORAIS, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 791, Setembro, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 30 de maio de 2012.

O poder normativo das agências é considerado altamente técnico, ainda que na edição de normas gerais. Desse modo, não há o que se falar em apropriação da natureza legiferante, visto que as agências desempenham a função administrativa.

“Destaca Celso Antônio Bandeira de Mello que, em face do princípio constitucional da legalidade, as determinações normativas oriundas dessas entidades não de se ater a aspectos estritamente técnicos, ou que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha). Isto é, podem, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente, ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração”.<sup>45</sup>

Logo, o deslocamento da capacidade decisória e regulatória da Administração Direta para as agências é indispensavelmente feito por Lei de iniciativa do Poder Executivo, com o intuito de promover a defesa da concorrência e a eficiência, garantido o equilíbrio econômico financeiro do concessionário de um lado, e a modicidade das tarifas do outro. É por meio das agências que o Estado age, indiretamente, na economia.

Como complementa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A função normativa é a essencial na medida em que é o primeiro pressuposto para a realização das condições essenciais da manutenção do mercado. É dessa função que emana os preceitos da conduta, as normas, dotadas de abstração e de generalidade, com fito de disciplinar o custo dos negócios e a organização em que estes ocorrem, regulamentando com força cogente a conduta futura dos agentes”.<sup>46</sup>

A lei de criação das agências reguladoras editada pelo Congresso Nacional estabelecerá os seus limites de atuação, onde se percebe que o Poder Legislativo permanecerá com a “centralização governamental, pois decidirá politicamente sobre a delegação e seus limites às agências reguladoras, porém efetivará a descentralização administrativa, permitindo o exercício do poder normativo para a consecução das metas traçadas na lei”.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> *Apud* GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 310.

<sup>47</sup> MORAIS, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 791, Setembro, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadotribunais.com.br> Acesso em 30 de maio de 2012.

Como consequência, as agências reguladoras poderão fiscalizar os contratos de concessão e permissão dos concessionários, fixar tarifas, aplicar multas entre outras medidas de controle. Como salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“[...] essa competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta”.<sup>48</sup>

Portanto, o poder normativo conferido as agências possibilita atuação célere, requerida nos dias atuais na dinamização de modos específicos de atuação.

Porém, o assunto não repousa sobre campo florido. Há uma grande discussão quanto à reserva legal que está inerente à delegação do Poder Normativo às agências reguladoras pelo Legislativo. Para Luís Roberto Barroso:

“[...] a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras diz respeito (...) ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação - ainda não totalmente equacionada - entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências”.<sup>49</sup>

Parte do problema decorre da não previsão, na Constituição Federal de 1988, da atuação de entes regulatórios. Assim sendo, as mudanças foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio de legislação infraconstitucional ou até mesmo por emenda constitucional.

O fato é que, atualmente, as agências reguladoras fruem de largo poder normativo, que abrange tanto a regulamentação de leis que orientam o seu campo natural de

<sup>48</sup> *Apud* MORAIS, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 791, Setembro, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 30 de maio de 2012.

<sup>49</sup> *Apud* GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

atividades quanto a publicação de normas independentes sobre temas não previstos nas suas leis de criação. Portanto, a questão é se a lei de criação também delegou a estes entes a função legislativa e até onde alcança a regulação.

Por outro lado, como afirma Mauro Roberto Gomes de Mattos, “é claro que as agências não possuem cheque em branco para agir como bem entendem, divorciada do princípio da legalidade, leis que vinculada a este princípio por submissão aos comandos legais voltados para a administração pública direta e indireta”.<sup>50</sup>

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Ainda que a agência exerça função legislativa, é necessário garantir o fundamento desse poder na legitimidade democrática e, no Brasil, é imprescindível verificar se essa legitimidade poderia ser expressada pela participação direta nas decisões das agências eis que não há previsão de legitimidade democrática por delegação legislativa do poder legislativo”.<sup>51</sup>

Todavia, a gestão dos interesses coletivos pelo Estado sofreu alterações e é natural que haja uma evolução no modo de agir. Como registra Carlos Ari Sunfeld

“[...] nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico - enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado”.<sup>52</sup>

Leila Cuéllar concorda com a observação e a amplia afirmando que:

“A delegação é outorga específica e precária, de poder cujo titular é diverso do delegatário. Com base na doutrina da separação dos poderes, não é possível existir a delegação no Brasil, mas apenas a previsão constitucional de função legislativa a outros órgãos que não o poder legislativo. Todavia, a

<sup>50</sup> *Apud* MORAIS, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 791, Setembro, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 30 de maio de 2012

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 592.

<sup>52</sup> *Apud* GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

delegação de poderes, em vista das crescentes atribuições do Estado Social e do volume de atividades a cargo do legislativo, bem como da necessidade de conhecimentos técnicos especializados e da sucessão de fatos novos a serem apreciados”.<sup>53</sup>

Com a complexidade do tema, alguns doutrinadores têm defendido o fenômeno da deslegalização. Alexandre Santos Aragão preceitua que:

“A deslegalização ou delegificação é mais uma novidade doutrinária do que propriamente legislativa. Ou seja, antes da doutrina começar a sistematizá-la, várias de nossas leis e regulamentos o incorporaram. Na verdade, a deslegalização é um instituto umbilicalmente ligado à atribuição, mormente na seara econômica, de largos poderes normativos a órgãos ou entidades da Administração Pública. É uma consequência legal, embora não necessária, da atribuição de tais poderes”.<sup>54</sup>

O tema “deslegalização ou delegificação” não é uma unanimidade entre os doutrinadores, deste modo, faz-se necessário uma consulta doutrinária que apresente alguns pontos positivos e negativos a respeito do referido instituto, tema esse que será objeto de estudo no próximo capítulo.

---

<sup>53</sup> *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 592.

<sup>54</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial**. São Paulo, *Revistas de Direito Constitucional e Internacional*, v. 41, Outubro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 30 de maio de 2012.

### 3 DESLEGALIZAÇÃO NO BRASIL

É importante reconhecer a evolução dos deveres do Estado que, por sua vez, atrai uma maior responsabilidade; tal modernização eclode em atividades cada vez mais complexas, pois a economia exige do Governo ações ágeis para disciplinar os conflitos, de modo a minimizar os problemas sociais e de mercado.

Desta forma, o Estado precisa flexibilizar suas funções a fim de obter uma resposta rápida e cirúrgica nas crises ocorrentes no setor econômico. Mas não basta que tais funções estejam engessadas em procedimentos morosos, é vital para Administração Pública a edição de normas regulamentadoras específicas, evitando assim detenças do processo legislativo.<sup>55</sup>

Diante disso, os doutrinadores vêm debatendo sobre o fenômeno da deslegalização na tentativa de unificar na doutrina o entendimento sobre o tema, pois não há um consenso se tal instituto é ou não constitucional.

Em vista disso, são apresentados nesse capítulo os aspectos positivos e negativos apontados pela doutrina e a resposta dos magistrados aos casos concretos.

#### 3.1 Doutrina

Não há, na doutrina brasileira, uma corrente dominante sobre o assunto, pois o tema, ainda, não amadureceu em nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, na tentativa de facilitar a compreensão, inicia-se pela corrente doutrinária que defende a constitucionalidade da deslegalização. Alguns doutrinadores defendem a tese de constitucionalidade por entenderem que na própria Constituição Federal há previsão expressa do Instituto.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto a deslegalização:

---

<sup>55</sup> RÁO, Vicente. *As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*. São Paulo: M. Limonad, 1966, p. 16 a 18.

“[...] recebeu, desde logo, a nível constitucional, um amplo campo de aplicação federativo, pois há expressa previsão de demissão federal do poder legislativo sobre questões específicas relacionadas no art. 22 da constituição, possibilitando a transferência à sede legislativa estadual, provido que o ato de delegação seja uma lei complementar (art. 22, parágrafo único<sup>56</sup>)”.<sup>57</sup>

Nota-se que o próprio poder constituinte possibilitou na Constituição Federal a transferência do poder legiferante oriunda da União para os Estados, ou seja, uma clara previsão constitucional da deslegalização.

Nessa seara, Alexandre Santos de Aragão concorda com a posição de Moreira Neto, afirmando que a delegificação não transfere o poder legiferante do Poder Legislativo para outras sedes é apenas uma postura adotada pelo legislador, como política legislativa, que transfere o poder normativo de regulação de determinadas matérias a outros órgãos, objetivando aplicar o princípio da essencialidade da legislação.<sup>58</sup>

Por outro lado, diversos doutrinadores defendem a deslegalização por entenderem a necessidade da descentralização normativa, especialmente as atividades estritamente técnicas que são objetos das agências reguladoras.

Deste modo, o ato do legislador em retirar certas matérias do âmbito do Poder Legislativo, ou seja, do domínio da lei e transferi-las ao poder do regulamento no âmbito do poder regulatório, não caracteriza inconstitucionalidade devido à natureza técnica da matéria.

Nesse sentido são as palavras de Alexandre Santos de Aragão:

“A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que

---

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 2012. Artigo 22, parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

<sup>57</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 170.

<sup>58</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. de 2000. Disponível na Internet: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em 21 de junho de 2012.

podemos acrescer ao fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação”.<sup>59</sup>

Nessa seara, observa-se que as matérias tratadas pelas agências reguladoras não estão voltadas ao campo político, mas, exclusivamente, ao de caráter técnico. Por essa razão devem se afastar da lentidão do Legislativo.

Os doutrinadores contrários à constitucionalidade rebatem as teses anteriormente citadas, fundamentando que tal delegação só seria possível se prevista pela própria Constituição Federal e caso fosse aceita, de modo diverso, poderia gerar uma degradação hierárquica da lei.

Assim, afirma categoricamente Gustavo Binjenbojm:

“Com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição - o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a carta da República.

Ao ângulo material, a adoção da tese de deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representaria não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento de legitimidade”.<sup>60</sup>

Diante desse enfoque, percebe-se que a preocupação da doutrina está voltada para o grau hierárquico da lei, no qual a delegificação tornaria possível que um regulamento, editado por uma agência reguladora, pudesse até revogar uma Lei do Congresso Nacional. Essa hipótese tem gerado desconforto entre vários doutrinadores, inclusive, doutrinadores estrangeiros.

Para Vezio Crisafulli, o fenômeno consistiria, então:

---

<sup>59</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. de 2000. Disponível na Internet: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em 21 de junho de 2012.

<sup>60</sup> BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de agosto de 2012

“na desqualificação, disposta expressamente pela lei, de determinada norma, originariamente legislativa, a qual viria a ser atribuída estatutura regulamentar: de maneira que, não seria o regulamento sucessivo que adquiriria (inadmissivelmente) força de lei, mas as normas delegificadas que viriam a ter força passiva de fontes regulamentares. A reconstrução gera, todavia, perplexidade, porque, desqualificando algumas de suas próprias disposições ou de outra lei, a lei estaria em substância, demitindo-se da força que por natureza lhe é própria, contrastando com as normas constitucionais que a disciplinam enquanto lei”.<sup>61</sup>

Outro ponto crucial, do fenômeno da delegificação, é apontado por Letícia Queiroz de Andrade, quando descreve os limites da liberdade para delegar competência contida no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>62</sup>.

“Assim como na Espanha, também no Brasil não é dada ao Congresso Nacional liberdade para delegar a competência legislativa que lhe foi constitucionalmente atribuída (arts. 44 e 48, c.c. art. 22, todos da Constituição Federal), como decorre da vedação expressa contida no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [...]”.<sup>63</sup>

Deste modo, os doutrinadores, avessos à constitucionalidade da deslegalização da norma no Brasil, são categóricos ao afirmar que tal instituto só poderia ser efetivado desde que fosse operado pela própria Constituição Federal, ou seja, se houvesse previsão expressa do Poder Constituinte Originário.

Destarte, uma clara e evidente divergência na doutrina brasileira sobre o tema. Entretanto, para garantir a segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado sobre o problema com muita precaução. Tema esse que será objeto de estudo do próximo tópico.

<sup>61</sup> *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. de 2000. Disponível na Internet: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em 21 de junho de 2012.

<sup>62</sup> Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

<sup>63</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago-set-out, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

### 3.2 Jurisprudência

Com o aumento das relações de consumo entre o Estado e as empresas particulares e até mesmo um maior dinamismo entre as próprias relações entre os particulares, o Estado se vê obrigado a elaborar mecanismos que atendem de forma rápida e objetiva as demandas da economia, daí o surgimento das agências reguladoras no direito brasileiro, como uma “cópia” do modelo americano. Essas agências aumentam a intervenção do Estado perante a economia do país, tendo como consequência a mudança do Estado Social para o Estado Regulador.

Nesse contexto de mudanças, fica nítido que a Constituição Federal de 1988 não estava preparada para esse novo Estado Regulador, pois foi elaborada com uma concepção de Estado Social de Direito, ou seja, um Estado de justiça social, tendo como o centro das atenções o cidadão e não o mercado econômico.

Assim, numa tentativa de adequar a Constituição Brasileira aos novos ideais do neoliberalismo, foram editadas várias Emendas Constitucionais a fim de proporcionar novos mecanismos de atuação do Estado na economia nacional, entre elas a Emenda nº 5 de 1995, que afeta o monopólio da exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado.

Dispõe a Emenda Constitucional nº 5/95:

“Artigo único. O parágrafo 2º do art. 25 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.<sup>64</sup>

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 8, de 1995, que prevê a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicação e radiodifusão, tem a seguinte redação:

“Art. 1º O inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União:

[...]

---

<sup>64</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 05/1995. Brasília: Senado Federal, 2012.

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

[...]

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional”.<sup>65</sup>

E a Emenda Constitucional nº de 9, de 1995 (que passa a aceitar a exploração do setor petrolífero por empresas privadas), nos seguintes termos:

“Art.1º O § 1º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 177 [...]

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Art. 2º Inclua-se um parágrafo, a ser enumerado como § 2º com a redação seguinte, passando o atual § 2º para § 3º, no art. 177 da Constituição Federal:

[...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Art. 3º É vedada a adoção de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal”.<sup>66</sup>

Deste modo, a maioria das agências reguladoras passa a figurar em nossa sociedade de forma não planejada, pois somente duas foram previstas na Constituição, qual sejam a ANATEL e a ANP. As demais agências reguladoras foram criadas pelo próprio legislador, e, ainda sim, esses órgãos passam a atuar no mundo jurídico, editando regulamentos e normas que afetam um grande número de indivíduos senão a todos.

<sup>65</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 08/1995. Brasília: Senado Federal, 2012.

<sup>66</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 09/1995. Brasília: Senado Federal, 2012.

Daí a necessidade de um controle rígido sobre sua legitimidade, buscando averiguar se tais entidades podem ou não elaborar normas e um controle sobre suas competências, pois, se confirmado sua legitimidade, sua competência deve ser limitada. E, é, nesse contexto que irrompe o papel do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Logo, esse tópico destina-se a apresentar a resposta da jurisprudência à atuação das agências reguladoras, tendo em vista o conceito da deslegalização ou delegação de competência, ambos usados para lastrear as funções normativas desempenhadas por esses órgãos.

Inicia-se, portanto, com a posição do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 640460/Rio de Janeiro, cuja pretensão é afastar a exigência prevista em portaria editada pela ANP, por incompatibilidade entre a portaria 202/99 e o artigo 8º da Lei 9.478/97.

Em seu voto, o Ministro Teori Albino Zavascki nega a incompatibilidade dos dispositivos, atribuindo às agências reguladoras poderes normativos de caráter técnico.

“Não há a alegada incompatibilidade entre o art. 8º da Lei 9.478/97 e o inciso IV do art. 4º da Portaria 202/99 da ANP. Pelo contrário, a exigência da certidão ali prevista nada mais representa do que a regular manifestação do poder regulatório e fiscalizatório atribuído à ANP pelo dispositivo legal, com a evidente finalidade de verificar a idoneidade financeira e fiscal das empresas que se habilita a exercer atividade tão significativa para o interesse social. É característica das agências reguladoras o poder de normatizar as condições de exercício das atividades fiscalizadas. Sobre o tema, eis o que diz a doutrina:

A natureza e os fins que inspiraram a criação das agências reguladoras não poderiam subtrair-lhes o poder jurídico de produzir algumas normas jurídicas de caráter geral, abstrato e impessoal, com carga de densidade apropriada ao cumprimento dos objetivos específicos das entidades. Afinal, não é difícil entender que, para regular certos setores da vida social, quer relativos à prestação de serviços públicos, quer ligados à atividades privadas de relevância pública, é absolutamente insuperável a necessidade de serem editados atos que, sem a menor dúvida, terão incidência genérica sobre quantos estejam, de alguma forma, situados no âmbito do setor suscetível de regulação.

Tais atos, inseridos no poder normativo das agências, é que têm suscitado algumas resistências quanto à viabilidade jurídica e quanto à natureza”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 640460/RJ. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 27 setembro 2007. Revista Trimestral, Brasília, v. 868, p.187.

O Relator, em sua decisão não só confirma a tese da deslegalização como cita a resistência dos juristas em aceitar tal fenômeno.

A posição do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 140.669-1/Pernambuco, sobre a inconstitucionalidade do artigo 66 da Lei nº 7.450/85, que autorizou o Ministro da Fazenda a fixar prazo para o recolhimento do IPI. O referendo foi no sentido de reconhecer o instituto da deslegalização por decisão, por maioria.

É importante ressaltar as lições do Relator Ministro Ilmar Galvão ao se posicionar favoravelmente ao instituto da deslegalização.

“Como já restou demonstrado, não se está diante de matéria reservada à lei. Inexiste dispositivo constitucional a dispor em tal sentido. E a lei complementar incumbida de definir os tributos e, relativamente aos impostos, os respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes, bem como a obrigação, o lançamento, o crédito, a prescrição e a decadência tributária (CTN), tampouco exigiu que a data do vencimento destes fosse fixada por lei, admitindo, ao revés, que também o seja por qualquer das normas complementares enumeradas em seu art. 100.

Acontece que, relativamente ao IPI, havia o vencimento sido fixado por lei (Lei nº 4.502/64, art. 26, inc. III), mas a Lei nº 7.450/85, em seu art. 66, ao mesmo tempo que revogou a antiga norma, **deslegalizou a matéria**, atribuindo competência à administração para discipliná-la através de ato normativo próprio, na forma prevista no art. 96, I, do CTN, configurador de lei em sentido material, porque de caráter geral e abstrato”.<sup>68</sup> (grifo nosso).

Nota-se que Ilmar Galvão, ao defender o instituto da deslegalização, o faz com a ressalva de que tal matéria não se encontra reservada à lei, ou seja, ao se ampliar sua interpretação pode-se dizer que qualquer matéria que não esteja sobre a reserva legal é passiva de deslegalização, tese essa que segue na correnteza da doutrina favorável a delegificação.

É importante destacar a posição inovadora do Supremo Tribunal Federal perante uma matéria, ainda recente até mesmo entre a doutrina estrangeira e brasileira. Tal decisão é de profundo proveito aos novos ideais constitucionais.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal em favor da lei deslegalizante é a Ação Cautelar nº 1.193-1 Rio de Janeiro, no qual o Ministro Gilmar Mendes, Relator da

---

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 02 fevereiro 1998. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 178, p.361.

ação, foi seguido por todos os Ministros, ou seja, a decisão foi unânime em reconhecer a constitucionalidade do Decreto Lei 2.745/98, que aprova o regulamento de procedimento licitatório simplificado para a Petrobrás. Destaca-se que a Lei nº 9.478/97 deu subsídio ao chefe do Poder Executivo para atuar em tal matéria. Esse estratagema é próprio fenômeno da deslegalização, pois “uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamento”<sup>69</sup>.

Em seu voto, Gilmar Mendes cita, justamente, esse mecanismo para suprimir qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade do Decreto.

“A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que “os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás”.<sup>70</sup>

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/Distrito Federal, Relatora Cármen Lúcia, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente o pedido da ação direta. Entretanto, esclarecedor foram os ensinamentos de Luiz Fux que acompanhou o voto da Relatora e acrescentou:

“Eu anoto que o argumento da inicial gravita em torno da concepção do princípio da legalidade e da separação de Poderes no Estado democrático de Direito contemporâneo. Com a devida vênia, a verdade é que a concepção clássica manifestada pelos autores não se ajusta com exatidão aos desafios colocados pela vida em sociedade nos dias atuais, marcada pela velocidade, pelo pragmatismo e já distante do passado oitocentista”.<sup>71</sup>

Luiz Fux, ainda, completa seu voto dizendo:

“Como ressalta a doutrina hodierna, Senhor Presidente, egrégio Plenário, a evolução das relações sociais, no último quarto do século XX, revelou a chamada crise da lei. Tal fenômeno se caracteriza, dentre outros aspectos, pela manifesta incapacidade de o Poder Legislativo acompanhar tempestivamente a mudança e a complexidade que atingiram os mais variados domínios do Direito. Por conta disso, muitas vezes apela o

<sup>69</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1995, p. 915.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 1.193-1/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 30 junho 2006. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 205-3, p.1084.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/DF, Relatora: Cármen Lúcia. 30 março 2012. Processo Eletrônico.

legislador para a previsão de princípios e de regras contendo conceitos jurídicos indeterminados, de modo a deferir substancial parcela de poder decisório ao aplicador diante do caso concreto. Esse mesmo fenômeno tem conduzido, em variados campos do Direito Público, à atuação de entidades reguladoras independentes, cuja aptidão técnica lhes permite desenvolver o conteúdo de regras gerais e abstratas, editadas pelo Legislativo, com atenção às particularidades, especificidades, domínio regulado, com a possibilidade de resposta ágil, diante da evolução da matéria provocada pelos novos desafios”.<sup>72</sup>

Percebe-se a preocupação do Ministro em atender os novos desafios traçados pela rápida transformação pela qual todos os Estados modernos estão passando, dando à decisão uma resposta prática e eficaz condizente com os novos tempos, deixando para trás todo o aparato antiquado.

O Ministro Luiz Fux segue seu voto, conceituando o instituto da deslegalização.

“Gostaria de fazer também uma pequena abordagem, rapidamente conceitual, é que, na realidade, a hipótese do caso se amolda ao novel fenômeno da deslegalização, estudada com maestria pelos professores de Direito Administrativo e que consiste exatamente na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-se ao domínio do regulamento”.<sup>73</sup>

E para concluir seu voto e definir todo o pensamento, à frente dos demais julgadores, Luiz Fux cita as lições do professor Diogo Moreira Neto.

“Cito aqui as lições do professor Diogo Moreira Neto, que tem um trabalho específico, para concluir que, assim, a maior ou menor margem de atuação do Poder Executivo não descaracteriza o rebaixamento do **status** normativo da matéria, justamente porque configura o fenômeno da deslegalização

Não é correto afirmar, como faz a inicial, que a sistemática da lei concederia exclusividade ao Poder Executivo para a fixação do valor do salário mínimo, supostamente conduzindo à conclusão de que o Congresso Nacional não poderá se manifestar sobre o valor na forma da lei. Ora, se a habilitação do Poder Executivo para estabelecer o valor do salário mínimo encontra sede na lei, como é próprio do fenômeno da deslegalização, simplesmente não há nada que impeça ou obstaculize que o próprio Poder Legislativo, se assim o desejar, revogue in totum essa sistemática que ele próprio instituiu. Em outras palavras, se é a lei que ampara o poder normativo do Executivo,

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/DF, Relatora: Cármen Lúcia. 30 março 2012. Processo Eletrônico.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/DF, Relatora: Cármen Lúcia. 30 março 2012. Processo Eletrônico.

também a lei poderá suprimir ou mitigar tais poderes, de modo que não cabe falar em silenciamento do Poder Legislativo”.<sup>74</sup>

Por fim, o julgamento do processo acima aludido acabou por compor o Informativo nº 646, de 24 de outubro a 04 de novembro de 2011, sendo o tema “deslegalização” alvo do Informativo nº 650, ambos do STF, e tonando-se base para futuras pesquisa e compreensão das decisões proferidas pelo Tribunal.

Em confronto às decisões favoráveis ao fenômeno da deslegalização, parte da doutrina, ainda, tenta sustentar a ilegalidade do instituto baseando-se em algumas decisões isoladas e pontuais do Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto.

A doutrina contrária à deslegalização, usualmente, utiliza-se do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, do Supremo Tribunal Federal, nº 1.296-7/Pernambuco, Relator Celso de Mello, que decidiu, cautelarmente, em rejeitar a possibilidade da Lei Estadual que outorga ao Poder Executivo a prerrogativa de dispor, normativamente, sobre matéria tributária.

O Relator ao negar provimento, destaca em seu voto a vedação de delegação de tema sujeito à reserva legal, assim versada:

“A vontade do legislador, que substitui, arbitrariamente, a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, **com esse procedimento**, transferir, ao Poder Executivo, o exercício de competência normativa primária, revela-se írrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. **O executivo não pode**, fundando-se em mera permissão legislativa **constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado** como sucedâneo da lei delegada **para o efeito** de disciplinar, normativamente, temas sujeitos à reserva constitucional de lei”.<sup>75</sup>

O referido julgado é tratado pela doutrina adversa à tese da deslegalização como uma decisão que vai de encontro aos conceitos do tema, já tratados anteriormente, todavia percebe-se que o Relator em seu voto, apenas, adverte sobre a vedação da delegação de matéria amparada pela reserva legal. Limite esse que já foi tratado como um limitador para o instituto da deslegalização ou delegificação.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/DF, Relatora: Cármen Lúcia. 30 março 2012. Processo Eletrônico.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296/PE, Relator: Celso de Mello. 21 setembro 1995. Processo Eletrônico.

Ademais, Celso de Mello em sua decisão traça, minuciosamente, como a delegação legislativa deve ocorrer.

“A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, **só pode** ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, **em tema de delegação legislativa**, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta à disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição”.<sup>76</sup>

Desta forma, a ADI 1.296/PE que é usada, constantemente, pela doutrina avessa a delegificação para corroborar suas teses, na verdade é uma afirmação condensada da validade e dos critérios utilizados pelos doutrinadores desafetos.

Outra decisão bastante usada pelos doutrinadores hostis ao fenômeno é a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5, Distrito Federal, Relator Marco Aurélio. O STF, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade e rejeitou a Resolução da ANATEL que revogou partes da Lei de Licitação nº 8.666/93.

O Relator da ação, Ministro Marco Aurélio, rejeitou a Resolução da ANATEL por entender que houve uma inovação não prevista na lei geral de licitações.

“Em síntese, distanciam-se os dispositivos em comento da Carta da República, no que encerram exceção ao que estabelecido nas normas gerais de licitação, tornando, se prevalentes, inócuas as citadas normas. Por isso, enaltecendo o objetivo vidado pela Carta da República, que outro não é senão a uniformidade de tratamento da matéria quanto a tudo aquilo que se apresente como básico – e a modalidade de licitação enquadra-se nessa óptica, tenho como relevante a articulação inserta na inicial. Não coabitam o mesmo teto normas gerais e, sem encontrar-se, até mesmo, uma justificativa razoável, regras específicas que, em última análise, flexibilizam o instituto da licitação, no que adotadas as formas da consulta e do pregão. Friso, por oportuno, que, suspensos os preceitos, nem por isso ter-se-á lacuna sobre o tema, porquanto aplicáveis as citadas normas gerais consubstanciadas na Lei nº 8.666/93 supramencionada. Esclareço, mais, que o pregão, previsto na Lei atacada mediante esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, contém parâmetros que o distanciam do leilão de que trata o artigo 22 da Lei Geral”.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296/PE, Relator: Celso de Mello. 21 setembro 1995. Processo Eletrônico.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF, Relator: Marco Aurélio. 20 agosto 1998. Processo Eletrônico.

Marçal Justem Filho comenta essa decisão da seguinte forma:

“[...] no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.668, na qual era discutida a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), o Colendo Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforma à constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta *natureza regulamentar*, devendo observar, assim, os limites legais”.<sup>78</sup>

Finalmente, depois de apresentadas algumas decisões proferidas aos casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, revela-se que o Tribunal busca conciliar suas decisões às inovações trazidas pela doutrina, assim como às novidades de outros sistemas jurídicos. É bem verdade que esse arranjo em muitos casos é lento, mas cabe ao STF julgar os casos concretos com parcimônia frente à interpretação da Constituição.

Embora ambas as correntes se apresentem plausíveis, causa-nos num primeiro instante hesitação para seguir essa ou aquela corrente, contudo as necessidades práticas de uma ágil e eficaz regulação só têm a trazer benefícios à sociedade de um modo geral.

Portanto, resta uma reflexão sobre o que dizem a Carta Magna, a doutrina e as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do “Instituto da Deslegalização”, frente às agências reguladoras, sem deixar de levar em consideração que estes órgãos de relevante papel na Administração Pública têm atuado a mais ou menos 20 anos na economia nacional e se faz valer desse expediente em alguns casos.

### 3.3 Reflexões à Teoria

Não há nenhuma dúvida sobre a importância das agências reguladoras na Administração Pública, mas uma discussão sobre a legitimidade do poder normativo é tema de indagações no mundo jurídico. Assim sendo, algumas das teses em debate serão apresentados nesse tópico.

---

<sup>78</sup> *Apud* BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

Como ponto de partida, tem-se as teorias usadas por Letícia Queiroz de Andrade. Segundo a autora, as teorias “são apontadas para legitimar o exercício do poder normativo das agências reguladoras, [...]”. Tais teorias são as seguintes:

“a atribuição de poder normativo às agências reguladoras seria resultado de uma delegação de competências legislativas, com base na técnica da *deslegalização* ou *delegificação*, bastante estudadas no direito europeu;

o poder normativo atribuído às agências reguladoras tem natureza regulamentar;

o poder normativo das agências reguladoras tem por objeto a disciplina de vínculos especiais de supremacia ou sujeição estabelecidos com o Poder Público.”<sup>79</sup>

A primeira teoria baseada na “deslegalização ou delegificação”, conforme estudo em capítulos anteriores, significa, resumidamente, que uma determinada lei rebaixará o conteúdo normativo de determinada matéria, possibilitando sua modificação por regulamento. Entretanto, existe uma discussão sobre a legitimidade do órgão que editará o regulamento.

O problema em torno da legitimidade das agências reguladoras se refere ao nosso regime político, adotado no Brasil, qual seja a democracia. Assim, o Poder Legislativo, responsável pela edição das leis, chama a si a legitimidade através do sufrágio universal, tendo como legitimador o próprio povo. Daí surge a indagação sobre a legitimidade das agências reguladoras. Sem a representatividade do povo teriam as agências uma verdadeira legitimidade para editar normas?

Essa é umas das questões levantadas por Lúcia Valle Figueiredo.

“As agências somente podem ser criadas pelo Legislativo, que lhes entregará a fatia de poder que entenda lhes deva ser entregue. Acentua a autora que esta é a primeira polêmica, porque se coloca o princípio da responsabilidade democrática, uma vez que ditas agências não teriam sido eleitas pelo povo, tal como os membros do Poder Legislativo; portanto, não sendo elas

---

<sup>79</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago-set-out, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

detentoras da delegação popular, seu poder regulador poderia ser discutido”.<sup>80</sup>

Nessa seara, Gustavo Binjenbojm, também, aponta sua preocupação.

“Ao ângulo material, a adoção da tese de deslegalização significa que a agência não mais estaria sujeita à normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representam não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento da legitimidade. Não se deve perder de vista que a própria idéia da legalidade administrativa é fundada no anseio de submissão da burocracia à lei, entendida esta como expressão legítima da vontade dos cidadãos. Permitir que regulamentos editados por agências possam alterar ou revogar leis constitui a exata antítese das aspirações do Estado democrático de direito”.<sup>81</sup>

Portanto, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal apresentadas anteriormente, que reconhecem o instituto da deslegalização por se tratar de uma inovação jurídica amplamente difundida nos EUA e na Europa, fica a dúvida: estaria o STF rescindindo com os ideais do Estado Democrático de Direito em nome da “evolução” jurídica adotadas em outros países? Ou mais, estaria o próprio conceito de Estado Democrático de Direito, sofrendo uma alteração?

A resposta a estas questões não é simples e nem unificada. Todavia, uma resposta positiva ou negativa em nada vai alterar a situação já evidenciada, qual seja a das agências reguladoras que estão em atividade na Administração Pública. O mais importante seria ajustar os conceitos e teorias para subsidiar o poder normativo das agências, a fim de garantir a segurança jurídica das normas editadas por elas.

Em seguida traz-se ao debate o poder normativo das agências reguladoras, questionando a sua natureza regulamentar. Inicialmente faz-se necessário a conceituação de regulamento.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em termos gerais, a doutrina apresenta três espécies de regulamentos, são eles:

<sup>80</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 151.

<sup>81</sup> BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

“[...] **os regulamentos autônomos ou independentes** são atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição, para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Criam direito novo, independentemente da existência de lei a respeito. **Os regulamentos autorizados ou por delegação** são aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo Legislativo, o qual, diante da existência de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas, limita-se a fixar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina da matéria que constitui seu objeto. **Os regulamentos executivos** são aqueles destinados a tão-somente estabelecer regras de organização e de procedimento necessárias à aplicação da lei”.<sup>82</sup> (grifo nosso).

Do mesmo modo, são os ensinamentos de Eros Roberto Grau, “Quem não se recusa a conhecer a realidade sabe que existem no direito positivo brasileiro três tipos de regulamento: *os de execução*, os equivocadamente chamados de “*delegados*” e os *autônomos*”.<sup>83</sup>

Até aqui, não há uma grande divergência sobre as espécies de regulamentos, existe apenas uma saudável divergência entre os regulamentos autônomos, também chamados de independentes, pois, para alguns doutrinadores, este regulamento não seria aceito no direito brasileiro, ao contrário de outros doutrinadores que aceitam a possibilidade de sua existência.

Anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro que os “Regulamentos independentes ou autônomos são **visceralmente incompatíveis** com o direito brasileiro. Portanto, não se pode entender que as agências reguladoras exerçam função legislativa propriamente dita”.<sup>84</sup> (grifo nosso).

Para Eros Roberto Grau, no entanto, tal regulamento é perfeitamente aceitável.

“Evidentemente, não estou a propor a liberação do Executivo para “legislar”. Pelo contrário, reconhecer o desenho correto do princípio, tal como contemplado pelo direito brasileiro, significa possibilitarmos o controle do exercício da *função regulamentar* pelo Executivo, ao que se recusam nossos

<sup>82</sup> GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

<sup>83</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 247.

<sup>84</sup> *Apud* GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

publicitas, sob o argumento de que os regulamentos *são inconstitucionais* (...).<sup>85</sup>

Alheios a essa divergência, a maioria doutrinária sustenta que os regulamentos a serem usados pelas agências reguladoras, compatíveis com o sistema jurídico brasileiro, são os regulamentos de complementação, também conhecidos como autorizadores ou delegados.

Nessa conjuntura, complementa Letícia Queiroz de Andrade que:

“Os regulamentos de complementação não devem introduzir obrigações novas, mas, especificar as obrigações introduzidas por leis *que demandem complementação técnica*, por isso preferimos a designação *regulamentos de complementação* às demais que são geralmente atribuídas a esse tipo de regulamento. O exercício da competência regulamentar nos limites do espaço de liberdade conferido pela lei é condição que deve ser observada para sua compatibilidade com um sistema jurídico no qual é vedada a criação de obrigações por outro veículo que não seja a *lei* (art. 5º, II, da CF).<sup>86</sup>”

Deste modo, há uma vinculação dos regulamentos editados pelas agências reguladoras a uma lei anterior que estabeleça parâmetros gerais de atuação dos referidos regulamentos, deixando o campo técnico livre para a regulação, caso contrário o regulamento estaria operando como autônomo, o que para alguns seria inaceitável.

Vale ressaltar a advertência que Letícia Queiroz de Andrade faz quanto aos regulamentos.

“É importante destacar que há firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os regulamentos não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, portanto seus eventuais vícios atingiriam diretamente as leis que lhes deram fundamento e, apenas reflexamente, a Constituição. No entanto, nesses mesmos julgados ressaltou-se expressamente a aplicação dessa interpretação restritiva aos regulamentos que não se destinem apenas à execução de dispositivos legais,

<sup>85</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 249.

<sup>86</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago-set-out, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

como é o caso dos *regulamentos administrativos* expedidos pelas agências reguladoras para a regulação de vínculo especiais, [...]”.<sup>87</sup>

Para Gustavo Binembojm, os regulamentos nem sempre estão vinculados as normas gerais.

“É claro que tal preordenação legal através de *standardas* não reduz a atuação das agências à mera técnica, nem exclui totalmente a possibilidade da tomada de decisões de cunho político pelos reguladores. De fato, o dever de fundamentação técnica de suas decisões não inibe que algum conteúdo volitivo possa sempre existir na atividade regulatória. É diante da inexorabilidade de tal circunstância que se preconizam determinados mecanismos pontuais de controle externo à atuação das agências”.<sup>88</sup>

Assim, levando em consideração que as normas gerais jamais poderiam abraçar todas as demandas existentes, incluindo aí as demandas futuras, em razão dos novos padrões da sociedade, assim como a alta complexidade do mercado, o grande debate seria a respeito de como determinar o conteúdo mínimo que a lei deve ter para não se caracterizar um regulamento autônomo. Outrossim, resta investigar novos fundamentos que legitimem os regulamentos das agências reguladoras que não se restringem aos aspectos técnicos, tão comum em nosso ordenamento jurídico.

Finalmente, sobre a terceira teoria que trata do exercício do poder normativo, torna-se essencial, antes de adentrar-se no cerne do debate, clarear alguns conceitos. Com essa inspiração, de modo a evitar qualquer embaraço, apresenta-se os conceitos de Letícia Queiroz de Andrade.

“*Vínculos de supremacia ou sujeição especial* são aqueles que unem o Poder Público e terceiros, que tenham aderido, consensualmente, a tais vínculos, sob determinadas condições. Diferem dos *vínculos de supremacia ou sujeição geral*, que unem o Poder Público e a generalidade dos cidadãos, independentemente da manifestação de sua vontade individual.

O poder geral de impor obrigações a terceiros independentemente de sua vontade, caracteriza o que se denomina *imperatividade* ou *extroversão* dos atos administrativos. No entanto, para que assim se opere, ou seja, para que a Administração possa impor obrigações a terceiros independentemente de sua

<sup>87</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago-set-out, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

<sup>88</sup> BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

vontade, essas obrigações devem estar previstas em lei, justamente porque *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei* (art. 5º, II, da Constituição Federal)”.

De modo diverso, os vínculos de supremacia especial só se formaram porque houve adesão específica do terceiro, que decidiu se vincular ao Poder Público, sob determinadas condições. Nesse caso, as obrigações do terceiro são as que se dispôs a cumprir, com base na autonomia de sua vontade em travar vínculo especial com o Poder Público, no qual tais obrigações estão especificadas. Há, portanto, um deslocamento do marco do qual derivam as obrigações desse terceiro: não obstante não possa descumprir a lei, as obrigações por ele assumidas independem de previsão legal, pois estão contidas no vínculo especial, ao qual aderiu consensualmente”.<sup>89</sup>

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Melo consolida sua posição, defendendo o caráter técnico das normas editadas pelas agências reguladoras, não podendo estas contraditarem as Leis ou Princípios Constitucionais. O autor conclui que “[...] as agências brasileiras normalmente incorrem em inconstitucionalidade, pois extrapolam os limites puramente regulamentares e invadem a competência do Legislativo”.<sup>90</sup>

Desta forma, conforme o próprio autor destaca, as agências reguladoras não se reservam à elaboração de regulamento estritamente técnico, sendo assim, qual seria o fundamento jurídico que serviria de âncora para justificar os atos estatuídos por esses agentes?

Ao contrário do que se pensa, toda a complexidade que envolve as agências reguladoras fortifica o Estado de Direito, pois o mais importante é a retirada das atividades de regulação do foco político e transferindo-as para a Administração Pública, deste modo, ampliando a segurança jurídica para todos os indivíduos envolvidos em tais atividades.

Portanto, inicialmente, uma definição quanto às funções normativas das agências reguladoras se apresenta de forma fácil. Entretanto, apresentadas as respectivas reflexões, facilmente, se descobre que as agências possuem um amplo poder normativo que misturam os aspectos técnicos, assim como os de caráter não técnicos.

Logo, conclui-se que a tarefa de classificar o seu poder normativo não é um exercício fácil, pois há várias contradições entre os fundamentos, conceitos e sugestões. Mas

---

<sup>89</sup> ANDRADE, Leticia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago-set-out, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 151.

isso não é demérito, pois os mais experientes juristas nacionais e internacionais ainda não chegaram a um consenso sobre a problemática aqui citada.

E, por fim, numa tentativa de dirimir algumas das contradições apresentadas ou em resposta às perguntas feitas com objetivo de incitar o debate, indicar-se-á sugestões, sem o intuito de esgotar o assunto ou de apresentar verdades absolutas.

A respeito da legitimidade das agências reguladoras para a edição de normas sem a representatividade do sufrágio universal, em conjunto com a discutida autonomia para elaboração de regulamentos autônomos e o problema, ambos poderiam ser suprimidas com uma das medidas a seguir apresentadas.

Inicialmente, demonstra-se a composição do colegiado de Diretores responsáveis pela direção das agências reguladoras, segundo a Lei nº 9.986/2000.

“Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação”.<sup>91</sup>

Conforme o anexo I<sup>92</sup>, quadro de direção das agências reguladoras o Conselho Diretor é composto por 5 (cinco) integrantes, ou seja, 1 (um) CDI e 4 (quatro) CDII.

---

<sup>91</sup> BRASIL. LEI N. 9.986, de 18, de julho, de 2000. **Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.** Brasília, 2012. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2000/lei-9986-18-julho-2000-359735-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 30 set. 2012.

<sup>92</sup> BRASIL. LEI N. 10.871, de 20, de maio, de 2004. **Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências.** Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/110.871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.871.htm). Acesso em: 30 set. 2012.

Deste modo, uma solução que poderia dar uma legitimidade representativa para as normas reguladoras seria a edição de uma lei ordinária que previsse a inclusão de, pelo menos, mais 05 (cinco) representantes do Congresso Nacional, no qual, a lei deveria prever que no mínimo um e no máximo dois desses representantes fossem do Senado Federal.

Desta feita, o Conselho Diretor seria composto de 05 (cinco) integrantes de carreira e de 05 (cinco) integrantes de representação do povo, totalizando 10 (dez) membros. Assim, todos os regulamentos editados pelas agências conteriam duas naturezas: uma de caráter técnico e outra de representação.

Portanto, a lei que alterasse o Conselho Diretor poderia conferir às agências reguladoras o poder de editar normas de sujeição geral, pois estariam embutidas nesses órgãos tanto as características técnicas que lhes são próprias quanto as democráticas absorvidas do Congresso Nacional, por meio de seus membros incorporados ao Conselho Diretor.

Outra sugestão seria a criação de um conselho ou comissão no Congresso Nacional com a finalidade de validar e aprovar os regulamentos autônomos editados pelas agências reguladoras. Esse conselho ou comissão seria formado por 01 (um) Senador da República e por 04 (quatro) Deputados Federais, sendo aquele o presidente do conselho.

A tarefa da comissão seria dar validade aos regulamentos editados pelas agências reguladoras de forma ágil, pois não necessitaria submeter o regulamento ao processo moroso de aprovação de uma lei, e sim de ratificar o regulamento, dando-lhe o caráter representativo exigido pelos pensadores do direito.

Finalmente, apresentadas as reflexões e indicadas algumas sugestões, tem-se um cenário capaz de conduzir a uma conclusão sobre o tema: a Função do Estado e o Instituto da Deslegalização. Deste modo, sem a pretensão de alcançar todos os aspectos controversos a respeito do referido tema, serão apresentadas as conclusões de tudo que foi demonstrado durante o trabalho.

## CONCLUSÃO

A partir da Revolução Francesa, no século XVIII, novos paradigmas jurídicos foram criados com o intuito de preservar os ideais do iluminismo, assim como os Princípios Universais de liberdade, igualdade e fraternidade. Esses paradigmas até hoje são defendidos por qualquer Estado Democrático de Direito. Acontece que, após o Segundo Pós-Guerra, em meados do século XX, novos paradigmas floresceram diante de uma sociedade crescente cada vez mais complexa e dinâmica. Houve mudanças em várias áreas, mas a forma de atuação do Estado, sem sombra de dúvida, foi a mudança mais visível.

Dentre as várias mutações ocorridas no Estado, destacam-se aquelas sofridas no Direito Público, no que concerne à multiplicação das fontes normativas, a descentralização e a relativização do modelo hierárquico da Administração Pública, que tornaram o Estado mais ágil e eficiente.

Assim, o Estado assume uma identidade “neoliberal” no qual passa a atuar em diversas relações econômicas da sociedade, visando ao controle das atividades de consumo entre o Estado e as empresas privadas, que passam a ocorrer com maior frequência.

Essas transformações no Estado Brasileiro culminam com o as desestatizações e privatizações de órgãos estatais, ocorridas na década de 90. Nesse contexto, o Estado brasileiro assume a posição de um Estado regulador, ou seja, o direito brasileiro passa a se preocupar com as normatizações setoriais. E na metade da década de 90, com influência do direito americano, cria as denominadas “agências reguladoras”, que atuam de forma setorial, ornadas de autonomia e especialização técnica, com objetivos de impedir a influência política sobre as atividades regulamentadas. Talvez, esse tenha sido o viés para as agências reguladoras do Brasil terem sido criadas como autarquias de regime especial.

Atualmente uma acirrada discussão sobre a autonomia das agências reguladoras vem sendo travada entre os pensadores do direito, principalmente no que diz respeito à elaboração de normas. A pretensão dos doutrinadores é encontrar um consenso entre o tema, contudo, pode-se observar que tal discussão por vezes é inócua, principalmente,

se levado em consideração que estes órgãos só têm razão de existir para impedir a influência política na regulação de atividades setoriais.

Desta forma, todas as atenções da doutrina, da jurisprudência e de qualquer pensador do direito deveriam estar voltadas para uma solução que abarcasse todos os pontos controversos que rodeiam a “autonomia” das agências reguladoras. Em outras palavras, na atual conjuntura, em que a sociedade é cada vez mais dinâmica, tendo suas atividades fracionadas em vários níveis de especialização, interagindo de forma frenética com múltiplos ramos e demandando respostas rápidas, em muitos casos respostas instantâneas, da Administração Pública, não se vislumbra outra saída senão uma evolução do direito, objetivando a acomodação dos interesses sociais.

Ao se estudar e apresentar a teoria da deslegalização ou delegificação, percebe-se a tentativa do Estado brasileiro em acompanhar as inovações jurídicas e administrativas ocorridas em outros países. Talvez o método adotado à época, de importar o modelo americano das agências reguladoras, tenha sido precipitado, visto que o direito americano é muito diferente do brasileiro. A situação das agências ficou ainda mais complicada com a tentativa de aplicar o conceito da deslegalização, amplamente difundida na Europa, como meio de fundamentação à sua criação. No entanto, um cenário pior poderia estar instalado em nossa Administração Pública caso houvesse influências desmedidas sobre as atividades de regulação.

Assim, o objetivo deste trabalho é compreender o alcance do Poder Normativo das agências reguladoras e entender a ampliação desse poder com o fenômeno da deslegalização. O objetivo foi alcançado quando demonstrado, no segundo capítulo, a atuação do instituto da deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. Destarte, o poder legiferante das agências reguladoras não deve ser limitado em relação ao campo de sua atuação, pois caso o fosse se estaria restringindo o poder de regulamentação conferido às agências reguladoras.

O essencial foi trazer à tona as funções estatais desempenhadas pelas agências reguladoras e o seu envolvimento com o instituto da “deslegalização ou delegificação”, pois não se pretende promover a defesa do instituto nem tão pouco negá-lo, mas tentar demonstrar o debate que ocorre na doutrina e nos tribunais brasileiros sobre o

tema. Por conseguinte, o presente trabalho não tem como objetivo esgotar o assunto, mas contribuir para a discussão do tema.

Como contribuição acadêmica sugere-se, portanto, o seguinte:

- a) A criação de uma lei ordinária no Congresso Nacional, alterando todas as leis de criação das agências reguladoras, no qual o conselho diretor fosse formado por 10 (dez) integrantes, sendo 05 (cinco) integrantes da carreira, ou seja, de pessoas com capacitação técnica e 05 (cinco) integrantes do próprio Congresso Nacional, com uma observação, no mínimo 01 (um) e no máximo 02 (dois) integrantes deveriam ser do Senado Federal. Hoje o conselho diretor é composto por 5 (cinco) integrantes com capacitação técnica.
- b) A criação de uma lei ordinária no Congresso Nacional, determinando a criação de um conselho ou uma comissão na própria casa, sendo composta por (01) um Senador da República que seria o presidente do conselho e (04) quatro Deputados Federais, com o objetivo de validar as normas autônomas editadas pelas agências reguladoras. Vale ressaltar que o conselho ou comissão não seria responsável pela validação de todas as normas regulamentares editadas pelas agências reguladoras, mas somente pelas normas gerais, ou seja, as normas que necessitam de representatividade do congresso nacional.

Portanto, em qualquer das sugestões um grande obstáculo seria vencido, pois em ambos os casos não se falaria mais em falta de legitimidade das agências reguladoras para a edição de normas gerais ou normas autônomas. Outro problema que deixaria de existir seria a do âmbito da competência, sendo o conselho ou comissão do Congresso Nacional responsável pela ratificação das normas, a competência final para a publicação da norma voltaria ao Congresso Nacional. Sendo assim, as agências reguladoras não estariam invadindo a competência do Poder Legislativo, pondo fim à discussão sobre o poder de delegação de competência.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago-set-out, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, v. 786, Abril, 2001. Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. de 2000. Disponível na Internet: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em 21 de junho de 2012.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. LEI N. 10.871, de 20, de maio, de 2004. **Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências**. Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.871.htm). Acesso em: 30 set. 2012.

BRASIL. LEI N. 9.986, de 18, de julho, de 2000. **Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2000/lei-9986-18-julho-2000-359735-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 30 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 640460/RJ. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 27 setembro 2007. Revista Trimestral, Brasília, v. 868, p.187.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 1.193-1/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 09 maio 2006. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 205-3, p.1084.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/DF, Relatora: Cármen Lúcia. 30 março 2012. Processo Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296/PE, Relator: Celso de Mello. 21 setembro 1995. Processo Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF, Relator: Marco Aurélio. 20 agosto 1998. Processo Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 02 fevereiro 1998. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 178, p.361.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte, Revista Interesse Público, v. 7, n. 35, jan/fev, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FARIA, José Eduardo. **As transformações do direito**. São Paulo, Revistas Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, Abril, 1998. Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 30 de maio de 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

GROTTI, Dinorá A. Musetti. **As Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, Janeiro, 2004, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 24 de maio de 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 789, Julho, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 15 de maio de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 791, Setembro, 2001, Disponível na Internet: <http://www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 30 de maio de 2012.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

RÁO, Vicente. **As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo**. São Paulo: M. Limonad, 1966.