



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

RAQUEL NASCIMENTO ELSING

**CONSTITUCIONALIDADE E LIMITES DA ATRIBUIÇÃO DE PODER
NORMATIVO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Brasília

2013

RAQUEL NASCIMENTO ELSING

**CONSTITUCIONALIDADE E LIMITES DA ATRIBUIÇÃO DE PODER
NORMATIVO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS**

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

Orientador: Professor Msc. Rodrigo
Fernandes M. Ferreira

Brasília

2013

RAQUEL NASCIMENTO ELSING

**CONSTITUCIONALIDADE E LIMITES DA ATRIBUIÇÃO DE PODER
NORMATIVO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS**

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

Orientador: Professor Msc. Rodrigo
Fernandes M. Ferreira

Brasília, de de 2013.

Banca Examinadora

RODRIGO FERNANDES M. FERREIRA
Orientador

Examinador

Examinador

Primeiramente a Deus, pela minha fé.

Aos meus pais, Aristeu e Luzinete, por toda compreensão, amor e carinho que tiveram por mim durante toda essa trajetória acadêmica. O exemplo de vocês é para mim a imagem no espelho do caminho da dignidade que devo seguir.

Aos meus irmãos, Rafael e Rodrigo, pelo apoio, amizade e carinho.

Aos meus avós, Marlene e João, pela torcida plena, me incentivando para concluir tão desejado objetivo.

A todos os familiares e amigos, e mesmo àqueles que estando distante, me incentivaram e me apoiaram.

Aos colegas da faculdade pelo convívio e companheirismo durante esses longos anos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus professores e professoras, que durante esses cinco anos, com seus valiosos ensinamentos e dedicação, me conduziram pelos caminhos do saber.

Agradeço especialmente ao meu Mestre e Orientador, Professor Rodrigo Fernandes M. Ferreira, que com sua sabedoria e apoio me orientou possibilitando a concretização deste trabalho.

“Suba o primeiro degrau com fé. Não é necessário que você veja toda a escada. Apenas dê o primeiro passo”.
Martin Luther King

RESUMO

A globalização e as mudanças sociais fizeram com que os Estados se adequassem a uma nova perspectiva econômica. Essa nova configuração exige uma produção mais célere e adequada de normas que regulem os mais variados campos. O presente trabalho busca analisar a constitucionalidade da concessão de poderes normativos às agências reguladoras e, se constitucional essa concessão, quais os limites de sua aplicação. Há controvérsias doutrinárias acerca do tema, e ainda não temos uma jurisprudência assentada no assunto, o que o torna um tema divergente e bastante atual, ainda mais quando temos que a criação das agências regulatórias é um instituto atual. Elas foram instituídas principalmente nas últimas duas décadas, depois da promulgação da Constituição de 1988. É importante analisarmos até que ponto anseios sociais e econômicos são capazes de mitigar preceitos constitucionais, também se procurará definir quais os limites para o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, e nesse ponto se faz interessante o estudo que o presente trabalho irá realizar.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Reforma do Estado. Agências Reguladoras. Princípio da Legalidade. Princípio da Tripartição dos Poderes. Poder Normativo. Legitimidade.

ABSTRACT

Globalization and social changes have made the States adapt to a new economic perspective. This new configuration requires a faster production and adequate standards governing the most varied fields. This paper seeks to analyze the constitutionality of granting legislative powers to regulatory agencies and, if this constitutional grant, which limits its application. There doctrinal controversies on the subject, and we still have no settled case law on the subject, which makes it a very current theme divergent and even more when we have the creation of regulatory agencies is an institute today. They were introduced mainly in the last two decades, after the promulgation of the 1988 Constitution. It is important to analyze the extent to which social and economic anxieties are able to mitigate constitutional precepts, which also seek to define the limits for the exercise of legislative powers by the regulatory agencies, and at this point it is interesting to study this work will accomplish.

KEYWORDS: Constitutional Law. State Reform. Regulatory Agencies. Principle of Legality. Principle of Tripartition of Powers. Normative Power. Legitimacy

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ASPECTOS EVOLUTIVOS DO ESTADO.....	12
2.1	LEGITIMIDADE DO PODER DO ESTADO.....	12
2.2	O ESTADO LIBERAL-BURGUÊS.....	12
2.3	O ESTADO SOCIAL-INTERVENCIONISTA	14
2.4	A DESESTATIZAÇÃO	17
2.4.1	Mudança no Paradigma Constitucional.....	18
2.4.2	Programa Nacional de Desestatização.....	19
3	AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	22
3.1	INTRODUÇÃO.....	22
3.2	O MODELO NORTE-AMERICANO	22
3.3	BREVE CONFRONTO ENTRE O MODELO NORTE-AMERICANO E O MODELO BRASILEIRO.....	24
3.4	ORIGENS	25
3.5	PREVISÕES NORMATIVAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS	27
3.6	NATUREZA JURÍDICA	29
3.7	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	30
3.7.1	Autarquias de Regime Especial	30
3.7.2	Caráter Técnico	32
3.7.3	Independência Administrativa	33
3.7.3.1	<i>Crítica à independência administrativa</i>	<i>35</i>
4	PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	37
4.1	INTRODUÇÃO.....	37
4.2	BREVE ANÁLISE DE ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	37
4.2.1	Noção Geral de Princípio.....	37
4.2.2	Princípio da Separação dos Poderes.....	38

4.2.2.1 O princípio em sua concepção clássica	38
4.2.2.2 O princípio da tripartição de poderes na Constituição Federal de 1998...	41
4.2.3 Princípio da Legalidade.....	44
4.2.3.1 A primazia da lei e o princípio da reserva legal.....	46
4.3 O CONFRONTO ENTRE O PODER NORMATIVO E O PODER REGULAMENTAR	48
4.3.1 Noção de Lei.....	49
4.3.2 Os Regulamentos e Sua Origem	50
4.4 LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	52
4.5 DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
4.6 UMA VISÃO GLOBAL DO PODER NORMATIVO CONCEDIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS	60
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras foram criadas durante o processo de Reforma do Estado brasileiro. Para que elas pudessem realizar seu trabalho com eficiência, e conseguissem alcançar os fins para os quais foram criadas, largas parcelas de poder normativo foram concedidas a elas.

Nesse ponto é que, hoje, encontramos grandes divergências doutrinárias acerca da validade jurídica dessa atribuição em face dos princípios da legalidade, da separação dos poderes, e da legitimação democrática. Interessante ressaltar que até o início do século XXI poucos doutrinadores brasileiros haviam se disposto a tratar sobre o tema. Também é notório que até hoje não temos um posicionamento detalhado na jurisprudência quanto a esse poder exercido pelas agências reguladoras.

O estudo desse tema é de grande relevância na atualidade, haja vista que a admissão ou não do exercício dessa função por elas envolve a análise dos princípios acima citados, os quais são o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Para examinar as questões acima expostas, o presente trabalho está dividido em três capítulos, além desta introdução, de uma conclusão e das referências bibliográficas que serviram de embasamento para a realização deste trabalho.

No primeiro capítulo aborda-se a evolução histórica do Estado brasileiro até a criação das agências reguladoras. Primeiro analisa-se a legitimidade do poder do Estado; posteriormente é exposto a evolução do Estado Liberal-Burguês, passando pelo Estado Social-Intervencionista até chegarmos ao período das Desestatizações. Adiante é exposta a mudança do paradigma constitucional brasileiro e feito uma breve análise do Programa Nacional de Desestatização, o qual tem extrema relevância quando tratamos da origem das agências reguladoras.

O segundo capítulo trata dos entes reguladores brasileiros em si. Primeiro é feita uma exposição do modelo norte-americano que inspirou o surgimento das agências brasileiras, seguida de um confronto entre esse modelo e o modelo brasileiro. Posteriormente são identificadas as origens desses entes no Brasil, além das previsões normativas que criaram as agências reguladoras federais. Em seguida

passasse à análise da natureza jurídica delas, além da demonstração das suas principais características.

No terceiro capítulo foi analisado o poder normativo das agências reguladoras. Primeiro foi introduzido os conceitos dos princípios da legalidade e da tripartição dos poderes. Posteriormente foi realizada uma sucinta diferenciação entre lei e regulamento. Debate-se em seguida a legitimidade e representatividade desse poder. Expõe-se também o resumido posicionamento que o Supremo Tribunal Federal tem sobre o tema. E por fim, é apresentada uma visão global sobre todos os aspectos que foram estudados durante o trabalho e que se relacionam com o poder normativo exercido por essas autarquias de regime especial.

Dessa forma, o presente trabalho foi realizado com o intuito de analisar os mais diferentes aspectos que geram divergências na doutrina. As agências reguladoras são entidades que já estão estabelecidas na Administração Pública brasileira, portanto, é imprescindível que sejam delimitados até onde é legítimo ou não o exercício do poder normativo por elas a fim de se evitar arbitrariedades e insegurança do ponto de vista jurídico.

2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DO ESTADO

2.1 LEGITIMIDADE DO PODER DO ESTADO

O Estado surgiu como um organismo social e político. Foi criado e legitimado pelo povo para exercer as funções de organização social e para acima de tudo representar as vontades de quem o legitimou.

Como o legitimado para proteger os interesses coletivos e individuais, o Estado cria o Direito, conforme preleciona Leila Cuéllar:

Assim, e na medida em que recebeu poderes do povo para esse fim, o Estado cria o Direito e submete-se a ele (à lei), em prol da garantia dos direitos individuais. A finalidade da instituição do Estado de Direito, portando, consiste na subordinação de toda atividade estatal às normas jurídicas e à ideia de justiça¹

Explicando a origem do Estado, Marcos Souto diz que a sociedade transferiu o exercício dos seus poderes a um ente, que agiria em nome de todos e segundo suas vontades, zelando pelo bom andamento da sociedade.²

Neste sentido ele acresce:

Para harmonia da vida em grupo, de modo a que todos possam alcançar a sua situação de bem-estar, é que se atribui a um governante uma parcela do poder de cada indivíduo, a quem cabe em nome da coletividade e em benefício dela impor limites ao exercício desse poder individual³

2.2 O ESTADO LIBERAL-BURGUÊS

O Estado liberal-burguês surgiu após a queda do regime absolutista. Seu nascimento se deu no momento em que a burguesia, já detentora do poderio econômico, buscou ver legitimado o seu poder. “Assim, pode-se entender o

¹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 19.

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1.

³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 6.

nascimento da ideologia liberal, no momento, em que a burguesia buscava se firmar como uma nova classe dominante”.⁴

Para a burguesia não era admissível que a estrutura econômica real fosse voltada para o império, também não era aceitável o fato de que ela tinha limitações impostas pelas corporações.⁵

Alexandre Aragão assim resume:

Com a quebra das unidades nacionais, fundadas até então na Religião Católica Romana e no Rei, pela Reforma Protestante, que, ao contrário do catolicismo romano, não fazia reservas às atividades lucrativas, surgiram as condições ideais para a instituição, muitas vezes com violência, de um novo sistema político e econômico afinado com a liberdade no desempenho das atividades econômicas.⁶

O Estado liberal estava intrinsecamente ligado às questões econômicas. Logo, o pensamento vigente à época era de que o a sociedade obteria mais benefícios com a liberdade de atuação do mercado. “Acreditava-se que o mercado seria muito mais benéfico para o conjunto da sociedade se agisse livremente, não devendo ser funcionalizado por qualquer finalidade coletiva”.⁷

Nessa época, o Estado não podia intervir na economia. Falsamente tinha se a ideia de que a sociedade agia livremente na economia, todavia esse mercado era controlado pelos interesses de quem detinha o poder, que naquele momento era quem detinha o capital.⁸

Não se pode negar que durante o Estado liberal houve a efetivação dos chamados direitos de abstenção, porém ao mesmo tempo, os direitos coletivos foram relegados ao segundo plano.

Nesse ponto, Paulo Bonavides leciona:

⁴ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.46.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 47.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 49.

⁸ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

Era uma sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. À Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal dos seus poderes e respectivas competências.⁹

Dalmo Dallari também discorre a respeito desse individualismo dizendo que “a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos”.¹⁰ Desta forma o Estado liberal causou sua própria derrocada.

Diante das crescentes desigualdades sociais que foram surgindo, unidas aos movimentos sociais, às cada vez mais frequentes crises de mercado, e ao individualismo excessivo, principalmente das classes dominantes, não foi mais possível a continuidade desse sistema de Estado.

Sérgio Bruna discorre a respeito da queda do liberalismo ao pronunciar:

A partir das últimas décadas do século XIX, a tensão provocada pelos movimentos socialistas aliada às sucessivas crises de mercado exigiram que o Estado abandonasse sua posição passiva e voltasse a dirigir, ao menos em parte, o processo econômico, passando a desempenhar novas funções.¹¹

2.3 O ESTADO SOCIAL- INTERVENCIONISTA

As duas grandes guerras mundiais e a quebra da bolsa de valores dos Estados Unidos foram os principais motivos para a eclosão do Estado liberal, propiciando o surgimento do Estado social, também chamando de Estado Intervencionista ou Welfare State.

Esse modelo de Estado “procurou proteger os direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico”¹² Nele o foco estatal era propiciar um maior acesso social aos serviços básicos e a interferência no funcionamento da atividade

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. Malheiros, 2011. P. 229.

¹⁰ DALLARI, Dalmo. *Elementos da teoria geral do estado*. 20. ed. Saraiva. P. 277.

¹¹ BRUNA, Varella Bruna. *Agências reguladoras: poder normativo consulta pública revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 25.

¹² SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 36.

econômica. A essa intervenção, Adam Przeworsky denomina de “politização das relações econômicas”.¹³

No campo econômico o Estado assumiu duas funções: lutar contra as crises de mercado e interferir no funcionamento dele, buscando manipular os resultados gerados.¹⁴

Nas palavras de Marcos Souto, o Estado intervencionista era:

Legitimado a atuar sobre atividade privada para condicionar o exercício dos direitos a determinados fins sociais. Não se tratava, pois, de um retorno ao absolutismo, cujos princípios não mais se adequavam em relação ao Estado de Direito.¹⁵

O Estado a partir desse momento começou a voltar seu olhar ao atendimento das pretensões sociais. Não se pode negar, contudo que esse fato também teve como pano de fundo, intenções eleitoreiras, sendo que não era o principal objetivo a real efetivação material do princípio da isonomia. Não obstante as razões de suas ações, a princípio, neste período, houve a efetiva concessão de certos serviços básicos à população.

Destarte, o Estado social buscou “assim, desenvolver políticas públicas que alcancem o maior número possível de pessoas, seja garantindo prestações materiais, sob o formato de direito sociais, seja induzindo a atividade econômica”.¹⁶

Neste contexto começou a haver a estatização de empresas pelo Estado, a fim de garantir esses direitos sociais. Tratando da questão, Arianne Cal observa:

Percebe-se, claramente, neste estágio de evolução que o Estado passou a atuar no âmbito que, antes, era reservado à iniciativa e prestação dos serviços pelos particulares. Passou-se a ter além de

¹³ PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina Cheiub Figueiredo e Pedro Paulo Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 100.

¹⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo consulta pública revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 25

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 138.

¹⁶ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 41.

um Estado interventor na economia, um Estado empresário, porque, neste período, o Estado passou a estatizar empresas¹⁷

Essa nova realidade trouxe um aumento exacerbado do número de atribuições estatais. Basicamente todos os setores da economia associados às necessidades elementares da população começaram a ser administrados por ele. Nessa época o Estado passou do status de abstenção para um status de atuação comissiva perante a sociedade. Agia em favor do bem-estar do indivíduo.

Ainda Arianne Cal:

Esta nova concepção dá ao Estado uma tarefa ainda mais ampliada das suas funções pois, além de manter a ordem pública tanto reclamada no Estado liberal, ainda exige do Estado a tarefa de propiciar o bem-estar de todos, bem como a necessidade de continuar atuando no setor social e ainda intervindo nas atividades econômicas.¹⁸

As crescentes exigências tanto do mercado como do povo levaram a um colapso na prestação dos serviços estatais, ficando o Estado impossibilitado de atender a todas as demandas sozinho. “Existe uma convicção generalizada no sentido de que o Estado tornou-se uma estrutura superdimensionada e ineficaz, além de interferir demasiadamente na vida das pessoas”.¹⁹

Fernando Quadros da Silva ainda aduz que, o Estado tornou-se uma máquina ineficaz, prestando serviços público de baixa qualidade, e para mantê-lo é dispendido um alto custo pela sociedade.²⁰

Esse colapso levou à revisão dos limites de intervencionismo estatal e à “instituição de um novo modelo organizacional do Estado”.²¹

Como registra Leila Cuéllar:

¹⁷ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23

¹⁸ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

¹⁹ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 32.

²⁰ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 32.

²¹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 55.

O crescimento desmesurado do Estado Social, determinado pela ampliação de suas atribuições (passou o Estado a assumir a responsabilidade por inúmeras atividades e serviços, como as grandes infraestruturas de transporte e comunicação, por exemplo) e de sua atividade interventiva, a forma burocrática de organização, os níveis elevados de gastos públicos, a crise financeira, dentre outros fatores, acarretaram a ineficiência do Estado no desempenho de muitas de suas atividades. Este quadro traduz-se na crise de um modelo de Estado, apontando a necessidade de sua revisão.²²

Complementa ainda a autora:

Do ponto de vista organizativo e institucional, a reforma do Estado procurou a substituição do modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração, em que organizações não governamentais e empresas privadas pudessem assumir a gestão de atividades econômicas e sociais antes realizadas pelo Estado.²³

Foi preciso buscar uma reforma estatal devido à crise financeira que tomava “conta do mundo, da globalização, do neoliberalismo, da ineficiência na prestação de serviços públicos, da corrupção, dentre tantas justificativas comumente apontadas”.²⁴

2.4 A DESESTATIZAÇÃO

Após a crise do regime social do Estado, deu-se o começo da era das privatizações, bem como da reforma estatal. Esse movimento foi global; entendeu-se que era ultrapassada a ideia de que o Estado deveria ter o domínio e o controle nas prestações dos serviços públicos básicos.

Ao analisarmos a Constituição Federal vemos que dentro da ideia de privatização, têm-se englobado a concepção de que o interesse social, na busca do

²² CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 55.

²³ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 57 e 58.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 44.

Estado do bem-estar, não implica necessariamente na ingerência direta do Estado na economia, sendo a iniciativa privada capaz de satisfazer esse interesse.²⁵

Buscou-se diminuir a atribuição dele na estrutura econômica e social, privatizando as empresas e os serviços, “que, considerada em sentido amplo, compreende a quebra do monopólio, a desregulação, a concessão e a permissão de serviço público, a terceirização, ficando o Estado com sua função de planejamento e regulação”.²⁶

Na privatização dos serviços públicos o Estado continuou com a titularidade deles. O que efetivamente fez foi transferir a execução à iniciativa privada, na expectativa de revitalização deles pelos investimentos particulares e pela própria forma de agir do setor privado.

A grande vantagem que se viu nesse modelo foi a possibilidade de prestar serviços com melhoras significativas, maior eficiência e em alguns casos menores custos para o usuário, tornando-o mais acessível. Além de evitar todas as possíveis mazelas quando eles são prestados pelo Estado.

Por fim, podemos conceituar sinteticamente privatização, como “antes de tudo um ato do poder público. Pela licitação escolhe-se quem explorará, de maneira mais vantajosa ao interesse público, determinada atividade de serviço público”.²⁷

2.4.1 Mudança no Paradigma Constitucional

A Constituição Federal de 1988 mudou o papel do Estado no desempenho de suas atividades econômicas, que anteriormente era menos restrita que na atualidade. O artigo 173 desse diploma estabeleceu que a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida em casos determinados.²⁸ Esses casos são os de relevante interesse coletivo, ou nos casos de necessidade quando relacionados aos imperativos da segurança nacional. Esse artigo se

²⁵ OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado*. Ed. Coimbra, 1998. p. 166 e 167.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 44.

²⁷ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 119.

²⁸ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2013.

contrapõe ao que era determinado pela Constituição Federal de 1967/1969, no qual o exercício pelo Estado de atividades econômicas era uma faculdade.²⁹

João Bosco da Fonseca dessa forma resume:

Vê-se, assim que o Constituinte de 1988 mudou inteiramente a situação anterior, vigente ao tempo da Constituição de 1967, quando a atividade estatal era supletiva da iniciativa privada, justificando-se, àquela época, de forma ampla a exploração direta, pelo Estado, da atividade econômica.³⁰

O papel do Estado seria agora o de atuar como um agente regulador e normativo das atividades econômicas, em consonância com o que dispõe o artigo 174 da Constituição Federal.

Vê-se, portanto, que hoje o Estado só deverá exercer a exploração direta de atividades econômicas quando previsto na Constituição Federal, ou então nos casos de relevante interesse coletivo ou quando necessário aos imperativos de segurança nacional, consoante estabelecido em lei. Logo, essa exploração somente será realizada em casos restritos.

2.4.2 Programa Nacional de Desestatização

Percorreu-se um longo caminho até que as privatizações fossem realmente efetuadas. Contudo, pode-se dizer que a implementação do plano de desestatização se iniciou no governo Collor.

Em período anterior à promulgação da Constituição de 1988 já haviam sido editados dois decretos, o de n. 91.991 de 1985 e o de n. 95.886 de 1988 que revogou o anterior. O último decreto instituiu o Programa Federal de Desestatização, que tinha por objetivo a execução de projetos de privatização e de desregulamentação.³¹

²⁹ BRASIL. *Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 mai. 2013.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

³¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 102 e 103.

Desta forma, no início do governo Collor já haviam sido realizados os estudos e os planejamentos necessários à viabilização das privatizações. Por isso, no mesmo dia de sua posse, Collor já editou a Medida Provisória n. 155 de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização.

Essa Medida Provisória foi convertida na Lei n. 8.031 de 1990, que posteriormente foi alterada pela Lei n. 9.491 de 1997. Dentre os objetivos basilares do Programa podemos destacar, nas palavras de Diogo Moreira Neto:

(i) Reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.³²

Foi esse Programa que efetivamente proporcionou ao país o início da era das privatizações. Primeiro durante o governo de Fernando Collor, posteriormente com Itamar Franco, e alcançando seu ápice durante o governo de Fernando Henrique Cardoso.

Porém, antes mesmo da posse do presidente Collor, realizada em 15 de março de 1990, o legislativo já estava com foco na elaboração de normas que objetivassem a concretização do preceito constitucional de excepcionalidade do exercício pelo Estado de atividades econômicas.

Assim, complementa João Bosco da Fonseca, “não se pode, portanto, entender que a privatização fosse a obra de um novo governo. É ela a nova orientação de nível constitucional, além de ser também o eco de um movimento mundial”.³³

O movimento privatizante não se deu apenas no Brasil, ele foi um movimento mundial. Houve um entendimento generalizado de que não era mais possível o Estado ser o responsável pela prestação da maior parte dos serviços essenciais à sua população.

Com essa mudança de posicionamento, o Estado passou a ter um papel secundário, porém ainda de suma importância. Buscou-se e ainda se busca que ele

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

³³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

tenha suas atividades limitadas “à esfera normativa e reguladora da atividade econômica”.³⁴ Assim dispõe o artigo 174 da Constituição Federal de 1998:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.³⁵

Portanto, hoje ele possui principalmente o encargo de incentivar, planejar e fiscalizar a atividade econômica.

³⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

³⁵ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2013.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

3.1 INTRODUÇÃO

As mudanças no quadro econômico e social levam quase sempre à adaptabilidade dos paradigmas estatais. A crise que foi gerada no Welfare State deixou claro que a Administração Pública não podia, e nem devia assumir a prestação de todos os serviços públicos. A alteração do *modus operandi* se deu a partir do Plano Nacional de Desestatização. Para efetuar-lo foi necessário realizar mudanças normativas e institucionais.

À luz das alterações que foram efetuadas em todo o contexto estatal, fez-se necessária a criação de agências que coordenariam as empresas privadas agora prestadoras dos serviços, para que mantivessem um padrão na prestação deles. Essas agências também tornar-se-iam um braço do Estado nessas atividades concedidas. Com elas, ele continuaria com seu papel regulatório, realizando as atividades de fiscalização, regulação, incentivo, e controle, dentre outras.

Arianne Brito Rodrigues Cal assim sintetiza:

As agências reguladoras foram sendo instituídas no ordenamento jurídico brasileiro para assumir um papel que, na concessão, na permissão e na autorização, era antes desempenhado pela própria Administração Direta, na qualidade de poder concedente.³⁶

3.2 O MODELO NORTE-AMERICANO

A origem das agências reguladoras é atribuída ao direito norte-americano, no ano de 1887. A primeira delas foi a Interstate Commerce Commission. Ela era uma estrutura administrativa descentralizada com poder normativo e que tinha por atribuição regular o serviço de transporte ferroviário nos Estados Unidos.³⁷

Foi no final do século XIX que começou a haver a profusão dessas agências nesse país, influenciada pelo período intervencionista (decorrente do New Deal). O

³⁶ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 86.

³⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1

estabelecimento de políticas sociais, combinado com a reformulação dos setores econômicos exigiu uma maior especialização do Poder Executivo.

Para atender essa demanda foram criadas as agências reguladoras, delegando-se a elas funções regulatórias. Os Estados Unidos é um país no qual o Poder Legislativo elabora leis de cunho diretivo, estabelecendo fundamentos, princípios com conteúdo geral e indeterminado. Como exemplo disso temos que a Constituição deles é classificada como sintética. Assim sendo, competirá “às agências a função de baixar normas reguladoras”³⁸ visando complementar as leis.

No sistema adotado pelos Estados Unidos, as agências são bastante especializadas e seus dirigentes gozam de independência perante o Presidente da República, visto que não são demissíveis ad nutum. Portanto a marca essencial delas era a especialização e a, em tese, neutralidade de seus atos, não deixando ser afetada pelos interesses políticos.

O passar dos anos mostrou que os interesses políticos não conseguiam ser totalmente afastados da atuação das agências. O grau de imutabilidade das decisões técnicas proferidas por elas também começou a ser contestado.

No ano de 1946, foi editado o Administrative Procedure Act, que objetivou “uniformizar as normas de procedimento, em benefício dos administrados, uma vez que antes da edição da referida lei, cada agência estabelecia suas próprias normas”.³⁹ Junto desse ato, também foram editadas outras leis que visaram conter o poder concedido às agências, inclusive possibilitando um maior controle judicial de seus atos.

Na década de noventa este diploma foi alterado pelo Negotiated Rulemaking Act. Essa lei possibilitou que os interessados que fossem afetados pelos regulamentos expedidos pelas agências, participassem na elaboração deles.⁴⁰

³⁸ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72.

³⁹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

⁴⁰ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

Nesse ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que houve a privatização dos interesses e da intervenção administrativa.⁴¹

Como resultado desse novo posicionamento de atuação das agências, a tão propugnada independência e neutralidade de atuação das mesmas restaram-se mitigadas.

3.3 BREVE CONFROTO ENTRE O MODELO NORTE-AMERICANO E O MODELO BRASILEIRO

O sistema norte-americano foi o principal modelo para a criação dessas entidades na grande maioria dos países. É importante ressaltar, que o fenômeno chamado de “agencificação”⁴², no qual houve a profusão da criação delas, ocorreu quando no seu país de origem as agências já passavam por uma redução nos seus poderes inerentes. Nesse país já estava acontecendo a chamada desregulação, ou seja, a diminuição das regras editadas por elas.

Dessa forma observa Di Pietro, exemplificando como ocorreu a desregulação nos Estados Unidos, principalmente no que tange ao controle exercido pelos poderes estatais sobre essas autarquias:

o Executivo impôs obrigatoriedade de controle prévio, antes de iniciar-se o procedimento de elaboração imposto pela Lei de Procedimentos; o Legislativo criou agências legislativas que controlam as agências administrativas, além de, em determinadas hipóteses, exercer o poder de veto sobre os projetos das agências; o Judiciário passou, aos poucos, a examinar a motivação, os fatos, a razoabilidade das normas, com ampla aplicação do princípio do devido processo legal substantivo.⁴³

O Brasil inspirou seu modelo no norte-americano que vigia antes do início da criação de mecanismos de controle da atividade regulatória das agências. Portanto,

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 139.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 45.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 45.

não é valido fazer uma comparação entre os dois modelos sem ter em mente as peculiaridades de cada um deles.

Criticando a adoção de um modelo que já não é mais vigente em seu país de nascimento, Arianne Cal assinala que devemos questionar porque o Brasil, ao invés de ter como base o modelo evoluído, adotou um “sistema já tão amplamente modificado e desprestigiado no país de origem como as agências reguladoras, onde a desconfiança dos cidadãos e do próprio governo impera a todo instante”.⁴⁴

Destarte, fica evidente que o procedimento de elaboração de normas das agências brasileiras é diferente do das norte-americanas. Aqui não há a obrigação de participação popular nesse processo, o que faz diminuir consideravelmente a legitimidade dessa emanção.⁴⁵

Também reprovando o modelo copiado pelo Estado brasileiro, Di Pietro conclui ao dizer que “copiou-se o modelo norte-americano no que elas permitem o exercício de parcela de poder público, mas não se copiou o procedimento de criação do direito, que permite dar legitimidade ao exercício do poder”.⁴⁶ Por esses motivos, é questionável se agiu bem o legislador brasileiro ao estabelecer esse como o paradigma brasileiro.

3.4 ORIGENS

As agências reguladoras foram introduzidas no direito brasileiro como uma das peças que compunham o plano traçado pela Reforma Administrativa brasileira. Elas surgiram como uma espécie distinta das autarquias comuns, sendo constituídas como autarquias de regime especial.

O que as diferencia primordialmente das primeiras é o fato que a independência que as primeiras tinham no momento de sua criação, foi, ao longo dos anos, paulatinamente se perdendo. Deixaram as primeiras de ter características

⁴⁴ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74 e 75

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 43

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 46.

fundamentais como a autonomia e a liberdade de gestão, características essas que até hoje são mantidas pelas agências reguladoras.⁴⁷

É merecedor de nota a importante observação que Alexandre Santos de Aragão faz em relação ao surgimento dessas agências:

É comum associar-se o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladores, tais como o Conselho Monetário Nacional – CMN, Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários - CVM.⁴⁸

Contudo, não se deve confundir esses órgãos e entidades com as agências reguladoras. O mesmo autor conclui dizendo que: “Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao poder executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.”⁴⁹

Esses entes, inicialmente, foram criados para regular e fiscalizar os serviços públicos. Porém, logo após esse primeiro momento foram criadas agências que tinham por fim regular e fiscalizar atividades econômicas em sentido estrito.

Na escolha das áreas em que se devem constituir agências reguladoras é necessário observar os reflexos que essa atividade tem para com a sociedade. Quando se trata de serviços públicos, a área deve ser regulada privilegiando-se a eficiência e a racionalidade de sua prestação, sem deixar de se observar a universalização do serviço. Já quanto às atividades econômicas em sentido estrito,

⁴⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 95 e 96.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 265.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 265.

elas devem ser reguladas para serem preservados os ambientes concorrenciais além do interesse dos consumidores.⁵⁰

Destarte, passado algum tempo da criação dos primeiros entes reguladores, pode-se tirar algumas conclusões quanto aos seus objetivos, como bem salienta Alexandre Santos de Aragão:

Destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente, os serviços públicos.⁵¹

Atualmente se tem agências reguladoras brasileiras tanto no âmbito federal como no âmbito estadual. No âmbito municipal, a princípio só se tem notícias de uma agência, a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA, instituída por uma lei municipal.⁵²

Por fim, é necessário ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XIX, exige que as autarquias sejam criadas por meio de lei específica.⁵³ Logo, esse deve ser o diploma instituidor das referidas agências.

3.5 PREVISÕES NORMATIVAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

As agências reguladoras foram criadas após a reestruturação pela qual passou o Estado brasileiro no plano administrativo e estrutural de organização. Essa intrinsecamente relacionada com o Programa Nacional de Desestatização e com o Plano Diretor de Reforma do Estado.

⁵⁰ SALES, Gabriela Azevedo Campos. *Agências reguladoras brasileiras*. 2002. 94 f. Monografia de conclusão de curso de graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 268.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 290.

⁵³ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

A emenda constitucional de número 8 de 1995 alterou o artigo 21, inciso XI da Constituição Federal, passando a prever agora a criação de um órgão regulador para a área das telecomunicações.⁵⁴

Da mesma forma, a emenda constitucional de número 9 de 1995 alterou o artigo 177 da Constituição Federal, passando a prever no § 2º, inciso III desse artigo a criação de um órgão regulador para o setor do petróleo.⁵⁵

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela lei de nº 9.472 de 1997, já a Agência Nacional do Petróleo – ANP foi criada pela lei de nº 9.478 de 1997.

Não obstante a previsão constitucional das duas agências citadas acima, a primeira agência reguladora criada não foi nenhuma das duas. Foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que foi instituída pela lei de nº 9.427 de 1996.

Após a criação dessas três agências, outras foram instituídas por normas infraconstitucionais. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA foi criada pela medida provisória de nº 1.791 de 1998, sendo essa convertida na lei de nº 9.782 de 1999. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi instituída pela lei de nº 9.961 de 2000, sendo que nesse mesmo ano a lei de nº 9.984 criou a Agência Nacional de Águas – ANA.

No ano de 2001 tivemos a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ pela lei de nº 10.233. A Agência Nacional do Cinema – ANCINE foi criada pela medida provisória de nº 2.228-1 de 2001.

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC foi instituída pela lei de nº 11.182 de 2005. Já quanto à Agência Nacional de Mineração – ANM, sua previsão de criação está no projeto de lei de nº 5.807, sendo que este ainda depende da tramitação legislativa para efetivar a criação dessa agência.

⁵⁴ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

⁵⁵ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

3.6 NATUREZA JURÍDICA

O artigo 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200 de 1967 dispõe que:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.⁵⁶

Nele se tem o conceito de autarquias. Contudo, essa definição não qualifica as autarquias em regime especial, omitindo-se de distingui-las das autarquias comuns.

Para Hely Lopes Meirelles, dentre tantas peculiaridades, há um fato que mais do que os outros diferencia as autarquias em regime especial das autarquias comuns. Esse fato é o de que às agências em regime especial a lei instituidora conferiu privilégios específicos que aumentam sua autonomia quando comparadas às autarquias comuns. Porém esse fato não infringe as diretrizes constitucionais relativas a essas entidades públicas.⁵⁷

O autor ainda continua, “o que posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais.”⁵⁸

As agências, em suas próprias leis de criação são definidas como autarquias sobre o regime especial, o que lhes conferem uma boa margem de independência no exercício dos seus poderes de fiscalização, supervisão e normatização.

Todavia, deve-se observar que esses poderes encontram restrições legais e constitucionais. O próprio Decreto-Lei nº 200, em seu artigo 26, dá mostras disso, ao estabelecer o poder de supervisão ministerial sobre a Administração Indireta, lugar em que se encontram as agências:

⁵⁶ BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 342.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 342.

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.⁵⁹

Esses entes reguladores integram a Administração Pública Indireta. Isso foi definido nas próprias leis de instituição dessas agências. Exemplificando, temos o artigo 8º, da Lei 9.427 de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações:

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.⁶⁰

3.7 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

3.7.1 Autarquias de Regime Especial

No direito brasileiro, todas as agências reguladoras foram instituídas sob o regime de autarquias especiais. Portanto, essa é uma das características que devem ser estudadas para a correta compreensão desses entes públicos.

As autarquias comuns foram criadas como sendo entidades dotadas de autonomia. Contudo, com o passar do tempo, essas autarquias passaram por uma progressiva perda desta sua característica, sendo essa incorporada pela

⁵⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013

Administração Direta. Esse fenômeno foi chamado de “desautarquização das autarquias” por Alberto Venancio Filho.⁶¹

Esse fato levou ao engessamento das atividades delas. Além disso, ao fim desse processo, pouco se podia diferenciar as autarquias de uma mera repartição da Administração Direta.

Dessa forma, Alexandre Santos de Aragão sintetiza ao dizer que esses foram elementos que levaram as agências reguladoras a serem qualificadas por suas leis de instituição como autarquias de regime especial.⁶² Não se queria que as agências tivessem o mesmo fim que as autarquias comuns, isto é, a limitação dos seus poderes de atuação.

O autor continua seu pensamento, ao expor que:

Em geral a nomenclatura de “autarquia especial” remete a uma maior autonomia da autarquia, às vezes assegurada, como no caso das universidades, pela impossibilidade de exoneração ad nutum dos seus dirigentes. Em um sentido mais restrito a denominação representaria apenas a existência de um regime jurídico próprio, especial, distinto daquele genérico previsto no Decreto-lei nº 200/67.⁶³

Contudo, se observa que essa maior autonomia não deriva única e exclusivamente da expressão autarquia especial, mas sim do grau de autonomia que sua lei instituidora houver lhe dado.⁶⁴

Dessa forma, as agências reguladoras são tanto materialmente, como formalmente autarquias de regime especial. Formalmente porque suas leis instituidoras assim as denominam, materialmente porque realmente lhes são concedidas prerrogativas que “aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com a das demais autarquias, em especial a vedação de exoneração

⁶¹ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 414.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 273.

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 273.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 273.

ad nutum dos membros do seu colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado.”.⁶⁵

Resumindo, a denominação autarquia em regime especial visou apenas deixar claro que esses entes possuem uma maior independência quando comparados às autarquias comuns.

3.7.2 Caráter Técnico

O caráter técnico das agências decorre em grande parte dos requisitos de preenchimento necessário para se ocupar um dos seus cargos de direção. O artigo 5º, da Lei nº 9.986 de 2000, que discorre sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, dispõe sobre eles:

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.⁶⁶

Esse artigo deixa claro que para ser um dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria, a pessoa deve ter um grande conhecimento na área de especialidade do cargo.

Além disso, essa especialização técnica se faz necessária na medida em que seus atos e normas demandam conhecimento científico e técnico aprofundados, a fim de que possam ser aplicados, emitidos e fiscalizados.⁶⁷

Como bem observa Alexandre Santos de Aragão, essa tecnicidade das agências reguladoras é essencial:

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 274.

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 323.

Já que, apenas uma regulação ágil, levada a cabo por agentes independentes, versados sobre os diferentes aspectos da atividade a ser controlada e com liberdade de atuação face ao dinamismo social e tecnológico, pode obter sucesso ao lidar com expressões normativas como medição da intensidade dos sinais acústicos dos veículos, com princípios de defesa bromatológica, ao fixar-se a quantidade de certos produtos químicos que uma conserva pode ter, etc.⁶⁸

Não se pode deixar de ressaltar que quanto maior a tecnicidade na tomada de uma decisão, menor será o risco de haver discricionariedade na sua tomada. Portanto, quanto mais especialização técnica tiverem as agências, maior será a probabilidade que suas decisões tendam para um lado mais profissional teórico do que o meramente político.

Assim, acresce Leila Cuéllar: “o intuito de se criar agências reguladoras específicas para áreas distintas visa primordialmente a que a “regulação” seja efetuada por órgãos técnicos, especializados, independentes, de molde que seja eficiente.”.⁶⁹

3.7.3 Independência Administrativa

A independência administrativa das agências reguladoras se caracteriza essencialmente pela autonomia que essas entidades têm frente aos demais poderes do Estado. Leila Cuéllar define o que a princípio seria essa característica:

A independência corresponde inicialmente à ausência de vínculo hierárquico formal entre a agência reguladora e a pessoa administrativa central, mas identifica-se, igualmente, com a autonomia de atuação e a autonomia financeira, além de, do ponto de vista prático, e não jurídico, referir-se à previsão de garantias para evitar a captura dos organismos por interesses políticos ou econômicos.⁷⁰

⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 324.

⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87.

⁷⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 93.

Para Diogo Moreira Neto, a independência aqui deve abranger quatro aspectos. O primeiro seria a independência dos seus gestores, que estaria relacionada à forma de nomeação deles, e do termo dos mandatos. O segundo seria a independência relacionada ao conhecimento técnico dos gestores, pois estes devem ter domínio prévio do conteúdo exigido para o exercício de sua atividade. O terceiro seria a independência normativa, que garantiria o exercício da regulação como instrumento de ação. E o último seria a independência financeira, orçamentária e gerencial.⁷¹

Esses aspectos expostos pelo autor levariam a uma atuação politicamente neutra das agências, evitando assim ingerências políticas no exercício de suas funções.

A independência também se extrai pela forma como são nomeados seus diretores ou conselheiros, mas principalmente pela estabilidade que esses possuem. Todos os membros do grupo de direção das agências serão escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Senado Federal.⁷²

Cada um dos diretores ou conselheiros cumprirá um mandato com prazo fixado em cada uma das leis de criação de cada agência, sendo que esses mandatos serão não coincidentes.⁷³ Dessa forma os dirigentes possuem estabilidade durante seu mandato, o que a princípio significa que eles possuem liberdade de atuação, já que não teriam que se sujeitar a vontades políticas e econômicas para se manter no cargo.

No que se refere à exoneração dos diretores ou conselheiros das agências, esta só poderá ser realizada nos casos “de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.”⁷⁴ Essa é a previsão do artigo 9º, da Lei 9.986 de 2000, logo eles não são demissíveis “ad nutum” pelo Presidente da República. Contudo, o parágrafo único desse mesmo artigo permite

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165 e 166.

⁷² BRASIL. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁷³ BRASIL. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

que a lei de criação de cada agência preveja outras condições para a perda do mandato de seus diretores ou conselheiros.

3.7.3.1 Crítica à independência administrativa

O artigo 9º da Lei 9.986 de 2000 previu as hipóteses gerais de perda do mandato dos diretores e conselheiros das agências. Com essa previsão, ficou clara a opção do legislador em restringir o poder do Presidente da República sobre esses cargos, e, conseqüentemente sobre a direção e decisões tomadas por eles.

Outro ponto importante é o fato de que em virtude de o mandato dos gestores das agências serem não coincidentes, fatalmente alguns dos diretores eleitos por certo presidente continuarão no colegiado de direção mesmo após o mandato desse presidente ter acabado.

Assim, “é oportuno indagar igualmente se a estabilidade provisória dos dirigentes das agências (durante o período prefixado do mandato) estaria garantida mesmo após findo o mandato do Chefe do Poder Executivo que os nomeou.”⁷⁵

Ainda nessa linha de pensamento, Leila Cuéllar deixa bastante clara a principal consequência de se admitir que o mandato dos dirigentes das agências se estenda além do mandato do Presidente da República que os nomeou:

Admitir-se tal estabilidade afrontaria o princípio democrático e as próprias regras relativas à nomeação dos dirigentes das agências reguladoras. Na medida em que estão sendo criadas um sem-número de agências, que estabelecem normas e regulam alguns dos principais serviços públicos e atividades econômicas, e uma vez que seus dirigentes são pessoas de plena confiança técnico-política do Chefe do Poder Executivo, o mandato que ultrapasse o período governamental implicará nítida extensão, em algumas das principais atividades público-privadas, da “estratégia” governamental do nomeante. Isto é, o governo se estenderia no tempo.⁷⁶

Aceitar que o mandato dos dirigentes se estenda além do período governamental de quem os nomeou significa permitir que o governo anterior tenha

⁷⁵ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 98.

⁷⁶ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 98 e 99.

influência direta sobre o próximo mandato. Isso porque os dirigentes têm estabilidade, e não são demissíveis “ad nutum”, logo não poderiam se exonerados pelo Presidente do mandato seguinte que não os nomeou, salvo nas hipóteses previstas em lei. Portanto, indaga-se se isso não estaria violando “o Princípio do Estado Democrático de Direito do qual é corolário também o Princípio Republicano que tem como dimensões a eletividade, temporariedade dos mandatos e a responsabilidade.”.⁷⁷

Nas palavras irretocáveis de Celso Antônio Bandeira de Mello, se expõe a gravidade da possibilidade do avanço do mandato dos dirigentes das agências sobre futuros governos:

Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, e da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.

Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança, garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da Anatel é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo.⁷⁸

Não obstante a estabilidade do mandato dos dirigentes ser uma importante garantia da característica das agências reguladoras, se vê que pode ser gravoso o mantimento dessa estabilidade no governo seguinte ao de sua nomeação.

⁷⁷ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 140.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 161.

4 PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 INTRODUÇÃO

Para o adequado estudo do poder normativo das agências reguladoras se faz necessário fixar alguns conceitos. O cerne do questionamento da legitimidade desse poder está associado à análise do alcance do princípio da separação dos poderes, bem como ao do princípio da legalidade.

Não menos importante é a análise do alcance da legitimidade ou representatividade na exalação desse poder, e o estudo da distinção entre o poder normativo e o poder regulamentar.

Feitas essas considerações iniciais passaremos agora ao estudo desses princípios e da distinção supracitados.

4.2 BREVE ANÁLISE DE ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.2.1 Noção Geral de Princípio

Primeiramente, antes de se adentrar nos princípios em espécie, se faz necessário discorrer sobre qual o conceito de princípio.

Na origem os princípios não possuíam eficácia normativa, eram meros conselhos de caráter moral ou político, sugestões ou ideias de direção.⁷⁹ Ou seja, sua função era simplesmente norteadora, sem, contudo serem coagentes, eram exortações de caráter não vinculativo.

Com o passar do tempo, firmou-se na doutrina a concepção de que os princípios eram uma espécie junto com as regras, das quais as normas jurídicas eram o gênero. Hoje não restam dúvidas de que os princípios estão intrinsecamente investidos de caráter normativo e impositivo.

Nesse sentido nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁷⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 13.

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁸⁰

Sendo peça fundamental do sistema normativo por integrar seu núcleo, muito mais grave será então afrontar algum princípio do que qualquer outra norma. Por serem normas que orientam a produção de todas as demais regras, sua transgressão é extremamente danosa para todo o sistema. Assim continua Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.⁸¹

4.2.2 Princípio da Separação dos Poderes

4.2.2.1 O princípio em sua concepção clássica

A origem da teoria da tripartição dos poderes remota ao período da Grécia Antígua, com a publicação por Aristóteles da obra “Política”. Segundo o filósofo

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 817 e 818.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 818.

grego em todos os governos existiam três funções que eram exercidas pelo poder soberano: a função de produzir normas gerais (legislação), a função de solucionar os conflitos (juízo), e a função de aplicar as normas editadas aos casos cotidianos (administração).⁸²

Contudo, essa concepção de Aristóteles discorria sobre a concentração dessas três funções na figura de uma só pessoa, haja vista que, no momento histórico em que ele escreveu sua obra, reinava a concentração política na pessoa de um soberano. Esse possuía poderes ilimitados e exercia as três funções de forma autônoma.⁸³

Portanto, a obra de Aristóteles contribuiu para a teoria da tripartição de poderes, contudo “esgotou-se na identificação das três diferentes funções essenciais de governo, pois não havia no seu pensamento nenhuma preocupação com o elemento “limitação do poder”.”⁸⁴

Muitos anos depois, a teoria aristotélica foi aprimorada pelo pensador francês Charles de Montesquieu em seu livro “O espírito das leis”, no qual defendeu que as três funções estatais não deveriam ser exercidas pela mesma pessoa. Inovou ao dizer que “tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.”⁸⁵ Sua teoria foi de frente com o conceito de Estado absolutista, e serviu de pilar e inspiração para as revoluções burguesas do século XVI.

Montesquieu também adverte em sua obra que é necessário essa divisão das funções em diferentes órgãos, pois se isso não for feito corre-se o risco de não haver liberdade política.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo

⁸² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337.

⁸³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 425.

⁸⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 425 e 426.

⁸⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337.

senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.⁸⁶

A teoria da separação dos poderes entre órgãos distintos foi idealizada por Montesquieu como uma forma de se evitar o abuso de poder por algum soberano. Nela se buscaram o equilíbrio e o controle recíproco entre esses novos órgãos de poder, visando a garantia da liberdade.

Deve-se observar que nos dias atuais, muitos autores entendem que é imprecisa a utilização do termo “poderes” na expressão tripartição de poderes. “Isto porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”⁸⁷

Compartilham do mesmo entendimento os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Por fim, anotamos que a expressão “separação de poderes” tem sido frequentemente criticada, com base na ideia de que o poder do Estado é sempre uno e indivisível, qualquer que seja a forma de sua manifestação, isto é, o poder não se triparte. Poderá, apenas, manifestar-se por meio de diferentes órgãos, que exercem funções estatais.⁸⁸

Contudo a expressão “tripartição de poderes” já está consagrada e é amplamente empregada, sem a utilização de rigor técnico no seu emprego. A própria Constituição Federal de 1988 utiliza a expressão “poderes” no seu artigo 2º. Portanto, no presente estudo, se usarão ambos os conceitos como sinônimos.

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. *O espírito das leis* (título original [fr.]: *L'esprit des lois*, 1747). Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

⁸⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

⁸⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 429 e 430.

4.2.2.2 O princípio da tripartição de poderes na Constituição Federal de 1998

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispôs em seu texto sobre o princípio da tripartição de poderes qualificando-o como princípio fundamental. O artigo 2º do referido documento diz que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.⁸⁹

A Carta Magna também elencou a separação dos Poderes como cláusula pétrea no seu artigo 60, § 4º, inciso III: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes”⁹⁰. Portanto tal separação não pode ser suprimida do texto constitucional.

De acordo com Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.⁹¹

Portanto, o objetivo primeiro da Constituição Federal ao fazer a divisão dos poderes foi evitar o abuso de poder por determinado órgão, e garantir o respeito aos direitos dos seus nacionais, assim como foi lecionado por Montesquieu.

A Carta Federal previu a existência de três poderes, cada qual com suas funções típicas. O Legislativo é o poder ao qual incube legislar, e realizar a fiscalização contábil, orçamentária, financeira e patrimonial do Executivo. Já o Executivo tem a função típica de praticar atos de chefia de Governo e de Estado, além de atos de administração. Por fim temos o poder Judiciário a quem incumbe

⁸⁹ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013

⁹⁰ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013

⁹¹ MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras (Org.)*. São Paulo: Atlas S.A, 2002. p. 13.

realizar a prestação jurisdicional, dirimindo conflitos e dizendo o direito no caso concreto quando provocado.⁹²

No entanto, nos dias atuais é notório que a maior parte dos Estados adotou a teoria de Montesquieu, porém de forma abrandada. Isto ocorreu, pois cada país possui as suas peculiaridades de formação histórica e social, e não era possível se aplicar uma teoria que pregasse a separação absoluta e rígida dos poderes. Dessa forma “o motivo precípua para a superação da rigidez da separação dos poderes foi a necessidade de impedir que os órgãos respectivos se tornassem tão independentes que, arbitrariamente, se afastassem da vontade política central”⁹³.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino assim discorrem:

Com isso, eles passaram a desempenhar não só as suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros poderes. A divisão rígida foi, aos poucos, substituída por uma divisão flexível das funções estatais, na qual cada poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso denominada típica), e outras de natureza acessória, denominadas atípicas (porque, em princípio, são próprias de outros poderes).⁹⁴

Sabe-se que a Carta Magna adotou a teoria da separação dos poderes, porém da forma flexível. Destarte, além das funções típicas, acima listadas, cada poder também exerce funções atípicas. Ressalva-se que mesmo no exercício dessas funções atípicas, o órgão continuará atuando dentro de suas prerrogativas, não ofendendo ao princípio da separação dos poderes, pois essas competências foram asseguradas na constituição pelo poder constituinte originário.⁹⁵

Da teoria da separação dos poderes ainda decorre que não é cabível a delegação de poderes, salvo quando houver previsão expressa na Constituição. A

⁹² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

⁹³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 427.

⁹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 427.

⁹⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

delegação de poderes pode ser conceituada como “a transferência de atribuições de um Poder ao outro”⁹⁶

Nas palavras de Flávio Roman:

A indelegabilidade é implícita ao próprio reconhecimento do princípio da separação de poderes. Ora, é o texto constitucional quem estabelece as atribuições de cada órgão, logo só ao texto constitucional cumpre entregar a um determinado órgão a disposição sobre determinada matéria. Qualquer outra interpretação implicaria o erro de admitir a revogação de uma norma constitucional por uma lei ordinária. Não queremos negar que há oportunidades em que a Constituição até admite que a lei ordinária excepcione suas regras. Essa possibilidade, no entanto, depende de menção expressa no texto, o que não é o caso.⁹⁷

Não obstante a consideração feita acima acerca da indelegabilidade de poder, não se pode deixar de ressaltar a importante observação feita por Anna Cândida da Cunha Ferraz. Esta autora observa que a Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de indelegabilidade de funções, a qual estava explicitada em Constituições anteriores. Logo, infere-se que a interpretação constitucional no que se refere a essa parte deve ser alterada. Assim a autora dispõe:

Como se tem por certo na interpretação constitucional, quando um novo texto repete o anterior, deve prevalecer a interpretação que dantes se lhe conferia; por outro lado, se a nova Constituição mantém o texto anterior apenas parcialmente, se há de inferir que a mens constitutionem se modificou, e o que não foi acolhido expressamente deve ser tido como suprimido; isto, por decorrência, induz à releitura do texto mantido, vale dizer, a uma interpretação cuja finalidade é adaptá-lo à nova realidade e a nova disciplina constitucional.⁹⁸

⁹⁶ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 34.

⁹⁷ ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 231. f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

⁹⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito de poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. p. 45.

Portanto, levando-se em conta essa nova interpretação, ao ter suprimido a cláusula de indelegabilidade, o poder constituinte originário provavelmente estava permitindo outras hipóteses de delegação de poderes além dos expressos na Carta Magna. Continua a autora:

Vista desse modo, a cláusula da independência e harmonia entre os poderes, restando mantida, mereceria a interpretação usual que lhe vinha sendo atribuída, corrigida apenas pela necessária adaptação ao novo texto; à supressão da cláusula da 'indelegabilidade', coerentemente, deveriam ser atribuídos efeitos e consequências renovadas. Uma das possíveis decorrências dessa omissão, que rigorosamente deve ser tida por voluntária, poderia ser o admitir-se a flexibilidade maior da mecânica da separação de poderes. A cláusula-parâmetro, dantes consagrada, e que apenas permitia as ressalvas constitucionais expressas, já não subsiste como tal, daí, talvez, poder-se admitir a viabilidade constitucional de 'delegação de poderes' (ou da 'acumulação de funções') em casos outros que não os previstos expressamente na Constituição.⁹⁹

Após realizadas essas breves considerações acerca do princípio da separação dos poderes, se passará agora a analisar outro princípio fundamental para o entendimento do poder normativo das agências reguladoras, o princípio da legalidade.

4.2.3 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade surgiu como consequência direta do Estado Democrático de Direito, sendo uma forma de garantia da proteção do homem em oposição ao Estado. "Representa a confiança na lei como instrumento de limitação do poder e garantia de liberdade individual."¹⁰⁰

⁹⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito de poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. p. 45.

¹⁰⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 37.

O princípio está previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal nos seguintes termos: “Art. 5º (...)II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹⁰¹.

Esse enunciado discorre sobre a forma mais genérica do princípio. Necessário se faz distinguir o alcance que ele tem para os particulares e para a Administração. Quanto aos particulares o princípio da legalidade deve ser entendido como a possibilidade de se fazer tudo o que não estiver vedado em lei. Já quanto à Administração o princípio ganha uma conotação diferente. Para ela é somente permitido fazer ou agir conforme os preceitos expressos da lei.

Assim, quando à Administração se aplica na verdade “o princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto”¹⁰² Existem casos excepcionais nos quais se exige atuação rápida da Administração e portanto permitiriam uma relativização do princípio da legalidade, como por exemplo nos casos das edições das medidas provisórias, no estado de defesa, e no estado de sítio.

Nesse ponto, temos os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Não se exclui, aqui, a possibilidade de atividade discricionária pela Administração Pública, mas a discricionariedade não é, em nenhuma hipótese, atividade desenvolvida na ausência de lei, e sim atuação nos limites da lei, quando esta deixa alguma margem para a Administração agir conforme critérios de oportunidade e conveniência, repita-se, segundo os parâmetros genéricos estabelecidos na lei.¹⁰³

No que tange à Administração Pública, o princípio da legalidade também está expresso no artigo 37, caput: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

¹⁰¹ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013

¹⁰² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 684.

¹⁰³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 124.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:¹⁰⁴

4.2.3.1 A primazia da lei e o princípio da reserva legal

Dentro da hierarquia do sistema jurídico temos as leis abaixo da Constituição e das normas de caráter supralegal, porém acima de qualquer outro ato infralegal, salvo as medidas provisórias, os decretos legislativos e resoluções, que apesar de não serem lei possuem status legal.

O artigo 59 da Constituição Federal elenca todos os atos normativos que são considerados primários, são eles, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, e as resoluções.¹⁰⁵ Eles são considerados primários, pois seu fundamento de validade decorre diretamente da Constituição. Já os atos normativos secundários, ou seja, os atos infralegais, têm nos atos normativos primários seu fundamento de validade.

A primazia da lei descreve que as leis possuem prevalência sobre todas as demais manifestações de vontade emanadas pelo Estado, ressalvadas as normas de hierarquia superior à dela e as que possuem o status legal. Destarte “qualquer ato infralegal não pode contrariar as leis. Por conseguinte, os atos que estiverem em contraste com alguma lei serão inválidos.”¹⁰⁶

Assim sendo, é a lei quem direciona e estabelece os limites dos atos normativos infralegais, como por exemplo, os decretos executivos, as portarias, e os regulamentos. Sendo assim, os atos que não respeitarem seu campo de atuação designado por uma norma hierarquicamente superior deverão ser invalidados.

O princípio da reserva legal é outro que está ligado ao princípio da legalidade, sendo por vezes confundido com esse. A reserva legal pode ser exemplificada por

¹⁰⁴ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁰⁵ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁰⁶ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 39.

diversos artigos da Carta Magna, a exemplo do artigo 5º, inciso XIII “Art. 5º (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”¹⁰⁷ ou do artigo 37, inciso XIX “Art. 37 (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”¹⁰⁸.

De acordo com o princípio da reserva legal determinadas matérias deverão ser reguladas por meio de lei, devido a uma exigência expressa contida na Constituição. É vedado que se trate dessas matérias por qualquer outra espécie normativa que não a lei.

Decorrência lógica então do princípio da reserva legal é que o princípio da legalidade não deve ser interpretado como se referindo apenas às leis formais, como bem ressalta Alexandre de Moraes:

Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, apenas alguns estão submetidos ao da reserva da lei, que é de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, por exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem a participação normativa do Executivo.¹⁰⁹

Interpretando-se as palavras do respeitado autor, infere-se que o princípio da legalidade abrange tanto as normas primárias como os atos infralegais, editados pelo Poder Executivo. Em contraposição, o princípio da reserva legal exige que determinadas matérias sejam obrigatoriamente reguladas por lei formal.

Pode-se concluir então que “o princípio da legalidade é mais abrangente, porém menos denso, ao passo que a reserva legal, exatamente por ser mais específica, é mais rígida, tem maior densidade de conteúdo.”¹¹⁰.

¹⁰⁷ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁰⁸ BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008. p. 42.

¹¹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 127.

4.3 O CONFRONTO ENTRE O PODER NORMATIVO E O PODER REGULAMENTAR

Passar-se-á agora a analisar a diferença entre o poder normativo, o qual edita as leis, e o poder regulamentar, o qual dá regulação a essas normas editadas. O estudo desses poderes estatais é importante para a compreensão dos limites do poder normativo das agências reguladoras, pois ambos decorrem da Constituição, e nela se estabelece qual a área que cada um deles deve atuar.

A primeira distinção que temos entre lei e regulamento são quanto às fontes que legitimam cada um deles. A lei possui como fonte primeira a própria Constituição Federal, já os regulamentos, apesar de possuírem previsão expressa na Constituição, devem, como regra, derivarem das leis.

Assim leciona José Carvalho Filho sobre a distinção do poder legiferante e do poder regulamentar:

O primeiro é primário, porque se origina diretamente da Constituição na escala hierárquica dos atos normativos; o segundo é secundário, porque tem como fonte os atos derivados do poder legiferante. Portanto, como regra afirma-se que o primeiro gera a lei (ou ato análogo com outra denominação) e o segundo o regulamento – caracterizado como ato administrativo e, frequentemente, revestido de denominações diversas (decretos, resoluções, portarias e etc).¹¹¹

A partir do momento que se caracteriza como ato administrativo, o regulamento é inferior à lei, e deve respeito a ela “não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade.”¹¹².

Não obstante a dificuldade em estabelecer com precisão qual matéria é passível de normatização por cada um deles, algumas diferenças podem ser estabelecidas entre eles. Nos próximos tópicos, passaremos a discorrer sobre as características básicas de cada um deles.

¹¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2006. p. 46.

¹¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 179.

4.3.1 Noção de Lei

A lei resulta da atividade legislativa exercida pelos órgãos do Poder Legislativo, não importando sobre qual matéria está versando, portanto provêm das atividades parlamentares estatais. Ela resulta da função estatal legislativa, à qual tem o dever de inovar primariamente a ordem jurídica, haja vista que apenas ao resultado dessa função poderia ser atribuída a possibilidade de estabelecer limites ou definir a forma de fruição dos direitos individuais, em congruência com as disposições constitucionais.¹¹³

Apontando o caráter de representatividade da lei, Flávio Roman destaca que:

Em seu sentido técnico-jurídico, entretanto, o termo lei refere-se a um tipo especial de norma jurídica, aquela que é supremo governo da comunidade. Deve-se, portanto, evitar a conceituação do regulamento como lei material, pois o regulamento não é dotado dessa nota característica da lei.¹¹⁴

Dentre as diversas classificações relacionadas às leis, uma se destaca, a diferença entre lei em sentido formal e lei em sentido material. Lei em sentido formal é toda aquela que provêm de algum órgão constitucionalmente legitimado para a emanação daquele ato e seguindo o rito determinado para tal. Já lei em sentido material pode ser definida como qualquer ato normativo que se destina a uma observância abstrata, genérica e obrigatória com o fim de regular a vida em sociedade.

Assim, “lei em sentido formal é uma exteriorização da vontade estatal por via da legislação; lei em sentido material significa o comando vinculante de uma norma jurídica.”¹¹⁵. Adverte-se que a despeito dos conceitos apresentados acima, que a princípio diferenciam lei formal de lei material, não há conformidade sobre quais conteúdos são passíveis de estarem em lei. Os atos normativos que são editados

¹¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

¹¹⁴ ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 231. f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

¹¹⁵ LABAND, Paul. *apud* SADDI, Jairo. *Regulamento e regulação*. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/regulamento-e-regulacao/4363>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

como lei são lei, portanto independentemente de seu conteúdo, adquirindo eficácia e força coercitiva.¹¹⁶

4.3.2 Os Regulamentos e Sua Origem

Existe duas teorias que justificam o poder regulamentar. A primeira afirma que esse poder é inerente ao Poder Executivo, decorrendo das disposições constitucionais. Assim, os órgãos administrativos, para bem exercerem a função que lhes é delegada, precisam deter parte do poder normativo estatal. O poder regulamentar é esse poder que é inerente à execução da atividade administrativa e é executado quando da atuação da administração.¹¹⁷

Em sentido oposto temos a outra teoria, que é adotada por grandes doutrinadores ressalte-se, que sustenta que o poder regulamentar decorre de designação legal. Ele necessariamente está vinculado a uma lei já existente, e em decorrência disso, no Brasil existiriam apenas os regulamentos executivos.

Esclarecendo esse posicionamento, Leila Cuéllar leciona:

Portanto, para estes autores, a atribuição regulamentar envolve o exercício de uma função normativa subordinada - no sentido de que significa a produção de normas em atendimento a uma norma prévia e certa. Ou seja, é obediente a uma previsão normativa anterior.¹¹⁸

Apresentando um entendimento mais abrangente, porém ainda de natureza vinculativa do poder regulamentar a lei, o doutrinador Caio Tácito acentua que regulamentar “não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.”¹¹⁹

¹¹⁶ ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 231. f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

¹¹⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. apud CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 42.

¹¹⁸ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 42 e 43.

¹¹⁹ TÁCITO, Caio. apud CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 43.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua regulamento no direito brasileiro como:

Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.¹²⁰

O mencionado autor, adotando a teoria da vinculação do regulamento à lei, adverte que esse conceito está relacionado à supremacia do princípio da legalidade sobre o ordenamento nacional, o que determina aos regulamentos um caráter completamente subordinado as leis, de função bastante modesta, e meramente executiva. Nestes termos dispõe:

É que os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei. Logo, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como “regulamentos executivos”. Daí que, em nosso sistema, de direito, a função do regulamento é muito modesta.¹²¹

Também é importante acrescentar, que para o autor, no sistema jurídico pátrio só é aceitável os regulamentos executivos. Nenhuma outra espécie de regulamento seria admitida, a exemplos dos regulamentos autorizados ou delegados, ou dos independentes ou autônomos, estes outros aceitos em alguns países.¹²²

Outro que também compartilha da mesma teoria vinculativa legalista dos regulamentos é Geraldo Ataliba, o qual define regulamento como um ato administrativo normativo, que assume a forma de decreto, sendo exteriorizado por meio do exercício da função regulamentar e “contendo disposições dirigidas aos

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe”.¹²³

De acordo com esses autores, o princípio da legalidade deve ter uma interpretação restritiva, tornando impossível que os regulamentos possam inovar o direito brasileiro.

Já Leila Cuéllar, adotando um posicionamento menos legalista, nos fornece outro conceito de regulamento administrativo, desvinculado do questionamento da existência ou não no ordenamento jurídico brasileiro de outros regulamentos além do executivo. Logo, regulamento administrativo é:

Ato normativo, emanado pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa e em decorrência de atribuição regulamentar que lhe é conferida, caracterizado pela generalidade e abstração. Diferencia-se da lei em sentido estrito, precipuamente porque esta é elaborada pelo Poder Legislativo, através de processo específico imposto pelas normas constitucionais. Ato administrativo em sentido amplo, o regulamento distingue-se do ato administrativo em sentido estrito, porque este refere-se à aplicação da norma aos casos concretos, já aquele relaciona-se à elaboração de normas gerais e abstratas.¹²⁴

4.4 LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Após a análise sobre os principais princípios que estão relacionados com o poder normativo das agências reguladoras, e o estudo da diferença entre lei e regulamento, passaremos agora para o estudo em si do poder normativo das agências reguladoras.

Um importante ponto de indagação é quanto à legitimidade que esse poder de fato possui. Oras, sabe-se que os membros do Conselho Diretor dessas agências são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado.

¹²³ ATALIBA, Geraldo. apud CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 44.

¹²⁴ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 45.

Portanto é de se questionar qual a legitimidade que essas autarquias possuem para exarar esse poder.

Leila Cuéllar observa que, o Poder Legislativo possui legitimidade para exercer o poder legiferante haja vista seus membros terem sido eleitos pelo povo, e, portanto, serem os representantes da sociedade. Já quanto às agências reguladoras assim ela explana:

Já as agências reguladoras brasileiras analisadas têm seus órgãos de direção integrados não por representantes do povo, por ele escolhidos, mas por pessoas indicadas pelo Chefe do Poder Executivo (apesar de que, à semelhança dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Presidente do Bacen, por exemplo, seus diretores devem ser aprovados pelo Senado Federal). Assim, considerando a composição das agências reguladoras brasileiras (em que está ausente a representação democrática direta) e a previsão expressa nas leis que as criaram de que elas detêm poder para expedir normas jurídicas, cumpre indagar se, frente ao princípio democrático, a atuação normativa dos entes reguladores seria legítima.¹²⁵

Nesse ponto, há grandes divergências doutrinárias. Parte da doutrina aponta que há déficit democrático nesse poder, haja vista a forma como são escolhidos os integrantes da Comissão Diretora. Outra parte da doutrina afirma que essas agências são legitimadas para exercer o poder normativo, pois sua legitimidade para tanto decorre da tecnicidade de sua atuação, e propalada independência em face dos órgãos políticos.

Diogo Moreira Neto está entre os que defendem a legitimidade desse poder. Começa afirmando que as agências reguladoras “são entes dotados de funções administrativas e não de funções políticas, o que as caracterizam como órgãos administrativos e não como órgãos políticos”¹²⁶. Dessa forma, o produto da função

¹²⁵ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 130.

¹²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 153 e 154.

reguladora que esses entes exercem, apesar de materialmente falando travestirem-se de normas, são na verdade uma espécie diferente da função legislativa.¹²⁷

O autor ainda continua nessa tese, defendendo que é saudável o distanciamento entre a Política e a Administração que esse poder proporciona. Para ele a legitimação dessas agências decorreria de um plano social, de caráter administrativo, atingido pela participação popular e eficiência técnica que essas agências possuem.

Citando Giraudi e Righettini ele conclui seu pensamento dizendo que estaríamos passando da era da democracia de representação para um período de democracia de eficiência. “Como se observa, parece residir na experiência da regulação um dos mais nítidos prenúncios da passagem juspolítica de uma democracia da representação para uma democracia da eficiência.”¹²⁸

Marcos Villela Souto segue a mesma linha de pensamento de Diogo Neto. Ele defende que a regulação realizada pelas agências está prevista no artigo 174 da Constituição Federal, portanto tal regulação não seria uma apoderação da função legislativa. Esta seria uma “atividade administrativa de intervenção no domínio econômico.”¹²⁹, sem motivos para se falar em delegação de poderes no exercício dessa atividade.

Souto segue, dizendo que não se deve confundir a função regulamentar exercida pelo Presidente da República com a emanada pelas agências:

Isto porque a regulação não se confunde com a regulamentação privativa do Chefe do Poder Executivo; primeiro, porque a regulação não se limita à produção de normas (envolvendo a regulação executiva e a regulação judicante); depois, porque é técnica e não política e deve ser destinada a uma coletividade e não à sociedade em geral. Mais importante, é fruto de uma decisão colegiada que

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 153 e 154.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158.

¹²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 250.

pondera entre os vários interesses em jogo (e não apenas à luz de uma orientação política majoritária).¹³⁰

Defende ainda esse poder apresentando outros pontos. O primeiro é devido às decisões da Comissão Diretora serem colegiadas, portanto elas representariam várias correntes de pensamentos sociais. Outro ponto é que o regulador em tese não formula políticas públicas, seu âmbito de atuação é outro.¹³¹

O ultimo ponto apresentado pelo autor é quanto à escolha dos dirigentes das agências. Segundo ele, a nomeação dos dirigentes “é um processo político fruto de um processo legislativo democraticamente votado pelos representantes da sociedade”.¹³². O que ele quer dizer com isso é que tanto o Chefe do Poder Executivo, quanto os membros do Senado, os quais são responsáveis pela escolha, nomeação e aprovação dos membros da Comissão Diretora, foram escolhidos diretamente pelo voto do povo. Portanto a escolha desses diretores estaria de certa forma legitimada indiretamente, pois tanto o Presidente da República, como os senadores representam a vontade do povo.¹³³

Já Leila Cuéllar se vale principalmente do argumento do caráter técnico e especializado das agências reguladoras para justificar o exercício desse poder, sem, contudo estarem ofendo ao princípio da legitimidade:

São órgãos técnicos e especializados porque cada agência desempenha suas funções em relação a um determinado setor ou número de setores da atividade econômica em sentido amplo, ficando suas atribuições vinculadas a este(s) setor(es). Logo, ao contrário do que ocorre com o Poder Legislativo, que possui um número muito grande de questões para apreciar, abrangendo uma gama diversa de matérias, o campo de atuação dos entes

¹³⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 251.

¹³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 252.

¹³² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 252.

¹³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 252 e 253.

reguladores é mais restrito, vez que possuem competência para disciplinar apenas determinadas áreas.¹³⁴

Em virtude de serem entes especializados e concentrados, essas agências poderiam agir com maior agilidade e eficiência se comparadas ao Poder Legislativo, nas questões em que coubesse sua intervenção e produção de atividade normativa.

Dando continuidade a seu pensamento, Cuéllar afirma que na criação das agências se buscou conferir a elas um caráter técnico, evitando as arbitrariedades políticas. Pensamento alinhado com as características de independência e estabilidade dos seus diretores. “Procura-se separar a as agências reguladoras do governo, liberá-las da influência dos partidos políticos, de molde a assegurar que haja continuidade no desempenho de suas atribuições.”¹³⁵.

A legitimação desses entes então não decorreria da representação democrática, mas sim da própria razão a qual elas se destinam, a busca da regulação de alguma atividade econômica principalmente. “A legitimação de sua composição e atuação decorre da missão que lhes é conferida pelos diplomas legais que as instituem.”¹³⁶.

A autora, usando uma expressão de Michele Passaro, diz que neste caso estamos diante uma “legitimação pela função”¹³⁷. Com isso ela quis dizer que, as “próprias atividades desempenhadas pelos órgãos reguladores, em razão de sua importância e relevância, confeririam legitimidade a tais entes, bem como justificariam a detenção por eles de poder normativo.”¹³⁸.

O modelo representativo democrático já não estaria suprimindo mais as exigências da sociedade. Assim, o poder exercido pelas agências reguladoras poderia ser uma nova forma de atender as essas necessidades, sendo uma resposta mais rápida e célere, além de haver a possibilidade de participação popular indireta na elaboração das produções normativas por elas.

Por fim a autora conclui:

¹³⁴ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 131.

¹³⁵ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 133.

¹³⁶ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 134.

¹³⁷ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 134.

¹³⁸ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 134.

Embora a legitimação da atividade normativa das agências reguladoras não decorra da investidura popular, já que não são órgãos democraticamente formados, ela pode ser justificada não somente em razão da importância das atribuições exercidas pelas agências, mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica, especializada e imparcial), permitindo-se, inclusive, que os particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos.¹³⁹

Para Fernando Quadros, a legitimidade democrática que possui a Administração Pública sofre um corte quando se tem em vista a independência das agências em face da Administração Central. Segundo o autor, a separação entre política e Administração decorre da concepção clássica do princípio da separação dos poderes. O poder político cabe aos representantes eleitos, já as atividades executórias às pessoas que não passaram pelo processo eletivo.¹⁴⁰

Avançando em sua linha de pensamento, Quadros afirma que encontramos dificuldades para conciliar a legitimidade técnica com a democracia. Para ele o argumento das previsões de consulta popular, utilizado por alguns autores para justificar o poder normativo das agências, não é válido. Discorrendo sobre as agências reguladoras federais, assevera que:

Parece que a falta de legitimação não é resolvida com as previsões legais de consulta ou audiência pública, por ocasião da edição das normas reguladoras. Os valores da cidadania, espelhados na democracia representativa, estão a exigir uma participação mais efetiva nas decisões das agências. A atividade regulatória vai além da simples edição de normas abstratas, compreendendo, também, a fixação de tarifas dos serviços públicos, a expedição de outorgas, a aplicação de penalidades e a cobrança de taxas.¹⁴¹

Importante ressaltar que por serem tidas como autoridades independentes, não se têm garantias de que elas atuarão democraticamente, o que torna incontestado

¹³⁹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 135 e 136.

¹⁴⁰ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 141.

¹⁴¹ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 142 e 143.

o déficit democrático. Deve-se então buscar formas de melhorar a participação social nas suas atividades.¹⁴²

Não obstante a origem do poder, o que deve estar presente para torná-lo válido é o exercício do mesmo na busca das finalidades que o justificam. Assim, o “manejo do poder só é legítimo, só é válido, caso esteja de fato coincidente com a finalidade que lhe serve de justificação.”¹⁴³

Finalizando seu raciocínio, Fernando Quadros aduz que se mantido o vigente perfil institucional desses entes, seria uma boa alternativa para ampliar sua legitimidade aumentar o uso de instrumentos democrático representativos nas atividades deles. Outra medida seria a possibilidade de introdução de representantes sociais na Comissão Diretora que dirige as agências.¹⁴⁴

4.5 DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Parece-nos que a tendência do respeitado tribunal é seguir a linha da corrente que prega a existência apenas dos regulamentos executivos. Podemos inferir esse posicionamento ao analisarmos “os acórdãos proferidos no julgamento da ADIn 1.075, da ADIn 1.435 e da AC 1.033-AgR-QO.”¹⁴⁵

Contudo, deve se deixar claro que esses posicionamentos foram adotados em relação a matérias fora do âmbito das agências reguladoras, sendo que ainda não se tem um posicionamento sobre o poder normativo que é exercido por elas.

O Supremo Tribunal Federal ainda não tomou uma decisão definitiva quanto ao poder normativo das agências reguladoras. Mas podemos ter uma ideia de qual orientação ele está seguindo ao se analisar o julgamento da ADI 1668-5/DF.

Segundo Alexis de Paula:

¹⁴² SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 143.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 54.

¹⁴⁴ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 143.

¹⁴⁵ ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras e o Indivíduo Como Sujeito de Direito*, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/687/1026>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

O STF corrobora o entendimento da circunscrição da competência normativa do Poder Executivo aos limites da lei. No julgamento de medida cautelar na ADI 1668-DF, ajuizada contra a Lei nº 9.472, de 1997, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e prevê a criação e o funcionamento da ANATEL, arguiu-se, dentre outras questões, a inconstitucionalidade dos incisos IV e X do art. 19[LVIII], os quais estabelecem a competência da Agência para expedir normas regulamentares quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e de prestação de serviços no regime privado.¹⁴⁶

O argumento para o ajuizamento da ADI é de que os incisos desse artigo estariam ofendendo o artigo 21, inciso XI da Constituição Federal, uma vez que a “matéria telecomunicações deveria ser regida por lei e não por decreto do Presidente da República e muito menos por ato normativo da ANATEL”¹⁴⁷

Esses incisos anteriormente mencionados estariam delegando à ANATEL o poder de expedir normas específicas sobre os serviços de telecomunicação, desprezando o fato de a Constituição ter submetido a disciplina dessa matéria ao Poder Legislativo.

A decisão do STF deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar, sem conferir redução do texto, determinou que esses incisos sejam interpretados conforme a Carta Magna. Assim, ao expedir normas, a agência deve se subordinar “aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e privado, vencido o ministro MOREIRA ALVES, que o indeferia.”¹⁴⁸

Para Alexis de Paula, essa decisão do STF deixou claro que as agências reguladoras “podem e devem ter função normativa desde que absolutamente

¹⁴⁶ SOUZA, Alexis Sales de Paula e. *O decreto legislativo como instrumento de controle da atividade normativa das agências reguladoras*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23428/o-decreto-legislativo-como-instrumento-de-controle-da-atividade-normativa-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

¹⁴⁷ SOUZA, Alexis Sales de Paula e. *O decreto legislativo como instrumento de controle da atividade normativa das agências reguladoras*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23428/o-decreto-legislativo-como-instrumento-de-controle-da-atividade-normativa-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

¹⁴⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 164.

subordinadas à legislação e aos decretos do Presidente da República, que são normas de segundo grau de caráter regulamentar”.¹⁴⁹

Destarte, o poder normativo atribuído a essas agências teria um caráter técnico, suplementar, não poderia ultrapassar ou contestar a lei, e muito menos inovar no sistema jurídico vigente.

4.6 UMA VISÃO GLOBAL DO PODER NORMATIVO CONCEDIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS

As leis que instituíram as agências reguladoras “atribuem a esses órgãos poder para expedir normas jurídicas.”¹⁵⁰, porém esse poder é criticado de inúmeras formas, “ pois uma interpretação rígida dos princípios da separação dos poderes e da legalidade vedaria a possibilidade de detenção de poder normativo por parte das referidas agências.”¹⁵¹

Temos por exemplo no ADCT o Art. 25, que veda expressamente a delegação desse poder ao Executivo:

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: [...] ¹⁵²

Observa Henrique Ribeiro Cardoso:

Não obstante a vedação não venha nas disposições permanentes da Constituição, tal fato não retira qualquer validade ao dispositivo. Na

¹⁴⁹ SOUZA, Alexis Sales de Paula e. *O decreto legislativo como instrumento de controle da atividade normativa das agências reguladoras*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23428/o-decreto-legislativo-como-instrumento-de-controle-da-atividade-normativa-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

¹⁵⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p.107.

¹⁵¹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 107.

¹⁵² BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

íntegra do texto constitucional não se encontra qualquer conflito entre o disposto na norma de direito intertemporal e a parte permanente.¹⁵³

Por meio deste artigo temos uma clara ratificação do princípio da separação dos poderes. O poder normativo que as agências possuem vai contra o princípio da separação dos poderes ao se ter que ele “rompeu definitivamente o monopólio da produção normativa”¹⁵⁴

Isto causa uma enorme afronta ao clássico e idealista princípio da tripartição dos poderes, no qual a função legiferante cabe apenas e somente ao Poder Legislativo. Neste contexto, as agências reguladoras, detentoras de uma série de funções, geram uma grande perplexidade.¹⁵⁵

A princípio, o poder de legislar cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, porém, em alguns casos expressos na Constituição temos a prerrogativa de outros Poderes Legislando. Mas como já dito, esses casos devem estar expressamente permitidos na Carta Maior, pois “a Constituição brasileira definiu as competências normativas de forma exaustiva, sem deixar espaço para outras entidades não expressamente referidas.”¹⁵⁶

Também o artigo 84, inciso IV, da CF combinado com o parágrafo único deste artigo, segundo Cardoso traz:

A privacidade da expedição de decretos e regulamentos para fiel execução de lei do Presidente da República, sendo tal matéria indelegável. Todo e qualquer outro ato normativo editado pelo Poder Executivo, seja pela Administração direta ou indireta, que não o Presidente da República, não configurará decreto ou regulamento. Embora se reconheça à Administração e às agências reguladoras

¹⁵³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28.

¹⁵⁴ SIGNORETTI, Diogo Faria. *O poder normativo das agências reguladoras*. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4817/artigo_sobre_o_poder_normativo_das_agencias_reguladoras>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁵⁵ SIGNORETTI, Diogo Faria. *O poder normativo das agências reguladoras*. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4817/artigo_sobre_o_poder_normativo_das_agencias_reguladoras>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁵⁶ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 51

competência normativa, tais atos não se travestem de regulamentos.¹⁵⁷

Ainda para Cardoso:

Soma-se á vedação da delegação de poderes normativos ao Executivo (art. 25 do ADCT), a impossibilidade de se delegar o poder regulamentar a órgãos e entes da Administração (art. 84, IV, da CF). Não reconhecer tais vedações é negar aplicação aos dispositivos constitucionais.¹⁵⁸

Consoante o exposto, o princípio da legalidade que exprime que todos devem obediência à lei estará sendo violado ao se conceber que as agências regulatórias possuem o poder normativo. Essa concessão estará atentando diretamente aos artigos constitucionais supracitados.

Também é interessante notar até que ponto esse poder expedido pelas agências reguladoras alcançaria. Como preleciona Paulo Roberto Ferreira Motta:

[...] somente uma espécie de norma, na tradicional visão inspirada na doutrina da separação rígida dos poderes, tem força para inovar o ordenamento jurídico, criando direito positivo onde antes não havia normatização: a lei em sentido formal, nascida de um processo legislativo, portanto, no seio do Parlamento.¹⁵⁹

O autor acrescenta ainda, nos dizeres de Clèmerson Merlin Clève que:

“a lei configura sempre um mecanismo de criação do Direito, decorrente da atividade do Estado”, podendo ser “ato que decorre do exercício da função legislativa exercitada pelo Poder Legislativo propriamente dito- Congresso Nacional- ou” ainda, “eventualmente, por outro poder, como é o caso do Presidente da República (leis delegadas ou medidas provisórias”¹⁶⁰

¹⁵⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30.

¹⁵⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30.

¹⁵⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 144.

¹⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no estado contemporâneo. Revista de direito administrativo aplicado, apud: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 145.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o grande problema que encontramos é o fato de que existem “incertezas sérias quanto aos limites da função reguladora das agências”¹⁶¹, logo, é difícil instituir os parâmetros de estabelecimento dessas regras. Também complementa a autora que esse problema decorre do fato de que se está outorgando essa função a entidades e órgãos que não têm permissão expressa para isso pela Constituição.

Neste sentido, Fernando Quadros apresenta sua posição, ao discorrer sobre a inviabilidade da concessão desse poder às agências:

Parece inviável, portanto, que, sem previsão constitucional e em nome da eficiência técnica, parcelas significativas de poder sejam atribuídas pelo legislador ordinário a pessoas ou entidades, sem a inarredável chancela do povo, titular efetivo do poder estatal.¹⁶²

Já, a grande contraposição que se coloca às críticas ao poder normativo das agências é o fato de que na área que elas atuam, ou seja, no âmbito econômico, faz-se necessário uma regulação mais célere. E este objetivo não é alcançado quando é realizado pelas vias ordinárias do Poder Legislativo.

Nestes termos adita Ferreira Motta ao dizer que:

Sustenta-se, contemporaneamente com muita ênfase, que a regulação da economia não pode prescindir desses elementos, uma vez que a natureza jurídica do Estado, com a tradicional e rígida separação dos Poderes, faz com que cada um deles possua seus ritmos temporais próprios, muito deles completamente em dissintonia com as necessidades, sempre urgentes, dos agentes econômicos. Resta saber se estes motivos invocados estão, ou não, em acordo com a Constituição vigente. [...] Sustentam alguns que os Parlamentos não estão aparelhados para legislar de modo pronto e efetivo sobre as questões que se colocam no cotidiano das nações.¹⁶³

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 51.

¹⁶² SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 152.

¹⁶³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 146.

Também temos os defensores que propalam que as Constituições não devem ser diplomas normativos imutáveis, e deveriam sim aceitar outras fontes normativas. Como nos acrescenta ainda Ferreira Motta, “exsurge, pois, uma nova tendência, qual seja, a de que as Constituições deverão, progressivamente, abrir-se para aceitar, em seu texto, outras fontes produtoras normativas.”¹⁶⁴

É certo, que apesar da importância do princípio da separação dos poderes e o da legalidade, o aplicador do direito também deve levar em conta todos os outros princípios que regem o ordenamento brasileiro. Porém não deixa de ser inegável que atentar justamente contra ao princípio da legalidade iria também contra o Estado de Direito.

Outra questão que é levantada pelos doutrinadores é saber se o poder que é delegado às agências não é o poder de editar normas que inovem o mundo jurídico, mas sim o poder de editar meras regulações.

Di Pietro afirma que somente é legitimado de exercer poder regulamentar quem a Constituição deu competência para isso, no caso, o Presidente da República, sendo competência indelegável. Logo, entendendo-se que as agências expendem regulações, essas necessariamente estariam em hierarquia inferior aos regulamentos presidenciais.¹⁶⁵

Também acrescenta a autora que é inconcebível que esse poder seja outorgado pela lei, pois “o legislador não é titular do poder regulamentar. E ninguém pode outorgar poderes que não tem.”¹⁶⁶

Neste ponto encontramos grandes divergências. Leila Cuéllar é uma das que vai em posição diametralmente oposta à Di Pietro:

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

¹⁶⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 152.

¹⁶⁵ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.53.

¹⁶⁶ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.53.

examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta podem deter competência regulamentar.¹⁶⁷

No que tange à análise da competência normativa das agências, importante destacar a ideia de Paulo Roberto Ferreira Motta que afirma só ser aceitável a possibilidade do exercício dessa função por elas, se compreender ser possível “a existência, em nosso sistema positivo, do regulamento de autorização, conforme os estritos limites traçados por Eros Roberto Grau”.¹⁶⁸

O autor ainda acrescenta que não pode ser ignorado o fato de que as agências reguladoras brasileiras “vêm realizando uma estatuição primária de direito positivo”. E isso é preocupante a partir do momento que se torna iminente o risco de se violar a Constituição Federal, inclusive nos seus principais enunciados e princípios.¹⁶⁹

A compreensão da constitucionalidade e dos limites normativos das agências reguladoras se faz necessário na medida em que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e, se nesse caso estivermos desrespeitando nossa Carta Maior, estaremos atentando diretamente a nossa própria constituição orgânica.

Como bem ressalta Quadros: “o que está em jogo é a subordinação ilegítima e antidemocrática da representatividade política, oriunda da soberania popular, à representatividade técnica, que legitima a atuação dos dirigentes das agências”.¹⁷⁰

A falta de uma jurisprudência uniforme no caso também contribui para os inúmeros questionamentos e divergências doutrinárias. Mas também nesse ponto é discutível qual foi a real vontade do Constituinte, pois como muitos doutrinadores afirmam, é questionável fazer uma interpretação “contra constitutionis” visando unicamente legitimar esse poder concedido.

Não restam dúvidas que nos dias atuais as agências vêm ultrapassando os limites do poder normativo que foi concedido a elas. Sendo que a grande dúvida que se coloca é se a alegada “legitimação técnica” delas seria suficiente para legitimar

¹⁶⁷ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p.117.

¹⁶⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 181.

¹⁶⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 181.

¹⁷⁰ SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 152.

esse poder, que como parte da doutrina alega, afronta os princípios da separação dos poderes e o da legalidade.

5 CONCLUSÃO

Durante o período da reforma do Estado tivemos a era das privatizações. Com essa remodelação estatal, uma grande quantidade de serviços públicos passou a ser prestados por empresas privadas. No entanto o Estado não poderia deixar de se omitir quanto à prestação desses serviços. Também no âmbito econômico era necessário que ele continuasse a ter um controle sobre a economia sem contudo intervir diretamente nela.

Nesse contexto tivemos a criação das agências reguladoras. Elas foram criadas com a forma de autarquias em regime especial, com as características de independência administrativa, tecnicidade, além da estabilidade no cargo de seus dirigentes por um mandato fixo. A principal finalidade para a criação delas foi a possibilidade delas exercerem o poder de fiscalização, supervisão e normatização sobre os serviços públicos concedidos e sobre os setores econômicos de relevância social.

Contudo, dentre esses poderes que foram concedidos às agências, encontramos grandes questionamentos quanto à legitimidade e limites do exercício do poder normativo. A previsão do exercício desse poder está estabelecida nas leis de criação de cada uma das respectivas agências. Esse poder confere às agências a prerrogativa de editar regulamentos que estejam em consonância com os objetivos e as finalidades da criação delas.

Muito se tem discutido a respeito do conflito que é travado entre esse poder e os princípios da legalidade e o da separação dos poderes. Não menos importante é a análise quanto à legitimidade desse poder. Não podemos negar que a Constituição Federal expressamente previu o monopólio da expedição de leis ao Poder Legislativo, sendo vedada qualquer outra forma de delegação de poderes que não as expressamente previstas nela.

Os doutrinadores favoráveis à emanção desse poder argumentam que, não haveria lógica na criação dessas agências sem a atribuição de poderes que as levassem a bem atingir os fins para os quais elas foram criadas. A tecnicidade das agências legitimaria a edição de regulamentos por essas agências. Além de que, segundo esses autores, vivemos em um mundo contemporâneo, no qual não cabe

mais se fazer uma interpretação restrita e fechada dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Para eles, é necessário a adaptação do Estado frente às mudanças econômicas, políticas e sociais.

Em sentido contrário, diversos doutrinadores alegam que não caberia a essas agências expedir regulamentos. Este ato seria privativo do Presidente da República, não cabendo a elas exercer esse poder. Também se argumenta que se entender que elas expedem regulações, elas estariam necessariamente em hierarquia inferior aos regulamentos presidenciais.

Seguindo essa linha, temos autores que afirmam que reconhecer que a legitimidade técnica é válida para o exercício desse poder é a mesma coisa de ignorar a vontade do verdadeiro titular do poder do Estado, isto é, o povo. Portanto, essa legitimidade estaria eivada de um vício insanável.

Deve-se ressaltar que se for admitido o exercício desse poder por elas, é necessário que haja a fixação de parâmetros claros, que limitem a função reguladora dessas agências, pois atualmente é visível que muitas delas extrapolam o que para muitos seria o limite razoável de sua atuação. Por vezes até chegaram a inovar o ordenamento jurídico com normas de caráter abstrato e geral, o que claramente afronta os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Conclui-se, portanto, que as agências reguladoras trouxeram grandes avanços nas suas diversas áreas de atuação, porém é necessário que haja a fixação de limites, além de se ampliar o caráter representativo para a emanção desse poder, sobre o risco de termos arbitrariedades e falta de legitimidade para a atuação delas por meio de seus dirigentes.

REFERÊNCIAS

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

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras e o Indivíduo como Sujeito de Direito*, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/687/1026>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 mai. 2013.

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

BRASIL. *Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 mai. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 2 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo consulta pública revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2006.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito de poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GUERRA, Sérgio. *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. *O espírito das leis* (título original [fr.]: *L'esprit des lois*, 1747). Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.
- MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras (Org.)*. São Paulo: Atlas S.A., 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003.
- OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado*. Ed. Coimbra, 1998.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.
- PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina Cheiub Figueiredo e Pedro Paulo Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

ROMAN, Flávio José. *Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 231. f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

SADDI, Jairo. *Regulamento e regulação*. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/regulamento-e-regulacao/4363>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. *Agências reguladoras brasileiras*. 2002. 94 f. Monografia de conclusão de curso de graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SIGNORETTI, Diogo Faria. *O poder normativo das agências reguladoras*. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4817/artigo_sobre_o_poder_normativo_das_agencias_reguladoras>. Acesso em: 25 AGO. 2013.

SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. *O decreto legislativo como instrumento de controle da atividade normativa das agências reguladoras*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23428/o-decreto-legislativo-como-instrumento-de-controle-da-atividade-normativa-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.