



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO  
CURSO DE DIREITO

CAROLINE FREITAS BEZERRA 208630

DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ac. 125573  
342.810664  
B 574d  
R 14045676.

FORTALEZA  
2011

CAROLINE FREITAS BEZERRA

DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia submetida à Coordenação do curso de Graduação em direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo

Orientador(a): Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Rachel Coelho Lenz  
César

FORTALEZA

2011

CAROLINE FREITAS BEZERRA

## DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

### BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Raquel Coelho Lenz César (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Mestrando Homero Bezerra Ribeiro  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Mestranda Nadja Furtado Bortolotti  
Universidade Federal do Ceará - UFC

## RESUMO

Este trabalho pretende verificar o alcance do poder normativo das Agências Reguladoras, que são autarquias especiais, ou seja, pertencem à Administração Pública. Percorre-se desde sua remota origem na Inglaterra do século XIX, até o contexto de sua atual configuração no Brasil após o fenômeno chamado de “Reforma do Estado”, iniciado na década de 80 e intensificado na década de 90, principalmente no governo de Fernando Henrique Cardoso. Foram desestatizadas várias atividades, seguindo a tendência mundial de crise do *welfare state*, o modelo de Estado tipicamente empresário, que se originou da crise de 1929 e continuou no pós-guerra. Diante dessa tarefa, será necessário transitar pela conceituação de tais entes, e seu papel a desempenhar em nossa sociedade, normalmente entendido como de regulador e fiscalizador das atividades exercidas por particulares, outrora monopólio estatal, além de analisarmos o poder normativo em relação ao princípio da legalidade, da separação dos poderes e da eficiência, bem como o controle judicial atos administrativos, mais especificamente, da atividade normativa emanada das agências reguladoras, que, de um modo repressivo atua também como limitador do poder normativo dessas autarquias especiais. Por último, algumas questões polêmicas, como a própria questão do poder normativo e o seu respectivo alcance, no entanto, irão surgir, além do próprio controle jurisdicional dos atos administrativos das agências regulatórias, mais especificamente os normativos, que devem ser enfrentadas, como o tema dos atos regulatórios e sua autonomia, intrinsecamente ligados à questão do poder regulamentar das agências reguladoras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agências, Reguladoras, Poder, Normativo

## ABSTRACT

This work aims to verify till how far goes the autonomous authority of regulatory agencies, which are usually a part of the executive branch of the government, or they have statutory authority to perform their functions with oversight from the legislative branch. They form Government body formed or mandated under the terms of a legislative act (statute) to ensure compliance with the provisions of the act, and in carrying out its purpose. Also called regulatory authority or regulatory body. Travels up from its ancient origins in nineteenth century England, to the context of its current configuration in Brazil after the phenomenon called the "State Reform", started in the 80s and intensified in the 90s, especially in the government of Fernando Henrique Cardoso. Various activities have been privatized, following the world trend of crisis of the welfare state, the state model typical entrepreneur who originated the crisis of 1929 and continued after the war. Faced with this task, you must walk around the concept of such entities, and their role in our society, usually understood as the regulatory and supervisory activities performed by individuals, former state monopoly, besides reviewing the regulatory powers in relation to the principle of legality, the separation of powers and efficiency, as well as judicial review administrative acts, more specifically, then normative activity emanating from the regulatory agencies, which, in a repressive way also acts as a limiter of the normative power of these special authorities. Some controversial issues, however, will arise, and must be addressed as the subject of regulatory actions and their autonomy, intrinsically linked to the issue of regulatory powers of regulatory agencies.

KEYWORDS: REGULATORY AGENCIES, AUTONOMOUS, AUTHORITY

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
	<b>CAPÍTULO 2</b>	
2.1.	O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.2.	ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	12
2.3.	CONCEITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	15
2.4.	REGULAR E REGULAMENTAR.....	16
2.5.	ESCOLAS DO PENSAMENTO REGULATÓRIO.....	18
	<b>CAPÍTULO 3</b>	
3.1.	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PODER NORMATIVO.....	21
3.2.	AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	26
3.3.	AGÊNCIAS REGULADORAS E PODER NORMATIVO.....	28
3.4.	ALCANCE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	30
3.5.	ATIVIDADES PRIVADAS REGULAMENTADAS.....	33
	<b>CAPÍTULO 4</b>	
4.1.	AGÊNCIAS REGULADORAS E DEMOCRACIA.....	36
4.2.	CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	39
4.3.	MODELOS PROCESSUAIS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE.....	41
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	44
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	45

## INTRODUÇÃO

Este trabalho possui como escopo traçar, por linhas gerais, como se perfaz o poder normativo das agências reguladoras e o seu alcance, até que ponto estes entes autárquicos especiais podem normatizar sem ferir a lei e a Constituição.

A importância deste trabalho reside no fato de que o tema relativo ao poder normativo e sua abrangência é relativamente novo e ainda está sendo construído pela doutrina e jurisprudência, havendo, ainda, dissensão em alguns pontos, como a interpretação do princípio da legalidade, pela doutrina clássica e o novo, que envolver certa elasticidade, de modo a compatibilizar o poder normativo das agências reguladoras e a Constituição.

Para a realização deste trabalho, foi feita pesquisa bibliográfica, em sites e na jurisprudência.

A organização do trabalho foi assim dividida: no primeiro capítulo, define-se o Estado e a Administração Pública, da qual a agência reguladora, como autarquia faz parte. Depois, pesquisou-se a origem das agências reguladoras e o seu conceito, além da diferença entre regular e regulamentar.

No segundo capítulo, faz-se a relação entre o princípio da legalidade e o poder normativo, aparecendo o primeiro ponto de controvérsia na doutrina, entre os defensores do pensamento clássico, como Siqueira Castro, e o ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau.

Ainda neste capítulo trata-se de outro aspecto polêmico, que é sobre a autonomia das agências reguladoras, ou segundo alguns, até usam o vocábulo independência. A discussão não se refere apenas à escolha do léxico, mas pelo significado que cada uma delas acarreta. A independência, como será explicada no capítulo, abrange a autonomia, incluindo outros aspectos.

Enfim, entra-se na parte central do trabalho, que é a agência reguladora e como ela exerce o seu papel de ente normatizante, regulando o setor que lhe cabe.

No próximo capítulo, explica-se o alcance do poder normativo das agências reguladoras, os aspectos limitadores de seu poder. Do mesmo modo que o poder normativo, o alcance ainda está sendo construído pela doutrina.

No capítulo quinto, apresenta-se como o aspecto democrático é desenvolvido dentro das agências reguladoras, mostrando que ele não se manifestará de forma idêntica ao que se está acostumado, quando se ouve falar em democracia.

Por último, e não menos importante, o último capítulo retrata o controle jurisdicional das agências reguladoras, e os modos de controle. este aspecto ainda está sob construção jurisprudencial, e, portanto, serão trazidas à baila algumas sentenças para servirem de exemplo ao que foi dito.

## CAPÍTULO 2

### 2.1. O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ideia de Estado existe desde as mais remotas eras; a *polis* grega ou *res publica* dos romanos eram formas que traziam a ideia de Estado.

Porém, foi o escritor florentino Maquiavel o primeiro a usar a palavra “Estado” em seu livro *O Príncipe*, com a famosa frase: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados” (Bonavides, 2006, p. 66).

A definição da palavra “Estado”, no entanto, costuma causar celeuma entre os publicistas, uns focando o prisma filosófico, outros, o jurídico e o sociológico do Estado.

Acentuando o lado filosófico do Estado, Hegel definiu o Estado como a “realidade da ideia moral”, a “substância ética consciente de si mesma” e a “manifestação visível da divindade”(Bonavides, 2006, p. 66).

Realçando o prisma jurídico, Kant formulou a seguinte definição: “a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito”, que foi muito criticada por sua vagueza, com seus críticos afirmando que poderia tratar-se até de uma prisão (Bonavides, 2006, p. 67) .

Pela acepção sociológica, Duguit conceituou o Estado como “coletividade que se caracteriza apenas por assinalada e duradoura diferenciação entre fortes e fracos, onde os fortes monopolizam a força, de modo concentrado e organizado” (Bonavides, 2006, p. 68).

Bonavides (2006, p.71) critica tal conceito, refutando a conotação subjetivista, segundo a qual há sempre o exercício de dominação dos mais fortes sobre os fracos, adotando a definição de Jellinek, a qual o Estado “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”.

O conceito de povo pode ser visto sob três ângulos: o político, o sociológico e o jurídico.

Pelo conceito político, desde a Antiguidade o homem deparava-se com a necessidade de uma definição. Foi Cícero quem afirmou que povo é “a reunião da multidão associada pelo consenso todo conjunto de homens congregados de qualquer maneira” (Bonavides, 2006, p. 79).

O conceito foi utilizado por diversos autores ao longo do tempo, porém, na modernidade, mais precisamente, no Brasil, houve autores que arriscaram definições.

Aurelino Leal asseverou que povo “indica a massa geral dos habitantes de um país e a parte dela a que se atribui capacidade de concorrer para a investidura do poder público” (Bonavides, 2006, p. 80). Bonavides reputa a definição imprecisa, preferindo a de Afonso Arinos, que excluiu os estrangeiros que poderiam figurar na “massa geral”, mantendo a segunda parte do conceito de Leal.

Pelo conceito sociológico, Bonavides (2006, p. 83) define povo como sinônimo de nação, levando-se em conta não apenas os vivos, mas também os mortos, ou seja, é o povo político dotado de dimensão histórica.

Sob aspecto jurídico, Bonavides (2006, p. 81) aponta o elemento cidadania como fundamental para que alguém faça parte um povo, constituindo este um conjunto de pessoas ligadas pelo liame cidadania, abrangendo não apenas as pessoas de um determinado território, como aquelas que residem no estrangeiro.

Já o conceito de território não oferece muitos debates na doutrina, definindo Pergolesi como “a parte do globo terrestre na qual se acha efetivamente fixado elemento populacional, com exclusão da soberania de qualquer outro Estado” (Bonavides, 2006, p. 94).

O poder originário de mando, segundo Bonavides “representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária” (Bonavides, 2006, p. 115).

Esse poder liga-se intimamente com a força, que é “a capacidade material de comandar interna e externamente”, e a competência, que é “a legitimidade oriunda do consentimento”. (Bonavides, 2006, p. 115).

No caso da Administração Pública, há várias definições para ela, não apenas em sede doutrinária, mas também a Lei de Licitações nº 8.666/93 a traz, em seu art. 6º, inciso XI: “Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Para Cadermatori, citado por Silveira (2004, p. 11):

A Administração Pública é o conjunto de atividades inseridas no âmbito do Poder Executivo, as quais dinamizam a burocracia e a organização interna do Estado. Estas atividades, que também se irradiam no âmbito externo estatal, nele se materializam da seguinte forma: a) intervenção direta na esfera econômica, quando exerce atividade industrial, via empresas estatais (conferir a este respeito, o art. 173 da

Constituição Federal); b) fomento ou intervenção indireta nesta esfera através de atividade fiscal e extrafiscal. Esta última pode ser exemplificada na possibilidade de emissão, circulação e estipulação do valor da moeda conforme se pode depreender da disposição constitucional estatuída no seu art. 164 e seus parágrafos; c) execução direta e indireta de serviços públicos para a população (CF, art. 175), d) exercício do poder de polícia visando regulamentar as liberdades públicas.

Cretella Júnior, também citado por Silveira (2004, p. 13), assevera que pelo critério subjetivo, a Administração Pública é “o conjunto de órgãos que desempenham as funções administrativas”; pelo critério objetivo, “atividade inerente do Estado, a fim de atender os anseios da coletividade”.

Di Pietro, citada por Silveira (2004, p. 14), do mesmo modo, divide o conceito de Administração Pública pela ótica subjetiva e objetiva:

Em sentidos subjetivos, formais ou orgânicos, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa. Em sentidos objetivos, materiais ou funcionais, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Mello *apud* Silveira (2004, p. 13) fecha a questão acrescentando que cabe à Administração Pública o fito de conservar o interesse público, acima do privado:

Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana, do povo e em seu poder terá de ser exercido.

## 2.2. ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras foram criadas na Inglaterra em 1834, quando o Estado criou entes autônomos com o intuito de regular serviços públicos essenciais.

Seguindo o modelo inglês, os Estados Unidos criaram, em 1887, a *Interstate Commerce Commission*, inaugurando a era do denominado “direito das agências”, tamanho o número de órgãos semelhantes instituídos.

No Brasil, em 1918 foi instituído o Comissariado de Alimentação Pública. Pouco depois, em 1923, foi criado o Instituto de Defesa Permanente do Café, seguindo-se a criação de diversos outros Institutos, como o Nacional do Sal, do Pinho, dentre outros.

Segundo leciona Ferreira Filho (2002, p.136):

Esses institutos foram caracterizados pela doutrina como autarquias, por inspiração do direito italiano. Mais precisamente como autarquias econômicas (as destinadas a regular a produção e o comércio), para distingui-las de outras que se multiplicaram na época, e que visavam a outras finalidades (autarquias industriais) [v.g. Lóide Brasileiro]: autarquias de crédito (v.g. Caixa Econômica Federal), autarquias de previdência social (Ipase, IAPC, Iapi, etc), autarquias corporativas (OAB, etc.), autarquias educacionais (universidades federais).

De acordo com Fagundes citado por Ferreira Filho (2002, p. 136), tais institutos caracterizavam-se por serem criação do Estado, com o fito de desempenhar serviço público e de possuírem caráter técnico ou especializado do serviço. Além disso, gozavam de autonomia administrativa ou de direção e de autonomia patrimonial. Contudo, sofriam o controle estatal.

Nos últimos anos, mais acentuadamente a partir da década de 80, o mundo assistiu a decadência do modelo Estado altamente intervencionista, no qual ele atuava como verdadeiro agente econômico.

Em nosso país não foi diferente. Não obstante enorme, o Estado mostrava-se lento e ineficiente na prestação de serviços públicos, gerando bastante insatisfação popular. Por esse motivo, ganhavam cada vez mais força teorias em defesa da desestatização do Estado brasileiro, ou seja, da entrega de determinados serviços públicos para as mãos de particulares.

A denominada Reforma do Estado marcou a transformação do Estado-empresário para o regulador, apoiada em três momentos cruciais, conforme leciona Barroso (2002, p.111-112): a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização dos monopólios estatais e a privatização.

No primeiro momento, a Emenda Constitucional nº 6 extirpou o art. 171 da Constituição, o qual definia a empresa brasileira de capital nacional e a protegia, dando-lhe preferências e benefícios especiais.

Na mesma toada, o art. 178 sofreu modificações pela Emenda Constitucional nº 7, extinguindo a exigência de que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes seja de, pelos menos, dois terços dos tripulantes.

Em seguida, a Emenda Constitucional nº 5 alterou a redação do § 2º do art. 25, tornando possível aos Estados concederem às empresas privadas a exploração dos serviços

públicos locais de distribuição de gás canalizado, de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Outra Emenda Constitucional, a de nº 9, abriu possibilidade à União para contratar com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e à lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo.

Essas medidas significaram uma verdadeira “abertura dos portos”, abrindo o mercado nacional às empresas privadas, inclusive de outros países.

No último momento, a privatização ocorreu por não mais existir dispositivos que regiam o monopólio estatal. A lei nº 8.031/90 instituiu o Programa Nacional de Privatização, também chamado de Desestatização.

Cumprе lembrar que na doutrina há quem diferencie os termos “privatização”, “desestatização” e “desregulamentação”. Para Amaral Filho citado por Pinto (acessado em 24 de set. 2011):

O conceito de desestatização possui um caráter ideológico, no sentido de ter-se tornado um fim perseguido pela sociedade contemporânea. Constitui, de outro lado, um amplo movimento da sociedade e contemporânea em direção a mais democracia e maior autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado. Com esse significado, possui um sentido mais amplo que contém as noções de privatização e desregulamentação. Enquanto a desestatização, como fim perseguido, situa-se no terreno ideológico deste final de século, privatização e desregulamentação situam-se no campo da realidade concreta, objetiva pelo direito, consubstanciado nos atos e leis decorrentes." – e continua – "(...) desregulamentação significa a eliminação total ou parcial das regras relativas ao mercado e às atividades econômicas (...) e privatização é o termo empregado "(...) simplesmente para designar a transferência das empresas de propriedade do Estado e as atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecidas às mais variadas formas de transferência de capital aos particulares " .

A Constituição de 1988, inicialmente não trouxe previsão expressa de órgãos reguladores; porém, com a introdução das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, pôde-se criar agências reguladoras no setor petrolífero e de telecomunicações, impulsionando o nascimento de novas agências reguladoras.

Respeitando o princípio federalista, os Estados-membros também possuem competência para criar agências reguladoras.

No entanto, diferentemente da União, que costuma criar uma agência especializada, os Estados-membros criam um único órgão regulador que abrange diversas áreas, como no caso do Ceará, que instituiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos

Delegados do Estado do Ceará (Arce) e no Rio de Janeiro, onde se criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ).

São Paulo, em particular, talvez por seu gigantismo, optou por gerar agências especializadas em cada um dos setores de serviços públicos, por exemplo, a Comissão de Serviços Públicos de Energia, a Agência de Transporte do Estado de São Paulo e a Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos de Mauá.

### 2.3. CONCEITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Consoante ensinamento do insigne Barroso (2002, p.120):

As agências reguladoras foram criadas no Brasil sob a forma de autarquias. Devem por isso obedecer ao comando previsto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, vale dizer, sua criação deve ser efetuada por *lei específica*. E também a extinção da agência reguladora requer igual instrumento legislativo, pois ato administrativo não poderia destruir o que se construiu por norma de hierarquia superior.

As autarquias, como é sabido, são pessoas jurídicas de direito público, criadas mediante lei específica com a finalidade de executar atividades, obras ou serviços.

Di Pietro *apud* Ferraz Junior (2011, p. 206) assinala que “o vocábulo agência tem sentido amplo, que abrange ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, conforme consta expressamente da Lei do Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act)”.

No caso das agências reguladoras, elas possuem, adicionalmente, a qualificação de especiais. Com isso, o legislador conferiu a elas um regime distinto de descentralização administrativa, por meio do qual, há o ganho de maior autonomia, através de conselho colegiado, mandato eletivo dos dirigentes, dentre outros.

Oportuno lembrar que o art. 7º da Lei nº 9.427/96, que instituiu a Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica), prevê o contrato de gestão, uma inovação contida na Emenda Constitucional nº 19 de 1998, *in verbis*:

“A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado

entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I – o prazo de duração do contrato;
- II – os controle e critérios de avaliação do desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III – a remuneração do pessoal.”

Araújo (2002, p. 45) explana que “as disposições ditas especiais devem apenas ser operacionais e não dispositivos de exceção”, ou seja, a autarquia especial deve agir estritamente dentro do raio de ação que a lei lhe proporcionou.

## 2.4. REGULAR E REGULAMENTAR

Muito se confunde acerca de tais palavras de escrita parecida, porém contém diferentes significados, não raro sendo usadas indistintamente.

Araújo (2002, p.41) traz uma distinção bem didática acerca dos dois termos:

Regular é o termo mais genérico, que abrange regulamentar. No direito brasileiro, porém, têm significados específicos, sendo regular o ato de sujeitar a **regras em geral**, mais aproximado do sentido de **normatizar**, e regulamentar o ato de sujeitar a **regulamentos**, especificamente, cuja edição é da competência privativa dos Chefes de Executivo, mediante seu ato administrativo característico, que é o Decreto. (Grifos do autor).

Porém, é Aragão citado por Karam (2008 p. 19) que conceitua de forma mais completa a regulação:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Freitas do Amaral citado por Nascimento (acesso em 9 de out. 2011) fundamenta o poder regulamentar sob três perspectivas: a prática, a histórica e a jurídica.

Sob o enfoque prático, o legislador não é capaz de normatizar todas as situações possíveis, pois a vida em sociedade mostra-se por demais rica, além do que esta sempre se encontra em constante mudança, especialmente a contemporânea.

Além disso, houve um distanciamento do legislador em relação aos problemas concretos, os quais costumam exigir resposta rápida do Poder Legislativo que não é capaz de dar. Isso gera lacunas, o que leva ao Poder Executivo preenchê-las através do poder regulamentar.

Pelo fundamento histórico, o tempo demonstrou pela necessidade de temperar o princípio da separação dos poderes, que caso fosse aplicado rigorosamente, impediria o Poder Executivo de poder regular.

No âmbito jurídico, no período da Monarquia Absoluta, “o fundamento jurídico do poder regulamentar era o poder administrativo próprio do monarca, presente na legitimidade dinástica” (Nascimento, acesso em 9 de out. 2011).

No Estado Liberal, “tal fundamento derivava quase sempre de uma delegação ou autorização dada caso a caso pelo Parlamento ao Governo” (Nascimento, acesso em 9 de out. 2011).

Já no Estado Social, “o fundamento jurídico do poder regulamentar reside na Constituição e na lei, como corolário do princípio da legalidade” (Nascimento, acesso em 9 de out. 2011).

Jorge Miranda *apud* Nascimento (acesso em 9 de out. 2011) “o regulamento pode ser entendido como o ato normativo da função administrativa, o ato criador de normas de execução permanente proveniente de um órgão da Administração Pública, no exercício de um poder específico”.

Silveira (2004, p.23-24) elenca quatro tipos de regulamentos: independente, autônomo, normativo e executivo.

Os regulamentos independentes ou autônomos, de acordo Nascimento (acesso em 9 de out. 2011) são “aqueles regulamentos que os órgãos administrativos elaboram no exercício da sua competência, para assegurar a realização das suas atribuições específicas, sem cuidar de desenvolver ou completar nenhuma lei em especial”.

Eles inovam no ordenamento jurídico, pois não preenchem lacuna de lei pré-existente.

Esse tipo de regulamento, de acordo com tradicional doutrina, não existe no ordenamento brasileiro.

Os regulamentos normativos são os que obedecem aos padrões vigentes, portanto não são eivados de inconstitucionalidade.

Os regulamentos executivos para Di Pietro citada por Nascimento (acesso em 9 de out. 2011):

[...] é o que completa a lei ou, nos termos do art. 84, IV, da Constituição, contém normas 'para fiel execução da lei'; ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

## 2.5. ESCOLAS DO PENSAMENTO REGULATÓRIO

Ao longo do tempo, foram concebidas várias teorias, que formaram verdadeiras escolas do pensamento regulatório, que Giovanni Loss (2011) resume a quatro grandes grupos: a teoria do Interesse Público, a teoria da Falha Regulatória, a Teoria Econômica da Regulação e a teoria da Organização Administrativa.

A primeira teoria a surgir foi a do Interesse Público. Os teóricos dessa escola sustentam que a economia de mercado possui falhas, como a deficiência na concorrência, os bens públicos, as externalidades e a assimetria de informações. Em razão disso, o Estado deve intervir na economia com a finalidade de proteger o interesse público, produzindo em larga escala como uma grande empresa, mas também corrigindo ineficiências ou práticas abusivas de mercado.

Seus defensores partem do princípio de que o mercado não corrige suas distorções sozinho, necessitando, portanto, de regulação estatal; esta, por sua vez, seria de baixo custo para a sociedade.

Essa teoria é criticada principalmente por Richard Posner, que afirma que as pesquisas não vêm demonstrando que a regulação esteja diretamente ligada a uma eficiente atuação do Estado, assim como a regulação custa caro para sociedade.

A teoria da Falha Regulatória baseia-se em pressupostos empíricos, asseverando que a regulação, em sua fase final, não atinge a finalidade de proteger o interesse público, mas, pelo contrário, causa ineficiência e até corrupção.

Uma das razões é a própria estrutura das agências reguladoras, que como será analisado mais adiante, não possui um modelo democrático de gestão.

Além disso, o cargo máximo de dirigente é ocupado através de indicação política, não raras vezes fruto do fisiologismo partidário, não sendo a competência requisito levado em conta.

Outro argumento a ser considerado é o fato de que as empresas reguladas geralmente contribuem com fartos recursos para campanhas eleitorais, resultando em influenciar os políticos a não tocarem em seus interesses privados, em detrimento do interesse público.

Tal modelo de influência também é denominado de “teoria da captura”, na qual as agências são capturadas pelos entes regulados, legislando contra a sociedade.

Segundo Carvalho Filho (acesso em 24 set. 2011):

[...] a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura ("capture theory", na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora. Em controvérsia apreciada pelo Judiciário, já se decidiu no sentido de obstar a nomeação, para vagas do Conselho Consultivo de agência reguladora, destinadas à representação de entidades voltadas para os usuários, de determinadas pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, tendo-se inspirado a decisão na evidente suspeição que o desempenho de tais agentes poderia ocasionar. Tal decisão, aliás, reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre os atos discricionários, que, embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade"

Os críticos da teoria da falha regulatória afirmam que nem sempre as agências regulatórias atuarão contra o interesse público, havendo casos nos quais ele será defendido. Não se podendo atribuir, do mesmo modo, toda a culpa da falha no sistema regulador nas empresas reguladas.

A teoria Econômica da Regulação também insiste no ponto de que a regulação serve a interesses particulares.

No entanto, aqui é admitida a captura por qualquer grupo de interesses. Sam Peltzman observa que nenhum grupo de interesse captura com exclusividade o órgão regulador. Os grupos seriam beneficiados desde que tivessem características apropriadas para recompensar o regulador.

Já a teoria da organização administrativa assevera que a normatização absurda das agências reguladoras, sob pretexto “de não serem acusadas de beneficiar certas indústrias, em contraposição a outras”.

Tal teoria sofre críticas de que não leva em conta a influência dos grupos de interesses particulares.

No Brasil, poucos são os estudos sobre a teoria da regulação, não havendo a formação de escolas ou correntes de pensamento.

No direito brasileiro, os fundamentos em prol da regulação são encontrados em diversos dispositivos na Constituição de 1988, como o caput do art. 173, *ipsis litteram*:

[...] a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Alinhada aos fundamentos da atividade regulatória estatal, a Constituição brasileira elenca os princípios da regulação, expressos nos artigos 1º, 5º, inciso II, 37, 170, 173, 174.

O artigo primeiro cuida dos fundamentos do Estado brasileiro: um Estado Democrático de Direito, uma República Federativa, assentada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no pluralismo político.

O art. 5º, inciso II trata do princípio da legalidade, assim expressado “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em outro tópico tratar-se-á da celeuma acerca dos decretos elaborados pelas agências reguladoras e o referido princípio.

O artigo 37 elenca os princípios aos quais a Administração Pública deve obediência. Como as agências reguladoras são autarquias especiais, fazem parte, portanto, da Administração Pública Indireta.

O art. 170 contém o princípio da livre-iniciativa, enquanto que o 173 e 175, referem-se, respectivamente, à prestação pelo Estado de atividades econômicas e de serviços públicos.

## CAPÍTULO 3

### 3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PODER NORMATIVO

O princípio da legalidade surgiu da necessidade de regras permanentes e válidas, em substituição à vontade do monarca, que além de ser arbitrária, era imprevisível, causando insegurança e não era baseada na razão.

A legalidade apareceu, portanto, para imprimir certeza ao jogo em sociedade. Para isso, a lei protegeria os indivíduos do comportamento dos governantes.

Em razão das lutas entre a liberdade individual e o poder absoluto do monarca, surgiu a doutrina liberal, pensamento filosófico cujo apogeu ocorreu no século XVIII.

Um de seus pilares é justamente o princípio da legalidade, expressão maior do Estado Democrático de Direito, cujos desdobramentos são o devido processo legal e a reserva legal.

No Estado de Direito, há a primazia da lei, que corresponderia a vontade geral e valendo para todos, inclusive para o governante.

De acordo com Bonavides (2006, p. 120):

A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula.

Este princípio possui correlação forte com o da tripartição dos poderes, teorizado por Montesquieu (Bonavides, 2006, p. 149), distinguindo três tipos de poderes: o Poder Legislativo, através do qual as leis são feitas; o Poder Executivo, que na linguagem do filósofo era exercido pelo príncipe, servindo para declarar a paz ou a guerra, garantir a segurança e evitar invasões. O terceiro, o Poder Judiciário, dava ao príncipe o poder de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.

Montesquieu (Bonavides, 2006, p. 149) afirmava que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo, até que ele se depare com limites. Destarte, dividiu os poderes em três.

O filósofo francês acreditava que a liberdade política exprime sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporciona às relações de indivíduo para indivíduo.

Tal liberdade desapareceria quando ocorresse a fusão dos poderes nas mãos de uma só pessoa, resultando em despotismo.

O gênio do publicista do livro *Do Espírito das Leis* já antecipou o que futuramente seria chamada da técnica dos pesos e contrapesos, ao assinalar que os poderes não são estáticos, devendo atuar de forma harmônica, pois a natureza das coisas são mutáveis.

Bonavides (2006, p. 151) apresenta técnicas a fim de corrigir a rigidez da separação dos poderes, considerando a prática do Estado constitucional moderno.

A primeira delas seria a presença do executivo na esfera legislativa, exercendo o poder de veto e enviando mensagem, e excepcionalmente, delegando poderes, que a rigor, seria proibido, levando em conta o próprio princípio.

Já o executivo no poder judiciário se dá mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder, assim como cabe ao executivo nomear membros do poder judiciário.

O legislativo participa do executivo rejeitando o veto, aprovando e conduzindo processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovando tratados e apreciando indicações oriundas do poder executivo para o desempenho de altos cargos na administração pública.

Ao passo que o legislativo participa no judiciário ao determinar o número de membros no judiciário, fixando a despesa dos tribunais, majorando vencimentos, organizando o poder judiciário, dentre outros.

O judiciário, por sua vez participa do legislativo decidindo sobre a constitucionalidade ou não de normas emanadas do legislativo, enquanto que do executivo, deliberando acerca de atos emanados por ele.

Na Lei Maior, o princípio da separação dos poderes está expresso no art. 2º, que reza: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Para a Administração Pública, o administrador está adstrito ao que a lei permite, sob pena de invalidade do ato administrativo<sup>1</sup> (Meirelles citado por Brych, acesso em 9 de

---

<sup>1</sup> O ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenham por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

out. 2011). Por outro lado, a presunção de legitimidade<sup>2</sup> (Loro, acesso em 9 de out. de 2011) do ato decorre justamente da crença de que o ato seguiu os ditames da lei.

Enquanto que no campo dos indivíduos reina a autonomia individual de modo implícito, a competência da autoridade pública resulta explicitamente, visto que os mandamentos direcionados ao Poder Público necessitam vir, primeiramente, de comando constitucional para depois descer ao legislador ordinário.

No entanto, atualmente, tolera-se cada vez mais a delegação e o consequente papel legiferante por órgãos, mesmo que públicos, mas que não pertencem à função legislativa.

Esses órgãos elaboram outras espécies normativas, tanto equiparadas à lei propriamente dita, quanto inferiores a ela, mas sempre conforme os mandamentos constitucionais.

Em nome dos princípios da eficiência e celeridade, delegou-se principalmente para as agências reguladoras poder normativo, regulamentando-se através de portarias, resoluções, dentre outros.

É o que Castro (2011, p. 40) denomina de “crise das Assembleias Populares”, concluindo que:

Por essa e outras mais razões, a democracia representativa experimenta em nossos dias o desafio da legitimidade e da validade constitucional dessa miríade de atos governamentais que transformaram o sistema normativo num superpopuloso e deformado conjunto de regras jurídicas, não raro de debilitada eficácia e até mesmo de duvidosa utilidade social.

Esse “direito regulamentar econômico” remonta da época da Grande Depressão, ocorrida no século passado, cujo centro irradiador foram os Estados Unidos, que precisavam desenvolver a economia, adotando uma série de medidas intervencionistas que culminaram na hipertrofia do Poder Executivo.

Na Inglaterra, após a II Guerra Mundial, seguiu-se essa tendência de aumento do tamanho do Estado, cujo exemplo também foi adotado na França, onde se chegou a ser inserido em texto constitucional dispositivo nacionalizador de atividades de interesse público ou monopolizadas em mãos particulares.

---

<sup>2</sup> A presunção de legitimidade é um atributo específico dos atos administrativos, pois estes além de serem tidos como válidos, presumem-se legítimos. Esta premissa milita tão-somente em favor dos atos administrativos, uma vez que os atos de direito privado e outros atos do poder estatal não tem esta capacidade. Importante destacar que a Administração Pública nas suas relações que não goza de suas prerrogativas e sujeições, ou seja, nas relações privadas, não tem seus atos presumidos como legítimos, bem como não gozam dos demais atributos acima elencados.

No Brasil, houve grande impulso na Era Vargas, que criou diversos institutos, como o do Açúcar, continuando com o governo de Kubitschek, que lançou o Plano de Metas, incentivando a indústria naval e notadamente a automobilística.

Sabe-se que o legislador, ao elaborar uma lei, não possui a capacidade de abranger todas as situações fáticas, visto que o cotidiano da sociedade é por demais rico de acontecimentos diversos. Nesse ponto, as normas infralegais demonstram sua utilidade e necessidade, desde que não extrapolem os limites traçados pela lei. Como o comando constitucional contido no artigo 5º, II, da Lei Maior, estatui que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, um regulamento que inove conteúdo que não esteja expresso em lei viola de morte o Estatuto Supremo.

Apesar disso, no país consagrou-se a prática da edição de regulamentos autônomos, fruto da hipertrofia do Poder Executivo, e também graças à inércia e vícios do Poder Legislativo, lento demais para acompanhar o ritmo alucinante das mudanças que acontecem no dia-dia e que exigem algum tipo de normatização.

Desse modo, conclui-se colhendo escólio de Castro (2011, p.48):

Tudo isto está a evidenciar que o postulado da intransferibilidade das competências orgânicas, além de formalmente já suprimido do sistema constitucional pátrio, foi algo através do tempo de típica mutação constitucional, fenômeno a que alude a doutrina de Karl Loewenstein, na medida em que a trajetória de tal postulado em nossa evolução político-institucional retrata sua acomodação às novas mentalidade da cultura política e jurídica emergentes no pós-guerra neste século findante. Trata-se, de certo modo, da revolta dos fatos contra o Direito, segundo a conhecida expressão atribuída a Gaston Morin.

Importante lembrar que a questão não chega à abdicação legislativa, que consiste na criação de uma agência com poderes regulatórios sem o estabelecimento de padrões mínimos orientadores ou limitadores para o exercício da função, o que não se coaduna de forma alguma com o princípio da separação dos poderes do Estado brasileiro.

Talvez um modo de readquirir a primazia na elaboração de normas pelo Legislativo seja equipá-lo de instrumentos técnicos e assessoria especializada, adaptando-o às demandas atuais tecnocráticas.

No entanto, tendo em vista a realidade brasileira, seja de povo, em sua maioria, desinteressado em atuar na política, e de políticos legislando em interesse próprio, controlando e fiscalizando precariamente os atos de governo, infere-se que a tendência é o crescimento das agências reguladoras.

Há, contudo, quem defenda que o fato de o Poder Executivo elaborar normas não constitui hipótese de delegação legislativa, e, portanto, não afronta o princípio da legalidade.

Grau *apud* Martins Guerra (2011, p. 87) sustenta que não há transmissão da função legislativa para o Executivo, visto que:

A ação legislativa estatui normas primárias elaboradas no seio do poder originário (parlamento), enquanto a ação normativa do Executivo produz normas primárias decorrentes de poder derivado. Ao instante em que se concebe o regulamento produzido pelo Executivo como uma derrogação do princípio da separação dos poderes, parece compreensível que um ato regulamentar não é meramente discricionário, mas sim normativo.

Com isto, há um alargamento do princípio da legalidade, porém deve-se preservar o núcleo de função legislativa que cabe exclusivamente ao Legislativo, sob pena de esfacelamento do princípio da tripartição dos três poderes.

Castro (2011, p. 36-37) assevera acerca do princípio da legalidade:

[...] a grande virtude sistêmica do princípio da legalidade é precisamente juridicizar de forma global as relações entre o Estado e os administrados, eliminando quaisquer incertezas insuscetíveis de suprimento exegético a propósito da validade das ações e omissões do seres públicos e privados, de maneira a traçar com razoável clareza a linha demarcatória entre os campos da liberdade e de sujeição aos ditames estatais.

A legalidade desponta, assim, como a primeira das limitações constitucionais ao poder estatal de disciplinar, em prol do bem comum, o exercício da liberdade humana. Uma vez que se adota tal princípio em sede constitucional, o mesmo ressaí como premissa maior dentre todos os demais requisitos e condições que possa o legislador constituinte incluir no elenco dessas limitações.

E conclui magistralmente que:

Tal se deve, ainda, porquanto o Poder Público não possui (nem poderia) vontade própria. Diversamente do que ocorre com os entes privados, as manifestações publicistas precisam resultar, sempre e sempre, das diretrizes traçadas, num primeiro plano, pelo legislador constituinte, e, depois, pelo legislador subalterno, e assim por diante, de acordo com a escala de eficácia positiva com que se organiza e distribui a atividade normativa do Estado.

### 3.2. AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O conceito etimológico de autonomia, do grego autós “por si mesmo” + nomos “lei”, ou seja, o poder de fazer a lei independente de outrem. Ferrater Mora (1965) define autonomia como uma realidade que é regida por uma lei própria. Ainda sugere dois sentidos para o termo autonomia: o sentido ontológico se refere a certas esferas da realidade que são autônomas em relação às outras, por exemplo, a realidade orgânica é distinta da inorgânica, o sentido ético se refere a uma lei moral que tem em si seu fundamento e a razão da própria lei.

No dicionário Aurélio, a palavra independência traz como um de seus significados a autonomia. Porém, conforme Araújo (2002, p. 45) não se deve confundir autonomia com independência, esta é mais abrangente que aquela.

As agências reguladoras possuem autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica.

Na autonomia orçamentária, as agências devem obediência às normas constantes na Constituição, no Código Tributário Nacional, na Lei nº 4.320/64, que contém dispositivos acerca de normas orçamentárias e financeiras e na Lei Complementar nº 101/2000.

Continuando com o publicista *supra*:

De acordo com o art. 24, I e II, da Constituição Federal, entre outras matérias, compete concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre Direito Tributário, Financeiro, Econômico e Orçamento. Seus §§ 1º e 4º determinam que, se existentes, devem ser adotadas pelas demais unidades federativas, inclusive suas entidades. Isso quer dizer que as normas gerais provenientes da União, como, por exemplo, a Lei nº 4.320/64 (normas orçamentárias e financeiras para todas as pessoas federativas), a Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), ou a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) são aplicáveis a todas as pessoas jurídicas estatais que se inserem, assim, no sistema geral econômico-financeiro-orçamentário público, uma vez que tais normas têm caráter nacional e não apenas federal.

Isso é confirmado pela art. 163 e seus incisos da Constituição Federal, que incluem na regulação geral das finanças públicas, além da Administração direta, autarquias, fundações e demais entidade controladas pelo Poder Público; pelo art. 165 da Constituição Federal, cujo § 9º, incisos I e III, são claros ao dispor que a lei orçamentária anual abrangerá também as entidades da Administração indireta, que se incluem nas normas gerais (lei complementar) sobre gestão financeira e patrimonial de natureza pública.

Sultani (2005, p. 24) conceitua a autonomia orçamentária como “a liberdade que a autarquia possui para elaborar a sua proposta orçamentária”, levando em conta as diretrizes,

objetivos e metas do Plano Plurianual, o planejamento estratégico, as receitas e despesas previstas.

No entanto, Sultani aponta que a prática mostra-se diferente da teoria. A ingerência governamental, cristalizada na Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração, embora não disponha da competência para tanto, ela altera a proposta das agências reguladoras, de modo a adequar ao que o governo quer, tolhendo a liberdade das autarquias de elaborar a própria proposta orçamentária.

A autonomia financeira é definida por Sultani como “a capacidade conferida ao ente para arrecadar e dispor dos recursos que lhe são atribuídos pelo legislador”.

Mazzili citado por Sultani (2005, p. 30) conceitua autonomia financeira como:

A capacidade de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que forem destinadas.

O Estado, a fim de desenvolver suas atividades, necessita arrecadar receitas. Por isso, as autarquias especiais possuem receitas próprias, com o fito de evitar a ingerência do Estado.

Aragão *apud* Sultani (2005, p. 31) leciona que:

O próprio espírito originário das autarquias já denotava a exigência da autonomia financeira frente ao Executivo central, porque, se não fosse para ser assim, não haveria razão para que o Estado criasse uma pessoa jurídica para desempenhar parte das suas funções, bastando que criasse mais um órgão integrante da sua estrutura hierárquica, mas não uma autarquia, cuja própria etimologia já denota a efetiva autonomia de que deveria gozar.

A autonomia administrativa traduz-se pela agência reguladora em contrair obrigações e adquirir direitos, respeitando-se o ordenamento vigente, de acordo com Araújo (2002, p. 50). Exemplificando, uma agência reguladora deve sujeitar-se à realização de licitação para suas contratações, não podendo expedir regulamentos próprios sobre licitações, conforme art. 22, inciso XXVII, da Constituição Republicana, que estabelece:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as

empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.

Neves (2010 p. 71) estatui que a autonomia administrativa afasta a burocracia típica da administração direta e mantém a agência reguladora em relativo isolamento em relação à arena político-partidária.

A autonomia funcional exprime a existência de uma estrutura própria de órgãos e agentes públicos.

### 3.3. AGÊNCIAS REGULADORAS E PODER NORMATIVO

Muito se discute entre os doutrinadores acerca da exata diferença entre os atos tipicamente legislativos e os atos administrativos normativos. Apesar da dificuldade em demarcar diferenças entre os dois atos, esta se mostra necessária, devido ao sistema de tripartição de poderes, um dos princípios basilares do Estado brasileiro.

A Constituição de 1988, em seu artigo 2º, estatui que os poderes são independentes e harmônicos. É importante pontuar os limites de desempenho de cada um para evitar invasão de competências e submissão de um Poder a outros.

O poder legiferante decorre diretamente do texto constitucional, enquanto que o regulamentar manifesta-se como derivado do poder legiferante. O primeiro gera lei, enquanto que o segundo, regulamento, aqui entendido como ato administrativo, independente de variadas denominações (portarias, resoluções, etc).

Caetano *apud* Carvalho Filho (2011, p. 60) destaca que:

Em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei em virtude de sua generalidade, pois os regulamentos possuem sempre caráter genérico. Mas distingue-se dela por lhe falta novidade, visto as suas normas serem, pelo que toca à limitação de direitos individuais simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras.

Contudo, esse elemento novidade apresenta-se muito subjetivo, mesmo porque nos regulamentos sempre há novidade, justamente para completar as lacunas legais.

Sob o prisma da hierarquia normativa, constata-se facilmente a diferença entre lei e regulamento, porém quanto à matéria nem sempre é fácil distingui-los.

Com a desestatização ocorrida na década de 90, surgiram vários órgãos sob a denominação de agências reguladoras, ou seja, autarquias especiais, com função de fiscalização, com a novidade de elas possuírem competência normativa.

Assim, em dezembro de 1996, através da Lei nº 9.427 surgiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Dentre as diversas competências conferidas por lei, destacam-se o poder de “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (art. 19, X); “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” (art. 19, XII); e “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (art. 19 XIV).

Pouco depois, foi criada pela Lei nº 9.472/97 a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Cabe a ela a competência para “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (art. 19, X); “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” (art. 19, XII); e “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (art. 19, XIV).

No mesmo ano, foi instituída pela Lei nº 9.478 a Agência Nacional do Petróleo – ANP. Traz em seu art. 8º expressamente sua função regulatória, “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”.

Carvalho Filho (2011, p. 67) entende que:

Por intermédio de autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é direta, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar.

Para o ilustre administrativista, o ato expedido por uma agência regulatória possui a mesma natureza jurídica de um decreto presidencial, por exemplo. Entende o mesmo, enfim, que a função regulatória das agências reguladoras não viola o princípio da legalidade, contido no art. 5º, inciso II – que só mediante lei podem ser impostas obrigações.

Ferraz Junior (2011, p. 213) esclarece que caso se adotasse o modelo clássico de legalidade estrita, “sequer poderia ser admitida a imposição de normas de conduta por

qualquer órgão do Poder Executivo, a não ser por delegação prevista expressamente na Constituição”.

Portanto, conforme o mesmo:

A solução, a meu ver, consiste em interpretar o poder regulamentar como uma forma de delegação inominada, com a função de estabelecer normas de implementação ou complementação de leis-quadro (*lois cadre*)<sup>3</sup> que contenham princípios e diretrizes gerais. Não se trata aqui propriamente de uma delegação legislativa, pois não implica abdicação pelo legislador de sua competência. Simplesmente o uso de conceitos indeterminados pelo legislador confere uma margem de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete.

Porém, é Souto (2011, p. 98) quem dá a melhor solução para a questão, ao dizer que:

Como, em face do princípio da legalidade, só a lei – norma de primeiro grau – cria os objetivos e os deveres decorrentes da regulação, cabe reafirmar que se trata a regulação de atividade administrativa. A lei cria a obrigação e o regulador estabelece o método para o seu cumprimento. Para tanto, pode fazê-lo por meio de normas (*rulemaking*) ou de atos concretos (*adjudication*), conforme o maior ou menor grau de conhecimento sobre o setor e o número de destinatários envolvidos. (Grifos do autor).

Assim, em sendo a lei que cria a obrigação, não há fundamento em se falar de violação ao princípio da legalidade, já que os deveres impostos se dão “em virtude de lei” (ao contrário dos demais casos que exigem legalidade estrita, tais como a previsão de crimes e a instituição de tributos).

### 3.4. ALCANCE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A Reforma do Estado, que se desenvolveu com mais intensidade a partir da década de 1990 levantou, dentre outras questões, debate acerca da competência e do alcance dela das autarquias especiais regulamentadoras.

Com a descentralização do Estado brasileiro, as agências reguladoras foram dotadas de grande autonomia que é inclusive objeto de discussão entre a doutrina, com a finalidade de imprimir maior eficácia possível ao poder normativo conferido pela lei.

Queiró *apud* Moreira (2011, p. 141) define competência como:

<sup>3</sup> (...) Leon Brum, no ano de 1936, havia firmado os postulados das *lois cadre*, pelas quais o Parlamento fixava apenas as diretrizes, isto é, um quadro de princípios, para que o Executivo, dentro desse quadrante, expedisse regulamentos detalhando a correspondente lei de quadro.

O complexo de poderes-deveres jurídicos públicos que uma norma de direito administrativo confere ao Estado ou a um ente público menor e a distribui pelos seus vários órgãos.

Ao analisar até que ponto pode um regulamento chegar para não contrariar a lei, Moreira (2011, p. 142) os enumera a seguir:

Em primeiro lugar, o regulamento não pode contrariar a lei, esta compreendida de forma ampla. Ainda que implique a criação autônoma de disposições normativas, não pode opor-se a qualquer lei, pois é impossível o regulamento *contra legem*.

Nessa mesma toada, o regulamento emanado pelas agências reguladoras não pode pretender gerar tais efeitos modificativos em face do decreto emitido pela Presidência da República quando de sua instituição (ou do Governador Estado ou do Prefeito Municipal). Reitere-se o acima descrito: as agências são autarquias criadas por lei e instituídas mediante decreto discricionário do Chefe do Executivo.

Em terceiro lugar, o regulamento não pode criar, de forma inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas. Não é viável que a autoridade administrativa inaugure a ordem jurídica através da emanção de regras restrinjam o universo de direitos constitucional e/ou legalmente assegurados aos administrados.

Depois, o regulamento não pode criar penas e sanções, nem tributos, inclusive contribuições da seguridade social (CF, arts. 5º, inc. XXXIX, 149, 150, I, e 195). Aplica-se o princípio da tipicidade penal (*nullum crimen, nula poena, sine praevia lege*), tributária e da seguridade, ao Direito administrativo.

Em quinto lugar, o regulamento não pode restringir a atividade econômica privada, subordinando seu exercício à expedição de prévia autorização por parte de órgãos públicos, “salvo nos casos previstos em lei” (CF, art. 170, parágrafo único).

Além disso, e em sexto lugar, o regulamento não pode ter efeito retroativo, a não ser quando vise a beneficiar pessoas privadas, observado o princípio da igualdade e os limites da lei de outorga.

Em sétimo lugar, o regulamento deve ser fundamentado, obedecendo à indispensável motivação pública, de fato e de direito, contemporânea à sua edição.

Em oitavo lugar, tendo em vista as peculiaridades da organização político-administrativa brasileira, o regulamento deve respeitar a divisão de competências entre as pessoas componentes da federação (CF, arts. 21 e segs.). Isso porque há, além das agências vinculadas à Administração federal, agências estaduais e municipais.

Ao final, os regulamentos autônomos serão sempre passíveis de controle pelo Poder Judiciário – quer no que diga respeito à possibilidade de sua emanção, quer quanto ao conteúdo de suas previsões.

O princípio da eficiência também age como limitador do poder normativo das agências reguladoras. Primeiramente, cabe explicar que o princípio da eficiência, plasmado na

Constituição de 1988, cria uma responsabilidade para o Estado de regular o mercado de modo a evitar disparidades entre particulares, abuso do poder econômico, dentre outros.

Assim, a eficiência direciona a ação administrativa focando o resultado, independente dos meios que cheguem ao fim almejado, desde que estejam dentro dos limites traçados pela lei.

Desse modo, os regulamentos elaborados pelas agências reguladoras procuram os métodos menos onerosos e mais rápidos para atingir o resultado desejado.

O princípio da eficiência, portanto, atenua a rigidez do princípio da legalidade, abrindo espaço de ação da discricionariedade para o administrador, desde que, por óbvio, a lei não vincule o ato administrativo.

Cumpra lembrar que um dos elementos do ato administrativo, o motivo, que são as razões de fato e de direito que levam à prática do ato, podem ser vinculados ou discricionários. Quando a própria lei já traça os motivos, não dando margem de decisão para o administrador, o ato é vinculado. Caso contrário, ele será discricionário.

Cumprindo seus objetivos em atingir os resultados, os atos administrativos emitidos pelas agências reguladoras ganham legitimidade.

Ferraz Junior (2011, p. 214) entende que:

Assim, o sentido moderno da legalidade vê a lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência*. Nestes termos, o respeito à legalidade exige do intérprete uma distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, bem como uma concepção da discricionariedade que não se limita a um juízo de oportunidade, mas alcança os juízos de realidade (avaliação de políticas de implementação de objetivos e, por conseguinte, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos). (Grifos do autor).

O princípio da razoabilidade, conforme doutrina majoritária, é entendido como aquilo que é correto e justo. Pode ser entendido mais facilmente a contrario sensu, ou seja, não é razoável “aquilo que não pode ser”.

Nos dicionários, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira admite cinco significados: "a) conforme a razão, racional; b) moderado, comedido - como um preço razoável; c) acima de medíocre, aceitável, regular - uma atuação razoável; d) justo, legítimo - uma queixa razoável; e e) ponderado, sensato." De outro lado, Houaiss descreve seis acepções para esse adjetivo: "a) logicamente plausível; racional, como uma dedução; b) o aceitável pela razão; racional, quando, por exemplo, consideram-se as exigências feitas; c) que age de forma

racional, que tem bom senso; sensato, como uma pessoa razoável; d) o que é justo e compreensível por se basear em razões sólidas, como um julgamento, uma decisão razoáveis; e) não excessivo; moderado, módico, como os preços assim reputados; e f) que é bom, mas não excelente; aceitável, suficiente, bastante, como um vinho de qualidade razoável, um salário razoável."

Ávila *apud* Coutinho (2005) estabelece que:

A razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual". Neste primeiro aspecto, deve-se considerar o que normalmente acontece bem como aspectos individuais do caso. O segundo sentido do postulado da razoabilidade "exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação". Por força deste significado, deve haver um suporte empírico para a medida adotada e uma relação de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. O terceiro sentido do postulado da razoabilidade "exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona"

Por sua vez, a proporcionalidade é um subprincípio que emana da razoabilidade, conduzindo o administrador a utilizar dos meios necessários, adequados e úteis a atingir aquele fim pretendido.

Na constituição brasileira vigente, o princípio da razoabilidade pode ser conferido no art. 5º, inciso LXXVIII, *in verbis*: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Assim, o Brasil adapta-se ao Tratado de São José da Costa Rica, ratificado em 25 de setembro de 1992, que prescreve no art. 8º "1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente...".

### 3.5. ATIVIDADES PRIVADAS REGULAMENTADAS

As atividades privadas regulamentadas de acordo com o professor Aragão (2011, p. 168):

São atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdade e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através um ordenamento jurídico setorial.

Na verdade, toda atividade privada sofre algum tipo de regulamentação pelo Estado, apesar de a nomenclatura escolher um tipo de atividade de iniciativa particular que exija maior atenção do Poder Público.

Lopes citado por Aragão (2011, p. 168), explana que essas atividades atendem parcela considerável da população. Em segundo lugar, vem o princípio segundo o qual o interesse geral se sobrepõe ao interesse particular.

Os maiores exemplos seriam os bancos e as instituições financeiras em geral, cujos serviços exigem segurança técnica, confiabilidade e certeza. Não obstante, prestam de forma contínua serviços, à semelhança de serviços públicos próprios.

Meirelles citado por (acesso em 9 de out. 2011) assim conceitua serviço público:

É todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.

E os subdividia em próprios e impróprios. Próprios são os:

Que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados.

Enquanto os impróprios são:

Os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários.

Voltando às atividades citadas *supra*, estas seriam consideradas serviços públicos, caso fosse adotado o critério objetivo ou funcional.

No critério objetivo, é irrelevante que a atividade esteja sujeita ao regime de direito público ou privado, bastando que o serviço prestado contenha os elementos de serviço público.

Contudo, nosso regime constitucional não adotou esta doutrina objetiva de serviço público, ou seja, não coloca todos os serviços públicos no mesmo plano, mostrando ênfase em

determinados serviços, como os de saúde, a exemplo do art. 197, são considerados de relevância pública, mesmo prestado por particulares.

O artigo 170 da Constituição republicana garante o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização estatal.

Para Moncada *apud* Aragão (2011, p. 174) afirma que a livre-iniciativa é um:

A palavra Autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais, muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica.

O princípio da livre iniciativa, por um lado, não é absoluto.

O poder de polícia do Estado, em prol da manutenção do interesse público, confere a ele a prerrogativa não apenas de maciça regulamentação, mas também pode fixar preços máximos a serem cobrados dos usuários.

Contudo, a Administração pública não pode esvaziar o núcleo do direito à livre iniciativa, ou seja, não pode atingir o chamado “limite dos limites”.

De origem alemã, mais precisamente no pós-guerra, a teoria do limite dos limites (Schranken-Schranken) foi adotada pelo regime constitucional espanhol e português, encontrando aceitação em grande parte da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

## CAPÍTULO 4

### 4.1. AGÊNCIAS REGULADORAS E DEMOCRACIA

A palavra **democracia**, do grego “dêmos” (povo) + “kratía” (força, poder), ou seja, **poder do povo**, um modelo de governo no qual o povo é o titular do poder soberano.

A **democracia** pode ser dividida em direta, segundo a qual o povo que exercia diretamente o **poder político**; e a representativa, que abrange a indireta ou semidireta, em que o povo escolhe seus representantes.

A primeira modalidade de **democracia** nasceu na Grécia dos tempos antigos. O cidadão tinha tempo livre para deliberar acerca das **questões** de Estado, enquanto que a massa de escravos produzia as riquezas que sustentava o **padrão** de vida do homem livre grego.

Otanes, citado por Bonavides (2006, p. 292), enumerava cinco características básicas sobre as quais se fundavam o modelo grego: igualdade de todos perante a lei; a condenação de todo o poder arbitrário; o preenchimento das funções públicas mediante sorteio; a responsabilidade dos servidores públicos; e as reuniões e deliberações populares ocorriam em praça pública.

Na segunda modalidade, o povo elege seus representantes por meio de sufrágio. É a forma mais encontrada no mundo ocidental atual.

Bonavides (2006, p. 293) aponta ser praticamente impossível praticar o modelo de **democracia** ateniense, visto que o Estado moderno não se resume ao Estado-cidade antigo, pois possui um vasto território, além do mais, o homem moderno precisa prover a si próprio, ao contrário do homem ateniense, que era “integralmente político”.

Bobbio, citado por Justen Filho (2011, p. 229), define **democracia** como:

[...] um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja, das decisões que abrangem toda a comunidade) mais do que uma determinada ideologia.

Kelsen, citado por Bonavides (2006, p. 287), de modo diverso, conceitua **democracia** como um caminho, pelo qual se alcança a liberdade.

Ocorre que diante de tantas definições e experiências históricas denominadas de democráticas, tanto Bonavides quanto Justen Filho chegam à conclusão de que não há uma definição universal e irretorquível do conceito de democracia.

Extrai-se daí que cada Estado possui seu sistema democrático, não existindo um único modelo de democracia. Como a sociedade encontra-se em constante mudança, também dentro de um mesmo Estado pode-se mudar de modelo.

Portanto, a democracia é uma concepção em permanente construção.

Por não haver um conceito concreto cristalizado, não se pode comparar sociedades distintas, ainda que contemporâneas, julgando se existe ou não democracia no Brasil a partir do modelo alemão.

No entanto, isso não impossibilita verificar a existência de democracia em um determinado sistema político concreto.

Justen Filho (2011, p. 232) considera a possibilidade de se avaliar de modo objetivo se um determinado sistema é democrático através da verificação da existência de “instrumentos que assegurem a preponderância da vontade da maioria mas com garantia de realização dos valores e princípios fundamentais”.

No tocante às agências reguladoras, Justen Filho (2011, p. 228) usa da expressão “déficit democrático”, usada pela primeira vez em 1979, por David Marquand, posicionando-se acerca do modo como os membros do Parlamento Europeu eram escolhidos, mediante indicação.

Souza (acesso em 9 de out. 2011):

O déficit democrático é evidente quando não se possibilita ao cidadão refletir sobre determinada questão, independentemente do grau de relevância dessa, o que agrava ainda mais o atual quadro, uma vez que muitos dos debates travados no Conselho da União Européia são de interesses profundos dos Estados-membros.

No entanto, Justen Filho (2011, p. 235) conclui que o déficit democrático que existe nas agências reguladoras não é culpa delas, mas sim, ao sistema político vigente como um todo.

A maior parte dos Estados do mundo ocidental vivencia uma crise de legitimidade oriunda da inadequação dos mecanismos de democracia clássicos capazes de atender às demandas da sociedade civil, esta se sente não representada pela classe política que elege.

De fato, no Brasil ocorre este fenômeno descrito anteriormente. A população encontra-se descrente no processo político e os políticos ajudam a agravar este quadro, muitos envolvidos em escândalos cujo resultado gera sentimento de impunidade.

Nesse diapasão que Justen Filho (2011, p. 235) conclui que as agências reguladoras isoladas são insuficientes para garantir o desenvolvimento da democracia. Urge, portanto, analisar a estrutura organizacional e verificar se ela está pronta a favorecer a evolução democrática.

A existência de um órgão colegiado, que abranja membros de diferentes classes e a divisão de competências, exigindo a atuação em conjunto dos dirigentes, contribui para o florescimento da pluralidade e o desenvolvimento da ideia democrática.

Caso a agência fosse dirigida por apenas um único dirigente, as decisões emitidas refletiriam a opinião individual de seu ocupante, pois não haveria com quem se discutir os problemas surgidos.

Contudo, isso não significa que as decisões oriundas de um órgão colegiado sejam satisfatórias ou um primor de técnica.

Deve haver, além disso, cuidado para não retornar ao modelo unipessoal decisório, ainda que haja colegiado, colocando para cada membro competências privativas.

Seria importante, também, aumentar a participação popular e de grupos organizados na formação de determinadas decisões que os afetariam de maneira mais sensível.

Porém, não se deve admitir o fenômeno chamado de “participação externa cosmética”, no qual a decisão já foi estabelecida pela agência, praticando atos como a audiência pública, ouvindo os particulares e segmentos afetados por mera formalidade, para dar uma mera aparência democrática à decisão.

A introdução de mandatos não coincidentes de dirigentes da agência ajuda a evitar a ingerência política, evitando que as autoridades máximas das autarquias sejam escolhidas em bloco, comprometidas com a ideologia política do partido no poder.

Como os cargos diretivos das agências exigem elevado conhecimento técnico, deve existir critérios de cunho objetivo como requisito para exercer o cargo, evitando que o dirigente seja escolhido por ser apadrinhado ou simpatizante ideológico do partido que está no poder.

Ademais, deve-se criar garantia contra dispensa *ad nutum*, a fim de preservar a autonomia das agências reguladoras, também com o fito de diminuir a ingerência política nas agências reguladoras. Desse modo, o dirigente possui liberdade para decidir, mesmo que eventual decisão possa desagradar ao poder instituído.

Apresentadas as medidas para tentar diminuir o controle estatal, conclui-se que a indagação sobre o déficit democrático no Brasil é fruto do sistema político brasileiro, que

ainda não atingiu um estágio democrático maduro e estável, concordando com Justen Filho (2011, p. 249).

## 5.2. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Com intuito de entendermos melhor o controle judicial dos atos das agências reguladoras, que, em sentido abrangente, resulta no controle de atos administrativos, deve-se, primeiramente contextualizar a formação e o desenvolvimento desse instituto.

No regime Absolutista, os atos do soberano não sofriam controle algum, segundo alguns filósofos do Absolutismo, como Jacques Bossuet, como o poder do monarca era divino, só perante Deus ele deveria prestar contas. Além disso, não havia separação de poderes, e o monarca concentrava não apenas o Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário.

Com a queda do Estado Absolutista e a ascensão do Estado Liberal, começa a haver a instauração do controle de atos administrativos, tendo como suporte o princípio da legalidade, da separação de poderes, enfim, o Estado deveria obediência à lei.

Nessa fase, identificada também como direitos de primeira geração, o Estado restringia-se a condutas negativas, ou seja, de não interferência na esfera individual das pessoas.

No entanto, o surgimento do Estado Social, no século XIX, exigiu-se do Estado não apenas uma postura negativa, mas também positiva, quer dizer, que o Estado atue atendendo às necessidades coletivas, garantindo educação, saúde, segurança, dentre outros.

Desse modo, as atividades do Estado crescem vertiginosamente, nascendo daí numeroso aparelho estatal, e a necessidade de regular atividades mais fortemente; assim, torna-se cada vez mais evidente as lacunas que a lei exhibe, não obstante a lentidão do Legislativo, que não legisla no ritmo que a nascente sociedade contemporânea exige.

Por isso, ao Executivo tornou-se imprescindível a edição de atos normativos, a fim de completar o sentido da lei.

Leite (2011, p. 324) explica que:

A assertiva de que o regulamento somente poderia minudenciar aquilo que *já presente* no conteúdo da lei só pode ser considerada como correspondente às realidades prática e jurídica se entendermos com a expressão “já presente”, algo no

sentido de presente em potência, embora não definido na lei. A relação entre lei e regulamento exige deste, portanto, que tenha seu conteúdo possível de ser reconhecido como *potencialidade* da lei, algo possível a partir dos espaços postos na lei. (Grifos do autor).

Ainda sobre a crise do Estado, assevera Clève citado por Tojal (2002, p.149):

Está agonizando um conceito de lei, um tipo de parlamento e uma determinada concepção do direito. O parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado sofreu abalos. Deve continuar legislando, é certo. Porém, a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. O parlamento não deve deixar de reforçar o seu poder de controle sobre os atos, inclusive normativos, do Executivo. A crise do parlamento burguês conduz ao nascimento do parlamento ajustado às profundas alterações pelas quais passaram a sociedade e o Estado. Portanto, o declínio alcança um determinado parlamento; não a instituição propriamente dita.

Caio Tácito, citado por Leite (2011, p. 326) explana os atos normativos do Executivo que:

O poder normativo não se exaure no ato emanado do Poder Legislativo. As fontes do direito se distribuem, hierarquicamente, em categorias sucessivas, de que também participa o Executivo.

Os atos regulamentares, por meio dos quais o Poder Executivo, no uso de atribuição própria ou delegada, edita normas jurídicas, são atos materialmente legislativos, instituindo regras obrigatórias de conduta, de força análoga à da lei propriamente dita.

Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado. Ambos, no entanto, são dotados dos mesmos requisitos de generalidade, abstração e novidade que são próprios à norma de direito. (Grifos do autor).

Dessarte, como as agências reguladoras são autarquias especiais, pertencentes à Administração Pública, seus regulamentos não se confundem com a lei, porém dotados de generalidade e coerção, ou seja, obrigam independente da vontade do indivíduo.

Encontra-se na Constituição Republicana o fundamento para competência regulamentar da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional do Petróleo (ANP) nos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, respectivamente.

Para as demais agências, o art. 174 da Constituição Federal, em seu caput, assim explicita a função reguladora do Estado:

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.

No art. 49, V, do diploma supra, ao indicar a competência do Congresso Nacional em sustar atos normativos do Poder Executivo – expressão mais ampla que “Presidente ou

Presidência da República” ou “Chefe do Executivo”, e que, segundo, Leite (2011, p. 332), se entendida em seu sentido próprio, abrange todos os órgãos e entes da Administração Direta e Indireta, permitindo o entendimento de que tal competência regulamentar pode ser legalmente instituída por lei para os órgãos e/ ou entes administrativos, podendo-se falar das autarquias, dentre as quais estão as agências reguladoras.

### 5.3. MODELOS PROCESSUAIS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE

Similar ao processo jurisdicional, há o controle difuso, ou concreto, e o concentrado ou abstrato.

No controle difuso, os atos administrativos são atacados indiretamente. Na modalidade individual, o regulamento é questionado de forma incidental, afastando-se o dispositivo, resultando no impedimento da edição, anulação ou restrição da eficácia do ato administrativo que se baseia no regulamento eivado de inconstitucionalidade (Leite, 2011, p. 342).

A eficácia da decisão não é *erga omnes*, e sim, *inter partes*, ou seja, só alcança um parâmetro específico, concreto e individualizado.

Por outro lado, no controle concentrado de constitucionalidade, o próprio ato normativo é atacado. Caso seja declarada sua inconstitucionalidade, ele é anulado e retirado do sistema normativo, tendo, portanto, eficácia *erga omnes*, ou seja, possui validade contra todos.

A Constituição da República traz, em seu artigo 102, I, a, a expressão “ato normativo”, após a palavra “lei”, possuindo uma nítida carga de inclusão, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (...).

Já os Tribunais de Justiça, verificam a constitucionalidade dos regulamentos municipais ou estaduais que afrontem a Constituição Estadual, mediante fundamento contido no art. 125, § 2º, de nossa Lei Maior, *in verbis*:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

No entanto, o controle abstrato vem sido repellido pelo Supremo Tribunal Federal, vide as jurisprudências a seguir:

- REPRESENTAÇÃO DE QUE NÃO SE CONHECE PORQUE O CONFLITO PROPOSTO ENTRE O REGULAMENTO (DECRETO 93.412-86) E A LEI REGULAMENTADA (LEI N. 7.369-85), CONFIGURARIA, QUANDO MUITO, ILEGALIDADE, OU SEJA, MATÉRIA A CUJO EXAME E INFENSA A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL (RP 1.266).

(Rp 1492, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 03/08/1988, DJ 02-09-1988 PP-21823 EMENT VOL-01513-01 PP-00055)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO REGULAMENTAR. ATO COM EFEITOS CONCRETOS. I. - O regulamento não está, de regra, sujeito ao controle de constitucionalidade. É que, se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou nega algo que a lei concedera, pratica ilegalidade. A questão, em tal hipótese, comporta-se no contencioso de direito comum. Não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. II. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

(ADI 2413 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2001, DJ 16-08-2002 PP-00088 EMENT VOL-02078-01 PP-00188)

Mendes, citado por Leite (2011, p. 346) critica tal posição do tribunal, asseverando que “a inexistência de um sistema de controle judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma desvalorização do postulado da supremacia da lei e da reserva legal”.

Apesar disso, Leite afirma que o Supremo Tribunal Federal tem aceitado a via de ação direta, embora implicitamente e *a contrario sensu*<sup>4</sup>, ou explicitamente, apreciando

<sup>4</sup> EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos do Provimento nº 07, de 02 de outubro de 1997, do Corregedor-Geral da Justiça e do Ato PGJ nº 093, de 02 de outubro de 1997, do Procurador-Geral de Justiça, ambos do Estado de Pernambuco. - Provimentos que não são regulamentos autônomos de textos constitucionais para disciplinar, ainda que parcialmente, o controle externo da atividade policial, pois os dispositivos impugnados não dão ao Ministério Público esse controle. - Ademais, esse controle é regulado em leis federais e estadual, e se os textos atacados ultrapassaram o nelas estabelecido ou com elas entrarem em choque, estar-se-á diante de hipótese de ilegalidade, o que escapa do contrato de constitucionalidade dos atos normativos. - O mesmo se dá se os dispositivos impugnados atentarem contra quaisquer normas de processo penal. Ação direta que, preliminarmente, não é conhecida.

(ADI 1968, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2000, DJ 04-05-2001 PP-00002 EMENT VOL-02029-01 PP-00175)

demandar específicas<sup>5</sup>, esperançoso de que no futuro o STF possa adotar a tese do controle direto de atos de agências reguladoras.

<sup>5</sup> CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ART-97, PAR-1. DA LEI FUNDAMENTAL. DECRETO N. 19.781/79, DE MINAS GERAIS, ART-19 E SEU PARAGRAFO ÚNICO. SUA INCONSTITUCIONALIDADE. FIXANDO O ART-19 E SEU PARAGRAFO ÚNICO DO DECRETO N. 19.781/79 NORMA QUE CONTRARIA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL MORALIZADOR DE CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DOS CARGOS DA ADMINISTRAÇÃO, O QUAL SE INSERE NO ART-97 E SEU PAR-1. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TAIS PRECEITOS REGULAMENTARES - QUE SEQUER ENCONTRAM RESPALDO NA LEI REGULAMENTADA (LEI 7.452/78)-, HAO DE SER DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto nos capítulos anteriores, conclui-se que esse tema acerca do poder normativo das agências reguladoras possui sua dose de polêmica, visto que ainda continua em construção, por ser um fenômeno recente na história brasileira.

Foi visto que à luz da doutrina clássica, a atividade normativa das agências reguladoras seria drasticamente reduzida, tirando até a utilidade prática delas.

No entanto, a nova interpretação do princípio da legalidade deve ser aplicada de forma evolutiva, conforme a Constituição vigente, de forma ao Poder Executivo conseguir acompanhar o desenvolvimento da sociedade, haja vista que o Legislativo mostra-se muito lento e é impossível à lei normatizar todas as situações possíveis da vida.

Quanto à questão da democracia dentro das agências reguladoras, espera-se que elas possuam de modo concreto gestões democráticas, aumentando os canais de contato com a sociedade, de forma a impedir o isolamento antes às demandas da sociedade.

Assim, deseja-se que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram instituídas, realçando o princípio da efetividade.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense e gen, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRYCH, Fábio, Teoria geral dos atos administrativos no direito público brasileiro. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2380](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2380)>. Acesso em 9 de out. 2011.
- Capítulo I – A autonomia. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/autonomia/autonomia/capitulo1.html>>. Acesso em 3 de out. 2011.
- COUTINHO, Luiz Augusto. Princípio da razoabilidade e a Emenda Constitucional nº 45. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7272%3E/principio-da-razoabilidade-e-a-emenda-constitucional-no-45>>. Acesso em 23 de set. 2011.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. Aplicação das teorias da captura capture theory e dos frutos da árvore envenenada nos processos administrativos. Disponível em <[jus.uol.com.br/revista/texto/18296/aplicacao-das-teorias-da-captura-capture-theory-e-dos-frutos-da-arvore-envenenada-nos-processos-administrativos](http://jus.uol.com.br/revista/texto/18296/aplicacao-das-teorias-da-captura-capture-theory-e-dos-frutos-da-arvore-envenenada-nos-processos-administrativos)>. Acesso em 2 de out. 2011.
- KARAM, F.S. As Agências Reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais. Disponível em <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2008-04-04T142259Z-768/Publico/Fabiana%20S%20Karam.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2008-04-04T142259Z-768/Publico/Fabiana%20S%20Karam.pdf)> Acesso em 3 de out. 2011.
- MORAES, Alexandre de (Organizador). Agências Reguladoras. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do, Os Regulamentos Independentes em face da separação de Poderes: uma análise à luz da Constituição brasileira. Disponível em <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/62/40>>. Acesso em 9 out. 2011
- NEVES, S.L.B. Agências Reguladoras: Instrumentos de Direito Econômico e Socioambiental em busca de uma identidade perante o Direito brasileiro. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2010-04-27T083513Z-1384/Publico/Sergio%20Neves.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-04-27T083513Z-1384/Publico/Sergio%20Neves.pdf)> Acesso em 3 de out. 2011.
- PINTO, Cláudia Maria Borges Costa. O processo de privatização e desestatização do Estado Brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12228/o-processo-de-privatizacao-e-desestatizacao-do-estado-brasileiro>>. Acesso em 24 de set. 2011.

SILVEIRA, E.R. A Autonomia Regulamentar das Agências Reguladoras. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ederson%20Silveira.pdf>>. Acesso em 3 de out. 2011.

SOUZA, A.B. A União Européia e o Déficit Democrático: Um Estudo a partir de Jürgen Habermas. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/andre\\_barbieri\\_souza.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/andre_barbieri_souza.pdf)>. Acesso em 9 de out. 2011.

SOUZA, João Henrique Bressan de. A atividade legislativa do Poder Executivo: uma realidade inevitável nas modernas democracias. Disponível em: <<http://www.revistafarn.inf.br/revistafarn/index.php/revistafarn/article/viewfile/108/120>>.

Acesso em 9 out. 2011

SULTANI, L.J.M. Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie\\_ufrj\\_cvm/Leonardo\\_Jose\\_Mattos\\_Sultani.pdf](http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie_ufrj_cvm/Leonardo_Jose_Mattos_Sultani.pdf)> Acesso em 9 de out. 2011.