



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES®

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
CURSO DE DIREITO

STEPHANIE CARVALHO DE SOUZA FONSECA

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE**

Salvador
2012

STEPHANIE CARVALHO DE SOUZA FONSECA

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Salvador como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Renata Fabiana Santos Silva.

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

STEPHANIE CARVALHO DE SOUZA FONSECA

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, Unifacs, pela seguinte banca examinadora:

Bruno Oliveira da Silva Ferreira – Advogado e Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP)

Geovane De Mori Peixoto – Advogado e Mestre em Direito Público (UFBA)

Renata Fabiana Santos Silva - procuradora do Estado da Bahia e especialista em Direito Público (UFBA)

Salvador, 2012

Ao Senhor Jesus Cristo, meu refúgio e
fortaleza.

AGRADECIMENTOS

Eu louvo a Deus por ter me dado sede de verdade e de justiça, o que me motivou a seguir o caminho do Direito. Este trabalho de conclusão de curso é o resultado de uma etapa que se encerra e que não aconteceria sem a contribuição de tantas pessoas especiais, as quais eu não posso deixar de agradecer. Agradeço ao meu Senhor pelo sublime amor, pelo eterno cuidado e pelas misericórdias derramadas em minha vida. Agradeço aos meus pais, Ronald e Márcia, pelo apoio e amor incondicional, que me motivam a buscar o sucesso e sempre dar o meu melhor. Agradeço aos meus irmãos, Ronaldinho e Diego, pela torcida e pelo carinho, que nunca me deixam desanimar. Agradeço a minha prima Geovana, que contribuiu na escolha desse tema e que sempre esteve prontamente disposta a me ajudar. Agradeço a Rodrigo, pelo amor, pela companhia e pelos incentivos nos momentos mais difíceis dessa trajetória. Agradeço a Susan, minha amiga-irmã, pela amizade sincera e por sempre me fazer acreditar que sou capaz. Agradeço a minha querida orientadora, Professora Renata Fabiana, pelos conselhos valiosos, conhecimentos compartilhados, pela atenção especial e pelo modo como se dedicou na construção desse trabalho. Por fim, agradeço a todos os professores e colegas que fizeram parte desses cinco anos de curso, cada um com a sua contribuição fundamental na minha formação pessoal e profissional. A minha vitória é fruto dessa união e cada um de vocês foi essencial nessa caminhada! Muito obrigada!

“Aquele que segue a justiça e a bondade
achará a vida, a justiça e a honra.”
(Provérbios 21:21)

RESUMO

O estudo analisa a constitucionalidade do poder normativo atribuído às Agências Reguladoras pelas leis instituidoras, sobretudo pelo prisma do princípio da legalidade. Discute o surgimento, natureza jurídica, regime jurídico, poderes e atribuições dessas entidades. Aborda, ainda, a legitimidade democrática da atuação, ressaltando os limites e necessidades do poder normativo. Trata dos aspectos políticos, sociais e econômicos da questão e a relevância que essa discussão representa para o mundo jurídico. A pesquisa aponta que a constitucionalidade está relacionada aos limites da atuação das Agências, estabelecendo os contornos para que o interesse público primário reste assegurado, bem como para que não haja violação ao princípio da legalidade, separação dos poderes e Estado Democrático de Direito. O trabalho não tem a pretensão de por fim a questão, mas tem o objetivo de provocar o debate e apresentar um posicionamento em concordância com o ordenamento jurídico pátrio, haja vista que o tema apresentado é alvo de grandes divergências doutrinárias.

Palavras chave: Agências Reguladoras. Princípio da Legalidade. Separação de Poderes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	12
2.1. DISTINÇÕES PRELIMINARES: NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS.....	12
2.2. NOÇÕES GERAIS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	15
2.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
2.4. SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .	24
3. ASPECTOS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	31
3.1. ORIGEM NO DIREITO COMPARADO	31
3.2. SURGIMENTO NO BRASIL.....	35
3.3. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS	39
3.4. FUNÇÕES, PODERES E ATRIBUIÇÕES	44
4. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	50
4.1. PODER REGULATÓRIO E FUNÇÃO NORMATIVA	50
4.2. CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	56
4.3. LIMITES E NECESSIDADE	62
4.4. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	66
4.5. ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DA QUESTÃO	70
5. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77
APÊNDICE A	81

1. INTRODUÇÃO

As Agências Reguladoras são entidades da Administração Pública Indireta que possuem uma natureza autárquica diferenciada, uma vez que obedecem a um regime especial, desfrutando de maior liberdade e autonomia. Criadas através de leis, estas entidades se relacionam com a disciplina, o controle e a fiscalização de serviços públicos, com atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, bem como com a exploração das atividades do setor econômico, dentre outras atribuições.

De fato, para que haja um melhor desempenho de suas funções, as Agências Reguladoras gozam de um conjunto de prerrogativas, dentre estas o poder normativo. É preciso ter em vista, todavia, que apesar de estarem sujeitas a um regime jurídico diferenciado que lhes garante amplos poderes, as autarquias reguladoras estão subordinadas ao princípio da legalidade, sendo esta relação o foco do presente trabalho.

Esta discussão tem como tema principal a análise do poder normativo das Agências Reguladoras sob a ótica do princípio da legalidade, o qual é consagrado na Constituição Federal e deve servir de margem para a atuação dessas entidades. O problema de fato surge na dificuldade de se identificar se a regra normativa regulatória criada pela Agência é capaz de invadir a competência legislativa, até mesmo inovando na ordem jurídica.

Desse modo, faz-se necessário perquirir os limites do poder regulatório das Agências, averiguando se o poder de ditar normas que lhes é atribuído implica ou não em violação ao princípio da legalidade. Uma possível violação ao citado princípio acarretaria numa violação à própria Constituição Federal, até mesmo no que toca a questão da separação dos poderes.

Isto geraria uma incompatibilidade com o regime de freios e contrapesos, causando grave desequilíbrio no próprio sistema democrático adotado no ordenamento pátrio. As consequências dessa inconstitucionalidade seriam prejudiciais principalmente para a sociedade, uma vez que a irregularidade na atuação das Agências Reguladoras é desfavorável ao mercado econômico. Daí a relevância em se explorar este tema.

É por conta disto tudo que esse estudo tem por objetivo o delineamento do campo de atuação das Agências Reguladoras para que se preserve a estrutura do Estado Democrático de Direito e para que haja compatibilidade entre os interesses públicos e particulares, no contexto político, econômico e social.

Assim, o debate aqui proposto diz respeito ao limite de atuação da Agência Reguladora por meio do poder normativo, haja vista que o princípio da legalidade constitui um pilar do Estado Democrático de Direito, devendo ser observado obrigatoriamente pela Administração Pública. É necessário, pois, identificar se a regra normativa regulatória invade ou não a competência legislativa, sob pena de haver uma banalização da edição dos atos normativos com violação ao sistema democrático.

Vale ressaltar que o tema proposto neste estudo é de extrema relevância para o mundo jurídico, apresentando, além disso, uma análise sob o viés econômico, político e social. Ademais, o estudo será realizado com base no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo constitucional, o que demonstra a importância teórica e prática da pesquisa.

A discussão teórica tem o escopo de trazer à baila os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria, elaborando uma análise à luz do texto constitucional e de todos os princípios nele consagrados, principalmente o princípio da legalidade. Sendo assim, a pesquisa busca apresentar uma visão que possa pacificar e dirimir o conflito ou ao menos suscitar a discussão e despertar uma reflexão na comunidade jurídica.

Em verdade, a atuação das Agências Reguladoras tem influência direta na vida da sociedade, uma vez que o objetivo maior desta atuação é a busca da satisfação das necessidades sociais contemporâneas, na forma do interesse público primário. Por conta disto, os limites das atribuições das Agências devem ser analisados minuciosamente, sob pena de que os interesses das empresas prestadoras de serviços públicos sobrepujem as necessidades públicas sociais. A partir deste ponto, percebe-se a relevância política que o tema apresenta, introduzindo um debate de caráter político e social.

Para suscitar a discussão, o capítulo inicial irá tratar sobre algumas noções que são essenciais para formar a base sobre a qual o estudo será edificado. Dessa forma,

serão feitas algumas considerações a respeito da distinção entre normas, regras e princípios, a fim de permitir que o leitor tenha, posteriormente, uma melhor compreensão acerca do princípio da legalidade. Este será abordado de forma geral, como quando é aplicado nos diversos ramos do Direito, bem como será tratado no que se refere especificamente ao ramo do Direito Administrativo. Por final, a questão da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito será tratada, por conta da intrínseca relação que possui com o presente tema.

O segundo capítulo abordará as Agências Reguladoras propriamente ditas e todos os aspectos que a elas estão relacionados. Antes da análise do tema principal, é importante tratar da origem das Agências no direito comparado, bem como do surgimento no Brasil. Isto permitirá o entendimento do processo histórico e do contexto social, econômico e político que deu ensejo à adoção deste modelo regulatório no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, serão analisados conceito, natureza jurídica, características peculiares, funções, poderes e atribuições, com vistas a atingir um grau de conhecimento da estrutura das Agências Reguladoras que dê subsídio necessário ao presente estudo.

O último capítulo discutirá o cerne do trabalho, analisando a constitucionalidade do poder normativo das Agências Reguladoras à luz do princípio da legalidade. Para tanto será necessário explorar o poder regulatório e a função normativa, diferenciando conceitos importantes que são extremamente confundidos pela doutrina brasileira. Ademais, o estudo pretende expor os limites para o exercício dessa atribuição, bem como a necessidade de que estes sejam observados. Além disso, a legitimidade da atuação das Agências Reguladoras será estudada, haja vista a importância da democracia na atividade regulatória. Por fim, os aspectos políticos e sociais serão tratados, demonstrando-se os impactos diretos que os atos expedidos pelas Agências Reguladoras geram diante da sociedade.

Dessa forma, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, infinitamente vasto e questionável. Todavia, o estudo tem a intenção de propulsionar uma discussão acerca do assunto, elaborando uma nova visão, sistemática e formada à luz do texto constitucional, capaz de nortear a doutrina que se apresenta tão divergente sobre esta questão.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1. DISTINÇÕES PRELIMINARES: NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Os princípios possuem uma função de grande relevância dentro do ordenamento jurídico, auxiliando no processo de interpretação, aplicação e fundamentação do próprio Direito. Diversos foram os conceitos associados aos princípios ao longo da evolução das correntes jusfilosóficas, bem como diversos foram os teóricos que buscaram traçar o caráter distintivo entre as normas, as regras e os princípios, cabendo neste item uma brevíssima leitura histórica.

Segundo a visão clássica, os princípios são as premissas do sistema, servindo como diretrizes gerais e indeterminadas, inspiradoras da interpretação e formadoras de um pensamento diretivo. No entanto, ao passo em que rejeitam o traço da normatividade, se afastam da visão contemporânea. Esta atribui o caráter normativo como uma das principais características dos princípios.

Na fase jusnaturalista, conforme ensinamentos de Paulo Bonavides:

Os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.¹

Ou seja, a aplicação dos princípios não era concreta, estando limitada ao âmbito filosófico e permanecendo fora da esfera jurídica. Por outro lado, na fase juspositivista, os princípios ganharam força normativa, na medida em que foram positivados. Todavia, a aplicação era subsidiária, uma vez que o objetivo era apenas garantir a segurança jurídica.

Em seguida, a fase pós-positivista é marcada basicamente pela promulgação de constituições contemporâneas que enaltecem os princípios a partir de um tratamento normativo, sem desprezar o caráter axiológico. Ademais, a principiologia passa a ser a base sobre a qual se constrói todo o sistema normativo constitucional. Nesse sentido, Ronald Dworkin e Robert Alexy foram grandes expoentes na defesa da

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 259.

juridicidade dos princípios, sustentando a possibilidade de imposição de obrigação legal por estes.

No que toca a distinção entre as regras e os princípios, pode-se vislumbrar um panorama evolutivo desenvolvido por diversos filósofos juristas ao longo da história, por meio de variados critérios diferenciadores. Boulanger foi um dos primeiros a tratar do tema, ainda que de forma hesitante, indo de encontro ao pensamento que predominava no antigo Estado Liberal. Afirmava que a regra era especial, destinando-se a uma determinada situação jurídica, enquanto o princípio seria geral, diante da sua aplicação genérica e indefinida.

Por outro lado, Josef Esser afirmava que o principal critério distintivo seria de ordem qualitativa, haja vista que os princípios estabeleceriam o fundamento ensejador do mandamento normativo a ser aplicado. Dessa forma, ele reconhece a normatividade da atuação do princípio, como instrumento de interpretação do direito positivo.

Seguindo este caminho, Karl Larenz entendia que os princípios possuíam uma função diretiva, servindo como orientação para a aplicação da regra. O princípio não seria, todavia, suscetível de ser aplicado diretamente, servindo apenas como fundamento normativo para a busca de regras capazes de apresentar soluções nos casos concretos. Canaris, por sua vez, atribuía o conteúdo axiológico aos princípios, deixando para as regras a função de concretização desses valores.

Com decisivas contribuições, Alexy e Dworkin basearam os seus pensamentos na mesma essência, diferenciando regras e princípios, porém conjugando ambos como espécies do gênero norma. Dworkin defendia a aplicação das regras no sistema *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), ou seja, ocorrendo a hipótese de incidência, a regra é válida. No entanto, existindo um conflito entre as regras, apenas uma delas deverá prevalecer, sendo a outra considerada como inválida.

Os princípios, por outro lado, não são absolutos, pois comportam uma *dimensão de peso* (*dimension of weight*). Neste caso, diante de uma antinomia, o princípio de maior peso deve prevalecer, sem que haja a invalidade do outro. Logo, a distinção traçada por Dworkin se refere à estrutura lógica a partir de critérios classificatórios.²

A partir dessas considerações, Alexy se aprofundou e concluiu que a colisão entre princípios não é solucionada com a prevalência de um deles. O autor defende a

² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 261.

ponderação como critério, de modo que a prevalência de um princípio deve ocorrer apenas numa determinada situação jurídica concreta. Assim, os princípios não possuem uma consequência normativa direta, sendo concretizados apenas quando são pesados diante de um caso prático.

Logo, o conflito entre regras avalia se a regra pertence ou não ao ordenamento jurídico, enquanto o conflito entre princípios ocorre dentro deste ordenamento. Alexy defende ainda a adoção do critério gradualista-qualitativo de distinção entre as regras e os princípios, concebendo estes como normas de otimização.

Em resumo podemos citar os valiosos ensinamentos de Humberto Ávila para estabelecer alguns critérios diferenciadores entre regras e princípios:

Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra pra o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre regra consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada uma delas. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão ser tomada.³

Ainda que tais critérios sejam passíveis de objeções e críticas, vale destacá-los como forma de melhor compreender a aplicação dos princípios, sobretudo nas constituições atuais, que são marcadas por uma concepção material do direito. É através dos princípios que o ordenamento jurídico absorve os valores do contexto social e político em que está inserido. Como bem sintetiza Eros Roberto Grau:

O que peculiariza a interpretação da Constituição de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente remete à ponderação de “valores políticos”. Como, no entanto, esses “valores” penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios desde logo se antevê a necessidade de os tomarmos, tais

³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39.

princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais.⁴

Assim, de tudo quanto exposto, conclui-se que os princípios são normas e as normas são consideradas como gênero que compreende tantos os princípios quanto as regras como suas espécies. Desta forma, ambos servem de fundamento normativo para juízos concretos de dever, não obstante sejam espécies diversas. Ou seja, os princípios são normativos, mas deve-se ter em vista que o seu conteúdo valorativo garante uma posição superior de destaque e prestígio dentro das constituições contemporâneas, incluindo a Constituição Federal brasileira de 1988.

2.2. NOÇÕES GERAIS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é fruto do processo histórico vivido na Revolução Francesa, quando passou a predominar o ideal liberal que influenciou a noção de separação de poderes e que foi consolidado através da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. O movimento oitocentista foi oriundo da revolução da classe burguesa, unida contra o absolutismo que tolhia a liberdade e monopolizava o poder.⁵

A ascensão burguesa juntamente com a implantação do liberalismo firmou o princípio da legalidade como garantidor da liberdade, sobretudo patrimonial, defendendo os direitos naturais do homem através da segurança na aplicação e execução das leis. Desta forma, ocorreu uma supremacia do Poder Legislativo e em contrapartida uma subordinação dos demais poderes, que deveriam exercer funções meramente cognitivas, sem desviar do mandamento legal. Assim, através das leis os direitos e liberdades estariam seguros e livres das intervenções estatais, uma vez que qualquer ato contrário à vontade estabelecida previamente pelo legislador seria ilegítimo.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 161.

⁵ SILVA, Carlos Medeiros. Agências Reguladoras da Administração. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 242, v. 1, Trimestral, p.177-181, out./dez.2005. p. 126.

Esta noção clássica do princípio da legalidade está imbricada ao ideal de separação de poderes, e este pensamento passou a fazer parte do Estado Democrático de Direito, influenciando o Estado atual. Prova disto é a Carta Magna do País que trata do princípio da legalidade em diversos artigos. Tais disposições assumem relevante função no ordenamento jurídico, haja vista que são responsáveis pela segurança jurídica, bem como pela preservação e manutenção da ordem.

Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pode ocorrer que o princípio em causa não desempenhe tão transcendente papel efetivo em outros sistemas jurídicos, mas no Direito brasileiro é, por sem dúvida, princípio de fulgurante importância. Cabe-lhe não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para contenção de intemperanças estatais. Por isto, o conteúdo estimativo vazado nos preceitos constitucionais referidos ultrapassa até mesmo o rigor de suas claríssimas letras, para assumir a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado.⁶

Nesse diapasão, pode-se citar o artigo 5º, inciso II, que afirma que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como o artigo 37, caput, que declara expressamente que a Administração Pública Direta e Indireta dos três poderes e em todos os níveis da Federação devem obediência ao princípio da legalidade. E, por fim, o artigo 84, inciso IV, que dispõe acerca da competência do Presidente da República para promulgar e fazer publicar as leis, além de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução destas.

Observa-se, portanto, que a Constituição estabelece uma distinção na aplicação do princípio da legalidade frente ao particular e frente à Administração Pública. Para os primeiros, a legalidade garante a liberdade de se fazer tudo aquilo que não for proibido, implicando na não-intervenção do Estado na esfera do indivíduo, exceto quando houver autorização legal. Para o Poder Público, por outro lado, a legalidade representa a atuação ou a omissão apenas naquilo que está previamente cominado em lei. A Administração Pública deve, portanto, agir de acordo com o direito posto, submetendo-se à lei, como forma de limite e fundamento.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 349.

Desse modo, ocorre uma relação de subsunção entre a Administração Pública e o preceito legal, que deve lhe servir de base para que a sua atuação seja legítima. No entanto, o precedente histórico revela a existência de incompletude das leis, e no particular, levando em conta a atividade administrativa, verifica-se a impossibilidade de a lei dispor previamente e de modo exaustivo sobre todas as hipóteses que permitem a atuação ou que impõem a abstenção da Administração Pública.

É a partir dessa constatação que se impôs a necessidade de garantir certa margem de liberdade para que o Poder Público possa atuar em situações não previstas anteriormente pelo legislador. Ou seja, há questões que demandam a participação direta da Administração Pública, e isto se dá através da discricionariedade.

Como resultado, percebe-se a criação de leis genéricas e menos determinadas, que permitem uma ampla atuação administrativa. Ainda assim, não se pode retirar o conteúdo normativo do princípio da legalidade, cujo valor é extremamente relevante para o sistema vigente.

Dentro deste contexto, faz-se necessário realizar uma análise pormenorizada acerca da relação entre o princípio da legalidade e a Administração Pública, tratando da evolução que se deu ao longo da história, bem como dispor sobre a influência que o limite imposto pelo referido princípio exerce na prática dos atos administrativos. Este, pois, será o objetivo do próximo item.

2.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios que regem a Administração Pública são essenciais para uma interpretação normativa adequada, conforme assevera Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.⁷

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 64.

Nesse sentido, pode-se apontar o princípio da legalidade como um dos principais princípios pelo qual a Administração Pública se pauta, além do que se trata de um princípio expresso constitucionalmente. É aplicado sempre que há conformidade entre a atuação administrativa e a norma jurídica, compreendendo tanto o aspecto material quanto o aspecto formal.

Como dito anteriormente, o princípio da legalidade foi de encontro ao absolutismo do poder estatal e passou a condicionar a atividade da Administração Pública, servindo-lhe de limite e fundamento. De acordo com a concepção clássica, a legalidade está relacionada à separação de poderes como forma de oposição ao absolutismo. Vale citar as conclusões da autora Odete Medauar:

Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto de poderes do Estado expressava a relação entre Poder Legislativo e Poder Executivo, com supremacia do primeiro. No âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido na concepção primeira do princípio da legalidade administrativa.⁸

Por via de consequência, o administrador público deveria agir em conformidade com a lei e na medida necessária daquilo que estivesse previsto. A regra de competência é um exemplo dessa limitação legal, pois a lei restringe o exercício da autoridade e o seu poder através de atribuições específicas que devem ser observadas previamente. No entanto, esta noção originária foi recebendo novos contornos ao longo do tempo a partir de algumas constatações.

Neste sentido, cabe tratar a respeito da questão da técnica de execução pela qual a Administração concretiza a legalidade na sua prática. Em um primeiro momento, esta execução se resumia a uma mera particularização da norma abstrata por meio da sua aplicação no caso concreto, da mesma forma que ocorria nos tribunais, porém estes se utilizavam da sentença judicial aplicativa da lei. Assim, o ato

⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 144.

administrativo era comparado a uma sentença judicial, ambos como declarações que previam a aplicação concreta da norma prevista em lei.

Em um momento posterior, percebeu-se a impossibilidade de equiparação entre o ato administrativo e a sentença judicial, buscando-se diferenciar os tipos de vinculação entre cada Poder representado com relação à própria lei. Dessa forma, concluiu-se que a execução da lei é objeto exclusivo a ser realizado pelo Judiciário, representado através dos tribunais, enquanto a Administração, através dos seus atos, tem o escopo de executar variadas funções com finalidades públicas, devendo atuar com observância aos limites legais.

Ademais, a submissão total da Administração à lei era impraticável e o vínculo de legalidade acabava por se restringir à atribuição de competências, uma vez que não havia indicação da forma de exercício e das finalidades a serem alcançadas. Assim, a lei não vinculava de fato a Administração, pois não havia orientações específicas, o que tornava difícil o controle por ausência de parâmetros de avaliação.

Essa situação revelou a necessidade de garantir ao administrador certa parcela de liberdade, através do aumento do poder e isto se deu por meio da discricionariedade. Esta se manifestou como contrapeso ao princípio da legalidade e garantiu autonomia no exercício dos atos de governo. De acordo com esta visão, o formalismo excessivo na aplicação das normas estava levando o ordenamento jurídico para um nível de legalidade pura, desprezando-se o direito material.

Neste compasso, o poder discricionário contrastava com o poder legal, além de se valer de prerrogativas desimpedidas e não estabelecidas previamente. Consequentemente, a discricionariedade representaria uma contraposição a uma vinculação legal, caracterizada por uma autodeterminação e autonomia absoluta.

Este tipo de atuação, defendida pela doutrina da vinculação negativa da Administração pela legalidade, prevaleceria naquilo que não estivesse regulado por lei, demonstrando a sua incapacidade e insuficiência. Vale dizer que o espaço vinculado à legalidade era tido como pontual e preciso, servindo de mero limite externo, sendo a atividade administrativa substancialmente pautada pela livre atuação.⁹

⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 371 *et seq.*

Contrariamente a esta teoria, o austríaco Hans Kelsen sistematizou o seu pensamento sobre uma base normativa que deveria ser sempre antecedente. Portanto, qualquer poder emanado pelo Estado teria a sua eficácia dependente de uma atribuição expressa anteriormente prevista na norma.

Assim, toda ação administrativa para ser legítima deveria estar pautada em um preceito jurídico estabelecido que antecipasse tal ação. Formou-se, pois, a doutrina da vinculação positiva da Administração pela legalidade. Atualmente esta doutrina não está ordenada no pensamento kelseniano, mas é predominante em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

Prevalece, então, um princípio de vinculação geral da Administração que deve agir em conformidade total com as normas. Do contrário, os atos administrativos serão eivados de vícios e passíveis de serem invalidados. É a partir daí que nasce a ideia de que o Direito não representa apenas o limite de proibição na atuação administrativa, agindo também positivamente, determinando a conduta da Administração Pública de maneira prévia e expressa. Esta é a visão prestigiada pelas constituições contemporâneas que buscam proteger este idealismo, o qual representa um verdadeiro êxito dos administrados perante a atuação pública.

Por outro lado, o poder discricionário da Administração subsiste, porém, se dá de modo equilibrado e em conformidade com a legalidade, numa atuação em conjunto e não em contraposição. A discricionariedade numa concepção moderna se relaciona com o reconhecimento de poder político no Poder Executivo. Este reconhecimento gerou diversas alterações na estruturação dos poderes, resultando numa atenuação da hegemonia do Poder Legislativo e numa conseqüente harmonia entre este e os demais poderes.

Dentre estas modificações ocorridas, destaca-se a função normativa que passou a ser desempenhada pelo Poder Executivo, a qual atribuiu o poder de criação de normas. Esta será tratada com mais minúcia em item específico, todavia, vale afirmar de logo que a amplitude desta função foi responsável pela elaboração de inúmeras normas, gerando grande insegurança jurídica. Daí a importância do princípio da legalidade, como instrumento de controle para manutenção da ordem e do equilíbrio.

Neste compasso, pode-se afirmar a ligação direta entre o princípio da legalidade e a segurança jurídica, sendo esta consequência daquele. Partindo-se da concepção de que o indivíduo é sujeito e não objeto, ele tem o direito de que o Estado lhe garanta segurança jurídica através de uma atuação comedida e de um exercício do poder de forma atenuada. Deste modo, a observância ao princípio da legalidade administrativa garante o respeito à segurança jurídica.

Um dos grandes questionamentos que se faz atualmente gira em torno da concepção de legalidade a que obedece a Administração: estaria ela ligada apenas à lei, como na concepção original, ou estaria relacionada às novas bases? Para a doutrina moderna, o princípio da legalidade deve ser compreendido de forma ampla, não ficando restrito somente à lei formal. Do contrário, deve abarcar os preceitos que decorrem do Estado Democrático de Direito, incluindo-se todo fundamento que seja extraído do texto constitucional. Desta forma, a atuação administrativa deve estar vinculada de modo geral a todos os valores que permeiam a Constituição Federal.

Este é o entendimento de J. J. Gomes Canotilho, que afirma que:

As leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica (...). A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada. A lei é, ao lado das decisões judiciais e das 'decisões' da administração, um dos instrumentos da regulação social".¹⁰

Para atingir este objetivo, a atividade administrativa deve observar o requisito da finalidade, como desdobramento do princípio da legalidade, ainda que a atuação seja discricionária. Ou seja, a ação administrativa se vincula a um fim público específico, que se traduz na finalidade prevista na lei que rege a prática do ato.

Sendo assim, havendo infração da finalidade, haverá desvio de poder e o ato será viciado. O desrespeito à finalidade implica na violação à legalidade e isto se dá ainda que o ato seja discricionário, tendo em vista que a finalidade de qualquer ato administrativo será sempre vinculada. Dessa forma, constata-se mais uma vez o

¹⁰ CANOTILHO *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 403.

caráter conformador que o princípio da legalidade exerce sobre o ordenamento jurídico.

De acordo com a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma legal, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.¹¹

Ademais, não se deve ignorar o fato de que o princípio da legalidade tem um contorno diferenciado em cada país e esta peculiaridade é designada pelo Direito Constitucional local. Desse modo, a legalidade oscila entre a restrição e a flexibilidade. Neste último caso, a Administração possui maior autonomia e liberdade de atuação. É o caso de países como França, Itália, Alemanha, Espanha e Portugal, onde a esfera de liberdade do administrador é ampla, o que garante um poder normativo variado sem que haja violação à legalidade. Este, porém, não é o caso do Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está expresso na Constituição Federal e é fruto da estrutura do Estado Democrático de Direito, possuindo relação intrínseca com o sistema de separação de poderes. Assim, a legalidade restringe a atuação do Poder Executivo e isto é fruto da tradição histórica brasileira, na qual prevaleceu por muito tempo a autocracia e a violação aos direitos e liberdades públicas, com desrespeito a repartição equilibrada dos poderes. Ou seja, consiste o tão citado princípio numa tentativa de restringir a atuação do administrador para que haja proteção aos direitos e liberdades dos indivíduos, sem interferência abusiva da Administração Pública.

Por outro lado, não se pode deixar de ter em vista que a integralidade do princípio da legalidade pode sofrer restrições em casos excepcionais dispostos expressamente no próprio texto constitucional. É o caso de acontecimentos

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 100.

anormais ou gravíssimos que permitem que o Chefe do Poder Executivo adote medidas incomuns, agindo de forma particular para enfrentar estas questões. Todavia, isto só poderá se dar através das medidas provisórias e da decretação do estado de defesa ou do estado de sítio, conforme o que está posto na Carta Magna. Tais ações são justificáveis e fora disso a Administração Pública não poderá inovar.

Ademais, é importante apontar que o princípio da legalidade administrativa pode ser analisado por duas dimensões. A primazia da lei é a dimensão que se refere à proibição de que um ato infralegal contrarie uma lei, sob pena de este ato ser invalidado.

Esta análise comporta algumas abordagens, como a afirmação de que a lei é fruto da vontade do Estado juridicamente mais forte; bem como a concepção de que a lei prefere todos os outros atos praticados pelo Estado, sobretudo a atuação do Poder Executivo; e por fim a ideia de que a lei está no ápice da hierarquia que existe entre as normas jurídicas, estando abaixo apenas das normas constitucionais. Além disso, este conteúdo é marcado por um caráter positivo e outro negativo: positivamente declara-se a imposição da lei, e negativamente proíbe-se a violação ou desrespeito legal.

A reserva legal, por sua vez, é a dimensão que afirma em seu aspecto negativo a existência de matérias próprias para lei, impedindo a mediação de fonte normativa distinta, bem como impõe, em seu aspecto positivo, que a própria lei estabeleça o regime jurídico por meio da proibição de abdicar de sua competência normativa em prol de outras fontes normativas.

Ou seja, a legalidade impõe a subordinação da Administração e dos administrados à lei, além de reservar certas matérias segundo uma competência legal, em detrimento de ato normativo diverso. Vale ressaltar, por outro lado, que esta concepção de reserva legal encontra barreiras na doutrina, havendo divergência quanto ao seu cabimento no ordenamento jurídico pátrio.

Após uma abordagem acerca do princípio da legalidade e da sua aplicação na Administração Pública, faz-se prudente tratar da separação dos poderes como influência da concretização da legalidade, bem como da interação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Afinal de contas é a associação entre estes elementos que forma e fundamenta o Estado Democrático de Direito.

2.4. SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 institui em seu primeiro artigo o Estado Democrático de Direito como garantidor da liberdade e da igualdade. Trata-se, em verdade, de um princípio que se traduz numa decisão política do legislador constituinte e que serve de fundamento para a hermenêutica de todos os dispositivos. O supracitado artigo elenca ainda os principais fundamentos, quais sejam: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político.

Vale dizer que a ideia de Estado Democrático de Direito surge como contraponto ao absolutismo e como garantia contra o controle estatal, na busca da proteção aos direitos individuais. Como visto anteriormente, essa contenção do poder se dará através da lei. Assim, haverá a sujeição da atividade do Estado diante do ordenamento jurídico estabelecido previamente, com atenção ao ideal de justiça. Por ser democrático, o poder político é legitimado pelo povo por meio da participação popular.

Fernando Quadros da Silva invoca os ensinamentos de John Locke ao tratar da forma democrática de governo:

John Locke, ao tratar das formas de uma sociedade política, já escrevia que três formas de governo são possíveis: a democracia, no seu entender, a mais perfeita forma, ao lado da oligarquia e da monarquia, eletiva ou hereditária. O traço distintivo era o poder de elaborar leis. Na democracia, a maioria detém em suas mãos o poder de impor as leis e fazê-las executar, por meio de funcionários por ela mesma designados. Na oligarquia esse poder é depositado nas “mãos de um pequeno número de homens seletos e seus herdeiros ou sucessores”, enquanto na monarquia o mesmo poder era confiado a apenas um homem.¹²

Todavia, para que exista um controle da atuação estatal, não se faz suficiente um plexo de normas disciplinadoras a serem aplicadas, pois há a necessidade de um sistema maior de controle e fiscalização. Ou seja, o princípio da legalidade expressa a conotação administrativa do Estado Democrático de Direito e a legalidade administrativa deve ser vista como um subprincípio deste Estado, uma que vez que

¹² SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 56.

constitui instrumento de direção e comando para que se alcance os escopos determinados.

No entanto, ainda assim, o Estado depende de outros fatores para que o exercício do poder seja realizado em conformidade com os objetivos pregados pelo Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a noção de submissão à lei deve estar atrelada a diversos atributos e princípios, dentre os quais se destaca a noção de separação de poderes. Esta, ao contrário de violar a democracia, corrobora com o caráter democrático da Constituição.

Embora a teoria da separação dos poderes seja atribuída a Montesquieu, muitos já trataram sobre a questão da divisão das funções estatais. Neste sentido, Aristóteles diferenciava três funções no governo: Poder Consultivo (deliberador de questões públicas), Magistratura (executivo) e Poder Judicante (responsável pela justiça). Além disso, ele reconhecia a necessidade de órgãos independentes com competência para cada uma dessas atribuições.¹³

John Locke visualizou a instituição de três poderes no governo oriundo do contrato social, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo. O Legislativo detinha a hegemonia, sendo os demais poderes subordinados. Era, pois, responsável pela elaboração das leis, determinando a forma como se efetivaria a proteção dos direitos individuais. O Executivo seria responsável pela execução das leis, respeitando os limites e atuando sobre os participantes da sociedade. Por fim, o Poder Federativo estaria relacionado à segurança e ao interesse público externo, abrangendo questões de guerra e paz, celebração de tratados e acordos com organismos estrangeiros.

O inglês Montesquieu, por sua vez, tratou da teoria da separação dos poderes em sua obra *O espírito das Leis*, de 1748, afirmando a existência de três poderes no Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Legislativo teria por atribuição a elaboração, modificação ou revogação de leis, enquanto o Executivo seria responsável pelas questões políticas externas, buscando a segurança através da paz ou o ataque através da guerra. Por fim, o Judiciário teria o poder de julgar, sendo responsável pela punição dos crimes e julgamento dos litígios entre os particulares.

¹³ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 22.

De acordo com o referido político, este modelo seria imprescindível para a concretização da liberdade política. Ele ainda afirma que existe uma tendência de abuso de poder por parte daqueles que o concentram, o que revela a necessidade de distribuição de cada função essencial do Estado entre órgãos autônomos.

Assim, evita-se que a mesma pessoa ou órgão detenha todas as funções estatais de modo a tolher a liberdade do indivíduo. Como solução, deveria existir uma especialização funcional de cada órgão, bem como independência orgânica entre eles, com ausência de subordinação. Desse modo, aquele que faz as leis não deve executá-las ou julgá-las, aquele que as executa não deve criá-las ou julgá-las e aquele que as julga não deve criá-las ou executá-las.

Vale dizer que a concepção de separação de poderes está diretamente ligada a criação do próprio Direito Administrativo. Isto porque, em sua origem, este teve como objeto a desagregação da Administração para ser função autônoma no exercício das funções do Estado.

Ou seja, a desconcentração de poderes como forma de frear o poder autoritário deu ensejo a formação de um poder exclusivo, o que foi determinante para a formação do Direito Administrativo como ramo autônomo. Assim, a teoria da separação dos poderes é pressuposto essencial para a sua configuração.¹⁴

É interessante observar que a concepção da separação de poderes esteve presente em todas as constituições já elaboradas no Brasil. Desde a Constituição Imperial de 1824, passando depois pela República, sempre se prestigiou a garantia de liberdade. Apenas a Carta de 1937 foi exceção a essa tradição. Até mesmo a Constituição outorgada de 1964, apesar do autoritarismo, preconizou a separação de poderes como fundamento do Estado.

Atualmente, o segundo artigo da Constituição Federal de 1988 elenca a independência e harmonia entre os três poderes da União como princípio. Não se pode olvidar também da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, que em seu artigo 16 estabeleceu a referida divisão como determinante na garantia dos direitos de uma sociedade.

Vale ainda lembrar que o modelo predominante no século XIX preconizava a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais e isto era fruto do Estado Liberal

¹⁴ MEDAUAR, Odete, *op. cit.*, p. 25.

que pregava a atuação mínima do Estado, somente no que tocava a proteção ao ideal de liberdade. No entanto, a ineficiência dos parlamentos em corresponder às novas exigências econômicas que surgiram no Estado Social deu lugar para que o Executivo ocupasse a posição de destaque. O novo contexto demandava da Administração Pública uma maior atuação, o que culminou, entre outros fatores, na criação do poder normativo. Este será objeto de estudo aprofundado em momento posterior.

Alguns doutrinadores observam que a doutrina de Montesquieu é objeto de interpretações diversas, por muitas vezes de forma radical. Há até quem afirme que a teoria da separação dos poderes nunca foi aplicada em sua integralidade. É bem verdade que o referido modelo tem a sua aplicação determinada de acordo com o direito posto e o momento histórico que se considera, variando de acordo com a política de cada Estado. Contudo, não se pode negar a relevância fundamental do axioma da separação de poderes, sendo este incontestável e não restando dúvidas acerca da sua importância no meio doutrinário.

É necessário ainda atentar para a impropriedade do termo “separação de poderes”, uma vez que, na prática, não ocorre uma divisão absoluta das funções para cada órgão. Ou seja, cada órgão não irá exercer necessariamente apenas uma das três funções determinadas, bem como não se pode aceitar que todas as funções estatais estejam restritas apenas a essa divisão tripartite¹⁵.

O que de fato ocorre não é uma separação do poder, haja vista que o poder do Estado é uno e indivisível. Mais adequado é que se trate de uma distribuição de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado, para que haja uma melhor atuação e fiscalização no desenvolvimento das atividades estatais.

Assim, afasta-se a tradicional visão que atribui um poder a uma função e uma função a um poder de modo absoluto, para que se dê lugar a uma interação entre os poderes, até mesmo com a possibilidade de desempenho de atividades que não seriam próprias diante do modelo original.

¹⁵ A este respeito pode-se afirmar a existência de órgãos essenciais que fazem parte da atuação do Estado e que, no entanto, não se encaixam em nenhuma das três concepções de poder, como é o caso do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Deve prevalecer, pois, uma colaboração entre os poderes por meio de ações contínuas. O que se busca não é a divisão do Poder Público em parcelas e sim o seu exercício coordenado através de uma repartição relativa de funções estatais.

Passa-se a falar, então, em atribuições típicas e atípicas de cada poder, com uma divisão baseada na predominância da função. As atribuições típicas são aquelas funções próprias e características de cada poder: ao Poder Legislativo cabe a elaboração das leis, ao Executivo cabe a aplicação e execução e ao Judiciário cabe a decisão de conflitos e litígios relacionados.

As atribuições atípicas, por outro lado, se referem à atividades não originárias que um determinado órgão é chamado a desempenhar. É o que ocorre quando o Legislativo dispõe sobre matérias relativas aos seus servidores, agindo conforme o Executivo, ou quando julga o Presidente da República, atuando conforme o Judiciário. Ou quando o Poder Executivo julga recursos administrativos ou adota medida provisória com força de lei.

Vale dizer que os objetivos e fundamentos que norteiam o Estado devem ser constantemente repensados e revistos de acordo com as transformações que ocorrem na prática através de aspectos políticos e sociais. Desse modo, os modelos de ordenação, como é o caso do modelo de separação de poderes, devem ser interpretados sempre de acordo com as necessidades do Estado.

Como bem afirma Alexandre Santos de Aragão:

A “separação de poderes” deve ser atualmente encarada pelo prisma do pluralismo existente na sociedade, que tem o significado de colocar perante várias instâncias da máquina estadual as reclamações ou o apoio de vozes diferentes. E assim resulta numa potenciação da divisão de poderes na organização interna do Estado, que ganha outra vez o valor duma divisão política. Só que, em vez da fórmula do século XIX de uma separação taxativa entre pretendentes ao poder, cada um com o seu veículo de expressão numa ‘função’ do Estado, vamos encontrar um sistema bem mais complexo e subtil (...). O pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro alargado de separação de poderes, e representa uma função positiva na organização dum estado moderno.¹⁶

Em verdade, a separação dos poderes na sua forma atual segue os moldes das constituições contemporâneas e deve ser encarada como forma de garantia

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p. 374.

individual a partir da determinação de requisitos objetivos e imparciais, bem como através do equilíbrio sugerido pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Através desse sistema é possível alcançar a limitação e o controle do poder, evitando a sua concentração em um único órgão do Estado. Desse modo, a contenção do poder é realizada pelo próprio poder, por meio de um mecanismo de controle recíproco e coexistência pacífica, sempre visando a garantia de liberdade.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, os poderes estatais organizam-se entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada poder tem o seu campo de atuação determinado pela Constituição, sendo vedado ao legislador infraconstitucional criar ou ampliar as limitações impostas ao exercício desses poderes.

Assim, a lei fundamenta o poder através da legitimação da sua detenção e do seu exercício. Vale dizer que cada poder é livre e independente na sua atuação, todavia esta autonomia é relativa, uma vez que deve-se observar o equilíbrio e a harmonia entre os poderes.

De tudo quanto foi discutido, conclui-se que o antigo princípio da separação dos poderes foi sendo revisto e repensado por intérpretes e aplicadores de um Direito Constitucional garantidor da liberdade. A despeito das críticas e controvérsias, como brilhantemente deduziu Klaus Stern:

A tripartição há de ser mantida, e em verdade não apenas porque compõe a base do direito constitucional da Carta Magna senão porque na fórmula das três funções deve achar-se um princípio racional e empiricamente persuasivo, amadurecido num longo desenvolvimento histórico e até agora jamais exercido por qualquer outro.¹⁷

A doutrina da separação de poderes deve se manifestar, pois, através da organização do exercício do poder estatal distribuído entre órgãos diversos com tarefas e atribuições específicas, porém não estanques. Destarte, pode e deve existir interação entre os poderes, uma vez que cada um deve servir de freio e contrapeso ao outro, buscando-se sempre alcançar o bem da coletividade através da garantia de liberdade individual e segurança jurídica.

¹⁷ STERN *apud* BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 558.

O objetivo, pois, não é gerar conflitos ou óbices no exercício dos poderes, mas sim permitir que todos atuem conjuntamente e harmoniosamente, de modo a fundamentar o Estado Democrático de Direito e garantir a própria democracia.

Após estas importantes considerações, o próximo capítulo abordará os principais aspectos das Agências Reguladoras, esclarecendo o entendimento do leitor, a fim de permitir uma melhor compreensão do tema central que é o foco do presente estudo.

3. ASPECTOS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1. ORIGEM NO DIREITO COMPARADO

É de suma importância destacar como se deu a formação das Agências Reguladoras. Esta análise demonstrará o contexto histórico de surgimento desses entes, facilitando o entendimento das questões que serão abordadas posteriormente e que são decorrentes desta criação.

Num primeiro momento, até a década de 30, as sociedades em geral viviam no Estado Liberal, sendo a Administração Pública predominantemente absenteísta, o que garantia grande margem de liberdade nas relações econômicas e sociais. Após um relevante processo de acontecimentos históricos, o Estado foi levado a atuar de modo positivo, dando início ao Estado de Bem-Estar Social.

Todavia, a insuficiência do ente estatal em prestar todos os serviços necessários para a sociedade apontou para a necessidade de criação de novos entes descentralizados ou até mesmo paraestatais que atuassem ao lado do Estado na prestação dos chamados serviços públicos. Atualmente, o Estado vivencia uma fase de globalização, que impõe uma função muito mais reguladora da atividade privada, afastando-se a obrigação de que o Estado desempenhe por si só todas as atividades essenciais à coletividade.

É neste compasso que surge a ideia de concessão da prestação do serviço público ao particular, que possui muitas vezes melhor condição de prestá-lo, cabendo ao Estado a regulação dessa atividade. Dessa forma, esta regulação e fiscalização se dariam através da Agência Reguladora, buscando, sobretudo, a preservação do interesse da coletividade em face do particular.

É unânime na doutrina a afirmação de que este modelo tem origem precipuamente nos Estados Unidos, o qual foi expandido para outros países que o adaptaram de acordo com os respectivos modelos políticos e jurídicos. Nas últimas décadas do século XIX, logo após o *New Deal*, que ocorreu sob a presidência de Franklin Roosevelt, foi que se deu a criação das chamadas “*Independent Regulatory Agencies*” ou Agências Reguladoras Independentes.

É o que ressalta Joaquim Barbosa Gomes nas suas lições:

Como se vê, essas entidades nasceram da indeclinável necessidade de mudança de curso do sistema capitalista e da conseqüente alteração de postura do estado em relação às relações econômico-sociais engendradas por e pelos seus desdobramentos institucionais, paulatinamente elas se aperfeiçoaram e se multiplicaram, integrando-se definitivamente na estrutura administrativa do Estado norte-americano.¹⁸

Este modelo de intervenção na economia foi marcado pela edição da Lei Geral de Procedimento Administrativo (APA – *Administrative Procedural Act*), de 1946, que teve por objetivo dispor de modo uniforme acerca das funções das Agências, legitimando as suas atuações na economia. As Agências Reguladoras foram estruturadas com grande autonomia e independência, sobretudo com relação ao Chefe do Poder Executivo, sendo consideradas como entidades politicamente neutras e predominantemente técnicas.

Vale transcrever neste ponto as considerações de Gustavo Binembojm:

A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença na capacitação técnica e no melhor posicionamento da Administração Pública para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de driblar os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador. (...) As agências reguladoras se afirmam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.¹⁹

Com relação ao Poder Judiciário, visualiza-se o seu afastamento diante da competência das Agências para dirimir conflitos, dentre outras atribuições. Desse modo, a questão não seria passível de ser apreciada pelos juízes, os quais discordavam da atuação mais forte do Executivo no setor econômico. Seria, pois,

¹⁸ BARBOSA GOMES, Joaquim B. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional Comparado). In: BINEMBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 30

¹⁹ BINEMBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 240, v. 1, Trimestral, p.147-165, abr./jun.2005. p. 150.

uma forma de evitar o controle judiciário na atuação da Administração Pública²⁰. Isto se justificava diante da especialidade de cada Agência, que lhes atribuía uma margem de discricionariedade técnica, não sendo tais questões abarcadas, portanto, pelo controle judicial.

Este fenômeno de “agencificação” começou a ser questionado, sofrendo grandes críticas por conta da sua intervenção acentuada, eficiência duvidosa e autonomia exarcebada, uma vez que não se submetia aos habituais procedimentos de controle. Todo esse questionamento gerou a instituição de mecanismos diversos de controle, por parte do Chefe do Executivo, do Congresso, do Judiciário, além da participação dos particulares na defesa dos seus interesses pessoais.

No que toca o controle judiciário, destaca-se o exame do procedimento, bem como da razoabilidade e proporcionalidade das decisões e medidas, analisando-se os fatos, a lei e os princípios gerais. Assim, tornou-se requisito a ampla motivação dos atos praticados e a transparência em todas as suas atribuições.²¹

Vale registrar, ainda, que, em 1990, foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (*Negotiated Rulemaking Act*), codificada na Lei de Procedimento Administrativo, permitindo que os interessados afetados pelo regulamento participassem de sua elaboração, antes mesmo de iniciar-se o procedimento estabelecido na Lei de Procedimento Administrativo.²²

Esta fiscalização realizada por variados métodos e diferentes agentes é essencial para assegurar a legitimidade democrática da função regulatória. Por outro lado, percebe-se que o grande prestígio e autonomia antes dispensados às Agências dão lugar a uma limitação na sua atuação, sobretudo no que diz respeito à função reguladora, marcando um estado geral de desconfiança e dúvidas acerca da sua efetividade.

Dentre os poderes que são reconhecidos às Agências Reguladoras, destacam-se as funções quase-legislativas e quase-judiciais. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

²⁰ MEDAUAR, Odete, *op. cit.*, p. 260.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 200.

²² CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

As agências exercem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. A função quase-judicial é aceita sem maiores contestações, uma vez que submetida ao controle pelos Tribunais, mas passou por toda uma evolução, no sentido de ampliação desse controle. A função quase-legislativa tem sido objeto de grandes contestações, tendo em vista principalmente a ideia de indelegabilidade de poder, decorrente do princípio da separação de poderes, bastante rígido no direito norte-americano; esse princípio impede que o Legislativo delegue sua função de legislar a órgãos de outros Poderes.²³

Destarte, pode-se afirmar que a função reguladora das agências norte-americanas só pode ser exercida se expressamente delegada pelo Poder Legislativo. Assim, as leis apenas estabelecem limites, modelos, princípios, conceitos indeterminados a serem observados pelas Agências. Estas, por sua vez, são responsáveis pelas normas regulamentadoras.

Esta estrutura parece contrastar com o sistema de unidade de jurisdição adotado pelos Estados Unidos, sendo alvo de críticas. Percebe-se, então, a incerteza deste modelo de Agência Reguladora analisado, apesar das modificações que foram elaboradas com o passar dos anos em face das experiências vividas, numa tentativa de evolução.

Além do modelo norte-americano, pode-se destacar o sistema adotado em alguns países. Na estrutura da Administração Pública Britânica, o modelo surgiu com o objetivo de afastar a influência do poder político na normatização de questões específicas que envolvessem a sociedade britânica de modo geral. Pode-se dizer que estas Agências foram mantidas e aperfeiçoadas, atuando na busca da melhoria dos serviços públicos, em favor do cidadão. É muito relevante registrar que elas não possuem atividade normativa propriamente dita, possuindo uma autonomia parcial. Todavia, é inegável a influência que este modelo exerceu em países europeus e da América Latina.²⁴

A França apresenta um modelo de Administração Pública Descentralizada, que, todavia, se submete ao controle do governo central. Conforme expõe Arianne Brito Rodrigues Cal:

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 197.

²⁴ CAL, Arianne Brito Rodrigues, *op. cit.*, p. 74.

O modelo francês formado, basicamente, entre 1880 e 1945 é amparado por um sistema constitucional rígido. É estruturado a partir de Órgãos centrais, representados pelo Presidente da república, o Primeiro Ministro e os Ministros compondo o governo e outros órgãos de direção. Sem dúvida, é o sistema inspirador da Administração Pública brasileira, subdividida em direta e indireta. Ocorre que a figura da agência no direito francês trouxe inúmeras discussões, uma vez que se trata de um ente independente, autônomo e sem subordinação e tal figura não possuía previsão na Constituição francesa de 1958.²⁵

Dessa forma, discutia-se muito se se tratava de uma figura nova ou se era o caso de estabelecer novas características a um ente já existente. Interessante registrar que esta é uma das discussões presentes no meio jurídico brasileiro atualmente. No mais, as Agências francesas possuem poder normativo, bem como autonomia financeira e administrativa em relação ao poder político.

Por fim, destaca-se o sistema português, no qual as Agências são consideradas como pessoas jurídicas diferenciadas, vistas de forma conjunta, sem possuírem necessariamente a mesma natureza jurídica. O caráter identificador é o exercício da função reguladora e a ampla autonomia. Em verdade, trata-se de matéria recente, que ainda não foi bem definida e explorada naquele país.

Diante de tudo que foi tratado neste ponto, pode-se compreender que o modelo de Agência Reguladora varia de acordo com as estruturas jurídicas e políticas de cada país, sobretudo de acordo com o constitucionalismo adotado. Por outro lado, percebe-se que a essência do instituto é a mesma. Passaremos agora para a análise do surgimento das Agências no Brasil.

3.2. SURGIMENTO NO BRASIL

Em verdade, nenhum instituto jurídico alienígena trouxe consigo o seu regime jurídico quando transportado e instaurado no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar do risco que essa assertiva parece mostrar, deve-se ter em vista que a influência e utilização de uma nomenclatura célebre no estrangeiro não significa que haverá necessariamente uma submissão ao respectivo regime jurídico.

²⁵ *Idem, Ibidem*, p. 74.

Ou seja, apesar dos pontos convergentes e das semelhanças que se pode apontar, as diferentes realidades jurídicas e políticas fazem com que cada Estado operacionalize o instituto ao seu modo, adaptando-o de acordo com as suas necessidades. E não foi diferente com as Agências Reguladoras.²⁶

Como se sabe, o Direito Administrativo é reflexo direto do momento histórico que o Estado vivencia, variando em função da maior ou menor influência da participação do capital privado. O processo de evolução no Brasil sempre acompanhou esse panorama, conforme esclarece Carlos Medeiros Silva:

O primeiro modelo de cooperação se oferece na fase colonial quando, em Alvará de 12 de outubro de 1808, D. João VI autorizou a criação do primeiro Banco do Brasil, com capitais privados, a que se veio associar a Coroa em 1812. Foi, contudo, na segunda metade do século XIX que se tornou significativa a mobilização tecnológica e de capitais privados, notadamente estrangeiros, no atendimento de necessidades coletivas essenciais, como estradas de ferro, iluminação pública, telefones e energia elétrica. Firma-se o sistema de concessões de serviço público, com as regras dominantes do equilíbrio financeiro e da mutabilidade dos contratos, em correspondência às variações da demanda e da técnica. A partir da terceira década do século, a crise financeira, gerada em parte pelos efeitos da Primeira Guerra Mundial, estimulou a ampliação de atividades pelo próprio Estado, com o nascimento de entidades públicas de previdência social e a inauguração da intervenção estatal no campo da atividade produtiva. A empresa pública ingressa na economia social e a Constituição de 1934 admite, mediante lei especial, o monopólio de determinada indústria ou atividade econômica, por motivo de interesse público, o controle estatal de exploração de recursos naturais, a par das relações de trabalho.²⁷

No entanto, após o ápice da presença do Estado na atividade econômica, uma inversão de sentido inicia um processo de retração da atividade pública empresarial. O direito público se volta para uma política de privatização e de desburocratização da máquina estatal e fortalecimento da associação entre o serviço público e a iniciativa privada, com a penetração mais recente do capital estrangeiro.²⁸

Neste sentido, Gustavo Binenbojm registra a relação entre o interesse privado e a importância da regulação dessas atividades:

A atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava

²⁶ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 127

²⁷ SILVA, Carlos Medeiros, *op. cit.*, p. 177.

²⁸ *Idem, Ibidem*, p. 178.

condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público. Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (regulatory commitment) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos.²⁹

Acompanhando esta evolução, a Constituição Federal de 1988 traz expressões como “agente normativo e regulador” no seu artigo 174, bem como “órgão regulador” nos artigos 21, XI e 177, parágrafo 2º, inciso III. Verificam-se, pois, previsões constitucionais que já começam a delinear a atuação de entes reguladores.

Ademais, a Carta Magna sofre algumas modificações através de Emendas Constitucionais promulgadas com o objetivo de determinar uma abertura ao capital privado. A Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995, determina a exploração de serviço público de gás canalizado mediante concessão; a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1998, dispõe sobre a exploração do serviço de telecomunicação através da autorização, concessão ou permissão; e, por fim, a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, extingue o monopólio estatal de exploração do petróleo, admitindo o acesso de empresas privadas.

Este foi o primeiro passo no caminho da instituição legal das Agências Reguladoras no Brasil, que tiveram a sua origem através do Plano Diretor da Reforma do Estado. Estas surgem como representantes do Estado no exercício de uma atuação coordenada e normativa, garantindo que a prestação do serviço público por empresas privadas atenderá ao interesse coletivo supremo.

Pode-se afirmar, então, que as Agências Reguladoras surgem aqui na segunda metade dos anos 90, por meio de um processo de desengajamento do Estado da prestação direta de vários serviços públicos. Assim, a expansão dessas entidades com alto poder de intervenção nos mais diversos setores se justifica pela necessidade da presença reguladora e disciplinadora do Estado, controlando a atuação do ente privado. Neste sentido, as Agências podem ser instituídas no âmbito federal ou estadual, com o objetivo de regular a prestação por operadores privados de serviços públicos delegados à iniciativa privada.³⁰

²⁹ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 152.

³⁰ BARBOSA GOMES, Joaquim B., *op. cit.*, p. 30.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o legislador brasileiro foi bastante tímido ao disciplinar sobre os aspectos organizacionais e institucionais das Agências, constatando-se que pouco se ousou nesse campo, sobretudo quando confrontadas aos seus similares do direito comparado.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi a primeira Agência Reguladora instituída no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 9.427/96, tendo o objetivo de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Foi estabelecida no âmbito federal, sendo vinculada ao Ministério das Comunicações. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por sua vez, foi instituída por meio da Lei nº 9.472/97, com a finalidade de regular este setor, além de estar vinculada também ao Ministério das Comunicações.

Ressalta-se também a instituição da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, criada pela Lei nº 9.478/97, sendo vinculada ao Ministério de Minas e Energia. No particular, não há de fato um controle de serviço público, mas trata-se de uma atividade econômica de interesse da União, devendo, por isso, ser regulada.

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, destacando apenas a primeira Agência criada e as outras duas que são consideradas como as únicas que possuem fundamento jurídico-constitucional, o que será abordado de modo mais aprofundado no próximo capítulo. No entanto, de um modo geral, podemos citar as Agências Reguladoras brasileiras de forma *en passant*, apenas para efeitos didáticos, classificando-as de acordo com as atividades que regulam, conforme inspira a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Num primeiro grupo destacam-se os serviços públicos propriamente ditos, sendo o caso da já mencionada Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; bem como da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; além da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT³¹, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

No grupo de atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, existe a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Com relação às atividades exercitáveis

³¹ Conferir Apêndice A.

para promover a regulação da indústria do petróleo, há a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

No que toca às atividades prestadas tanto pelo Estado quanto pelo particular, existe a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, bem como a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Por fim, citamos a Agência Nacional de Águas – ANA, a qual regula o uso de bem público.

Não obstante as considerações até aqui feitas, é interessante transcrever para o que aponta a lição do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal 'Reforma Administrativa', provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana ('agência'). A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE.³²

Após esta análise detalhada do surgimento das Agências Reguladoras no Brasil e no direito comparado, passaremos ao estudo das características e atributos que tornam este instituto peculiar passível de tantas discussões e críticas doutrinárias.

3.3. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

A função executiva é estruturada em nosso ordenamento jurídico de forma concentrada, desconcentrada e descentralizada. A forma concentrada se manifesta através da prestação pelo próprio Chefe do Poder Executivo, se mostrando insuficiente diante da complexidade das suas atribuições. A desconcentração é marcada por uma transferência interna de determinadas competências para órgãos criados sem personalidade jurídica, ligados através de um vínculo hierárquico. É o caso dos Ministérios de Estado que auxiliam a Chefia do Poder Executivo Federal.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 172.

Por fim, a descentralização implica na criação de uma pessoa jurídica distinta do Estado, que irá desempenhar determinadas funções administrativas, sem que haja hierarquia entre eles. É o que ocorre com as autarquias, que são pessoas jurídicas de direito público criadas por lei, possuindo, portanto, personalidade jurídica própria, distinta do ente que as criou.

Percebe-se, pois, que há uma harmonia entre as formas de transferência de competências. Assim, as autarquias, que se originam da forma descentralizada de poder, possuem um vínculo administrativo com os Ministérios, que são frutos da forma desconcentrada. Vale dizer que este vínculo administrativo não se confunde com o vínculo hierárquico, uma vez que não há subordinação hierárquica entre eles.

Em verdade, as autarquias possuem independência e autonomia nas suas atuações. Ademais, são criadas diretamente pela lei, como está disposto no artigo 37, XIX da Constituição Federal. Assim, em razão do Princípio do Paralelismo das Formas, a extinção também poderá ocorrer somente através de lei específica, desde que motivada pelo interesse público.³³

Neste compasso, as Agências Reguladoras são criadas por lei e exercem suas atribuições de forma autônoma e independente, possuindo a natureza jurídica de autarquia. Entretanto, algumas peculiaridades do seu regime fazem com que essa qualificação se dê de modo diferenciado. Logo, pode-se afirmar que as Agências Reguladoras são entes da Administração Indireta na forma de autarquia sob regime especial.

As Agências Reguladoras gozam de uma maior autonomia em comparação com as autarquias comuns e isto se dá para que suas finalidades sejam alcançadas de modo satisfatório. Destarte, o regime especial confere privilégios específicos que garantem um maior grau de liberdade, mas deve-se sempre ter em vista a necessidade de observância aos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública.

Assim, uma característica relevante e que diz respeito a toda e qualquer autarquia se refere à chamada independência administrativa que abrange a autonomia financeira, funcional, orçamentária, gerencial e patrimonial. Dessa forma, as

³³ BUENO, Edgar Silveira. Agências Reguladoras e Concorrências e o Controle Jurisdicional dos Atos. **Revista Cej**, Brasília, v.7, nº 23, p.26-30, dez.2003. DF: Conselho da Justiça Federal,1996-Trimestral. p. 28.

Agências Reguladoras não se submetem a subordinação hierárquica, possuindo liberdade de atuação e autonomia nas suas decisões técnicas. Por outro lado, não se descarta a necessidade de supervisão ministerial, exercida através da tutela apenas para que haja um controle finalístico. Porém, esta condição não pode ser confundida com o vínculo hierárquico, o qual inexistente nessa relação.

Neste compasso, acrescenta Maria Costa Menezello citando Arnaldo Wald:

Além dessas modalidades de independência, podemos ainda destacar duas outras: independência de objetivos, significando a escolha dos objetivos almejados com atividade de regulação, desde que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor/usuário; e independência de instrumentos, equivalendo à capacidade das agências em definir os marcos regulatórios e escolher os instrumentos de regulação, de forma a atingir seus objetivos de maneira mais eficiente possível.³⁴

Por outro lado, dentre as características específicas próprias das Agências, encontra-se a investidura dos seus dirigentes. No geral, os dirigentes autárquicos são passíveis de exoneração *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo. No particular, os dirigentes das autarquias reguladoras atuam sob regime de colegiado e exercem mandato, de modo que só podem ser exonerados por prática de infração devidamente apurada após processo disciplinar, conforme dispõe as respectivas leis criadoras de tais entidades.

Ou seja, há uma proteção legal a estes cargos por meio de uma certa estabilidade, deixando-os a salvo da insegurança e influência política do Poder Executivo. Ademais, a investidura constitui um ato administrativo complexo, uma vez que há a previsão da participação do Senado Federal na aprovação prévia dos nomes dos indicados.

Neste sentido, a Lei 9.986, de 18 de julho de 2000 dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das Agências Reguladoras de modo geral. Em seu artigo 5º e parágrafo único, determina que os membros do Conselho Diretor “serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado

³⁴ WALD *apud* MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 85.

Federal” e com mandato fixo, a prazo certo. E ainda o artigo 9º afirma que “os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”.

Some-se a isso o fato de que os mandatos dos dirigentes são descoincidentes, dando uma maior garantia de independência aos membros do colegiado. Tudo isto se torna muito relevante quando a atividade praticada influencia diretamente na vida social, uma vez que a direção colegiada é preferível à condução individual no que toca os assuntos que afetam profundamente a sociedade.³⁵

Vale registrar os ensinamentos de Carlos Medeiros Silva:

Feição típica das agências reguladoras é a independência que merece a sua administração em face da estrutura hierárquica. Em maior ou menor proporção, as Agências são geridas por direções colegiadas com mandatos certos e determinados, imunes à discricionariedade do Poder Executivo (...). O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei gaúcha que determinava a competência da Assembleia Legislativa para livre destituição de conselheiros da Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Rio Grande do Sul (AGERS). O voto do Ministro Sepúlveda Pertence, acolhido pela unanimidade do Tribunal, faz sobressair o princípio de que a dispensa somente é admissível se for justificada mediante processo administrativo, com direito de defesa. Destacou o Ministro Nelson Jobim, em seu voto, a inviabilidade de o executivo destituir seus integrantes sem motivação. Neste sentido, as leis federais sobre agências reguladoras condicionam a exoneração de conselheiros à antecedência de processos administrativos de responsabilidade, assegurando por esta forma a estabilidade do órgão dirigente da agência.³⁶

Além disso, das normas acima transcritas pode-se subtrair o Princípio da Especialidade. Destarte, cada Agência criada deve atuar na sua área de especialização. Assim, a lei atribui a cada uma delas a matéria pertinente de modo específico, implicando numa atuação mais eficiente e proveitosa.

Com efeito, existem legislações específicas de algumas Agências que preveem a possibilidade de se criar um Conselho Consultivo, como explicita Joaquim Barbosa Gomes:

(...) órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência. Tal conselho é composto por ‘representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de

³⁵ SILVA, Fernando Quadros da, *op. cit.*, p. 104.

³⁶ SILVA, Carlos Medeiros, *op. cit.*, p. 181.

classe das prestadoras de serviços (...), por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento'. No entanto, trata-se de órgão meramente 'consultivo', eis que suas 'recomendações' não têm caráter vinculante para a Direção da entidade, a qual, esta sim, é detentora de poder efetivo e permanece na prática sob a influência solitária do Executivo.³⁷

No que tange ao regime jurídico dos servidores, a supracitada lei previa em seu artigo 1º que as relações de trabalho seriam as de emprego público, subordinadas à legislação trabalhista. A constitucionalidade desta previsão foi questionada, sendo objeto da ADIN 2.310-DF, na qual o Ministro Marco Aurélio lhe suspendeu a eficácia em apreciação liminar, firmando o regime de cargo público, ou seja, estatutário. Neste sentido, opina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Limitamo-nos, aqui, a registrar que seria um contra-senso (*sic*) total que a CF se afadigasse – e amplissimamente – a desenhar as regras fundamentais presidentes do regime estatutário para os servidores públicos, ficando, ao depois, livre para o legislador adotá-lo ou não, a seu alvedrio. Disto decorre que o fato de a CF também contemplar a possibilidade de empregos públicos não poderia significar eleição de regime trabalhista em quaisquer hipóteses, sem nenhum balizamento, isto é meramente ao sabor de disposições infraconstitucionais.³⁸

Somente com o advento da Lei 10.871, de 20 de maio de 2004, é que a inconstitucionalidade cessou, ao se determinar a criação de cargos públicos nas Agências Reguladoras, o que também deu ensejo à extinção da referida ADIN.

Após esta abordagem, faz-se necessário tratar das competências e prerrogativas que são dispensadas às Agências Reguladoras com o objetivo de otimizar a sua atuação, tão importante e debatida no modelo econômico e político atual. Neste ponto, e após tudo quanto visto até aqui, pode-se citar a crítica feita por Joaquim Barbosa Gomes:

Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Faltam-lhes, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais; um controle efetivo pelo Senado do processo de designação dos seus dirigentes; um

³⁷ BARBOSA GOMES, Joaquim B., *op. cit.*, p. 33.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 177.

controle mais eficaz de suas atuações pelo Judiciário e pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, uma maior preocupação com o estabelecimento, em seu benefício, de um mínimo lastro democrático, de sorte a evitar que elas se convertam em instrumento de dominação de uma determinada tendência político-ideológica. Sobre este último ponto, aliás, a vigilância há de ser redobrada, haja vista as fragilidades intrínsecas da nossa vida institucional.³⁹

Como destacou o autor, existe uma dificuldade na delimitação dos poderes que as Agências Reguladoras possuem. Não obstante, traçaremos suas atribuições gerais, ressaltando as principais controvérsias, sobretudo no que toca a questão do poder normativo.

3.4. FUNÇÕES, PODERES E ATRIBUIÇÕES

As autarquias reguladoras colaboram com a manutenção da harmonia entre a política de privatização, tão comum atualmente, e a preservação do interesse público na defesa da coletividade. Destarte, todas as suas prerrogativas e atribuições visam corroborar com este objetivo.

Pode-se afirmar que a grande finalidade das Agências Reguladoras se relaciona com a atividade de regular e fiscalizar a atuação dessas empresas privadas que atuam na prestação de serviços de interesse público. Assim, possuem o escopo de disciplinar e controlar certas atividades, de acordo com a competência definida em lei específica.

Ademais, ressalta-se o poder de fiscalizar, aplicar sanções, punir, reprimir e dirimir os conflitos que surgem entre os prestadores de serviços e os usuários; os agentes econômicos e os consumidores; bem como os prestadores de serviços entre si.

Neste sentido, Menezello afirma:

Convém frisar que a falta de fiscalização eficiente em consonância com os princípios anteriormente descritos pode gerar responsabilidade para a agência reguladora. Assim, a atividade fiscal deve estar na conformidade da lei, mas também deve atender aos princípios da legalidade, razoabilidade,

³⁹ BARBOSA GOMES, Joaquim B., *op. cit.*, p. 27.

proporcionalidade e eficiência para que os ilícitos sejam reconduzidos aos ditames da lei.⁴⁰

Vale ressaltar também que as Agências Reguladoras assumem os poderes e encargos do poder concedente nos contratos de concessão, como os de licitar, contratar, fiscalizar, punir, alterar, rescindir, encampar, etc. É o que explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) é feita a distinção para bem realçar o papel tradicional desempenhado em nome do poder concedente, como parte no contrato de concessão, e o papel mais recente e mais amplo, que ultrapassa o âmbito da concessão para abranger a atuação das várias concessionárias que atuam na área afeta a cada agência, resolvendo os respectivos conflitos e garantindo a competição.⁴¹

Complementa ainda a mesma autora:

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público, resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar o ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste (quando for o caso), controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao poder público na concessão, permissão e autorização.⁴²

Além das Agências criadas para regular as atividades que constituem objeto de concessão, pode-se destacar outras que exercem típica atividade de polícia, estando direcionadas para a área privada e não econômica. Assim, há a imposição de limitações administrativas previstas em lei, com a devida fiscalização, repressão e aplicação de penalidades. É o que ocorre com as Agências que atuam na área da saúde e da vigilância sanitária.

⁴⁰ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa, *op. cit.*, p. 72.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 193.

⁴² *Idem, Ibidem*, p. 193.

É importante abordar o poder decisório, uma vez que as decisões não são passíveis de serem apreciadas por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Conclui-se que deste poder decorre certa independência com relação ao Poder Executivo e ao Judiciário. O primeiro se justifica pela impossibilidade de alteração ou revisão das decisões por autoridades estranhas à entidade, até mesmo porque a lei, quando institui a Agência Reguladora, retira do Poder Executivo as atribuições e as transfere para as autarquias reguladoras. O segundo, por sua vez, decorre da função de solucionar conflitos e litígios, proferindo decisão vinculante.

Por outro lado, esta independência esbarra no regime constitucional adotado no Brasil. Apesar da capacidade de emitir decisão administrativa, dirimindo conflitos em última instância, não se pode olvidar o princípio da inafastabilidade da apreciação por parte do Poder Judiciário. Conforme prevê o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, nada pode impedir o controle legal a ser exercido pelos magistrados, sobretudo quando houver lesão ou ameaça de lesão ao direito do administrado, restando cristalina a adoção do modelo de unidade de jurisdição⁴³. Além disso, não há necessidade de esgotamento da via administrativa para que se possa recorrer à via judicial, conforme inovação trazida pela nova Constituição.

É relevante destacar, contudo, a controvérsia que surge com relação ao cabimento do recurso hierárquico impróprio ou da revisão *ex officio*, bem como da possibilidade de previsão expressa de ambos através da lei instituidora da Agência Reguladora, uma vez que a decisão administrativa proferida por esta autarquia especial deve ter caráter final. Neste sentido, o Parecer nº AC – 051 originário da AGU (Advocacia-Geral da União) tratou do tema, passando a gerar efeitos normativos após ser aprovado pelo então Presidente da República em 2006.

Assim, passou a se prever o cabimento de revisão das decisões das Agências através dos respectivos Ministérios, seja de ofício ou a requerimento da parte interessada, quando houver abuso de competências ou violações as políticas públicas estipuladas.

Em oposição, a doutrina é unânime em negar esta possibilidade, pelo entendimento de que a autonomia funcional da Agência garante a atuação como última instância administrativa, não cabendo anulação ou revogação de decisões por parte do Poder

⁴³ *Idem, Ibidem*, p. 193.

Executivo. Este deve se limitar em estabelecer as diretrizes gerais das políticas públicas, sem intervir de modo a obstar a autonomia das instituições.

Neste sentido, afirma Gustavo Binbenbojm:

O segundo aspecto da autonomia reforçada das agências, relativo ao campo técnico-decisional, indica que as decisões administrativas oriundas das entidades reguladoras têm caráter final na seara administrativa. Corolário disso é que as leis instituidoras das agências não contemplam o chamado recurso hierárquico impróprio, que é aquele dirigido a órgão da Administração Pública direta.⁴⁴

É Também o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que não cabem recursos contra atos da Administração Indireta perante a Administração Direta. Esta modalidade só poderia ser manejada por meio de expressa previsão legal, caso contrário, prolatada decisão final pelo dirigente da entidade, só caberia ao interessado recorrer ao Poder Judiciário. Vale dizer que não há previsão semelhante na Constituição Federal, no Decreto-lei nº 200/67, o qual dispõe sobre a organização administrativa no Brasil, ou até mesmo nas leis que instituem as Agências Reguladoras.⁴⁵

E, por fim, corrobora Alexandre Santos de Aragão:

Como se vê, a doutrina, de forma geral, refuta as conclusões adotadas pelo parecer-normativo da AGU, defendendo que o recurso hierárquico impróprio não pode ser genericamente extraído da supervisão ministerial ou, muito menos, do regime presidencialista, sendo imprescindível a sua previsão legal expressa e específica. (...) Ademais, a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas, restaria totalmente corrompido se o Ministro ou Presidente da República pudesse a qualquer momento impor, caso a caso, a sua vontade pela simples alegação de violação de política pública.⁴⁶

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 257.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU nº AC – 051. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 245, p. 237-261, maio/jun./jul./ago. 2007. p. 244.

Em suma, o parecer-normativo da AGU coloca em xeque a própria existência da Agência Reguladora e toda a sua estrutura, uma vez que não se coaduna com a proposta de garantias de liberdades e autonomias, tornando-a apenas uma fase do processo administrativo, com decisão final exarada pelo Poder Executivo, através dos Ministérios e do próprio Presidente da República.

Registra-se, pois, neste trabalho, uma verdadeira crítica ao mencionado parecer, o qual é merecedor de um estudo pormenorizado que possibilite as alterações necessárias, sob pena de gerar um retrocesso ao instituto das Agências Reguladoras brasileiras.⁴⁷

Dentre as atribuições até aqui destacadas, a mais controversa sem dúvida se refere ao poder normativo, o qual se relaciona a competência para editar normas para a respectiva área de atuação. Esta função normativa parece contrastar com o Poder Legislativo. Neste sentido, cabe a transcrição dos registros de Edgar Silveira Bueno:

Portanto, os atos administrativos praticados pelas agências são administrativos independentemente de sua substância, pouco importando a forma. Tanto podem ser atos concretos e específicos, como podem assumir o aspecto normativo e expressar regras gerais e abstratas. É claro que a atribuição de competência para a expedição de atos vinculados e discricionários não enseja nenhuma controvérsia. Já, no que tange aos atos de conteúdo normativo, há controvérsias. Alega-se que tal atividade seria reservada à lei. E, realmente, é aqui que podem surgir problemas. De fato, a grande questão é a de identificar se a regra normativa regulatória invade ou não a competência legislativa.⁴⁸

Salienta também Fernando Quadros Silva:

O legislador federal conferiu às agências reguladoras parcelas ponderáveis de poder normativo, relativamente às atividades reguladas, (...) que traz consigo grandes desafios tendo em vista o aparente confronto com os diversos princípios que regulam as relações entre o Estado e a Sociedade, dentre outros, princípios da separação dos poderes, do Estado Democrático, da legalidade, da unidade da administração.⁴⁹

⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 239-240.

⁴⁸ BUENO, Edgar Silveira, *op. cit.*, p. 29

⁴⁹ SILVA, Fernando Quadros da, *op. cit.*, p. 97.

Esta é a questão central a que esse trabalho se propõe a tratar e que será explorada no próximo capítulo. Por hora, podemos destacar em resumo as seguintes características marcantes referentes às Agências Reguladoras:⁵⁰

- 1) Configuração jurídica de autarquia especial;
- 2) Autonomia financeira e administrativa;
- 3) Estabilidade de seus dirigentes, com a impossibilidade de exoneração imotivada;
- 4) Exercício de função reguladora;
- 5) Impossibilidade de revisão de seus atos por autoridades estranhas ao órgão, exceto apreciação do Poder Judiciário;
- 6) Exercício de função arbitral, dirimindo conflitos entre as empresas, ou entre as empresas e os usuários, funcionando como instância administrativa final de litígios sobre matéria de sua competência;
- 7) Respondem pelo cumprimento de metas fixadas e pelo desempenho das atividades dos prestadores de serviço, segundo as diretrizes do Governo e em defesa do interesse da comunidade.
- 8) Possuem mecanismos para proteger as informações das agências como a proibição imposta aos dirigentes de manter vínculos com qualquer empresa concessionária, permissionária ou qualquer empresa sob fiscalização da agência.

⁵⁰ CARVALHO, Ana Clara. As Agências Reguladoras: questões polêmicas. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.1, p.121-128, set.2001. p. 124.

4. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1. PODER REGULATÓRIO E FUNÇÃO NORMATIVA

Após passar por um período de constantes evoluções, o Estado atual vive no chamado “modelo regulatório” de Administração. Isto significa dizer que, sobretudo no plano econômico, o Estado permite a ampla atuação da iniciativa privada, no entanto, se mantém como ente regulador desta atuação, definindo as diretrizes e as regras a serem observadas.

Conforme explicações de Leila Cuéllar, o termo regulação pode ser entendido segundo duas acepções básicas. Primeiro, na forma mais abrangente, equivaleria a qualquer intervenção do Estado no domínio econômico; segundo, em sentido restrito, significaria a intervenção do Estado de forma não direta, mas mediante “condicionamento normativo da atividade privada”⁵¹. Em todo caso, a atuação estatal deve estar sempre de acordo com o texto constitucional.

A intervenção estatal através da regulação é um instrumento político fundamental na realização do bem comum, pois é através deste meio que as necessidades públicas serão alcançadas por meio da atuação dos particulares. É o que afirma Marçal Justen Filho, acrescentando ainda que:

O Estado reduz sua atuação direta, em nome próprio, nos setores econômicos e de prestação de serviço. Deixa campo livre à iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado. Mas, em contrapartida, o Estado impõe forte regulação sobre as atividades dos particulares. Essa “regulação” consiste em restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios. No modelo regulatório, o Estado cessa sua atuação direta e propicia ampliação da atividade privada. Mas o regime jurídico da atividade privada não é mais o mesmo. A liberdade anterior é restringida. (...) Os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum.⁵²

⁵¹ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 53.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27

Após estas considerações iniciais, vale a pena lembrar que a Constituição Federal disciplina em seu artigo 174 que “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”. Neste ponto, pode-se reconhecer que o legislador constitucional permitiu de forma implícita a possibilidade de criação pelo legislador infraconstitucional de órgãos com função reguladora, como é o caso das Agências Reguladoras.

Destarte, através da norma constitucional, nota-se que o Estado possui competência para exercer o papel normativo e regulador da atividade econômica, podendo criar órgãos com a finalidade de garantir a livre iniciativa, a função social das empresas, a livre concorrência, reprimir o abuso do poder econômico, o aumento arbitrário de lucros, inclusive no que tange ao monopólio da União. É a partir desta premissa que se extrai o suporte constitucional para a criação de tais entidades reguladoras.⁵³

No particular, discorda-se do entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro no sentido de considerar que apenas as Agências que possuem expressa previsão constitucional para o exercício de função reguladora seriam aptas a exercer tal função. Ou seja, segundo a autora, somente a ANATEL (Art. 21, XI ⁵⁴) e a ANP (Art. 177, § 2º, III ⁵⁵) se enquadrariam neste grupo, por serem referidas respectivamente pela Constituição Federal como “órgão regulador”.

Logo, as demais agências que não possuem previsão constitucional expressa não poderiam exercer esta função, uma vez que a própria lei instituidora estaria estabelecendo a competência reguladora e normativa, sendo assim inconstitucional. Então, Di Pietro constata que a função reguladora só tem validade constitucional para as agências previstas na própria Constituição, sendo que para as demais, esta função não existe nos termos em que foi definida.⁵⁶

Vale dizer que este entendimento vai de encontro ao próprio modelo das Agências Reguladoras, haja vista que o caráter regulador, exercido, sobretudo, através do

⁵³ BUENO, Edgar Silveira, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁴ “Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”.

⁵⁵ “Art. 177. Constituem monopólio da União: § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;”.

⁵⁶ CAL, Arianne Brito Rodrigues, *op. cit.*, p. 141.

poder normativo, constitui uma de suas principais características. Retirar esta condição significa desnaturar o instituto, resultando numa perda completa do seu sentido. Ademais, como dito, a Constituição permite implicitamente a criação das Agências a serem instituídas pelas respectivas leis infraconstitucionais. Estas não violam a Constituição Federal ao prever o caráter regulador da entidade.

Como foi afirmado no capítulo anterior deste trabalho, as Agências Reguladoras possuem natureza de autarquia especial, fazendo parte da Administração Indireta. Dessa forma, a criação de tais entes está em harmonia com o texto constitucional, assim como está a prerrogativa de serem dotadas de poder regulatório, o qual se manifesta principalmente através da função normativa.

Neste momento, faz-se necessário apontar algumas distinções a fim de esclarecer ainda mais o tema. Neste sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Regulação e regulamentação, especialmente, no direito brasileiro, não têm o mesmo significado. Regular significa estabelecer regras, independente de quem as dite, seja Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração Direta ou entidades da Administração Indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem sentido mais estrito. Regulamentar significa também ditar regras jurídicas porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV ⁵⁷), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.⁵⁸

Assim, a regulamentação é atividade própria do Chefe do Executivo e implica na expedição de normas para a fiel execução da lei. Tais normas são expedidas na forma de decretos e regulamentos que possuem um caráter amplo, geral e abstrato, servindo como uma forma de complementação ao texto legal. Vale dizer que esta atividade se vincula a uma lei prévia, tratando-se, portanto, de regulamento executivo.

Apesar de se tratar de uma função normativa subordinada a uma previsão normativa anterior, discute-se o alcance destes regulamentos. A doutrina se divide neste sentido: enquanto autores como Geraldo Ataliba defendem um alcance restrito e

⁵⁷ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 140.

limitado ao texto legal, outros como Caio Tácito vislumbram a possibilidade de ampliação e maior completude ao conteúdo da lei.⁵⁹

Cabe transcrever as conclusões de Celso Antônio Bandeira de Mello neste sentido:

O Texto Constitucional brasileiro (...) exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas. Em estrita harmonia com o art. 5º II (Princípio da Legalidade), revela-se que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para “fiel execução” da lei. Ou seja: entre nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como “executivos”. Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão.⁶⁰

Como se percebe, o regulamento não se confunde com a lei em sentido estrito. O primeiro é exercício próprio do Poder Executivo por meio da função administrativa, enquanto o segundo é elaborado pelo Poder Legislativo. Ademais, a lei está situada numa posição hierarquicamente superior em relação aos regulamentos, de modo que estes se encontram subordinados, não podendo contrariar os textos legais. Por fim, o principal caráter distintivo refere-se ao atributo que apenas a lei possui em inovar na ordem jurídica, sendo, pois, fonte primária de direito. Deste modo, este modelo é perfeitamente compatível com o princípio da legalidade, bem como com o paradigma da separação dos poderes.

A regulação, por sua vez – e é este ponto que interessa ao presente estudo -, é um termo mais amplo e se refere a situações determinadas. É o caso das Agências Reguladoras, que, através do poder regulatório, exercem a função normativa, elaborando a criação de normas específicas com vistas à disciplinar a atuação de agentes de um determinado grupo.

Tais normas diferem do regulamento executivo possuindo natureza jurídica diversa, pois se referem às relações entre os particulares em situação de submissão especial ao Estado, se limitando aos chamados regulamentos administrativos ou de organização. Desse modo, a regulação está intrinsecamente ligada a própria noção

⁵⁹ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 344.

de Agência Reguladora e este exercício se dá, dentre outras formas, através da atribuição normativa, que se refere a um ato administrativo normativo infralegal.

De acordo com os ensinamentos de Odete Medauar:

O termo regulação vem sendo usado também em acepção mais abrangente, sobretudo quando associado às atividades das agências reguladoras, para significar tanto a edição de normas quanto a fiscalização do seu cumprimento, a imposição de penalidades e também as atuações destinadas a conciliar interesses, a obter acordos, a persuadir.⁶¹

É importante frisar que as Agências Reguladoras emitem atos administrativos que podem ser normativos ou individuais. Os primeiros podem se dar através de portarias, que representam decisões de efeito interno dirigidas aos subordinados; ou de resoluções, que são atos regulatórios de efeito externo. Além dos atos normativos, as Agências expedem autorizações, que são atos direcionados aos particulares com relação à atividade regulada; homologação, que se refere a um ato ou contrato de interesse de um agente econômico; e aprovação, que viabiliza a análise da legalidade e conveniência do objeto apreciado.

Por outro lado, em regra, não se insere neste contexto a fixação de políticas públicas para o setor de atuação do ente regulador, sendo esta tarefa própria dos órgãos de cúpula do Poder Executivo. Assim, apesar do caráter regulatório ser amplo, há que se observar os limites que existem, os quais serão tratados em item específico.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que não há confusão a se fazer entre regulação e regulamentação, tendo em vista que a própria Constituição diferencia e delimita as competências de cada prerrogativa. Dessa forma, apesar de haver atividade normativa em ambos os poderes, estes não se confundem.

Além disso, há impropriedade ao se falar em delegação da competência privativa do poder regulamentar, até mesmo porque isto iria de encontro ao ordenamento jurídico. Em verdade, não se trata de delegação do poder regulamentar, uma vez que isto implicaria em forte violação texto constitucional, que o considera como sendo indelegável. De fato, as diferenças apontadas corroboram com este posicionamento.

⁶¹ MEDAUAR, Odete, *op. cit.*, p. 253.

Neste compasso, voltamos a citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora seja muito frequente o emprego do vocábulo regulação como sinônimo de regulamentação, já que em ambas as atividades existe a fixação de normas de conduta, no direito brasileiro, regulamentar significa ditar regra jurídicas como competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Essa competência é prevista no art. 84, inciso IV, da Constituição, não estando incluída no parágrafo único entre as competências delegáveis.⁶²

Pode-se apontar ainda que o regulamento executivo se refere ao ato estatal que é imposto unilateralmente pelo Chefe do Poder Executivo. A regulação, por sua vez, é baixada pelas Agências desde que resulte de negociação, consenso, de participação dos interessados. É uma regra de conduta que não possui a característica de ser imposta unilateralmente.

Enquanto o poder regulamentar impõe atos normativos propriamente ditos que ditam regras abstratas e gerais, a função normativa como face do poder regulatório produz atos normativos de efeitos concretos. Assim, à medida que as Agências se deparam com situações irregulares que geram conflitos, vão baixando atos normativos para decidir estes casos concretos. Outra possibilidade é a de interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente os de natureza técnica, através de atos normativos.⁶³

Vale dizer que é essencial estabelecer as distinções precisas destes conceitos que são comumente confundidos pela doutrina. O uso equivocado dos termos aqui tratados implica em falsas conclusões que violam o ordenamento jurídico brasileiro. Daí o cuidado que o presente trabalho tem em promover uma análise com base em conceitos que foram formados à luz do texto constitucional.

Após estas considerações, passaremos ao foco principal do trabalho, qual seja abordar a questão da constitucionalidade da função normativa que é inerente a qualquer Agência Reguladora, independentemente de estar prevista expressamente no texto constitucional ou não. Vale lembrar que, assim como foi realizado até aqui, o estudo apontará como parâmetro a própria norma constitucional, sobretudo no que tange o princípio da legalidade.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 206.

⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 212.

4.2. CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O estudo do presente tema invoca o fenômeno da deslegalização, também conhecido como deslegifcação, o qual merece uma análise considerável. Desde 1990, a doutrina italiana vem discutindo acerca do conceito deste fenômeno, além dos seus contornos e possíveis limitações.

De um modo geral, pode-se afirmar que a deslegalização permite que a matéria que até então era disciplinada mediante uma fonte legislativa venha a ser disciplinada mediante fonte normativa diversa, revogando-se a disciplina legislativa com a entrada em vigor da nova disciplina normativa ou restringindo-a a simples indicação de princípios que devem nortear o ato normativo.⁶⁴

O grande objetivo seria simplificar o sistema normativo, garantindo uma maior eficácia e tempestividade, aprimorando a capacidade de governo do Poder Executivo, além de imprimir uma agilidade e modernização aos procedimentos, com vistas a condicioná-los a vida social. Vale dizer que a deslegalização se limita às questões que não estão abarcadas pela reserva absoluta da lei, uma vez que estas matérias estão reservadas para a atividade exclusivamente legislativa.

Ademais, a doutrina italiana entende que a deslegalização não se confunde com a atribuição de poder normativo a sujeitos titulares de autonomia. Em verdade, enquanto o objetivo da deslegalização é garantir uma elasticidade normativa, se relacionando ao sistema de fontes e sua eficácia externa, a identificação de um vínculo de correspondência entre esfera de autonomia e poder normativo secundário, por outro lado, reflete uma evolução da forma de Estado.⁶⁵

O mesmo fenômeno vem ocorrendo igualmente na França, onde o Conselho de Estado concluiu que “o Legislador pode, em princípio, determinar soberanamente a competência do poder regulamentar; que pode, para esse fim, decidir que certas matérias pertinentes à competência do Poder Legislativo entrarão na competência

⁶⁴ MEDAUAR, Odete, *op. cit.*, p. 250.

⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 251.

do poder regulamentar” e que “os decretos baixados nestas matérias podem modificar, ab-rogar ou substituir as disposições legislativas”.⁶⁶

No Brasil as opiniões se dividem, havendo quem relacione a deslegalização ao poder normativo das Agências Reguladoras, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Alexandre Santos de Aragão, e existindo opiniões contrárias a este sentido, a exemplos de Gustavo Binenbojm e Leila Cuéllar.

Para esta primeira corrente, a deslegalização abre espaço para que ocorra uma degradação formal no grau hierárquico da norma, de modo que o tema que antes era regulado por lei passa a ser regulado por simples atos normativos. Estes poderão inovar, revogando leis formais anteriores, desde que exista previamente uma lei degradadora que permita esta substituição normativa. Permanecem resguardadas, todavia, matérias de reserva legal, como, por exemplo, os tributos, os crimes, a criação de entidades da Administração Indireta, etc.

Em resumo, esta técnica de deslegalização seria uma verdadeira manipulação sobre o grau hierárquico da norma, não sendo inconstitucional, segundo a corrente, pois não implicaria na transferência de poderes legislativos. A justificativa reside no fato de que a norma, através da degradação hierárquica, seria mais adequada para disciplinar questões predominantemente técnicas.

Assim, o poder normativo seria conferido a órgãos e entes administrativos a fim de regular matérias que corroborem com a execução de suas finalidades e políticas públicas. Ou seja, a deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo conferido às Agências Reguladoras através das suas respectivas leis instituidoras, principalmente no que tange aos aspectos técnicos, com observância às políticas públicas que foram fixadas pela Lei e pela Administração Central.⁶⁷

Em sentido oposto, Gustavo Binenbojm entende que, não obstante a independência normativa da Agência Reguladora seja de grande relevância para a disciplina e fiscalização dos serviços públicos e das atividades econômicas que estão sob o seu controle, este poder normativo não pode ser justificado através do fenômeno da deslegalização, como entende grande parte da doutrina. Assim, a adoção desta tese

⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 424.

causaria uma tensão com o princípio da legalidade, sendo, pois, manifestamente inconstitucional.⁶⁸

Invocando as suas lições, pode-se afirmar que:

A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em direito administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e, ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação. A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República.⁶⁹

Ressalta-se também o entendimento de Leila Cuéllar, que entende a deslegalização como uma forma de delegação legislativa:

A delegação é a outorga, específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Específica porque a delegação exige conteúdo certo e predeterminado. Precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de, a qualquer tempo, ser retomado pelo ente delegante. (...) O legislador não renuncia à sua competência, mas permite que a atividade legiferante seja exercida por outro órgão, dentro das diretrizes por ele traçadas. (...) É igualmente injustificável falar-se de delegação quando um órgão não legislativo deriva da própria Constituição sua competência para praticar atos com os característicos materiais da lei. Tal órgão retira essa atribuição da mesma fonte que a confere ao Parlamento, sem necessidade de delegação deste.⁷⁰

Particularmente, considero esta a posição mais acertada, sobretudo depois de tudo o que foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho. Não parece existir fundamento constitucional que torne válido o fenômeno da deslegalização. Pelo contrário. O poder normativo das Agências Reguladoras considerado a partir de uma deslegalização que permite a inovação na ordem jurídica, bem como a alteração e revogação de leis por atos normativos é totalmente contrário ao tão comentado princípio da legalidade, o que implicaria numa violação frontal ao texto constitucional. Assim, rejeita-se esta visão que se mostra tão incompatível com a

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁹ *Idem, Ibidem*, p. 156.

⁷⁰ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 112.

Constituição para afirmar que o poder normativo das Agências, manifesto através da edição de atos normativos, é infralegal, devendo estar em harmonia com a Lei Maior.

Vale destacar o entendimento jurisprudencial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região neste sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS. 1. A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legítima o exercício do poder outorgado. 2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.”⁷¹

Apesar de o entendimento jurisprudencial ter considerado a natureza do ato normativo expedido como regulamentar – visão que foi rejeitada no tópico anterior -, é cristalina a não adoção da tese da deslegalização a partir do posicionamento firmado no sentido da impossibilidade de inovação no ordenamento jurídico.

Ademais, vale citar ainda o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.668, na qual era discutida a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). O Colendo Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme a Constituição, que a competência normativa da ANATEL deve observar os limites legais. A dúvida suscitada se referia a possibilidade de a agência editar resoluções que viessem a derogar, por exemplo, a Lei de Licitações, o que dependeria da adoção da tese da deslegalização. O STF rejeitou tal possibilidade, apresentando o entendimento de que a competência da ANATEL, na matéria, era infralegal e que, portanto, se sujeitava às normas da Lei de Licitações.⁷²

Como já foi dito, o poder normativo é essencial para a atuação das Agências, de modo que a autonomia na edição de atos normativos decorre da própria natureza

⁷¹ Agravo de Instrumento nº 129.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relator Juiz Mairan Maia, j. 24.04.2002, DJU 14.06.2002.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 538-539.

funcional e operativa destas autarquias especiais. Contudo, esta função de tamanha relevância deve ser conjugada aos demais princípios e preceitos constitucionais, sendo considerada a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito. Esta é a única forma de compatibilizar o poder normativo com a realidade do nosso ordenamento jurídico, evitando a violação da Constituição Federal.

Neste ponto, pode-se afirmar que a competência normativa destinada às Agências Reguladoras não invade a competência legislativa e também com esta não se confunde, conforme foi demonstrado. Ademais, a competência das Agências para realizar a edição de normas reguladoras tem amparo constitucional, como foi visto no tópico anterior. Ou seja, não há invasão de competência do Poder Legislativo ou do Chefe do Poder Executivo, mas sim há uma atuação administrativa e infralegal, porém de acordo com os limites legais.

Assim, desde que não haja inovação na ordem jurídica, uma vez que se trata de fonte secundária, e desde que os atos se limitem a dispor sobre o caráter técnico do setor específico a que se propõe a regular, não haverá confronto algum entre a atividade normativa das autarquias reguladoras e o texto constitucional, sobretudo no que toca o princípio da legalidade.

Neste sentido, é o entendimento de Edgar Silveira Bueno Filho:

Temos que, como atividade sob a lei, dada a natureza de ente administrativo, as normas das agências devem abranger apenas aspectos técnicos destinados a regular a atuação dos agentes econômicos da área submetida à sua regulação. Tudo isso sem inovar originariamente a ordem jurídica e atingir direitos ou interesses dos destinatários da regra, que estejam protegidos pela lei ou pela legislação superior. (...) Em outras palavras, se não exorbitarem, nada há que impeça a expedição, pelas agências, de atos normativos.⁷³

Corroborando com este pensamento, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas (...). Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações

⁷³ BUENO, Edgar Silveira, *op. cit.*, p. 29.

da alçada do poder concedente ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial”. De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade.⁷⁴

Seguindo esta linha, Eros Roberto Grau entende que o poder das Agências Reguladoras em editar atos normativos decorre do próprio poder normativo e não de suposta delegação de função legislativa ou poder discricionário, bem como não encontra óbices no princípio da legalidade, pois a Administração pode emanar atos normativos de caráter não legislativo no desenvolvimento de função normativa, e não legislativa.⁷⁵

Gustavo Binenbojm sintetiza bem o tema:

O poder normativo das agências constitui, portanto, uma das expressões do seu poder discricionário (ou, de forma mais técnica, de seu poder não inteiramente vinculado à lei) que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos (mas que pode materializar-se em atos administrativos concretos, conforme o caso). Tal poder é imanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa ou por sua sistemática, o excepcione.⁷⁶

Destarte, apesar da função normativa das Agências Reguladoras ser uma questão bastante polêmica no Direito brasileiro, deve-se entender que a competência normativa atribuída pela lei que cria a Agência é constitucional desde que se limite aos contornos exigidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Como entes públicos que integram o Poder Executivo, não pode haver inovação na ordem, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Respeitando este fundamento, as Agências Reguladoras poderão exercer as suas funções de maneira adequada, sem ferir a Carta Magna e sem comprometer a eficiência da sua atuação.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 173.

⁷⁵ GRAU *apud* CAL, Arianne Brito Rodrigues, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 281.

A seguir, passaremos a analisar os limites que podem ser extraídos do texto constitucional e que servem de margem para a atividade prestada pelas Agências, respeitados.

4.3. LIMITES E NECESSIDADE

Já foi dito neste trabalho que a ideia de poder normativo está inserida na própria noção de Agência Reguladora, de modo que não teria sentido criar entes com esta estrutura sem que houvesse uma garantia de autonomia para assegurar a criação e edição de normas referentes aos campos de atuação específicos de cada uma delas. Por outro lado, assim como o poder normativo surge como uma necessidade, faz-se necessário também determinar a extensão deste poder, delineando um contorno capaz de delimitar este âmbito de atuação.

Com base na sistemática adotada por Leila Cuéllar⁷⁷, podemos apontar as principais limitações apontadas de modo geral pela doutrina.

Primeiramente, pode-se afirmar que os atos normativos editados pelas Agências Reguladoras não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo. Vale dizer que os atos normativos são hierarquicamente subordinados à lei e à constituição, devendo obedecê-las formal e substancialmente.

As normas criadas não podem inovar de forma absoluta, “*ab ovo*”, na ordem jurídica, estabelecendo direitos, obrigações ou deveres novos às pessoas privadas, sem qualquer respaldo em lei. Tampouco lhe é autorizado ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações legais, pois tais tópicos consistem em matéria de reserva legal.

É interessante transcrever o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao

⁷⁷ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 124-127.

legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, II, da Constituição. (...) A competência reguladora tem que se limitar aos chamados regulamentos administrativos ou de organização, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado.⁷⁸

Outra restrição imposta ao poder normativo decorre da aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo. Assim, nesta hipótese há uma vedação absoluta, uma vez que não é possível à autoridade administrativa criar normas cuja edição pressupõe processo legislativo certo e específico, assim como competência legislativa constitucional.

Ademais, não cabe a instituição de restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade ou a determinação de alterações ao estado das pessoas. Esta limitação se relaciona principalmente com a questão da liberdade de iniciativa econômica, garantida constitucionalmente. Deste modo, a Agência Reguladora não pode exigir, por exemplo, uma autorização prévia para o exercício da atividade econômica privada, a não ser em casos de expressa previsão legal.

Além disso, as normas editadas não poderão ter efeito retroativo, exceto quando se destinar a beneficiar pessoas privadas e desde que se observe o princípio da isonomia. Então, não se pode beneficiar de modo específico um grupo determinado, em detrimento de outro que esteja submetido à mesma situação fático-jurídica.

A expedição normativa deve ser sempre fundamentada e motivada, com apresentação de motivação pública de fato e de direito, ao tempo da sua edição. Vale lembrar que se trata de ato administrativo e como tal segue esta teoria geral, devendo observar os critérios, elementos e atributos que são legalmente definidos.

Cite-se, ainda, a necessidade de respeito à repartição constitucional de competências entre os entes da federação, quais sejam: Municípios, Estados, Distrito Federal e União. Assim, as pessoas pertencentes a determinado ente da federação não podem emanar normas reguladoras que invadam a competência de outro ente.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 213.

Por fim, Cuéllar encerra a sua lição apontando para a hipótese de submissão ao controle por parte do Poder Judiciário, seja no que toca o conteúdo ou no que se refere à forma. Em outras palavras, o equilíbrio entre os poderes e o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário permitem que a norma venha a ser objeto de análise judicial, seja pelo controle concentrado, seja pelo controle difuso, a fim de sanar possíveis vícios.

Vale dizer que de um modo geral todos os atos da Administração Pública estão vinculados à juridicidade, o que resta assegurado através do controle de constitucionalidade e legalidade realizado pelo Poder Judiciário. Por conseguinte, os atos normativos editados pelas Agências Reguladoras poderão ser apreciados pelos magistrados, que verificarão a conformidade com os objetivos legais, bem como procederão a um exame de compatibilidade com relação às leis e à Constituição Federal.

Complementando este pensamento, Gustavo Binjenbojm⁷⁹ afirma que a autonomia das Agências sofre mitigações parciais por via de controles ancilares exercidos pelo Executivo e pelo Legislativo. O presente trabalho já abordou em diversos pontos a relação entre as Agências Reguladoras e os demais poderes. Entretanto, é importante destacar alguns aspectos que limitam a atuação destas autarquias especiais, atentando para a necessidade destas demarcações, como forma de manutenção do equilíbrio entre os três poderes.

Primeiramente, com relação ao Poder Executivo, é importante que a lei aborde as políticas públicas setoriais em conformidade com o planejamento macroeconômico global do governo. Ou seja, as competências devem ser definidas de modo equilibrado, adequando a atividade das Agências à própria atuação geral do governo. Assim, a atribuição setorial e específica do ente regulador fica condicionada à competência do Poder Executivo Central.

Ademais, o Poder Executivo é dotado de mecanismos que permitem o exercício do controle sobre a atividade das Agências, o que acontece por meio da verificação do atendimento das metas e diretrizes que foram traçadas previamente. Vale dizer que esta característica não interfere em nada na autonomia e na estrutura das Agências, até mesmo porque este controle encontra-se previsto nas próprias leis instituidoras.

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 157.

No que toca o Poder Legislativo, a Constituição assegura a possibilidade do veto legislativo. Deste modo, poderá ocorrer a suspensão da eficácia dos atos normativos editados pelas Agências que venham a extrapolar os limites legais. Como lembra Binenbojm, trata-se de um instrumento de uso restrito e excepcional, mas a sua existência e eventual uso devem servir como desincentivos à prática de abusos.⁸⁰

Na verdade, o artigo 49, X, da Constituição Federal⁸¹, assegura ao Congresso Nacional a fiscalização e controle dos atos da Administração Indireta, o que inclui consequentemente as Agências Reguladoras. Ressalte-se que este controle não implica numa submissão a ponto de eliminar a autonomia das autarquias reguladoras. Estas previsões estabelecem apenas limites que são relevantes para coibir os abusos e arbitrariedades.

Neste sentido o supracitado autor afirma:

Deste modo, a criação das agências, como instrumento de exercício de competência regulatória, deverá ser acompanhada da institucionalização de processos formais de controle legislativo, o qual fixa previamente padrões e limites de atuação das agências, atribuindo-lhes, também, competência normativa. A fiscalização e o controle legislativo sobre a atividade regulatória das agências visam, na verdade, a garantir a independência das mesmas e assegurar que a lei que definiu suas atribuições esteja sendo cumprida. Esse controle gera segurança e confiabilidade da sociedade sobre os atos praticados pelas agências, vez que ficam sob a cautela dos representantes diretamente escolhidos pelo povo.⁸²

Após esta análise pormenorizada, pode-se afirmar que a complexidade e a autonomia das competências conferidas às Agências Reguladoras em nada contrariam o modelo da separação dos poderes e a divisão de funções previstas na Lei Maior. O presente estudo busca demonstrar que é possível sim alcançar a harmonia entre estes aspectos, bem como pretende ir além, considerando que a atuação das Agências Reguladoras corrobora com o Estado Democrático de Direito, conforme a assertiva de Alexandre Santos de Aragão:

Podemos afirmar que as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez

⁸⁰ *Idem, Ibidem*, p. 158.

⁸¹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”.

⁸² *Idem, Ibidem*, p. 159.

que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública Central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos (...).⁸³

Este aspecto político e social do tema será melhor analisado em tópico apropriado. Por hora, passaremos a tratar da questão da legitimidade democrática das Agências Reguladoras, destacando as principais características e grandes desafios.

4.4. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

De acordo com uma visão superficial, poder-se-ia pensar que a autonomia das Agências Reguladoras com relação à Administração Pública implicaria na ruptura da legitimidade democrática da própria Administração. Como se sabe, as atividades do Poder Legislativo e do Poder Executivo são desempenhadas por representantes eleitos democraticamente, privilegiando-se a vontade popular.

Os representantes das Agências, por sua vez, não são escolhidos diretamente pelo povo, o que levaria a um questionamento acerca da legitimidade destes entes. Em verdade, os órgãos de direção destas autarquias reguladoras são ocupados por pessoas indicadas pelo Chefe do Poder Executivo. Assim, levando-se em conta esta composição, na qual se exclui a representação democrática direta, bem como se considerando a previsão legal infraconstitucional da competência para expedir normas jurídicas, surgem indagações no que toca à legitimidade da atuação das Agências, sobretudo diante do princípio democrático.

Por outro lado, uma outra visão, mais analítica, nos permite afirmar que esta legitimação, embora não se dê pela origem, decorre da própria atuação. É o que conclui Leila Cuéllar, ao afirmar que:

Embora a legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras não decorra da investidura popular, já que não são órgãos democraticamente formados, ela pode ser justificada não somente em razão da importância

⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p. 375-376.

das atribuições exercidas pelas agências, mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica, especializada e imparcial), permitindo-se, inclusive, que os particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos.⁸⁴

Assim, coube às leis instituidoras estabelecerem vias alternativas capazes de legitimar a atuação das Agências, sobretudo no que toca o poder normativo. É por conta disto que o legislador infraconstitucional brasileiro buscou adotar instrumentos e mecanismos para garantir a legitimidade da atividade regulatória das Agências, conferindo transparência, amplo acesso e publicidade de todos os atos, assegurando, portanto, o caráter democrático das atribuições conferidas.

É desse modo que se pode obter uma forma de controle social dos atos praticados, o que é de extrema relevância, uma vez que sempre há repercussão na esfera dos interesses dos usuários do serviço público e dos cidadãos que participam do setor regulado. Podem-se destacar como principais mecanismos as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.

As audiências públicas permitem a participação de indivíduos, associados ou grupos interessados em manifestar ideias e sugestões, expondo seus anseios e necessidades que estão relacionados diretamente com o setor regulado. Isto permite que as decisões possam abordar estas questões. Tudo isso é realizado por meio de sessões públicas abertas que trazem o debate de temas pertinentes. Através destas contribuições prestadas, o interessado pode analisar se a competência regulatória vem sendo exercida com observância dos limites legais e se realmente a Agência adotou a melhor solução para determinado caso.⁸⁵

Há, ainda, o instituto da consulta pública, pelo qual se questiona sobre assuntos de interesse geral, a fim de conhecer a opinião pública antes da elaboração das normas jurídicas referentes à este tema. Assim, estipula-se um prazo determinado que permite que qualquer cidadão promova contribuições para auxiliar projetos em tramitação. As decisões futuras devem ser motivadas, acolhendo as sugestões ou expondo os motivos para a não adoção destas. Dessa forma, permite-se que haja uma efetiva participação do interessado na criação das regras a serem editadas pelas Agências.

⁸⁴ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 161.

Por fim, os conselhos consultivos são órgãos de participação social institucionalizada, formados de pessoas da sociedade e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação, além de possuírem caráter consultivo e fiscalizador. Esta composição mista que envolve representantes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, das prestadoras de serviços regulados, das entidades representativas de usuários e das que representam a sociedade em geral, permite a efetivação dos interesses da população em geral.⁸⁶

Como exemplo de previsão legal desses instrumentos, destacam-se algumas leis. A lei instituidora da ANEEL prevê no artigo 4º, §3º, que as decisões que afetem direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, deverão ser precedidas de audiência pública. Neste mesmo sentido, a lei criadora da ANP afirma, no artigo 19, que as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública.

A lei da ANATEL, por sua vez, garante, no artigo 21, § 2º, a publicidade das sessões deliberativas, permitindo a sua gravação por meios eletrônicos e assegurando aos interessados o direito de delas obter transcrições. A mesma lei, no artigo 42, prevê ainda que as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública.

Apesar de restar claro que existe um princípio de esforço para se legitimar este processo de atuação das Agências, pode-se perceber que os mecanismos ainda são carentes e insuficientes, gerando o que a doutrina denomina de déficit democrático.

Neste sentido, vale apontar as conclusões de Maria Sílvia Zanella Di Pietro:

A grande dificuldade, no direito brasileiro, é que se adotou o modelo das agências norte-americanas, mas não se adotou o procedimento de participação, que é o que dá legitimidade às normas por elas baixadas. É preciso, para suprir tal deficiência, que os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências sejam postos em prática.⁸⁷

⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 164.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella, *op. cit.*, p. 212.

Nesta linha também é o entendimento de Fernando Quadros da Silva:

Diante dos desafios legitimadores enfrentados pelo Estado e pela Administração Pública contemporâneos e considerando, ainda, as atribuições das agências e a independência que se lhe pretendeu conferir, parece que o Princípio do Estado Democrático de Direito está a exigir o aperfeiçoamento e a ampliação das formas de participação do cidadão no processo decisório daquelas entidades. Tal mecanismo se apresenta como uma alternativa para resolver o déficit democrático dos entes reguladores independentes.⁸⁸

Destarte, a atual configuração institucional das agências ainda deixa a desejar neste aspecto, uma vez que, apesar de serem dotadas de complexos poderes e atribuições, não existem, em contrapartida, garantias seguras a ponto de firmar uma atuação estritamente democrática. Deve-se atentar para a necessidade de ampliação e aperfeiçoamento destes mecanismos de participação popular, uma vez que tais medidas ainda parecem ser insuficientes.

Por outro lado, é importante atentar para o fato de que existe um “baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira”, de acordo com as palavras de Gustavo Binenbojm, que ainda elabora algumas considerações:

Com efeito, em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela ANATEL, descobriu-se que a participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a elas ligados, tais como escritórios de advocacia, os quais somam 68,69% das contribuições oferecidas. Já a presença de órgãos governamentais, bem como partidos e entidades de defesa do consumidor, relevou-se ínfima. A ausência de segmentos da sociedade civil, que não representam interesses das empresas de comunicação, conduz à constatação da existência de um verdadeiro déficit democrático a macular a atuação dessas agências. Esta situação indica que, no Brasil, a participação popular na Administração Pública encontra-se em um estágio ainda prematuro de desenvolvimento.⁸⁹

Diante desta análise é importante reforçar a importância da divulgação destes mecanismos de participação social, sendo dever de cada Agência investir na realização de processos deliberativos mais abertos, transparentes e participativos. Todavia, não se pode olvidar também que é relevante que haja uma conscientização

⁸⁸ SILVA, Fernando Quadros da, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 164.

política e social, que faça com que a população em geral desperte para a necessidade de participar ativamente das questões públicas.

Aproximando-se do fim deste trabalho, passaremos por uma análise derradeira que buscará apresentar de modo geral os aspectos políticos e sociais mais relevantes do tema aqui tratado, sem ter a pretensão de esgotar aspectos tão amplos e controvertidos.

4.5. ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DA QUESTÃO

Como estudamos no capítulo anterior, as Agências Reguladoras tiveram sua grande inspiração no modelo norte-americano. Por outro lado, é importante entender que o contexto jurídico, político e social brasileiro é demasiadamente distinto do contexto original de criação das Agências. Dessa forma, a implementação deste modelo em ambos os países serviu para propósitos diferentes.

É o que se confere nas lições de Gustavo Binenbojm:

Embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.⁹⁰

Após esta constatação, é possível fazer uma breve análise histórica e política da implementação deste modelo regulatório aqui no Brasil. Num primeiro momento, a autonomia das Agências setoriais foi amplamente defendida pelo governo democrático da época, qual seja, o governo Fernando Henrique Cardoso.

A grande preocupação do legislador e da doutrina nacional daquele momento foi garantir a autonomia e independência das autarquias reguladoras. O grande móvel da estrutura regulatória introduzida no país foi a criação de mecanismos

⁹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 153.

institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências, sobretudo em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário.⁹¹

Em seguida, esta estrutura institucional passou pelo primeiro teste de sucessão democrática federal, o que se deu com o início do governo Lula. Até então, todos os dirigentes das Agências tinham sido indicados pelo antigo presidente, como pessoas de sua confiança. Além disso, os respectivos mandatos destes dirigentes ainda estavam em andamento.⁹²

O então presidente Lula, em março de 2003, designou uma comissão para tratar de uma proposta legislativa de reforma da estrutura das Agências. A intenção era acentuar o controle do Poder Executivo sobre estas. Vale dizer que não é interessante a um governo populista se abster do controle de importantes decisões, como a adoção de medidas que causam tanta repercussão na sociedade em geral, a exemplo da fixação e do aumento de tarifas.

Percebe-se, então, uma tentativa de pressão sobre as Agências a fim de evitar a adoção de medidas impopulares, que, apesar de técnicas e recomendáveis ao interesse público de longo prazo, seriam atribuídas negativamente ao governo. Esta situação gerou uma grande tensão entre o novo governo, dotado de plena legitimidade, e as Agências, comandadas por dirigentes que foram nomeados pelo governo anterior.

As crises vividas nos setores de telecomunicações e energia elétrica foram apenas exemplos da disputa de poder que tomou conta do país. Apesar de a solução advir dos próprios mecanismos institucionais disponíveis, como a interferência do Poder Judiciário e o ajuste a partir de acordos, vale registrar uma crítica neste sentido.

A única forma de evitar futuras crises é através do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle político e jurídico, bem como por meio de uma maior participação popular, além de uma ampla divulgação dos processos regulatórios, conferindo grande legitimidade ao papel desenvolvido pelas Agências, em conformidade com os preceitos constitucionais.⁹³

Com relação à proposta legislativa citada anteriormente, trata-se do Projeto de Lei nº 3.337/2004, apresentado pelo Poder Executivo, que pretende uniformizar o

⁹¹ *Idem, Ibidem*, p. 153.

⁹² *Idem, Ibidem*, p. 154.

⁹³ *Idem, Ibidem*, p. 155.

tratamento de todas as Agências Reguladoras. Uma importante questão tratada é a transparência, por meio da obrigatoriedade de realização de consulta pública, bem como da disponibilização de atos e propostas que devem ser submetidos à participação popular.

Além deste controle social, o projeto reforça a questão da prestação de contas perante o Congresso Nacional, com contribuição do Tribunal de Contas da União. Vale dizer que o projeto ainda está na Câmara dos Deputados à espera de análise. Todavia, é importante aplaudir esta iniciativa, mesmo que tenha sido impulsionada por verdadeiros interesses políticos partidários.

Neste sentido, é preciso ter em vista que o modelo institucional da Agência Reguladora tem o objetivo de afastar as influências políticas, se voltando apenas para a questão técnica, que é o seu principal traço característico. É, em verdade, uma proposta que visa garantir que o regime dos serviços públicos não seja direcionado por critérios exclusivamente políticos. No entanto, já se tornou uma prática a realização da nomeação dos dirigentes conforme os interesses pessoais, associados aos influxos políticos, conforme destacou Ana Clara Carvalho:

São notórias as injunções políticas, aliadas à corrupção que assola o país, até mesmo nos mais altos escalões da Administração Pública, conforme tem noticiado diuturnamente a imprensa. Esperamos que os poderes conferidos às Agências Reguladoras sejam exercitados na defesa dos interesses da sociedade e também que o Ministério Público desempenhe o seu papel constitucional na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” fiscalizando a atuação destas agências.⁹⁴

Destarte, esta verdadeira troca de favores políticos influencia no caráter técnico e imparcial que as Agências Reguladoras deveriam manter. É por conta deste quadro que a autonomia acaba sendo mitigada por um vínculo de subordinação política, pois, o dirigente, embora possua autonomia decisória, busca não contrariar as orientações políticas da Administração Central. É tentando combater esta situação que se prevê a estabilidade dos cargos de diretoria das Agências, permitindo a continuidade da atuação, independentemente dos mandatos de governo do Chefe do Poder Executivo.

⁹⁴ CARVALHO, Ana Clara, *op. cit.*, p. 128.

Podemos sintetizar estas ideias com as palavras de Leila Cuéllar:

É provável, aliás, que uma das motivações para a criação das agências reguladoras no Brasil esteja associada à tentativa de se coibir a influência política na designação dos diretores e, conseqüentemente, na própria atividade desenvolvida pelas agências. Quer-se evitar a ingerência dos agentes políticos na indicação de indivíduos que deverão integrar os órgãos de direção das agências reguladoras e, deste modo, impedir o controle das agências pelos partidos políticos. Neste sentido, parece clara a fixação, por alguns diplomas legais, de mandatos dos diretores das agências reguladoras não coincidentes com os períodos eleitorais. Procura-se separar as agências reguladoras do governo, liberá-las da influência dos partidos políticos, de molde a assegurar que haja continuidade no desempenho de suas atribuições.⁹⁵

Destarte, diante de todo o exposto pode-se concluir que apesar das ferrenhas críticas doutrinárias e das grandes controvérsias que este modelo regulatório adotado no nosso ordenamento jurídico suscita, devemos ter em vista que a proposta apresentada é compatível com a ordem constitucional brasileira e em muito agrega ao nosso Estado Democrático de Direito.

Todavia, um país ainda em desenvolvimento como o Brasil precisa amadurecer bastante, sobretudo do ponto de vista político e social, para corresponder às finalidades deste modelo institucional de acordo com os escopos que ensejaram a sua criação. Assim, ressalte-se, mais uma vez, a grande necessidade de maior participação popular, controle jurídico e imparcialidade, como formas de alcançar o maior aproveitamento possível que é oferecido pelo modelo das Agências Reguladoras.

⁹⁵ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 133.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida busca analisar a atuação das Agências Reguladoras e o seu papel como ente regulador, exercido, sobretudo, através do poder normativo. Este poder que garante a edição de atos normativos de caráter vinculante suscita um grande questionamento em torno da sua constitucionalidade, principalmente no que se refere ao respeito ao princípio da legalidade.

O alcance deste objetivo final dependeu, pois, da resolução dessa questão amplamente controvertida pela doutrina: o poder normativo exercido pelas Agências Reguladoras e garantido pelas respectivas leis instituidoras estaria violando o princípio constitucional da legalidade?

Conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho, a função normativa é uma atribuição essencial na atividade das autarquias reguladoras, mas isso não significa que esta prerrogativa pode ser encarada sem reservas. Em verdade, o poder normativo atribuído às Agências pelos diplomas legais que as instituíram é imprescindível e faz parte da própria estrutura dessas entidades, uma vez que esta competência é inerente à própria atividade regulatória, além de ser determinante para que haja um exercício eficiente das suas atribuições.

Todavia, há que se ter em vista que a falta de imposição de limites certamente ensejaria a violação da legalidade constitucional, bem como romperia com o modelo de separação de poderes. Consequentemente, o Estado Democrático de Direito restaria desrespeitado, gerando grande insegurança jurídica.

Por outro lado, a constitucionalidade do poder normativo à luz do princípio da legalidade é fruto de uma atuação devidamente delineada e pautada no texto constitucional e legal. Dessa forma, a atividade normativa deve ter caráter basicamente técnico e infralegal, não inovando na ordem jurídica.

O exercício das Agências Reguladoras faz parte da função administrativa, não existindo usurpação da atividade legiferante, tampouco das atribuições privativas do Chefe do Poder Executivo. Dessa forma, o ato normativo expedido pela Agência não se confunde com a lei, que é fonte primária e gera direitos e obrigações, inovando na ordem jurídica. E não se confunde ainda com a natureza jurídica do ato normativo

que é expedido pelo Chefe do Executivo, uma vez que o poder regulamentar não coincide com o poder regulatório, conforme abordado profundamente neste estudo.

Vale afirmar, ainda, que não se trata de delegação de poderes legislativos, o que seria incompatível com a própria natureza jurídica das autarquias reguladoras. Como já foi dito, delegação implica em outorga temporária e excepcional de competência legiferante específica, o que geraria a possibilidade de cassação da outorga pelo delegante a qualquer tempo, retirando este poder da Agência e gerando até mesmo a sua extinção.

Dessa forma, é necessário distinguir os conceitos e definir as devidas competências e atribuições, evitando a confusão entre os termos e as nomenclaturas. A doutrina ainda é vacilante neste aspecto, o que dificulta a formação de uma visão pacífica e que esteja – e isto é o mais relevante – de acordo com o sentido constitucional.

Destarte, o poder normativo exercido pelas Agências não pode inovar na ordem jurídica, contrariar a lei, dispor sobre matérias amparadas pela reserva legal, impor restrições à liberdade e igualdade, operar com efeito retroativo, dentre outras restrições. Por conseguinte, os atos expedidos devem ser devidamente fundamentados e motivados, observando os mecanismos de controles previstos, bem como devem respeitar o princípio da legalidade e o modelo da separação de poderes.

Neste compasso, é importante frisar que o princípio da legalidade e o modelo da separação de poderes devem ser avaliados em conformidade com a evolução do Estado. Atualmente, diante do contexto social, político e econômico, o Estado é regulador, devendo dispor de mecanismos eficientes e adequados para que este papel seja cumprido. Assim, é sob esse prisma que o poder normativo das Agências Reguladoras deve ser abordado.

Ademais, diante do impacto social gerado pelo exercício dos entes reguladores, é importante que a população confira legitimidade a esta atuação através dos instrumentos previstos pelas leis instituidoras. Assim, de um lado é preciso que estes mecanismos sejam aperfeiçoados para garantir um desempenho eficiente, bem como, por outro lado, é necessário que a sociedade forme uma consciência política e busque a realização destes meios de controle.

No particular, vale registrar neste estudo a sugestão de edição de uma lei geral para as Agências Reguladoras, que aborde inclusive o poder normativo, tratando minuciosamente dos aspectos mais relevantes e contraditórios que envolvem o tema, bem como realçando os limites de atuação dos entes regulatórios. Uma lei bem redigida e elaborada de modo integrado, ao invés de se limitar a aspectos de caráter meramente estruturais, indubitavelmente seria a solução mais viável para por fim a esta celeuma doutrinária.

Diante de tudo quanto foi exposto nesse trabalho, e superada a questão da constitucionalidade do poder normativo à luz do princípio da legalidade, o mais relevante é que as Agências Reguladoras consigam atingir efetivamente as finalidades e objetivos que deram ensejo à instituição deste modelo no sistema de controle de prestação de serviços públicos por empresas privadas. Apenas desse modo é que serão alcançados resultados eficientes para a sociedade, a qual é a principal destinatária dessa atividade e a maior beneficiária de toda essa discussão.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **As Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Atividades Privadas Regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU nº AC – 051. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 245, p. 237-261, maio/jun./jul./ago. 2007.

ARANHA, Márcio Iório. Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA GOMES, Joaquim B. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional Comparado). In: BINEMBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 240, v. 1, Trimestral, p.147-165, abr./jun. 2005.

_____. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

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

BUENO, Edgar Silveira. Agências Reguladoras e Concorrências e o Controle Jurisdicional dos Atos. **Revista Cej**, Brasília, v.7, n.23, p.26-30, dez.2003. DF: Conselho da Justiça Federal, 1996-Trimestral.

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

CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Ana Clara. As Agências Reguladoras: questões polêmicas. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.1, p.121-128, set.2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. As Agências Reguladoras no Contexto do Estado Democrático de Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro:** o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LOSS, Giovani. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES, Gustavo Leite. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** 2006. 67 f. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS

MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução.** 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Regulação Econômica e Democracia: a Questão das Agências Administrativas Independentes. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ana Paula Amorim Santos. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2003. 70 f. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS

SILVA, Carlos Medeiros. Agências Reguladoras da Administração. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 242, v. 1, Trimestral, p.177-181, out./dez.2005.

_____. O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 242, v. 1, Trimestral, p.125-132, out./dez.2005.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Disponível em <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

APÊNDICE A

Entrevista com Celyvânia Malta de Brito, procuradora da ANTT, realizada pelas alunas Carolina Ramos de Aguiar Silva e Stephanie Carvalho de Souza Fonseca, em 26/07/2012:

“Aqui é a unidade regional da Bahia da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), cuja sede está localizada em Brasília. A ANTT foi criada pela Lei 10.233, de 5 de junho de 2001.

Dentre as suas atribuições está a regulação e concessão de serviço público de rodovias, exploração de linha de transporte interestadual de passageiro, de carga, de produtos perigosos, bem como exploração de infraestrutura rodoviária (como, por exemplo, as rodovias federais, que são concedidas pelo Poder Público para que a concessionária cobre pedágios para o usuário, através de uma licitação).

Na Bahia, a atuação é em relação à fiscalização das vias rodoviárias interestaduais e também das linhas concedidas pela Administração Pública, como, por exemplo, a BR-324 e 116 que é prestada pela Via Bahia.

Na estrutura da ANTT existem cinco diretores na sede em Brasília. O mandato desses dirigentes não é coincidente com a eleição presidencial, e essa previsão tem justamente o objetivo de evitar ingerências do Poder Executivo sobre a atuação das Agências. Assim, a renovação do quadro é independente do quadro presidencial brasileiro.

Recentemente houve uma questão polêmica sobre a recondução do diretor-geral ao cargo, o qual foi indicado pela Presidenta Dilma, sofrendo o veto do Senado Federal. Então dois dirigentes estão exercendo o cargo de diretor em regime interino apenas para compor o quadro, a fim de dar andamento às deliberações e resoluções com o quórum que é necessário.

A ANTT não é subordinada, mas tem uma inter-relação com o Ministério dos Transportes que é um órgão que está ligado à União. A ANTT é uma autarquia em regime especial, vinculada a este Ministério por conta do ramo de atividade que exerce. A Agência tem a sua liberdade, mas dentro do que a legalidade permite. Dos Ministérios vêm os programas e metas que são fixados. Apesar de existirem essas

metas, isto não implica em subordinação. No entanto, a legalidade estrita exige que se observem determinados programas administrativos oriundos do Ministério dos Transportes (como, por exemplo, programa de exploração de rodovias). Na verdade, a Agência executa, mas também não recebe ordens.

Na prática não há uma fiscalização efetiva, sobretudo por conta da independência financeira que existe. Todavia, as Agências devem observar os preceitos que emanam do Poder Executivo.

A minha função é receber os processos que chegam de Brasília e me manifestar juridicamente com relação a eles. São processos sobre licitações, aquisição e compras de interesse da autarquia, pedido de reequilíbrio de contrato de concessão, análise de Projetos de Lei que tenham ligação com a área-fim da autarquia (como, por exemplo, análise de um Projeto que determina a não cobrança de pedágio por conta de imunidades tributárias). Tudo isso é feito com base legal, doutrinária e nas linhas de entendimento que vão se aperfeiçoando na própria Agência.

A ANTT expede resoluções e deliberações por intermédio de Brasília, tendo caráter vinculativo. O conteúdo é técnico: aprovação de ajuste de tarifa, normatização de pedido de cópia de processo, previsão de penalidade a ser aplicada em caso de transgressão a lei de ANTT, por exemplo, no que se refere a transporte de passageiro. Não há, assim, uma inovação, pois é basicamente administrativa, não exorbitam dos limites.

Ultimamente, o Ministério Público Federal tem mostrado serviço sobre essa questão de cumprimento das cláusulas contratuais do contrato de concessão, o que é notável através de ação civil pública contra as concessionárias que estão descumprindo os contratos. Além disso, tem-se visto decisão judicial impedindo o reajuste por conta do não cumprimento das cláusulas contratuais, o que mostra que o Poder Judiciário está bem atuante neste aspecto.

Recentemente serão licitadas linhas de transportes na Bahia e já está previsto o programa de exploração, feito pelo Ministério. Estão havendo Audiências Públicas para que a situação seja levada ao conhecimento da população, afim de que ela possa participar dando contribuições.

Há pouco tempo, em Salvador, ocorreu uma Audiência Pública na Fundação Luís Eduardo Magalhães sobre a licitação de transporte público de passageiro

(PROPAS). Organizações sociais de defesa dos idosos e de deficientes compareceram para discutir o melhoramento da prestação do serviço de transporte, o que deve estar previsto no edital para que não se desrespeitem os direitos de determinadas categorias, como, por exemplo, reserva de vaga, facilidade de acesso. Isto é importante e revela o caráter democrático.”.