



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

REGINA CÉLY CAVALCANTE RODRIGUES

**NATUREZA JURÍDICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DE
PODERES**

**SOUSA - PB
2011**

REGINA CÉLY CAVALCANTE RODRIGUES

**NATUREZA JURÍDICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DE
PODERES**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Professora Ma. Marcia Glebyane Maciel Quirino.

**SOUSA - PB
2011**

REGINA CÉLY CAVALCANTE RODRIGUES

**NATUREZA JURÍDICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: Uma Análise à Luz dos Princípios Constitucionais da Legalidade e
da Separação de Poderes**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Msc. Marcia Glebyane Maciel Quirino

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Orientadora: Prof. Msc. Marcia Glebyane Maciel Quirino

Prof. Kaline Lima de Oliveira Moreira

Prof. Danielle da Rocha Cruz

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus por mais essa etapa concluída em minha vida.

Aos meus pais, pela dedicação, amor e principalmente pelo exemplo de luta e coragem.

Aos meus irmãos, metade do que eu sou.

A Odilon, mais que namorado: companheiro de vida.

Aos meus amigos, que facilitaram tanto essa jornada.

*“Se este projeto fracassar será um longo
caminho de volta”.*

Luis Roberto Barroso

RESUMO

A atribuição de competência normativa às agências reguladoras é de fundamental importância para o desempenho da função regulatória que lhes foi atribuída. No entanto, grande celeuma gira em torno de qual deve ser a natureza jurídica atribuída a tais normas para que se adequem ao atual sistema constitucional pátrio. Assim, através de pesquisa bibliográfica e de uma análise dedutiva serão abordadas as principais teorias que buscam definir a natureza jurídica das normas expedidas pelas agências, bem como adequá-las ao atual ordenamento jurídico-constitucional pátrio. Nesse sentido, uma vez analisadas à luz dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes e constatada a sua compatibilidade com os referidos princípios, passa-se a um estudo das teorias desenvolvidas pelos publicistas pátrios acerca da natureza jurídica que lhes deverá ser atribuída. Dentre as principais teorias que buscam explicar a natureza jurídica das normas editadas pelas agências destacam-se a tese da deslegalização, a tese da natureza infra-regulamentar e a tese da natureza regulamentar, sendo esta última a que melhor consegue justificar a natureza jurídica das normas expedidas pelas agências, ao conferir-lhes a natureza de regulamentos, adequando-as ao sistema jurídico constitucional pátrio.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Poder Normativo. Natureza jurídica. Legalidade. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The allocation of legislative powers to regulatory agencies is critical for the performance of the regulatory role assigned to them. However, a great stir revolves around what should be attributed to such legal standards that are appropriate in the current system constitutional patriotism. Thus, through literature search and a deductive analysis will address the main theories that seek to define the legal nature of standards issued by the agencies as well as adapt them to current legal and constitutional patriotism. Accordingly, once considered in the light of the Principles of Legality and the Separation of Powers and found that they are compatible with those principles, is set for a study of the theories developed by publicists patriotic about the legal nature that they should be assigned. Among the major theories that attempt to explain the nature of the legal rules issued by agencies stand out deslegalização thesis, the thesis of the nature and regulatory infrastructure, regulatory nature of the thesis, the latter being the best that can justify the legal nature of standards issued agencies, to give them the nature of regulations, adapting them to the legal constitutional patriotism.

Key words: Regulatory Agencies. Normative Power. Legal Nature. Legality. Separation of Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR	11
2.1 O ESTADO LIBERAL.....	11
2.2 O ESTADO SOCIAL	14
2.3 O ESTADO REGULADOR.....	17
2.4 SURGIMENTO DO ESTADO REGULADOR NO BRASIL.....	20
3 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	24
3.1 O PARADIGMA NORTE-AMERICANO	24
3.2 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	27
3.3 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	30
3.3.1 Regime Autárquico Especial	31
3.3.2 Autonomia Político-Administrativa.....	33
3.3.3 Autonomia Econômico-Financeira	36
3.4 FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	37
3.4.1 Função Executiva.....	38
3.4.2 Função Judicial.....	39
3.4.3 Função Normativa	40
4 COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	41
4.1 FUNÇÃO NORMATIVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	42
4.1.2 Princípio da Legalidade	42
4.1.3 Princípio da Separação de Poderes.....	44
4.2 TESE DA DESLEGALIZAÇÃO	45
4.3 TESE DA NATUREZA INFRA-REGULAMENTAR.....	50
4.4 TESE DA NATUREZA REGULAMENTAR	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Diante da mudança ocorrida no início da década de 90 em relação à postura do Estado enquanto ente atuante no domínio econômico, que de Estado empresário e prestador direto de serviços públicos e executor de atividades econômicas passou a um Estado fiscalizador e regulador da prestação de serviços e da realização de atividades econômicas pelos particulares, é que as agências reguladoras foram introduzidas no cenário jurídico-econômico nacional.

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial, integrantes da Administração indireta, instituídas por lei e dotadas de amplo grau de autonomia e independência frente à Administração centralizada. Seu objetivo primordial é promover a regulação de determinados setores econômicos que, com o movimento de desestatização e privatização foram transferidos do setor público para a iniciativa privada.

Com a finalidade de assegurar a tais órgãos reguladores o fiel desempenho de suas funções foi atribuído às agências um regime especial, que se caracteriza principalmente por um elevado grau de independência frente à Administração Direta e pela concentração de funções que se assemelham às funções estatais típicas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

De extrema necessidade no atual contexto jurídico-econômico, a regulamentação setorial realizada pelas agências reguladoras tem sua importância reconhecida de forma unânime pela doutrina administrativista brasileira. No entanto, o que atormenta os publicistas pátrios, e tema do presente estudo, é a fundamentação que se procura atribuir a tal poder normativo, com vistas a adequá-lo à atual sistemática constitucional, mais especificamente em relação aos princípios da Legalidade e da Separação de Poderes.

Em termos acadêmicos faz-se necessário um amplo debate desta característica das agências em virtude de sua importância tanto para o Direito Administrativo quanto para o Direito Constitucional. Assim é que, uma vez definida a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras, terá fim grande celeuma que atormenta os publicistas pátrios que, se por um lado são unânimes em aceitar a existência e necessidade de tal poder, divergem ferrenhamente quanto à fundamentação utilizada para adequá-lo ao sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Em nível de sociedade torna-se imperioso promover um maior debate e aprofundamento sobre a edição de normas por agências reguladoras, vez que tais normas possuem caráter geral e abstrato, abrangendo assim, grande parcela da população, que é

consumidora ou usuária de inúmeros serviços prestados por particulares e regulados por tais entes.

Nesse contexto é que o presente trabalho tem por principal objetivo analisar as principais teorias acerca da natureza jurídica das normas expedidas pelas agências no desempenho de sua função regulatória.

Para tanto, se fará uma análise das principais formas de atuação do Estado no domínio econômico, iniciando-se pelo Estado Liberal, passando pelo Estado Social até se chegar ao Estado Regulador, que possui como corolário as agências reguladoras. Aqui se demonstrará o contexto histórico em que essa forma de intervenção estatal na economia foi adotada no Brasil.

Em seguida, será feito um breve estudo acerca das agências reguladoras norte-americanas que serviram de paradigma para a criação dos órgãos reguladores brasileiros. Após, será feita uma análise das principais características das agências nacionais, destacando-se o regime autárquico especial; a autonomia político-administrativa; a autonomia econômico-financeira e a concentração de funções: executiva, decisória e normativa.

Por fim se analisará a atribuição de competência normativa às agências reguladoras à luz dos Princípios constitucionais da Legalidade e da Separação de Poderes, para posteriormente se analisar as principais teses que buscam justificar a natureza jurídica das normas por elas expedidas, onde serão abordadas as tese da deslegalização; a tese da natureza infra-regulamentar e a tese da natureza regulamentar.

Ainda torna-se imperioso esclarecer que a presente pesquisa que será realizada sobre o poder normativo das agências reguladoras procurará descrever de maneira didática o tema em questão.

Para tanto será utilizado método de abordagem, utilizar-se-á o método dedutivo, uma vez que partirá de verdades gerais para se chegar a soluções concretas. Quanto à técnica de pesquisa adotar-se-á a documentação indireta, com a pesquisa bibliográfica como forma de apreender as diferentes concepções acerca do tema em análise. Assim, foi feita uma análise das legislações que regulamentam as agências reguladoras, para posteriormente aferir a constitucionalidade do seu poder normativo frente aos princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, utilizando-se para tanto dos métodos de procedimento histórico e monográfico.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR

A denominação Estado emergiu do latim "*Status*" e significa "modo de estar, situação, condição"¹. Várias teorias surgiram procurando explicar a sua origem, algumas considerando que o Estado surgiu paralelamente ao desenvolvimento da escrita e da agricultura, quando foi possível a acumulação de bens pelos homens; outras consideram que o Estado surgiu na Grécia, através das "pólis", cidades gregas autônomas, que constituíram, ainda que de forma precária, sua organização política. No entanto, segundo Celso Ribeiro Bastos².

Todavia, três aspectos devem ser sempre considerados quando se estuda a origem do Estado; são eles: a) o aspecto sociológico que diz respeito a verificação dos elementos constitutivos primitivos da sociedade política criada pelo homem; b) o aspecto histórico que encara o estado como um fator social em permanente evolução, é dizer, como um produto social decorrente da própria evolução da sociedade; c) os aspectos doutrinários que analisam o Estado do ponto de vista filosófico.

Segundo o Dicionário Aurélio³ a palavra Estado designa o "conjunto das instituições (governo, forças armadas, funcionalismo público etc.) que controlam e administram uma nação"; "país soberano, com estrutura própria e politicamente organizado".

A despeito do seu surgimento, é fato que o Estado, enquanto conjunto de instituições que controlam e administram uma nação, passou por várias etapas de evolução até chegar ao seu atual modelo. Não tendo a intenção de traçarmos uma linha histórica que remonte às primeiras formas de organização humana ou mesmo definir o surgimento histórico da palavra Estado, o que foge ao âmbito do presente trabalho, tentaremos demonstrar, neste capítulo, de maneira sucinta, as várias formas pelas quais o Estado interveio no domínio econômico.

2.1 O ESTADO LIBERAL

1 ESTADO. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado>> Acesso em: 28 jan 2011.

2 BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.49.

3 FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio eletrônico*. versão 5.12, Positivo Informática LTDA, 2004.

No denominado Estado absolutista, o governo consistia em um monopólio pessoal de um único indivíduo: o rei, que reunia em sua pessoa todos os poderes, ditando as regras e comando aos seus súditos. Assim, segundo Norbert Elias *apud* Eros Roberto Grau⁴:

O monopólio das armas e do poder militar passou de todo o Estado nobre para as mãos de único membro, o príncipe ou rei que, apoiado na renda tributária de toda a região, podia manter o maior exército.

Com o advento da Revolução Francesa em 1789 e a queda da monarquia, teve surgimento o Estado de Direito, amparado pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, onde o poder do rei foi transferido ao Estado, operando-se segundo Eros Roberto Grau⁵ “a transformação dos monopólios pessoais em monopólios públicos”. Em virtude dessa transferência de poder, sentiu-se a necessidade de um “novo” Estado, contido por si mesmo e tendo sua constituição legitimada pela representatividade da população. Esta transformação do Estado Absolutista em Estado de Direito é bem sintetizada pelo Prof. Leonardo Vizeu⁶,

Após a derrocada do Estado Absolutista, marcada, notadamente, pela Revolução Francesa (1789), o movimento de reengenharia estatal adotou um novo modelo para se garantir a constituição e a contenção da autoridade política do Estado, a representatividade da população, bem como, *a posteriori*, justiça distributiva e pluralismo social.

No campo econômico, esse novo modelo de Estado ficou conhecido como Estado Liberal, uma vez que se pautou por uma postura absenteísta, totalmente influenciada pela doutrina de Adam Smith, que acreditava existir uma ordem natural, na qual o Estado não deveria interferir de maneira alguma, sob pena de promover o seu desequilíbrio. Nesse sentido, João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷, ao explicar o surgimento da economia como uma nova disciplina das condutas humanas, sujeita à atuação direcionadora do Estado, afirma que:

O pensamento clássico do século XIX era voltado para a concepção do fenômeno econômico como um sistema fechado de relações que se realizavam espontaneamente no mercado. Não se admitia que o Estado emanasse leis para direcionar a atividade econômica.

4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.16.

5 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.17.

6 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *A evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras*. In Revista da AGU, 2007, p.1.

7 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.22.

Para justificar a não intervenção do Estado no domínio econômico, Adam Smith previa a existência de uma “mão invisível” do mercado. Para o citado autor, à medida que cada indivíduo lutasse pela realização dos seus interesses particulares, indiretamente estaria a realizar também os interesses da sociedade, que atingiria, assim, o desenvolvimento sem a necessidade de qualquer tipo de intervenção estatal. Assim dizia Adam Smith⁸:

Na, verdade, ele não pretende, normalmente, promover o bem público, nem sabe até que ponto o está a fazer. Ao preferir apoiar a indústria interna em vez da externa, só está a pensar na sua própria segurança; e, ao dirigir essa indústria de modo que a sua produção adquira o máximo de valor, está a pensar no seu próprio ganho, e, neste como em muitos outros casos, está a ser guiado por uma mão invisível a atingir um fim que não fazia parte de suas intenções [...]

Esta época da economia onde o mercado rege-se por si mesmo, obedecendo as suas próprias leis, sem qualquer atuação direcionadora por parte do Estado ficou conhecida como capitalismo puro e pautava-se nos seguintes princípios: defesa da propriedade privada; mínima participação do Estado nos assuntos econômicos da nação; igualdade perante a lei (estado de direito).

Pautado nos princípios acima citados, o Estado Liberal não conseguiu alcançar todos os seus objetivos como previam seus idealizadores, pelo contrário, acentuou cada vez mais as desigualdades sociais e econômicas. Sobre as consequências do Liberalismo afirma Di Pietro⁹:

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Em relação ao Estado de Direito, que assegurava a todos a igualdade perante a lei, este se viu também enfraquecido, pois a tão difundida igualdade existia apenas no plano formal, não chegando a se concretizar. Sobre a igualdade no Estado de Direito Eros Roberto Grau¹⁰ afirma que:

8 Adam Smith *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.23.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. p.18.

10 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.22.

A igualdade, de outra parte alcançava concreção exclusivamente no nível formal. Cuidava-se de uma igualdade [...] no bojo da qual havia – como há – os “iguais” e os “mais iguais”. O próprio enunciado do princípio – “todos são iguais perante a lei” – nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais.

Diante de tais dificuldades, quer no plano econômico quer no plano social, o Estado Liberal cedeu espaço ao surgimento do Estado Social.

2.2 O ESTADO SOCIAL

Com o descrédito no princípio da auto-regulação dos mercados, que quase eliminou a concorrência e aumentou as desigualdades sociais, fruto do desenvolvimento desenfreado proporcionado pela Revolução Industrial, pode-se afirmar que o apogeu da crise que assolou o sistema econômico liberal foi a ocorrência da 1ª Guerra Mundial. Após o grande confronto a maioria dos países viu sua economia entrar em crise. Nesse contexto merece destaque o surgimento das denominadas Constituições Sociais: a Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, que “*surgiram a partir do momento em que o Estado passou a normatizar o conflito entre o capital e o trabalho*”.¹¹

Como consequência da 1ª Grande Guerra restou uma Europa materialmente devastada que necessitava ser reconstruída e os Estados Unidos, símbolo maior do modelo liberal, viu-se frente a Grande Depressão de 1929, momento no qual passou a admitir a necessidade de alguma intervenção do Estado na economia.

César Augusto Silva da Silva¹² analisando o surgimento da intervenção estatal no domínio econômico através da ordem constitucional, afirma que:

Tal modalidade de constitucionalismo econômico já era uma orientação mais prática, não só defendendo o indivíduo contra o poder arbitrário do Estado, na melhor tradição do liberalismo político, mas introduzindo regras mínimas a serem obedecidas para o alcance de uma melhor qualidade de vida e de uma sociedade mais justa, tendo em vista a sociedade econômica.

11 SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.72.

12 SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72.

Ainda sobre essa etapa inicial da interferência estatal no domínio econômico, assevera Marçal Justen Filho¹³:

Numa etapa inicial, a regulação se caracterizou como a intervenção estatal destinada exclusivamente a suprir as deficiências e as insuficiências do mercado. A regulação estatal se torna necessária (e legítima) quando não há condições de funcionamento satisfatório (eficiente) do mercado, o que se passa essencialmente nos casos de ausência de concorrência perfeita.

Foi nesse contexto, pós Primeira Guerra Mundial, que teve surgimento o denominado Estado Social, que pode ser definido como um modelo de Estado que tem por objetivo garantir condições mínimas de alimentação, saúde, habitação, educação, que devem ser assegurados a todos os cidadãos não como benesse estatal, mas como direito político inerente ao ser-cidadão. Esse novo modelo estatal consolidou-se após a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado passou a exercer sua influência sobre quase todos os campos que, no liberalismo, pertenciam à iniciativa privada. Sobre a importância do Estado Social, afirma Di Pietro¹⁴:

Consolida-se após a Segunda Guerra Mundial, O Estado Social, também chamado Estado do Bem Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. [...]. Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

A despeito dessa mudança na maneira de atuar do Estado, que passou de mero espectador da ordem econômica no liberalismo, para agente econômico ativo no Estado Social, não se pode considerar que tais mudanças puseram fim ao sistema capitalista, pelo contrário, o que houve foi o seu fortalecimento. No entanto, os capitalistas agora admitiam que o mercado não podia se auto-regular, admitindo conseqüentemente a necessidade de intervenção estatal na economia. Eros Roberto Grau¹⁵, ao se referir ao novo papel do Estado, que atuaria como agente de implementação de políticas públicas afirma que:

Essa atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva 2009. p. 578.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 18.

15 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.45.

O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime.

Di Pietro¹⁶ ao afirmar que, ligada à noção de Estado Social de Direito está a idéia de prestação de serviços à população pelo Estado, conclui que este ampliou desmesuradamente o rol de suas atribuições. Tais atribuições seriam: a prestação de serviços públicos, que exigiram do Estado uma ampliação no número de empresas estatais; as atividades de natureza econômica, que o Estado passou também a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico e por último há ainda aquelas atividades que o Estado deixou por conta da iniciativa privada, limitando-se a fomentá-las por considerá-las de interesse para a coletividade.

Pode-se resumir a atuação do Estado Social na economia como uma força que veio para corrigir os desvios ou falhas do mercado, assegurando a livre concorrência; no campo social o Estado-Providência proporcionou uma grande absorção da mão de obra disponível, e conseqüentemente uma melhoria na qualidade de vida da população, garantindo também acesso à saúde, alimentação, educação, dentre outros. Concluindo, seria indispensável o papel do Estado no controle das crises econômicas e no incentivo à criação de uma estrutura de trabalho e de segurança social.

Essa fase do Estado-Providência ou Estado Social, que teve seu apogeu no período compreendido entre o final da 2ª Guerra Mundial e o início dos anos 70 ficou conhecido como “Anos de Ouro” do capitalismo e começou a ser seriamente questionada a partir do início dos anos 70, em virtude da crise econômica mundial, agravada pela crise do Petróleo, pela necessidade norte-americana de financiar suas dívidas e pelas dificuldades enfrentadas pelos países periféricos que se encontravam mergulhados na dívida externa e nos problemas sociais.¹⁷

No campo social o Estado-Providência mostrou-se ineficiente na prestação dos serviços públicos, pois em virtude do aumento excessivo de funções que lhe foram conferidas houve, conseqüentemente, uma burocratização da forma de prestação de tais serviços.

Some-se a isso tudo o fato de que o Direito passou a ser utilizado como um meio de ação pelo qual o Estado executa suas tarefas, considerando-se a grande quantidade de decretos, regulamentos e medidas provisórias editadas no referido período pelo Poder Executivo, que agora atuava em todos os setores: jurídico, econômico e social, colocando em

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 19.

17 SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31.

risco as liberdades individuais e a limitação do poder estatal, que constituíam a base do liberalismo.

Com isso, o Estado, ao mesmo tempo em que foi chamado a agir nos campos social e econômico, para assegurar a justiça social, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada, com a agravante de não alcançar a realização do objetivo inerente ao Estado Social de Direito, de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade ¹⁸. (grifo nosso)

Assim, em virtude dessa crise instalada no seio do Estado Providência que a partir dos anos 70 se mostrou ineficiente tanto no campo econômico quanto no social, começaram a surgir novas vozes clamando por uma diminuição da intervenção estatal no domínio econômico. Era a doutrina neoliberal que, retomando alguns dos ensinamentos de Adam Smith acreditavam que o mercado é um organismo que por si só ordena todo o sistema social, defendendo assim uma restrição da atuação estatal no setor econômico.

2.3 O ESTADO REGULADOR

O neoliberalismo tem como principal característica a diminuição da intervenção estatal no domínio econômico, afirmando que o Estado possui como única função garantir, através de toda a sua estrutura, a existência do livre mercado.

As idéias neoliberais ganharam maior destaque no cenário mundial no início dos anos 80, com as eleições de Margaret Thatcher e Ronald Reagan para governar a Inglaterra e os Estados Unidos, respectivamente. O governo da Dama de Ferro, como era conhecida Margaret Thatcher, foi marcado pela elevação das taxas de juros, pela realização de uma reforma tributária que baixou os impostos sobre grandes rendimentos e ampliou o crédito para os agentes econômicos privados e principalmente, pela desregulamentação da economia e adoção de um amplo programa de privatizações (nos setores de habitação pública e indústrias básicas, como aço, eletricidade, petróleo, gás e água). Seguindo as mesmas premissas de Thatcher, Ronald Reagan, em sua administração, tinha como principais metas a diminuição dos gastos públicos, a redução do imposto de renda sobre pessoa física combinada com o

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 23.

aumento de incentivos fiscais para investimentos privados, o estabelecimento de uma política monetária antiinflacionária e principalmente, a desregulamentação da economia. Sobre as principais idéias neoliberais e a importância dos citados governos para a sua implementação escreve César Augusto da Silva e Silva¹⁹:

Baseado nos argumentos de que o intervencionismo estatal é antiprodutivo, não só por provocar uma crise fiscal do Estado e uma revolta dos contribuintes, mas sobretudo porque desestimula o capital a investir, não deixando margem para o natural acúmulo de capital para tal, e os trabalhadores a trabalhar; o neoliberalismo impõe medidas governamentais eficazes, consubstanciadas nos governos Margaret Thatcher e Ronald Reagan.

A despeito dos pontos de convergência em relação a alguns temas, os neoliberais se diferenciam da escola liberal clássica representada, principalmente, por Adam Smith, que pregava a separação absoluta entre o mercado e o Estado, sem permitir qualquer intervenção deste naquele, pelo fato de que os neoliberais reclamam uma intervenção do Estado no sentido de garantir o bom funcionamento da vida econômica, atuando, por exemplo, contra a formação de cartéis e trustes, visando à manutenção da livre concorrência.

Nesse sentido, as funções atribuídas ao Estado Liberal pelos clássicos ingleses eram apenas manter a segurança e o livre arbítrio. Já no neoliberalismo foi atribuída ao Estado a função de liberar todos os obstáculos opostos ao livre funcionamento do mecanismo de preços. Uma vez conseguida tal liberação, a atuação do Estado se reduziria a fiscalização do mercado econômico, com a finalidade de evitar o fim da concorrência e o surgimento de monopólios indesejáveis, como ocorreu no passado.²⁰

Nesse contexto surge o Estado Regulador que, longe da idéia de incompatibilidade entre interesses públicos e atividade privada, busca conciliar tais conceitos e é caracterizado principalmente por uma atuação indireta no domínio econômico, ou seja, o Estado, que antes exercia as atividades econômicas diretamente (Estado-Empresário), restringindo a participação privada, agora passa a exercer tais atividades apenas em caráter subsidiário, remetendo-as aos particulares. No entanto, longe de se transformar em um Estado mínimo, como preconizado pela escola liberal clássica, o Estado ampliou o seu papel, regulando e fiscalizando tanto o exercício de atividades econômicas quanto a prestação de serviços públicos pelos particulares.

19 SILVA, César Augusto Silva da. O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 106.

20 SILVA, César Augusto Silva da. O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 86/87.

Pode-se afirmar que o Estado Regulador teve seus princípios basilares definidos no Consenso de Washington, sendo a principal idéia dessa nova forma de intervenção estatal a retirada do Estado da atuação direta na economia e o fortalecimento de sua atuação como ente regulador, atuando indiretamente no domínio econômico.

Neste contexto, surgem enfim o Estado Democrático de Direito e o *neoliberalismo de regulação*. Aquele procura destruir as bases constitucionais de governos autoritários, e este, por sua vez, visa concentrar as ações do Estado na economia através da intervenção indireta (normas) e intermediária (Agências de Regulação).²¹

Essa diminuição da atuação direta do Estado no domínio econômico ocorreu principalmente por duas formas: a privatização e a desregulamentação. Por privatização entende-se a transferência do controle de empresas estatais para o setor privado. Já a desregulamentação é a eliminação de regras existentes no ordenamento jurídico tendentes a limitar a atuação de particulares no domínio econômico. Ambas, privatização e desregulamentação integram um conceito mais amplo, qual seja, a desestatização, elemento imprescindível à configuração do Estado-Regulador. No mesmo sentido, Lais Calil²² afirma que.

O processo de transformação pelo qual passou o Estado culminou, nos dias atuais, com a adoção do chamado “modelo regulatório” de Administração (sendo as agências um dos seus principais sustentáculos). A adoção do referido modelo coincide com os fenômenos da privatização e desregulamentação (ou desregulação) econômica no plano interno dos países.

Assim, nesse novo modelo de intervenção estatal caberá à iniciativa privada a exploração direta das atividades econômicas, sendo funções do Estado-Regulador a fiscalização, o incentivo e o planejamento da atividade econômica.

Do exposto até o momento pode-se concluir, em apertada síntese, que ao longo da história o Estado assumiu três posições em relação à intervenção no domínio econômico: de início era mero espectador da atuação dos particulares (Estado Liberal), posteriormente passou a ser o principal sujeito da seara econômica (Estado Social) e por fim assume a postura de regulador do desempenho de atividades econômicas e da prestação de serviços públicos por particulares (Estado Regulador).

21 CLARCK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. *O surgimento do estado regulador*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/giovani_clark-1.pdf. p.13.
22 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: Lumen Júris, 2006. p.114.

2.4 SURGIMENTO DO ESTADO REGULADOR NO BRASIL

No Brasil a trajetória das formas de intervenção estatal no domínio econômico não foi diferente do acima mencionado, senão vejamos.

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824 e conhecida como Constituição Imperial foi elaborada sob o influxo de idéias liberais, segundo as quais o Estado deve se auto-limitar e garantir a liberdade da pessoa humana, tendo adotado no campo econômico a doutrina liberal de Adam Smith. No mesmo sentido, a Constituição de 1891 manteve-se fiel a doutrina liberal, no que diz respeito à atuação estatal na ordem econômica, consagrando a idéia de que “não era tarefa do Estado conduzir a economia através de leis”.²³

A Constituição de 1934, influenciada principalmente pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919 foi a primeira constituição brasileira a possuir um título destinado a tratar da “Ordem Econômica e Social”. Agora o Estado passa a ter a obrigação de direcionar a economia através de leis, buscando alcançar a concreção de direitos sociais. Nesse diapasão percebe-se claramente a mudança de orientação em relação às constituições anteriores, onde prevalecia a liberdade individual. Por fim, merece registro o fato de que apesar dessa mudança advinda com a Constituição de 1934 “a liberdade econômica foi garantida, ou seja, o liberalismo é mantido, com as restrições que lhe são pré-traçadas”.²⁴

A Constituição brasileira de 1937 seguiu as mesmas premissas estabelecidas na Constituição de 1934 em relação à atuação estatal no domínio econômico.

A Constituição de 1946, elaborada após o fim da Primeira Guerra Mundial e do período ditatorial em que o país foi submergido, teve como ponto principal a organização de um regime democrático, fundado em três elementos principais: o político, o econômico e o social.

O alicerce daquela Constituição é todo ele neoliberal. Esta expressão vem significar que, aceitos os princípios básicos do liberalismo político e econômico, são eles moldados pelas novas conquistas sociais e informados pela nova postura do Estado perante o fenômeno econômico²⁵.

23 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.66.

24 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.76.

25 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.79.

No campo econômico caberia à União a intervenção, sendo atribuída a possibilidade de monopolizar determinadas indústrias ou atividades objetivando sempre garantir o interesse público e não violar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, segundo disposto no art. 146 da Carta Política de 1946.

A Constituição de 1967, votada sob pressão do Ato Institucional nº4 de 1966 trouxe em seu bojo a idéia da segurança nacional, prevista expressamente no art. 89 daquela Carta e amplamente difundida pelos militares que tomaram o poder através da Revolução Militar de 1964. No campo econômico, o Estado assumiu a obrigação de promover o desenvolvimento nacional, atuando diretamente no domínio econômico. Nesse período o Estado pode ser caracterizado como Estado-empresário, uma vez que houve a criação de inúmeras empresas estatais para atuar em diversos setores como a produção de energia elétrica, do aço, indústria petroquímica, abertura de rodovias dentre outros.

A Constituição brasileira de 1988 é considerada uma antítese ao sistema constitucional anterior seja no aspecto social, fator pelo qual ficou conhecida como Constituição Cidadã, seja no aspecto econômico, onde instituiu um novo papel a ser desempenhado pelo Estado.

No aspecto econômico a Constituição definiu bem como se dará a atuação do Estado: em regra atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, através da fiscalização, incentivo e planejamento e somente explorará atividades econômicas diretamente de maneira excepcional (arts.173 e 174 da CF/88).

Percebe-se assim que o legislador constituinte deixou clara a sua intenção de afastar o Estado da atuação direta no âmbito da economia e conseqüentemente diminuir sua participação como acionista em diversas empresas, utilizando-se para tanto do argumento da ineficiência e da burocracia existentes no seio das grandes empresas estatais. Tal idéia começou a ser posta em prática a partir da edição da Medida Provisória nº. 155-90, que foi convertida na Lei nº. 8.031/90 e instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND).

Dentre os principais objetivos do PND pode-se citar a abertura da economia ao comércio e aos investimentos estrangeiros, e a busca de uma redefinição do papel desempenhado pelo Estado, reduzindo seu tamanho através da restrição à sua atuação direta na economia. Ademais, o PND objetivava também a redução da dívida pública interna e externa e a modernização da infra-estrutura produtiva (o que ocorreria com a retomada de investimentos nas empresas que retornassem à iniciativa privada).

O grande instrumento utilizado na consecução dos objetivos traçados no PND foi a privatização²⁶ prevista no art. 2º da Lei 8.031/90, que consistiria na alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

Assim, percebe-se que nessa primeira fase da desestatização da economia brasileira, a retirada do Estado da exploração de atividades econômicas ocorreu através da redução do seu papel como acionista de grandes empresas estatais, transferindo tal controle aos particulares. Entretanto, com o advento da Lei nº 8.987/95 que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal, trazendo novas regras sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos, em 1997 foi editada a Lei nº. 9.491 que alterou os procedimentos relativos ao PND e incluiu no rol de atividades passíveis de desestatização a prestação de serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização (art. 2º, III).

Faz-se necessário ainda ressaltar, nesse momento, as diversas alterações ocorridas na ordem constitucional brasileira, através das denominadas emendas à Constituição, previstas no art. 60 da Carta Magna. Dentre as principais emendas constitucionais ocorridas nesse período foram de suma importância para o PND as emendas de número 6, 7, 8 e 9 que, juntas, configuraram um grande pacote econômico²⁷ de abertura da economia nacional ao capital privado, mais notadamente ao capital privado estrangeiro.

A Emenda Constitucional nº. 6/95 alterou o inciso IX do artigo 170, o artigo 171 e o parágrafo 1º do artigo 176 da Constituição Federal, modificando o conceito de empresa brasileira, que passou a ser definida como aquela que tenha sua sede e administração no território nacional, independente da origem do capital, pondo fim a diferenciação existente entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, facilitando assim a entrada de empresas de capital estrangeiro no Brasil. A Emenda Constitucional nº. 7/95 alterou o art. 178 da CF/88 dispondo sobre a navegação interior e de cabotagem, pondo fim à restrição a navios estrangeiros de percorrer os rios e lagos brasileiros, facilitando sobremaneira o escoamento de mercadorias do território nacional para o exterior.

A Emenda Constitucional nº.8/95 deu nova redação ao inciso XI e à alínea “a” do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal, prevendo a possibilidade de que, mediante autorização concessão ou permissão, empresas particulares prestem serviços de telecomunicações no território nacional, permitindo que tais serviços possam ser privatizados.

26 Sobre a diferença entre desestatização, desregulamentação e privatização ver AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado Contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996. p. 43-47.

27 SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.141.

Por fim, a Emenda Constitucional n.º. 9/95 alterou a redação do parágrafo 1º do art. 177 da CF/88 e lhe acrescentou um 2º parágrafo. A reforma e inserção de tais dispositivos no texto constitucional permitiu a flexibilização do monopólio estatal do petróleo facultando-se a contratação de empresas privadas para realizar as atividades que vinham sendo desenvolvidas exclusivamente pela Petrobrás²⁸.

Nesse contexto, avulta a importância das agências reguladoras, órgãos criados com o objetivo de regular a prestação de serviços públicos ou o desenvolvimento de atividades econômicas por operadores privados e que serão objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo.

28 Segundo Eros Roberto Grau a referida emenda viabilizou também a possibilidade de privatização da própria Petrobrás In: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 291.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O presente capítulo tem por objetivo analisar de forma detalhada as principais características e funções atribuídas às agências reguladoras. Para tanto se fará, inicialmente um breve estudo sobre as agências reguladoras norte-americanas que, sem sombra de dúvidas serviram de paradigma para a criação de tais institutos no Brasil. Após será feita uma análise das principais mudanças ocorridas no ordenamento jurídico-constitucional pátrio e que permitiram a criação de tais entes para regular as atividades desenvolvidas por particulares.

3.1 O PARADIGMA NORTE-AMERICANO

As primeiras agências reguladoras de que se tem notícia são a *Interstate Commerce Commission (ICC)*, a *Federal Trade Commission (FTC)* e a *Federal Radio Commission (FRC)* criadas nos Estados Unidos em 1887, 1914 e 1926, respectivamente. A *ICC* foi criada para regular as atividades relacionadas ao setor de transporte ferroviário; a *FTC* tem por escopo defender o consumidor e a manutenção da livre concorrência e a *FRC* foi criada para regular as atividades de radiodifusão.²⁹

A importância da criação das citadas agências é bem sintetizada por Gustavo Binenbojm³⁰ ao afirmar que

Embora a atividade regulatória das agências de então fosse mínima, sua atuação serviu para lançar as sementes da relativização das duas categorias básicas do capitalismo liberal: o direito de propriedade e a liberdade contratual, tidos ainda como direitos individuais quase absolutos.

Nesse mesmo sentido, Joaquim B. Barbosa Gomes³¹, após discorrer sobre as mudanças sociais e econômicas decorrentes das revoluções industrial e tecnológica e sobre o

29 BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.90.

30 Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.91.

31 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 22.

impacto que tais mudanças produziram na maneira como era concebida a atuação estatal no campo econômico conclui que:

É, pois, nesse contexto de irreprimível necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista que nasce a idéia de regulação como indeclinável função governamental, pelo menos naquele que é visto como o seu berço histórico, isto é, os Estados Unidos da América.

Não obstante terem surgido nas últimas décadas do século XIX, as agências reguladoras norte-americanas vieram se concretizar como estruturas integrantes da Administração Pública daquele país após a Grande Depressão dos anos 30 em que os Estados Unidos se viram mergulhados.

Com a crise do Estado Liberal, baseado nas idéias de Adam Smith da auto-regulação do mercado e do absentéismo estatal no campo econômico, surgiu nos Estados Unidos da América a doutrina do *New Deal* implementada pelo presidente Franklin Delano Roosevelt. O *New Deal* pode ser definido como uma série de programas realizados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana e assistir aos prejudicados pela Grande Depressão³².

Foi nesse momento, em que se constatou a necessidade de uma maior intervenção do estado no domínio econômico, que as agências reguladoras se consolidaram no quadro administrativo norte-americano.

Contudo, foi no período do “New Deal”, isto é, um período de profunda crise econômica desencadeada pela Grande Depressão dos anos 30, à qual se somou a crise intitucional que opôs a Presidência à Suprema Corte, que as agências tiveram sua consagração jurídica definitiva.³³

Do exposto conclui-se que as agências reguladoras foram criadas/consolidadas nos Estados Unidos da América com o claro objetivo de proporcionar ao Estado a possibilidade de intervir no setor econômico, mitigando certos dogmas instituídos pelo liberalismo puro, dentre os quais pode-se citar o direito de propriedade e a liberdade contratual, até então considerados direitos absolutos. Essa “revisão do capitalismo liberal”³⁴ e a consequente proliferação das agências reguladoras norte-americanas visava, em última análise, estabilizar

32 NEW DEAL. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/New_Deal>. Acesso em: 15 abr. 2011.

33 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 44.

34 BINEMBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.91.

a economia e proteger a população mais carente das diversas mudanças ocorridas na economia em virtude da falta de regulação para o mercado.

Analisado o surgimento de tais entes reguladores, faz-se necessário um breve estudo das principais características das agências reguladoras norte-americanas e das principais funções que lhes foram atribuídas.

Dentre as principais características atribuídas às agências reguladoras norte-americanas pode-se citar o caráter de entidade administrativa autônoma e descentralizada e a estabilidade funcional dos seus diretores³⁵.

Em relação à autonomia e a descentralização pode-se afirmar que ambas constituem uma forma de manter a agência livre de ingerências políticas do poder Executivo, o que será apenas ratificado pela segunda característica, qual seja, a estabilidade funcional dos seus diretores. Tal estabilidade decorre do fato de que os diretores das agências reguladoras norte-americanas são nomeados, para cumprir um mandato fixo, pelo chefe do Executivo, após aprovação do Senado, só podendo ser demitidos em caso de falta grave.

As funções atribuídas às agências norte-americanas são bem sintetizadas por Joaquim B. Barbosa Gomes³⁶ ao afirmar que “*na prática, as agências “imitam” as atividades dos três Poderes tradicionais*”. Assim, são atribuídas às agências reguladoras norte-americanas funções quase-executivas, quase-legislativas e quase-judiciais³⁷, dentro dos limites impostos constitucionalmente.

A função executiva é típica da própria estrutura da qual fazem parte, ou seja da Administração Pública, e de maneira bem sintética, resume-se a executar as leis votadas pelo legislativo e a comandar as atividades governamentais.

A função quase-normativa ou *rulemaking* no direito norte-americano, é realizada pelas agências reguladoras quando editam normas com força de lei para regulamentar as atividades desenvolvidas pelos particulares no âmbito de atuação do ente regulador.

Por fim, a função quase-judicial é desempenhada pelas agências no momento em que decidem controvérsias entre os agentes econômicos que atuam no setor por elas regulado e entre tais agentes e os consumidores dos serviços prestados. Em relação à função quase-

35 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agencias Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 27.

36 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agencias Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 35.

37 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agencias Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 35.

judicial desempenhada pelas agências norte-americanas Joaquim B. Barbosa Gomes³⁸ cita o surgimento da figura dos juizes administrativos, que segundo o referido autor seriam “*agentes estatais qualificados, aos quais a lei atribui função jurisdicional no âmbito das agências*”.

Uma vez traçadas as linha gerais acerca do surgimento das agências reguladoras norte-americanas (*independent regulatory commission*) e delineadas as suas principais características, é imperioso analisar a forma como tais institutos foram importados para o Brasil, servindo de paradigma para a criação das autarquias sob regime especial introduzidas no ordenamento juridico brasileiro a partir de 1990.

3.2 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O Brasil teve seu apogeu como Estado-empresário no período compreendido entre 1964 e 1980, onde, como dito acima, o Estado brasileiro, baseado na idéia de segurança nacional, atuava diretamente no campo econômico através da criação de inúmeras empresas estatais para a prestação de serviços públicos e o desenvolvimento de atividades econômicas. Demonstrando o agigantamento do Estado-empresário brasileiro, Luis Roberto Barroso³⁹:

Curiosa e paradoxalmente, o avanço e o agigantamento do Estado Econômico brasileiro se deram a partir da década de 1960, sobretudo após o movimento militar de 1964, e ao longo de toda a década de 1970, quando foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás etc. Foi a era das empresas brás.

Tal modelo de Estado, entretanto, foi insuficiente para atender às demandas da sociedade como um todo, seja no aspecto econômico, seja no aspecto social. No limiar do século XXI o Estado brasileiro mostrava-se demasiadamente grande, com sua eficiência

38 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agencias Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.38.

39 BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.61.

limitada pela burocracia, era “*um estado da direita, do atraso social, da concentração da renda*”⁴⁰.

Foi a partir da constatação da ineficiência do Estado-empresário brasileiro e principalmente, da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que o Estado teve o seu papel no campo econômico redefinido.

Com efeito, se a Constituição Federal de 1967-1969 em seu artigo 170 dispunha que a atividade estatal era supletiva da atividade privada, o que termina por permitir uma maior intervenção direta do Estado no domínio econômico, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 173, estabeleceu que a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Mais adiante, no artigo 174 a CF/88 estabelece que ao Estado caberá o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Arelada a essa alteração da ordem constitucional brasileira está a política de desestatização que teve sua implementação iniciada nos anos 1990, no governo do Presidente da República Fernando Collor de Melo, o qual editou a Lei nº. 8.031/90, mais conhecida como Programa Nacional de Desestatização, que tinha por principal objetivo reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público (art. 1º, I da Lei nº.8.031/90).

Posteriormente, tal lei foi revogada pela Lei nº. 9.491/97, editada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, e que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização e revogou a Lei nº.8.031/90. Dentre as principais alterações destaca-se a inclusão das instituições financeiras como objeto de desestatização.⁴¹

Foi ainda no governo do sociólogo Fernando Henrique Cardoso que foram editadas as emendas constitucionais de nº. 5, 6, 7, 8, e 9, todas no ano de 1995 e que produziram profundas alterações na estrutura jurídico-econômica do estado brasileiro. Tais emendas tiveram por principal objetivo promover a extinção de determinadas restrições ao capital

40 BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 62.

41 Em seu art. 2º, inciso I, a Lei nº. 9.491/97 dispõe que poderão ser objeto de desestatização, as empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo.

estrangeiro e promover uma maior flexibilização dos monopólios estatais⁴², procurando tornar o mercado brasileiro mais atrativo para os investidores internacionais.

Fica claro assim, que a finalidade do Programa Nacional de Desestatização era, em última análise, afastar o Estado da prestação de serviços públicos e da exploração de atividades econômicas diretamente, passando tal encargo para a iniciativa privada. Entretanto, essa retirada do Estado da atuação direta no domínio econômico, não significou uma diminuição ou enfraquecimento do mesmo, ao contrário, transferiu sua atuação para os campos da fiscalização e regulação das atividades transferidas à iniciativa privada. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso⁴³ afirma que:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo de Estado que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.

Ainda em relação à nova posição conferida ao Estado pelas reformas constitucionais e pelo Programa Nacional de Desestatização, José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴, ao tratar de serviços públicos, afirma que:

No que se refere especificamente aos serviços públicos, deve ressaltar-se que o Estado não deixou de ser o titular, transferindo somente a execução em si dos serviços. Por isso, o legislador deixou claro, no Programa (art.7º), que a desestatização dos serviços públicos mediante os procedimentos na lei admitidos” pressupõe a delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão do serviço, objeto da exploração, observada, obviamente, a legislação aplicável ao serviço.

Do exposto acima se percebe claramente a mudança ocorrida no papel reservado ao Estado enquanto ente atuante no domínio econômico: de estado-empresário prestador direto de serviços públicos e executor de atividades econômicas passou-se a um estado fiscalizador e regulador da prestação de serviços e da realização de atividades econômicas pelos particulares.

42 BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.63.

43 BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.64.

44 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.315.

É, pois, nesse contexto que surgem as agências reguladoras brasileiras, que são consideradas “corolário do Programa Nacional de Desestatização”⁴⁵ e têm como principal objetivo fiscalizar e controlar a iniciativa privada na prestação de serviços públicos e no desenvolvimento de atividades econômicas, buscando mantê-la fiel no cumprimento das metas estabelecidas no referido Programa de Desestatização.

3.3 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Uma vez analisado o surgimento das agências reguladoras brasileiras, cumpre agora analisar as principais características de tais institutos que, como visto foram introduzidos recentemente na ordem jurídica nacional e é foco de vários debates na doutrina administrativista pátria. Porém, antes de se proceder a uma análise das características gerais das agências reguladoras, se fará uma breve conceituação de tais entes.

A despeito da inexistência de uma lei geral que defina o que é uma agência reguladora, após a análise da legislação instituidora de agências no âmbito federal⁴⁶, pode-se afirmar que as agências reguladoras são entidades integrantes da Administração Pública indireta, submetidas a regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério responsável pela respectiva área de atuação. Nesse sentido, Joaquim B.Barbosa Gomes⁴⁷ ao diferenciar as agências brasileiras das norte-americanas afirma que:

Já para o direito brasileiro agência reguladora é uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inseridos no campo de atividade econômica que o Poder Público entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central.

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.315.

46 Mais especificamente da Lei nº. 9.427/96, que instituiu a ANEEL, da Lei nº. 9.472/97, instituidora da ANATEL e da Lei nº. 9.478/97 que instituiu a ANP.

47 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.27.

Em conceito semelhante ao acima citado, Alexandre Santos de Aragão⁴⁸, define as agências reguladoras como

Autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de função regulatória e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo presidente da república, após prévia aprovação pelo senado federal, vedada a exoneração *ad nutm*.

Para o advogado José Jair Perín⁴⁹ agências reguladoras são:

[...] autarquias especiais, ou seja, pessoas jurídicas de direito público que desempenham papel típico do Estado, de forma descentralizada e gozam de prerrogativas, a fim de condicionar o interesse particular ao interesse público.

Em conceito um pouco mais sucinto, Floriano Azevedo Marques Neto⁵⁰ afirma que:

[...] para nós, os instrumentos jurídicos aptos à nova regulação estatal caracterizam-se como sendo entes administrativos dotados de autonomia e independência, que assumem, em nome do poder político, a função de regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais.

Assim, temos que as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, integrantes da Administração indireta, instituídas por lei e dotadas de amplo grau de autonomia e independência frente à Administração centralizada. É, portanto, com base nos conceitos acima explicitados que será feita uma análise das principais características de tais entes reguladores.

3.3.1 Regime Autárquico Especial

O decreto-lei 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, em seu art. 5º, inc. I, define autarquia como o serviço autônomo, criado por lei, com

48 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p.70.

49 PERÍN, Jair José. A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, 2003. p.157.

50 Floriano Azevedo Marques Neto *apud* CALIL, Laís. 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: Lúmen Júris, 2006. p.130.

personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Uma vez que as agências reguladoras foram instituídas no Brasil na forma de autarquias sob regime especial, pode-se afirmar que possuem personalidade jurídica de direito público, patrimônio e receita próprios e com funções que se assemelham às atribuídas aos clássicos Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário).

No entanto, a despeito de terem assumido a roupagem de autarquias, as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, o que as torna diferentes das autarquias comuns conhecidas no direito brasileiro e conceituadas pelo decreto 200/67. Hely Lopes Meirelles⁵¹ define o regime jurídico especial das agências reguladoras como “*o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução dos seus fins*”.

No mesmo sentido Leila Cuéllar⁵² ao discorrer sobre o regime especial atribuído as agências reguladoras afirma que “*a natureza especial da autarquia decorre, então, das peculiaridades que de fato lhe são conferidas pelo legislador e que lhe garantem um maior grau de independência*”.

Em conceito mais amplo Di Pietro⁵³ afirma que:

O regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles só podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastadas a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Dessa forma, pode-se afirmar que o regime jurídico especial atribuído às agências reguladoras brasileiras pelas leis que as instituíram caracteriza-se principalmente por conferir-lhes uma maior autonomia e independência frente à Administração Direta, objetivando com isso garantir que tais entes possam desempenhar melhor o seu papel regulatório⁵⁴. Nesse sentido, Leila Cuéllar⁵⁵ afirma que:

51 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2007. p.355.

52 CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte, Fórum, 2008. p.80.

53 Maria Sylvania Zanella Di Pietro *apud* GOMES, Joaquim B. Barbosa da. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.27.

54 Ver art.7º da Lei nº. 9.478/97, art. 1º da Lei nº.9427/96 e art. 8º da Lei nº.9.472/97 que conferem a qualidade de autarquias sob regime especial à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica e à Agência Nacional de Telecomunicações, respectivamente.

55 CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.83.

Para que a regulação seja eficiente é preciso que ela seja desempenhada por órgão que possua estabilidade, neutralidade e independência, não só em relação aos diversos operadores presentes no mercado, mas sobretudo no que diz respeito às variações dos poderes políticos.

Esposando o mesmo entendimento Luís Roberto Barroso⁵⁶ dispõe que “*constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira*”.

Nesse diapasão cumpre salientar que, a despeito da autonomia político-administrativa e da autonomia econômico-financeira serem enquadradas como aspectos integrantes do regime jurídico especial conferido às agências reguladoras, aquelas serão tratadas em tópicos separados para efeitos meramente didáticos.⁵⁷

3.3.2 Autonomia Político-Administrativa

A palavra autonomia deriva do grego e é formada por dois vocábulos: *autos* que significa por si só e *monos*, que pode significar lei ou território. Segundo o Dicionário Aurélio⁵⁸, autonomia significa direito ou faculdade de se governar por si mesmo. Mas é no texto do professor Marcos Antonio Ribeiro Tura⁵⁹, que se encontra a definição que mais se adequa ao presente trabalho para a palavra em destaque: “*Apesar disso, em todas essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas*”.

56 BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.71.

57 O §1º do Decreto nº2.338/97 que aprova o regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações afirma que a natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, bem como mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

58 FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio eletrônico*. versão 5.12, Positivo Informática LTDA, 2004.

59 TURA, Marcos Antonio Ribeiro. *A autonomia das agências reguladoras*. p.17. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/A%20autonomia%20das%20agencias%20reguladoras.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

É, pois, com essa idéia de autonomia como a capacidade de se auto-reger e auto-organizar sem sofrer interferências externas que se tratará da autonomia político-administrativa conferida aos entes reguladores brasileiros.

É consenso na doutrina brasileira que a autonomia político-administrativa conferida às agências reguladoras tem como principais fundamentos a independência política dos seus dirigentes e a inexistência de previsão de recurso hierárquico contra as suas decisões.

Quanto à independência política dos seus dirigentes esta é caracterizada principalmente pelo modo como são nomeados e como devem ser destituídos, pela previsão de mandatos fixos e descoincidentes e pela quarentena que devem cumprir após o fim do respectivo mandato.

Assim, partindo de uma análise de algumas das leis instituidoras de agências reguladoras no âmbito federal percebe-se que a diretoria de tais entes é órgão colegiado, seus dirigentes serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal⁶⁰, para desempenhar mandatos não coincidentes, geralmente de três a quatro anos, podendo se estender a até cinco anos⁶¹.

Tendo em vista a forma especial de nomeação dos dirigentes, e em virtude do Princípio da Simetria, estes também não poderão ser demitidos *ad nutum* pelo chefe do Executivo, o que lhes garante uma certa estabilidade provisória durante todo o mandato que lhe foi confiado. Nesse sentido, Leila Cuéllar⁶² elenca algumas das principais causas que motivariam a demissão dos diretores das agências reguladoras, antes de findo o mandato: renúncia, condenação penal transitada em julgado, decisão em procedimento administrativo disciplinar, ato de improbidade administrativa, violação de regras de incompatibilidade para exercício da função, prática de atos lesivos aos interesses e ao patrimônio da agência reguladora.

Ainda em relação à independência atribuída aos diretores das agências, como forma de garantir a autonomia político-administrativa do ente regulador, destaca-se o período de quarentena a que são submetidos os seus dirigentes. Tal período se caracteriza por um prazo,

60 Estabelecendo o modo de nomeação dos dirigentes da ANP, ANATEL e ANEEL verificar, respectivamente, os artigos 11, §§ 2º e 3º da Lei nº.9.478/97; art. 23 da Lei nº.9.472/97 e art. 5º, parágrafo único da Lei nº. 9.427/96.

61 Em relação à previsão de mandatos não coincidentes o art. 75 da Lei nº. 9.478/97, que instituiu a ANP dispõe que na composição da primeira Diretoria da ANP, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o Diretor-Geral e dois Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado de Minas e Energia, respectivamente com mandatos de três, dois e um ano, e dois Diretores serão nomeados conforme o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 11.

62 CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.87.

geralmente de doze meses, em que o ex-diretor da agência, não poderá exercer atividades correlatas com o objeto da regulação desempenhada pela agência onde atuou.

Durante tal período é assegurada ao ex-dirigente a remuneração equivalente à do cargo de direção que exercera, admitindo-se que continue a prestar serviços à Agência ou a qualquer outro órgão da Administração Pública, em área atinente à sua qualificação profissional, desde que isso, naturalmente, não frustre a finalidade de impedir que se beneficie de relações e informações para favorecer sua atuação privada ou a de outrem.⁶³

Por fim, faz-se necessário citar a edição da Lei nº.9.986/2000, que tem por objeto sistematizar a legislação aplicável aos dirigentes das agências reguladoras no âmbito federal, constituindo-se num verdadeiro estatuto jurídico dos dirigentes das agências brasileiras federais⁶⁴.

Uma vez analisada a primeira face da autonomia político-administrativa atribuída às agências reguladoras, cumpre agora analisar a segunda vertente garantidora de tal autonomia, qual seja, a inexistência de recurso hierárquico impróprio contra as decisões proferidas pelas agências no seu campo de atuação.

Sabe-se que a possibilidade de se recorrer administrativamente é assegurada no ordenamento jurídico pátrio, seja com fundamento no direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, “a” da CF/88; seja com base no direito à ampla defesa, assegurada pelo mesmo art.5º, no inciso LV, ou ainda com base na hierarquia dos órgãos administrativos, que permite a reapreciação por órgãos superiores de atos praticados por órgãos inferiores integrantes da mesma pessoa jurídica. Nesse último caso, tem-se o denominado recurso hierárquico próprio. A contrário senso, temos que o recurso hierárquico impróprio é aquele dirigido a pessoa diversa da que praticou o ato recorrido.

Recursos hierárquicos impróprios são aqueles que o recorrente dirige a autoridades ou órgãos estranhos àquele de onde se originou o ato impugnado. O adjetivo “impróprio” na expressão significa que entre o órgão controlado e o controlador não há propriamente relação hierárquica de subordinação, mas sim uma relação de vinculação, já que se trata de pessoas diversas ou de órgãos pertencentes a pessoas diversas.⁶⁵

63 BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.73.

64 BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.73.

65 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.849.

Quando se diz então, que uma das características da independência político-administrativa das agências reguladoras é a inexistência de recurso hierárquico impróprio estamos afirmando que das decisões proferidas por tais entes não caberá a interposição de recurso dirigido ao Ministério ao qual estão vinculadas ou mesmo ao chefe do Poder Executivo ao qual pertençam. Faz-se necessário, no entanto, esclarecer que tal espécie de recurso administrativo, quando previsto em lei é perfeitamente cabível no âmbito de autarquias comuns ou especiais, como as agências reguladoras⁶⁶.

Como exemplo de legislação que impossibilita o recurso hierárquico impróprio podemos citar o art. 8º, XLIII que institui a ANAC – Agência Nacional da Aviação Civil - e dispõe que:

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

[...]

XLIII – decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência;

Diante do exposto, conclui-se que a autonomia político-administrativa assegurada às agências reguladoras mediante a concessão de estabilidade provisória aos seus dirigentes e a inexistência de previsão de recurso hierárquico impróprio contra as suas decisões visa a garantir um melhor desempenho da função que lhe foi atribuída, evitando ingerências externas em sua atuação.

3.3.3 Autonomia Econômico-Financeira

Após a explanação acima expendida acerca da autonomia político-administrativa conferida às agências reguladoras, tem-se que, de igual importância para a configuração do

⁶⁶ Em junho de 2006 a Advocacia Geral da União emitiu o parecer AC-51, no processo nº. 50000.029371/2004-83, entre a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Ministério dos Transportes, a respeito da possibilidade de haver recurso hierárquico impróprio contra ato da agência reguladora que instituiu cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados. O parecer emitido foi no sentido de negar provimento ao recurso hierárquico impróprio dirigido ao respectivo Ministério supervisor uma vez que a decisão da agência reguladora foi adotada finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e estando ademais adequada às políticas públicas definidas para o setor. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SIT E=>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

regime autárquico especial de tais entes, é a autonomia econômico-financeira que lhes foi atribuída pelas respectivas leis instituidoras.

Nesse sentido pode-se afirmar que, tal como a autonomia político-administrativa, a autonomia econômico-financeira conferida às agências tem por objetivo garantir que tais entes desempenhem melhor o seu papel na respectiva área de atuação, possuindo receita própria para custear suas atividades de fiscalização e regulação dos entes privados prestadores de serviços públicos ou que desenvolvem atividades econômicas afetas à sua área de regulação.

Para Leila Cuéllar⁶⁷ a autonomia econômico-financeira das agências reguladoras é decorrência direta da cobrança de taxas de fiscalização e da autonomia orçamentária que lhes foi conferida. Salienta ainda a citada autora que se entende por autonomia orçamentária a possibilidade conferida às agências de enviarem proposta de orçamento diretamente ao Ministério ao qual estão vinculadas.

Vale salientar também, que além das taxas de fiscalização, cobradas pelas agências e das dotações consignadas no orçamento anual do ente da Administração direta ao qual estejam vinculadas, compõem também a receita dos entes reguladores os repasses de patrimônio ocorridos quando da sua instituição, os recursos provenientes da prestação de serviços de natureza contratual, os rendimentos de operações financeiras que realizar e as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados⁶⁸.

Diante do exposto podemos concluir que a autonomia econômico-financeira ou independência gerencial, atrelada à autonomia político-administrativa e a independência técnico-decisional forma o conjunto necessário para se garantir as condições internas de atuação da entidade reguladora com autonomia na gestão de seus próprios meios⁶⁹.

3.4 FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

67 CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.99.

68 Dispondo sobre as receitas das agências reguladoras no âmbito federal temos o art. 31 da Lei nº. 11.182/05 que instituiu a ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil; o art. 15 da Lei nº. 9.478/97 instituidora da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e o art. 11 da Lei nº. 9.427/96 que instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a título de exemplo.

69 Diogo de Figueiredo Moreira Neto *apud* GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.39.

Após a análise da autonomia conferida às agências reguladoras passa-se agora a uma breve análise das funções atribuídas a tais entes. Para tanto faz-se necessário verificar antes em que consiste a própria função regulatória, uma vez que a criação de agências reguladoras no Brasil está intimamente atrelada à atribuição ao Estado das funções normativa e reguladora, conforme estabelecido pelo art. 174 da Constituição Federal de 1988.

Acerca da função regulatória do Estado Luis Roberto Barroso⁷⁰ aduz que:

[...] a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções.

Sabendo que no atual contexto nacional essa função regulatória foi remetida às agências reguladoras, podemos afirmar que cabe a tais entes a fiscalização, a normatização e a resolução de eventuais conflitos existentes no âmbito do respectivo setor regulado. Nesse sentido é que Joaquim B. Barbosa Gomes afirma que “(...) as agências são detentoras de funções quase-executivas, quase-legislativas e quase-judiciais”. Mais adiante, conclui o citado autor que “na prática, as agências ‘imitam’ as atividades dos três poderes tradicionais”⁷¹.

É nessa perspectiva, que serão brevemente analisadas, nos tópicos seguintes, as funções executiva, decisória e normativa atribuídas às agências reguladoras.

3.4.1 Função Executiva

Considerando-se que as agências reguladoras são entes integrantes da Administração indireta, a função executiva que lhes é atribuída em pouco difere da função atribuída aos demais órgãos e pessoas integrantes da administração pública.

As agências são, primordialmente, estruturas administrativas inseridas no âmbito do Poder Executivo e com atribuições típicas desse poder, que são as de executar as leis votadas pelo Legislativo e de conduzir e comandar as

70 BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.75.

71 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.34.

atividades governamentais, exercendo em especial o chamado poder de polícia do Estado⁷².

Assim, em relação à atividade executiva desempenhada pelas agências reguladoras pode-se afirmar que esta compreende a implementação das políticas públicas e diretrizes estabelecidas pelo Chefe do Executivo ao qual estão vinculadas⁷³; a realização de atos de fiscalização e a aplicação de sanções, caso descumpridas suas determinações⁷⁴ além da concretização e individualização das normas relativas ao setor público ou privado regulado⁷⁵.

3.4.2 Função Judicial

Ao lado do desempenho de atividades caracterizadas como típicas do poder executivo, foi atribuída às agências reguladoras a capacidade de dirimir conflitos e solucionar controvérsias entre os agentes atuantes no respectivo setor regulado. Essa função está atrelada a competência atribuída às agências reguladoras para instaurar processos administrativos no seu âmbito de atuação e à inexistência de recurso hierárquico impróprio das decisões que proferirem.

Assim é que no exercício de sua função decisória cabe às agências reguladoras solucionar conflitos nos quais o Poder Público é parte e também aqueles existentes entre concessionários, delegatários e autorizatários e entres estes e o consumidor⁷⁶.

A respeito da função decisória atribuída às agências reguladoras Luis Roberto Barroso⁷⁷ dispõe que:

72 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.34.

73 Nesse sentido, o art. 8º, I da Lei nº.9.478/97 dispõe que compete à ANP implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

74 Prevendo a fiscalização e aplicação de sanções pela ANP veja-se o artigo 8º, VII da Lei nº. 9.478/97.

75 Nesse sentido BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.76.

76 Nesse sentido o art. 19, XVII da Lei nº. 9.472/97 que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações dispõe que compete à agência reguladora compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o art. 3º, V, da Lei nº. 9.427/96 que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica dispôs que compete a tal órgão regulador dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

[...] as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte – hipótese em que se instaura um contencioso administrativo normal, com a possibilidade de recurso ao Judiciário em seguida –, quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro.

Por fim, em relação à função judicial das agências reguladoras cumpre esclarecer que esta apenas se assemelha à função exercida pelo Poder Judiciário, no que respeita à possibilidade de dirimir conflitos, não se caracterizando como uma função jurisdicional propriamente dita, uma vez que ausentes vários elementos constitutivos desta última, dentre eles a definitividade de suas decisões (coisa julgada).

3.4.3 Função Normativa

Além do desempenho de funções executivas e judiciais, foi atribuída às agências reguladoras função que em muito se assemelha à legislativa, qual seja, a capacidade para editar normas de caráter geral e abstrato, que visam a regulamentar a prestação de serviços públicos ou o desenvolvimento de atividades econômicas por particulares.

Tal competência, chamada de poder normativo das agências reguladoras é uma das atribuições que vem sendo mais discutida no direito administrativo brasileiro, sendo comum vários questionamentos acerca da sua adaptação ao sistema constitucional pátrio.

Pela importância que possui e por ser o foco do presente trabalho, o poder normativo das agências reguladoras será estudado com maior detalhamento no próximo capítulo.

4 COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Analisados o surgimento e as principais características das agências reguladoras brasileiras, se passará a uma análise mais profunda acerca da competência normativa atribuída a tais órgãos, por meio da qual regulamentam setores específicos e de vital importância para a sociedade brasileira como um todo.

Por competência normativa ou poder normativo entende-se a função atribuída às agências reguladoras para editarem normas de caráter geral e abstrato, relacionadas diretamente ao setor específico em que atuem. Nesse sentido, Leticia Queiroz de Andrade⁷⁸ afirma que:

Não obstante as agências reguladoras se valham também de normas individuais e concretas para exercer suas funções, a reserva da expressão “poder normativo” para designar apenas as normas gerais e abstratas por elas produzidas, além de estar consagrada pelo uso corrente, justifica-se porque essa é a parcela de normas jurídicas de maior abrangência (tanto subjetiva quanto objetiva) e aptidão para permanência no sistema jurídico.

Nesse diapasão no presente capítulo será feita uma breve análise da competência normativa das agências reguladoras a luz de dois princípios constitucionais estruturantes do ordenamento jurídico nacional: o Princípio da Separação de Poderes e o Princípio da Legalidade. Em seguida abordará as várias teorias que surgiram para definir a natureza jurídica das normas regulamentares expedidas pelas agências reguladoras brasileiras, dentre as quais se destacam a teoria da deslegalização; a teoria da natureza regulamentar e a teoria da natureza infra-regulamentar.

Nesse ponto cumpre ressaltar que, a despeito das divergências e críticas feitas entre os adeptos de uma teoria às demais, todas convergem para um mesmo ponto: a necessidade e a importância da atividade regulamentar no atual cenário político-econômico nacional.

⁷⁸ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, 2008. p. 1.

4.1 FUNÇÃO NORMATIVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como estabelecido acima, a despeito da existência de grande divergência acerca de qual deve ser a natureza jurídica atribuída às normas expedidas pelas agências reguladoras para que as mesmas se conformem ao ordenamento constitucional pátrio, há unanimidade na doutrina administrativista brasileira acerca da importância que tal forma de regulação possui atualmente.

Com efeito, como explanado em outro tópico do presente trabalho, as agências reguladoras foram introduzidas no cenário nacional com o objetivo principal de regular a prestação de serviços públicos e a realização de atividades econômicas por particulares. Para alcançar tal objetivo é que foi atribuída às agências reguladoras a capacidade de editar normas, dotadas de abstração e generalidade relativas ao setor específico em que atuem⁷⁹.

Tida como a principal característica das agências reguladoras a competência normativa dos órgãos reguladores adquire fundamental importância uma vez que permitiria uma regulação independente, livre de influências políticas e baseada em critérios estritamente técnicos para a tomada de decisões.

No entanto, tal competência normativa vem sendo seriamente questionada quando analisada à luz dos princípios constitucionais da Legalidade e da Separação de Poderes, previstos respectivamente no art. 5º, II e no art. 2º da Constituição Federal. Sendo o primeiro considerado uma garantia individual e o segundo o baluarte da ordem democrática, cumpre analisar mais detidamente a estrita relação entre tais princípios e o poder normativo das agências reguladoras independentes.

4.1.2 Princípio da Legalidade

Com raízes históricas na Revolução Francesa, onde a lei, como ato emanado da vontade popular representada pelo Parlamento, seria a melhor forma de disciplinar o

⁷⁹ Atribuindo competência normativa à ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, a Lei nº. 9.472/97 em seu art. 19, incisos IV, X, XII e XIV. Com a mesma finalidade, o art. 8º caput e os incisos III, XV, XVI e XIX da Lei nº. 9.478/97 que instituiu a ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

comportamento humano, o Princípio da Legalidade em sua concepção inicial foi a garantia de que os cidadãos não estariam mais adstritos a vontade particular de um soberano.

Atualmente o Princípio da Legalidade possui duas dimensões, quais sejam, é garantia fundamental do cidadão e norteador da atividade administrativa do Estado⁸⁰. Como uma garantia fundamental o Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º, II da CF/88, estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Como norteador da atividade administrativa do Estado, a legalidade prevista no art.37, caput da Carta Magna, é interpretada inversamente, ou seja, o Estado somente poderá atuar de acordo com os ditames estabelecidos pela lei.

É, pois, diante de tais acepções que o poder normativo conferido às agências reguladoras é questionado, uma vez que se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, como podem entidades administrativas editarem normas de caráter geral e abstrato?

Para responder a tal indagação, faz-se necessário diferenciar competência normativa de competência legislativa. A competência normativa pode ser definida como o gênero, do qual a competência legislativa é espécie e consiste no poder de produzir qualquer tipo de norma jurídica. Já a competência legislativa caracteriza-se pela capacidade de emitir normas de caráter legislativo, podendo-se concluir que nem todas as normas jurídicas são produzidas por meio de lei⁸¹.

Logo, reconhece-se que a lei, como ato emanado do Poder Legislativo, não é o único meio capaz de regular a conduta humana, existindo outras espécies normativas como o regulamento, as sentenças judiciais e até mesmo os contratos firmados entre particulares⁸². No entanto, é inegável que em virtude da vinculação da Administração Pública à legalidade, como disposto no caput do art. 37 da CF/88, os atos emanados de autoridades administrativas deverão sempre respeitar os limites estabelecidos pela lei⁸³.

Nesse diapasão é que se reconhece que as normas editadas pelas agências reguladoras, a despeito de apresentarem características inerentes à lei, com esta não se confundem, pelo contrário devem submeter-se aos seus ditames, uma vez que tais órgãos reguladores, sendo entidades integrantes da Administração Pública indireta, estão vinculadas ao Princípio da

80 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva 2009. p.128.

81 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva 2009. p.132.

82 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva 2009. p.132.

83 BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.99.

Legalidade, revisto constitucionalmente como princípio reitor de toda a atividade administrativa⁸⁴.

4.1.3 Princípio da Separação de Poderes

A Teoria da Separação de Poderes foi desenvolvida no século XVIII⁸⁵ por Montesquieu, no Livro O Espírito das Leis e tem por principal objetivo assegurar a liberdade dos indivíduos através da limitação do poder pelo poder, procurando evitar que se reúnam nas mãos de um mesmo homem ou de um mesmo grupo político as três funções estatais, quais sejam, a legislativa, executiva e judiciária⁸⁶.

Tal teoria foi adotada pela atual Constituição Brasileira em seu art. 2º ao definir que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, atribuindo ao Princípio da Separação de Poderes a qualidade de cláusula pétreia, conforme disposto no art. 60, §4º da Carta Maior.

Considerando-se a separação tripartite de poderes como uma divisão de funções estatais, em que a cada órgão é atribuído o desempenho de uma função precípua, pode-se afirmar que a separação não é absoluta, pelo contrário, tais órgãos devem atuar de maneira harmônica, possibilitando o controle recíproco entre si. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles⁸⁷, ao defender que o Poder estatal é uno e indivisível afirma que:

Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões “separação de Poderes” ou “divisão de Poderes”, referindo-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre os Poderes”, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de checks and balances, que é o nosso método de freios e contrapesos, em que um Poder limita o outro [...]

Do exposto extrai-se a importância do Princípio da Separação de Poderes para a manutenção do Estado Democrático de Direito, uma vez que com o Poder estatal dividido entre órgãos independentes e harmônicos entre si, exercendo o controle uns sobre os outros,

84 Atribuindo natureza regulamentar às normas editadas pelas agências reguladoras confira-se acórdão do Superior Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.668, onde se discutiu a constitucionalidade de disposições da Lei nº. 9.472/97, que instituiu a ANATEL.

85 Deve se considerar que a idéia da existência de três poderes, outrossim, não é novidade, remontando a Aristóteles, na obra A Política.

86 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva 2009. p. 25.

87 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros 2007. p. 61.

resta, pelo menos em tese, impossibilitada a reunião de todos os poderes nas mãos de um único homem ou grupo político, o que inevitavelmente conduz à sistemas ditatoriais ou tiranos.

Assim, diante do Princípio da Separação de Poderes que tem como “*corolários a proibição da delegação indiscriminada e de concentração em apenas um dos três ‘departamentos’ da essência do poder estatal*”⁸⁸ é que se questiona a existência das agências reguladoras no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a tais órgãos foram atribuídas funções que se assemelham às três funções estatais. Questiona-se também a atribuição de competência normativa às agências reguladoras, alegando-se em síntese que tal atribuição constituiria uma usurpação da função legislativa atribuída inicialmente ao Poder Legislativo.

Como afirmado acima, no tópico relativo ao Princípio da Legalidade, a atribuição de competência normativa às agências não configura afronta à função desempenhada pelo Poder Legislativo, enquanto órgão apto a editar leis, reconhecendo que às agências foi conferida a competência para editar atos administrativos regulamentares, dotados de alta tecnicidade, sempre relativos à respectiva área de atuação.

Constata-se assim que, tendo em vista os novos padrões da sociedade, caracterizada pela existência de setores cada vez mais específicos que exigem normas também específicas e diretas como forma de viabilizar uma intervenção estatal efetiva⁸⁹, o Princípio da Separação de Poderes, assim como o da Legalidade, assume nova roupagem sem, no entanto, desnaturar a sua essência: o Poder Legislativo continua editando leis e aos novos entes reguladores é atribuída a função normativa, diversa da legislativa e exercida através da edição de atos administrativos regulamentares.

Uma vez analisadas as principais características dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes e a correlação entre estes e o poder normativo atribuído às agências reguladoras, cumpre agora analisar as principais teorias que buscam definir a natureza jurídica das normas editadas por tais entes, o que será feito no tópico seguinte.

4.2 TESE DA DESLEGALIZAÇÃO

88 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.41.

89 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.47.

Como uma das teorias que visam conformar as normas produzidas por entes reguladores autônomos ao ordenamento constitucional brasileiro, a deslegalização consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento⁹⁰.

Inicialmente faz-se necessário esclarecer que a deslegalização, ao lado da delegação receptícia e da delegação remissiva constituem espécies de delegação legislativa que é gênero. Assim de acordo com os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹¹, a delegação receptícia consiste na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, onde o poder delegante assume com suas as normas editadas pelo delegatário. Como exemplo de delegação receptícia pode-se citar a regra contida no art. 59, IV c/c o art. 68 da CF/88, que prevê a figura das leis delegadas.

Já a delegação remissiva ou remissão, segundo o citado autor, corresponde ao conhecido poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo pelo art. 84, IV da CF/88. Nessa espécie de delegação legislativa, o legislador remete o trato de uma determinada matéria a uma normatividade ulterior, que deverá ser elaborada pela Administração Pública e não possui força de lei.

A deslegalização, como última espécie do gênero delegação legislativa, consiste como afirmado acima, na transferência do poder de dispor sobre certas matérias, da esfera legislativa para a esfera administrativa. Assim, levando-se em consideração que às agências reguladoras brasileiras foi concedida a condição de entes integrantes da Administração Indireta, é que vários publicistas pátrios tentam justificar a atribuição do poder normativo a tais entes reguladores baseados na deslegalização ou delegificação.

A necessidade de transferência da competência normativa do Poder Legislativo para o Poder Executivo se justificaria pela necessidade de se distinguir matérias em que devem prevalecer escolhas estritamente técnicas daquelas que podem ser decididas com base em critérios político-administrativos⁹², devendo àquelas serem realizadas por órgãos específicos e dotados de alta técnica na matéria objeto da regulamentação, *in casu* as agências

90 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.166.

91 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.164-165.

92 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.164.

reguladoras independentes. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão⁹³, ao defender a necessidade de uma maior especialização das fontes do direito e dos respectivos órgãos de onde emanam, dispõe que:

Tornou-se, então, imperioso, não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, como também dos órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, que, em virtude dos seus amplos poderes, deveriam, para exercê-los satisfatoriamente e com observância dos cânones do Estado de Direito, estar na medida do possível, livres das injunções políticas parciais.

Para os adeptos da tese da deslegalização como justificativa da atribuição de poder normativo às agências reguladoras brasileiras tal técnica consistiria na “*operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração*”⁹⁴. Nesse sentido a lei deslegalizadora não deverá adentrar no trato da matéria em si, mas apenas deverá abrir a possibilidade de que tal matéria venha a ser tratada posteriormente por meio de outras fontes normativas, sejam elas estatais ou não.

Uma vez conceituada a deslegalização, cumpre agora examinar a sua adequação para justificar a natureza jurídica das normas expedidas pelas agências reguladoras à luz do ordenamento constitucional pátrio.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁵, existem duas espécies de deslegalização: a deslegalização constitucional e a deslegalização legal. A primeira é feita pela própria CF/88 que previu expressamente hipóteses de deslegalização nos artigos 21, XI e 177, §2º, III, que estabeleceram a criação de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações e de petróleo, respectivamente.

Já a deslegalização pela via legislativa ocorre no momento em que uma lei abre a possibilidade de que determinada matéria venha a ser tratada por meio de outra espécie normativa editada por órgão diferente do Poder Legislativo, como ocorre no caso das agências reguladoras, entidades integrantes da Administração Pública Indireta.

A deslegalização pela via legislativa seria então a justificativa para se admitir a atribuição de poder normativo às demais agências reguladoras brasileiras, excetuando-se a

93 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, 2000. p. 284.

94 Eduardo García de Enterría apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, 2000. p.289.

95 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.170-171.

ANP e a ANATEL, que conforme dito acima, teriam sua competência normativa derivada de deslegalização constitucional.

Assim, por ser uma espécie do gênero delegação legislativa, a deslegalização pela via legislativa, doravante denominada apenas deslegalização ou delegificação é fortemente questionada quanto à sua conformação ao ordenamento constitucional pátrio, principalmente em virtude do Princípio da Separação de Poderes que veda a delegação de funções de um poder estatal para outro fora dos casos previstos expressamente pela Carta Magna.

Nesse contexto é que Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁶ admitindo uma mitigação do Princípio da Separação de Poderes e flexibilizando a regra da indelegabilidade de funções em virtude das crescentes mudanças sociais pelas quais passa o Estado afirma que:

Embora se possa opor a esta conclusão, em doutrina, uma visão ainda aferrada à antiga regra da indelegabilidade, parece que tanto a tendência flexibilizadora, que tem caracterizado a evolução do Direito Público contemporâneo, quanto a própria ausência de regra vedatória, corroboram-na, no sentido de que a deslegalização legal será sempre possível na ordem constitucional vigente.

Utiliza-se ainda a tese da deslegalização enquanto justificativa para a atribuição de poder normativo às agências reguladoras sem, no entanto, considerá-la uma efetiva delegação de poderes legislativos, mas apenas uma degradação da hierarquia de uma lei por outra, permitindo que a lei “degradada” venha a ser revogada posteriormente por ato da Administração Pública.

Por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei por que não o teria para simplesmente rebaixar o seu grau hierárquico?⁹⁷

Nesse sentido, ao invés de efetuar uma delegação de poderes legislativos, a lei deslegalizadora efetua uma abertura da matéria tratada, estabelecendo apenas critérios genéricos pelos quais o administrador deverá pautar sua atuação, deixando que os critérios mais específicos e geralmente técnicos sejam objeto de posterior regulamentação por órgãos

96 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.171-172.

97 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, 2000. p. 289.

criados especificamente para tratar da matéria objeto da deslegalização. Assim é que tais leis foram denominadas de leis-quadro ou *standartizadas*.

A lei, portanto, sem dar início de *per se* a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente. Essas leis integram a categoria das leis quadro (*lois-cadré*) ou *standartizadas*, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.⁹⁸

Seguindo a premissa de que a lei deslegalizadora degrada a hierarquia de uma outra lei, para que esta possa vir a ser alterada ou mesmo revogada por um ato administrativo ou ainda, adotando-se a idéia de que a lei deslegalizadora configura uma delegação de poderes legislativos tal tese vem recebendo duras críticas em relação à sua conformação ao ordenamento constitucional pátrio, senão vejamos.

Optando pela inconstitucionalidade da deslegalização frente ao ordenamento jurídico pátrio, Gustavo Binenbojm⁹⁹ afirma que tal método não realizaria apenas o rebaixamento do grau hierárquico de determinada matéria, permitindo assim que fosse regulamentada por ato administrativo, mas configuraria uma verdadeira delegação legislativa inominada, afrontando diretamente os princípios da legalidade e da separação de poderes.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho¹⁰⁰ afirma ser incompatível com a Constituição a transferência feita pelo Legislativo em favor do Executivo de competência normativa para disciplinar determinadas matérias.

Para os adeptos da inconstitucionalidade da deslegalização a Constituição Federal teria previsto a única possibilidade de delegação legislativa ao Executivo em seu art. 68, ao prever a figura das leis delegadas, que serão elaboradas pelo Presidente da República após delegação feita pelo Congresso Nacional, que deverá, no entanto, especificar o conteúdo e os termos do exercício da referida delegação.

Fazendo referência à distinção entre competências normativas primárias e secundárias, Gustavo Binenbojm¹⁰¹ considera como atribuição de poder normativo primário ao Executivo a possibilidade deste editar medidas provisórias, em casos de relevância e urgência, consoante o disposto no art. 62 da Constituição Federal.

98 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, 2000. p. 287.

99 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277.

100 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva 2009. p. 139.

101 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 274.

Ademais, o citado autor ainda faz referência ao disposto no inciso I do art. 25 do Ato das disposições Constitucionais Transitórias, como elemento que rechaça a admissibilidade da tese da deslegalização no ordenamento pátrio, verbis:

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

Dessa maneira restaria limitada a competência normativa em caráter inovador conferida ao Executivo às duas hipóteses previstas constitucionalmente: edição de leis delegadas e medidas provisórias, configurando a primeira hipótese a única forma de delegação legislativa permitida pelo ordenamento constitucional.

Uma vez estabelecidas as premissas básicas do instituto da deslegalização, bem como as principais críticas feitas à sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro como justificativa para a atribuição de poder normativo às agências reguladoras, se passará a análise da teoria que atribui natureza infra-regulamentar às normas editadas por tais entes reguladores.

4.3 TESE DA NATUREZA INFRA-REGULAMENTAR

Com idéias diametralmente opostas à tese da deslegalização tem-se a tese da natureza infra-regulamentar dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras. Para tal corrente doutrinária, os atos expedidos pelos órgãos reguladores estariam em posição hierárquica inferior à lei e aos regulamentos.

Nesse ponto cumpre estabelecer algumas definições acerca da figura dos regulamentos no atual ordenamento jurídico-constitucional pátrio. Os regulamentos são atos administrativos, hierarquicamente inferiores à lei e destinados a especificar mandamentos legais ou prover situações ainda não disciplinadas por lei.¹⁰²

Do exposto conclui-se que os regulamentos podem ser classificados em regulamentos de execução que são aqueles expedidos para especificar determinações contidas em lei, e

102 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 181.

regulamentos autônomos que seriam aqueles destinados a prover sobre situações não contempladas em lei.¹⁰³

Nesse sentido, os regulamentos de execução são aceitos unanimemente pela doutrina administrativista. No entanto, os regulamentos autônomos dividem as opiniões dos publicistas brasileiros quanto à sua existência e adequação ao ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

Aqueles que negam a existência dos regulamentos autônomos se baseiam em uma interpretação rígida do princípio da legalidade, afirmando que os regulamentos devem apenas ser editados para a fiel execução das leis.¹⁰⁴

Já para os defensores dos regulamentos autônomos no ordenamento pátrio, estes podem existir em duas hipóteses: para tratar de matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública e "*para regulamentar espaços normativos não sujeitos constitucionalmente à reserva de lei, sempre que a mímica do ato legislativo a Administração pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais.*"¹⁰⁵

Em relação a essa distinção, merece destacar que mesmo os defensores da existência de regulamentos autônomos reconhecem a sua subordinação à lei superveniente, tendo em vista o caráter hierarquicamente inferior dos atos administrativos normativos quando comparados à lei em sentido formal.

A despeito da relevância da distinção dos regulamentos em autônomos e de execução, outra distinção ainda é feita entre os regulamentos, agora com base no órgão do qual emanam, sendo esta última distinção de suma importância para o desenrolar do presente trabalho.

Assim, tendo como critério diferenciador a fonte que os decreta, os regulamentos são classificados em setoriais e presidenciais. Nesse sentido, são regulamentos setoriais aqueles expedidos por órgãos setoriais especializados, aos quais foi atribuído o poder regulamentar através das respectivas leis instituidoras, enquanto que regulamentos presidenciais são aqueles expedidos pela Chefia do Poder Executivo, que tem sua competência regulamentar definida no art. 84, IV da atual Constituição Federal.¹⁰⁶

103 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 53.

104 Nesse sentido, v. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 53.

105 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.169.

106 Sobre a diferenciação entre regulamentos setoriais e regulamentos presidenciais v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.169. p. 153-156.

Essa diferenciação entre regulamentos setoriais e presidenciais tem dividido a doutrina administrativista pátria, em dois segmentos: um que defende a possibilidade de entidades setoriais expedirem normas com natureza regulamentar, baseados no disposto no art. 174 da CF/88 e outra que nega a existência dos regulamentos setoriais, afirmando que o poder para editar regulamentos é privativo do Chefe do Poder Executivo, conforme estabelecido no art. 84, IV da Carta Magna.

Nesse diapasão é que os defensores da natureza jurídica infra-regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras baseiam sua afirmação em uma interpretação restritiva do art. 84, IV da Constituição Federal, concluindo que somente o chefe do Poder Executivo seria competente para expedir regulamentos de execução, utilizando-se do seu poder hierárquico para tanto.¹⁰⁷ Nesse sentido Di Pietro¹⁰⁸ afirma que:

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), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis. (grifo nosso)

Sendo o poder regulamentar competência privativa do Chefe do Executivo, este não poderia ser delegado às agências reguladoras que exerceriam sua função normativa adstritas à lei e aos regulamentos, daí sua natureza infra-regulamentar ou terciária¹⁰⁹, uma vez que submetidas aos comandos legais e regulamentares.

Como principal defensora da corrente que defende a natureza infra-regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras Di Pietro¹¹⁰ estabelece uma distinção entre agências previstas constitucionalmente e agências criadas por lei. Para a citada autora, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, únicas agências previstas constitucionalmente, nos artigos 177, §2º, III e 21, XI respectivamente, exerceriam um poder regulamentar que, no entanto, não se assemelha ao poder regulamentar exercido pelo chefe do Poder Executivo.

107 MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 353.

108 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, São Paulo: Atlas, 1999. p.146.

109 Leopoldo Ubiratan Carneiro Paggoto apud CALIL, Laís. 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: Lúmen Júris, 2006. p. 171.

110 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 147.

Esse poder regulamentar atribuído à ANATEL e à ANP, se caracterizaria como o poder para editar regulamentos administrativos que “*contêm normas de organização administrativa ou sobre as relações entre particulares que estejam em situação de submissão especial ao Estado*”¹¹¹. Assim, em virtude de sua previsão constitucional, tais agências editam atos regulamentares que, no entanto, só podem versar sobre situações organizacionais no âmbito interno da própria agência ou sobre os particulares que possuam com a mesma algum tipo de sujeição especial, como um contrato de concessão.

Já em relação às agências que não possuem previsão constitucional e foram instituídas por lei, Di Pietro¹¹² aduz que:

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular qualquer matéria, no sentido previsto para as agências norte americanas, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador. (grifo nosso)

Após negar a possibilidade de que as agências reguladoras regulamentem as leis diretamente, estabelecendo a necessidade de prévio regulamento administrativo estabelecendo os parâmetros em que deverão atuar, Di Pietro traz como fundamento para a competência normativa dos órgãos reguladores brasileiros instituídos por lei, a denominada discricionariedade técnica, que ocorre quando “*não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos*”¹¹³.

Para os demais, o máximo que se pode admitir é a possibilidade de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar princípios, diretrizes ou conceitos técnicos contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na idéia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica. Aí é que entra a importância da chamada discricionariedade técnica. Se a lei usa conceitos como produtos perigosos para a saúde, produtos tóxicos, atos nocivos à concorrência, a agência pode, dentro de sua especialidade, definir esses conceitos.¹¹⁴

111 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, São Paulo: Atlas, 1999. p. 141.

112 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. 2007. p. 17.

113 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. 2007. p. 6.

114 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. 2007. p. 17.

Por fim, faz-se necessário esclarecer que a tese da natureza infra-regulamentar dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras é posição minoritária na doutrina administrativista nacional, sendo questionada em diversos pontos, principalmente por limitar demasiadamente a atuação dos órgãos reguladores ao determinar que estes estejam adstritos aos regulamentos expedidos pelo chefe do Poder Executivo, retirando de tais entes a própria essência de sua existência, qual seja, promover uma regulação independente, livre de influências políticas e pautada por critérios técnicos e específicos do setor que lhes é afeto.

Estabelecidos os principais fundamentos da tese da natureza infra-regulamentar dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras no Brasil, no próximo tópico passa-se a análise da última teoria estudada no presente trabalho e que atribui a tais normas a natureza regulamentar.

4.4 TESE DA NATUREZA REGULAMENTAR

A tese da natureza regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras extrai seu fundamento do mesmo artigo utilizado pela tese que atribui a tais normas a natureza infra-regulamentar: art. 84, IV da CF/88. No entanto, para os defensores da natureza regulamentar das referidas normas a interpretação que deve ser dada a tal dispositivo deverá ser a mais genérica possível, no sentido de possibilitar a transferência de competência assinalada ao chefe do poder Executivo às agências reguladoras.

Além do art. 84, IV da CF/88, os adeptos da tese em estudo utilizam-se também do art. 174 da Carta Maior como fundamentação para a atribuição da natureza regulamentar às normas expedidas por entes reguladores independentes. O citado artigo afirma que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá **na forma da lei**, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Assim, fundamentam a atribuição de competências normativas aos órgãos reguladores pelas respectivas leis instituidoras com base na expressão acima destacada do citado artigo constitucional.

Nesse momento cumpre lembrar a distinção feita acima acerca dos regulamentos setoriais e presidenciais, ressaltando que essa distinção é totalmente aceita pelos defensores da natureza regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras, sendo um dos fundamentos da referida tese.

Assim é que, Gustavo Binbenbojm¹¹⁵ afirma que o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, da Constituição Federal, não seria de competência exclusiva do chefe do Executivo, podendo ser delegado a entidades integrantes da Administração Direta e Indireta.

Também com base no disposto no art. 174 da CF/88 é que Justen Filho¹¹⁶ afirma que a titularidade da competência para editar regulamentos será definida em lei e, somente em casos de omissão legislativa é que se poderá concluir pela competência do chefe do poder Executivo. No entanto, uma vez efetuada a delegação da competência regulamentar pela via legislativa aos órgãos reguladores, por exemplo, tal competência não poderá ser avocada posteriormente pelo chefe do Executivo.

Não há impedimento a que a lei atribua competência regulamentar a órgãos ou autoridades distintas do Chefe do Executivo. Se tal ocorrer, as normas regulamentares não poderão ser alteradas senão pelo sujeito titular da competência atribuída legalmente. Ou seja, o Chefe do Executivo não poderá invocar a superioridade hierárquica para avocar competência regulamentar nem poderá editar diretamente normas destinadas a disciplinar o mesmo tema.¹¹⁷

Ainda em defesa da tese da natureza jurídica regulamentar dos atos expedidos pelas agências reguladoras, Marçal Justen Filho¹¹⁸ conclui que a transferência da sede normativa regulamentar da chefia do Executivo para as agências reguladoras não constitui delegação entre poderes, sendo hipótese de delegação de competência regulamentar no âmbito do próprio Poder Executivo.

Uma vez afastada a interpretação restritiva do art. 84, IV da CF/88, segundo a qual a competência para expedir regulamentos é privativa do chefe do Poder Executivo e reconhecida a natureza regulamentar dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, cumpre agora examinar os limites legais a que tais atos estão subordinados.

Defendendo a possibilidade de transferência de competências normativas secundárias do Legislativo para a Administração pública, Justen Filho¹¹⁹ atrela tal transferência ao instituto da discricionariedade que seria de grande utilidade para a disciplina normativa, uma vez que permite que a lei atribua competência para o administrador formular a melhor escolha dentre as alternativas possíveis, alternativas estas previstas pela própria lei.

115 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 271.

116 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

117 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

118 Marçal Justen Filho apud CALIL, Laís. 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: Lúmen Júris, 2006. p.171.

119 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150.

No âmbito regulatório, a discricionariedade é vista como a possibilidade de que, não sendo a atividade das agências regulatórias restrita a uma mera repetição dos conceitos estabelecidos na lei, possam tais entes reguladores editar normas que visem a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa.

Nestes termos é imperioso reconhecer que, uma vez possuindo a mesma natureza dos regulamentos expedidos pelo chefe do Executivo, as normas editadas pelas agências reguladoras estão adstritas aos termos da lei, em virtude da vinculação da Administração Pública ao Princípio da Legalidade Administrativa, previsto no art. 37 da CF/88. No entanto, as normas produzidas por tais entes não consistirão em mera repetição dos termos da lei, sendo-lhes conferido o papel de complementar a norma legislativa anterior, sob pena de inutilidade do ato regulamentar.

Se todas as inovações na ordem jurídica devessem estar contidas no corpo da própria lei, então regulamento não teria qualquer utilidade. Logo, nem teria cabimento a Constituição referi-se à figura. Se o fez, alguma função deve ser a ele reconhecida, o que significa a possibilidade de disciplina complementar e inovadora em face das disposições legais¹²⁰.

Também em defesa da possibilidade de que a Administração Pública desempenhe a função de complementar significativamente a lei, atribuindo ao Executivo a possibilidade de produzir inovações pela via regulamentar, Marçal Justen Filho¹²¹ afirma que a expressão “*fidel execução da lei*” contida no art. 84, IV da CF/88 pode significar a realização da finalidade buscada pelo direito, sem que isso signifique mera repetição dos termos da regulação legislativa”.

Entretanto, cumpre pontuar que essa capacidade de “inovar” através de regulamentos deve sempre encontrar limites na ordem jurídica em que está inserida, devendo reger-se pelas regras estabelecidas em lei, donde se infere a natureza infra-legal de tais normas. Ao desrespeitar os limites impostos pela lei, estaria o órgão administrativo afrontando o Princípio da Legalidade.

Aqui se faz necessário esclarecer que à presente tese que atribui natureza infra-legal ou regulamentar aos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, contrapõe-se a tese que lhes atribui natureza infra-regulamentar e que já foi analisada no tópico anterior, para onde se remete o leitor, evitando-se assim a repetição desnecessária de idéias.

120 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.140-141.

121 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.140.

Por fim, a despeito das críticas que porventura sejam levantadas contra a tese da natureza regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras, vale ressaltar que esta é a teoria que melhor revela a natureza jurídica das referidas normas.

Assim é que se analisada pelo ângulo da adequação ao sistema jurídico-constitucional, principalmente em relação aos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, a tese da natureza regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras está em perfeita consonância.

Em relação ao princípio da Legalidade está perfeitamente adequada uma vez que, ao atribuir natureza regulamentar às normas editadas pelas agências, reconhece que as mesmas estão adstritas aos ditames legais, devendo seguir parâmetros porventura estabelecidos em lei anterior e principalmente, pela possibilidade de serem revogadas por lei superveniente que trate da mesma matéria de forma específica.

Em relação ao Princípio da Separação de Poderes a referida tese não se contrapõe, uma vez que inexiste qualquer delegação legal de competências de um Poder ao outro, não havendo também usurpação de funções do Legislativo pelo Executivo, uma vez que é a própria Constituição Federal, no art. 174, quem autoriza o Poder Legislativo a estabelecer as formas pelas quais o Executivo atuará como agente normativo e regulador das atividades econômicas desenvolvidas por particulares.

Se a adequação da tese da natureza regulamentar ao sistema jurídico nacional é inegável, maior ainda é a sua importância para o dia-a-dia da Administração Pública, em especial às agências reguladoras que, devendo apenas observar os parâmetros estabelecidos pela lei, podem regulamentar o setor que lhes é afeto, com suas especificidades e grande variedade de situações concretas, sem que suas normas se limitem apenas a repetir a lei ou regulamentos editados pela Chefia do Executivo.

De todo o exposto é forçoso concluir que as normas editadas pelas agências reguladoras brasileiras possuem natureza jurídica regulamentar, com base no disposto no art. 84, IV c/c o art. 174, ambos da Constituição Federal, não havendo qualquer afronta aos princípios da Legalidade e da Separação de Poderes por parte das leis que atribuem competência normativa a tais órgãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise das principais formas de intervenção do Estado no domínio econômico percebeu-se que de um Estado Liberal, onde o mercado deveria se auto-regular passou-se a um Estado Empresário, onde todos os serviços e atividades econômicas eram desenvolvidos pelo próprio Estado através de empresas estatais. Constatada a ineficiência do Estado-Empresário optou-se por adotar uma nova forma de intervenção estatal no domínio econômico: o Estado regulador.

Viu-se que a principal característica do Estado Regulador consiste na sua retirada da realização direta de atividades econômicas e da prestação de serviços públicos, passando tais atividades ao domínio da iniciativa privada. Como consequência dessa abertura ao setor privado o Estado assume novo papel: regular e fiscalizar o desempenho de atividades essenciais à coletividade por particulares.

Constatou-se então que foi com o surgimento do Estado Regulador no Brasil, o que ocorreu no final da década de 80 e início dos anos 90, que foram introduzidas no cenário jurídico-econômico brasileiro as agências reguladoras, com a precípua função de regulamentar setores específicos e de vital importância para a coletividade, que começaram a ser transferidos para a iniciativa privada após a edição da Lei nº. 8.031/90, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização.

Visando assegurar o desempenho da função regulatória de forma satisfatória, às agências reguladoras brasileiras foi atribuído um regime autárquico especial, que tem como principais características uma grande autonomia frente à Administração Direta e que se desdobra em autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

Viu-se que autonomia político-administrativa das agências tem como principais fundamentos a independência política dos seus dirigentes e a inexistência de previsão de recurso hierárquico contra as suas decisões e que a autonomia econômico-financeira consiste na possibilidade de cobrar taxas dos particulares regulados e da possibilidade de enviarem proposta orçamentária ao respectivo Ministério a que estejam vinculadas.

Em relação às funções desempenhadas pelas agências reguladoras constatou-se o desempenho de três funções precípua, quais sejam, a função executiva que compreende a implementação das políticas públicas e diretrizes estabelecidas pelo Chefe do Executivo ao qual estão vinculadas; a realização de atos de fiscalização e a aplicação de sanções, caso descumpridas suas determinações além da concretização e individualização das normas

relativas ao setor público ou privado regulado. Em relação à função judicial ou decisória cabe às agências reguladoras solucionar conflitos nos quais o Poder Público é parte e também aqueles existentes entre concessionários, delegatários e autorizatários e entres estes e o consumidor.

Chegando ao ponto crucial do presente trabalho que é o poder normativo das agências reguladoras brasileiras foi feita uma análise da atribuição de tal competência normativa a órgãos reguladores frente aos princípios constitucionais da Legalidade e da Separação de Poderes.

Em relação ao Princípio da Legalidade restou comprovado que a lei em sentido estrito, não é o único meio capaz de regular a conduta humana, existindo outras espécies normativas como o regulamento, as sentenças judiciais e até mesmo os contratos firmados entre particulares. No entanto, reconheceu-se também que em virtude da vinculação da Administração Pública à legalidade, como disposto no caput do art. 37 da CF/88, os atos emanados de autoridades administrativas deverão sempre respeitar os limites estabelecidos pela lei, não havendo, portanto, que se falar em inconstitucionalidade dos atos expedidos pelas agências quando estiverem dentro dos limites fixados legalmente.

Em relação ao Princípio da Separação de Poderes a atribuição de competência normativa às agências não configura afronta à função desempenhada pelo Poder Legislativo, enquanto órgão apto a editar leis, reconhecendo que às agências foi conferida a competência para editar atos administrativos regulamentares, dotados de alta tecnicidade, sempre relativos à respectiva área de atuação.

Uma vez estabelecida a adequação da competência normativa das agências aos princípios constitucionais acima citados, passou-se a análise das teses que buscam determinar a natureza jurídica das normas por elas expedidas, visando conformá-las ao atual ordenamento jurídico constitucional pátrio.

Assim é que, como primeira tese analisada, a deslegalização foi abordada sob duas vertentes: primeiro como forma de delegação legislativa e segundo como meio pelo qual se degrada a hierarquia de uma outra lei, permitindo que a lei degradada venha a ser posteriormente regulamentada por ato administrativo. Em relação a tal tese foram apresentadas também as principais críticas relacionadas à sua inadequação ao sistema constitucional vigente.

Como segunda tese foi apresentada a tese da natureza infra-regulamentar dos atos expedidos pelas agências. Os defensores de tal corrente baseiam sua afirmação em uma interpretação restritiva do art. 84, IV da Constituição Federal, concluindo que somente o chefe

do Poder Executivo seria competente para expedir regulamentos, utilizando-se do seu poder hierárquico para tanto. Sendo o poder regulamentar competência privativa do Chefe do Executivo, este não poderia ser delegado às agências reguladoras que exerceriam sua função normativa adstritas à lei e aos regulamentos, daí sua natureza infra-regulamentar ou terciária, uma vez que submetidas aos comandos legais e regulamentares.

Em relação a tese da natureza infra-regulamentar foi ainda explicitado que a mesma é posição minoritária na doutrina administrativista nacional, sendo questionada em diversos pontos, principalmente por impor grande limitação a atuação dos órgãos reguladores ao determinar que estes estejam adstritos aos regulamentos expedidos pelo chefe do Poder Executivo, retirando de tais entes a própria essência de sua existência, qual seja, promover uma regulação independente.

Por fim, foi analisada a tese da natureza regulamentar dos atos expedidos pelas agências reguladoras. Segundo os adeptos de tal corrente a natureza regulamentar é decorrência de uma interpretação extensiva do disposto no art. 84, VI da CF/88 combinado com o disposto no art. 174 da Carta Maior.

Para os adeptos dessa corrente a titularidade da competência para editar regulamentos será definida em lei e, somente em casos de omissão legislativa é que se poderá concluir pela competência do chefe do Poder Executivo. Viu-se também que a discricionariedade é utilizada como fundamento para a atribuição de natureza regulamentar às normas editadas pelas agências.

Em últimas considerações destacou-se a adoção, pelo presente trabalho, da tese da natureza regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras, como forma de adequá-las ao sistema jurídico-constitucional brasileiro, tudo com base no disposto no art. 84, IV c/c o art. 174, ambos da Constituição Federal.

Nesse contexto demonstrou-se a compatibilidade da referida tese com o atual ordenamento constitucional, não havendo qualquer afronta aos princípios da Legalidade e da Separação de Poderes por parte das leis que atribuem competência normativa a tais órgãos. Restando demonstrado também a importância da competência normativa das agências para a Administração Pública que, devendo apenas observar os parâmetros estabelecidos pela lei, podem regulamentar o setor que lhes é afeto, com suas especificidades e grande variedade de situações concretas, sem que suas normas se limitem apenas a repetir a lei ou regulamentos editados pela Chefia do Executivo.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Parecer AC-51*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado Contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, n.15, ago./set./out./2008, p.1-18. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 jan. 2011

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

_____. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, out./nov./dez., p. 275-298, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Lei nº 9.491*, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em: 03 fev. 2011.

_____. *Lei nº. 9.427* de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm> Acesso em: 03 fev. 2011.

_____. *Lei nº. 9.472* de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. *Lei nº. 9.478* de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. *Lei nº. 11.182/05* de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. *Decreto nº. 2.338* de 07 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2338.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

CALIL, Laís. 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: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CLARCK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. *O surgimento do estado regulador*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/giovani_clark-1.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2011.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio eletrônico*. versão 5.12, Positivo Informática LTDA, 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *A evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras*. In Revista Virtual da AGU. Brasília, n.66, jul./2007 p. 1-23. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do estado e da democracia (Uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERÍN, Jair José. *A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 159, jul./ago./set., p. 145-160, 2003.

SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TURA, Marcos Antonio Ribeiro. *A autonomia das agências reguladoras*. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/A%20autonomia%20das%20agencias%20reguladoras.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.668*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em: 03 mai. 2011.

WIKIPÉDIA. *New Deal*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/New_Deal>. Acesso em: 15 abr. 2011.

WIKIPÉDIA. *Estado*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado>>. Acesso em: 28 jan. 2011.