

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAROLINA VALIATI DA ROSA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E A ATIVIDADE NORMATIVA
DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

CURITIBA
2012

CAROLINA VALIATI DA ROSA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E A ATIVIDADE NORMATIVA
DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de Conclusão de Curso apresentada no Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA VALIATI DA ROSA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E A ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Orientador – Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

Primeiro Membro – Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Segundo Membro – Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 14 de dezembro de 2012

Aos meus pais, Paulo e Joselice, por estarem sempre ao meu lado;

Aos meus irmãos, Julia e Leonardo, pela imensurável amizade;

Aos colegas da Turma do Centenário, pela cumplicidade e companheirismo;

E ao Professor Egon Bockmann Moreira, por ter me acompanhado ao longo do desafiador caminho de estudos,

Meu sincero agradecimento.

"Para ela, vá lá entender a alma humana, o facto de não ver as paredes do cárcere, as próximas e as distantes, era o mesmo que se elas tivessem deixado de estar ali, era como se o espaço se tivesse alargado, livre, até ao infinito, como se as pedras não fossem mais do que o mineral inerte de que são feitas, como se a água fosse simplesmente a razão da lama, como se o sangue corresse só dentro das suas veias, e não fora delas".

José Saramago – Todos os Nomes

RESUMO

A presente monografia propõe a análise da atividade normativa das agências reguladoras com base no princípio da legalidade. A discussão ficará centrada na busca do fundamento jurídico-constitucional para o exercício regular dessas competências, sem alimentar a contenda sobre o déficit democrático dos mencionados entes. Enquanto no primeiro capítulo se buscará estudar, de forma concisa, a evolução do modo de atuação do Estado na economia, a segunda parte do trabalho objetivará traçar o panorama do princípio da legalidade no Direito brasileiro atual. A terceira parte, por sua vez, apresentará, de modo crítico, os posicionamentos mais importantes da doutrina nacional sobre o fenômeno para, ao final, poder responder à pergunta que deu vazão a este projeto, isto é, se, sob o ponto de vista da legalidade, a produção de normas gerais, abstratas e primárias pelos entes reguladores independentes é constitucionalmente válida.

Palavras-chave: agências reguladoras, legalidade, Direito Constitucional.

ABSTRACT

This paper proposes the analysis of the normative power of the regulatory agencies, having in mind the principle of legality. The discussion will seek to find the constitutional foundation of this power, without arguing about the lack of democratic legitimating of the authorities. In order to achieve that goal, the work will be divided in three chapters. The first one will discuss, in a concise manner, the development of the way the State affects the economics, the second part will draw an overview of the principle of legality in the current Brazilian law and the third section will present, critically, the positions of the most important national doctrine regarding the phenomenon. Lastly, the paper will try to answer the question that gave vent to this project, that is, whether, from the point of view of legality, the production of primary norms by regulatory entities is constitutionally valid.

Key Words: regulatory agencies, legality, constitutional law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A TRANSFORMAÇÃO DO MODO DE ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	10
1.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS.....	10
1.2 A IMPLEMENTAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES NO BRASIL	13
1.3 O REGIME DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO ATUAL.....	16
1.3.1 Natureza Jurídica das Agências Reguladoras no Brasil.....	16
1.3.2 A Atividade Normativa das Agências	18
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE	21
2.1 A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	21
2.2 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA TEORIA CONSTITUCIONAL	25
2.3 CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	28
3 A ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	32
3.1 DA DELEGAÇÃO LEGISLATIVA	32
3.2 DA COMPETÊNCIA NORMATIVA INERENTE À ATIVIDADE REGULATÓRIA...	35
3.3 A DOCTRINA DA DESLEGALIZAÇÃO	37
3.4 AS CORRENTES FUNCIONALISTAS.....	39
3.5 O ARGUMENTO DA EFICIÊNCIA.....	42
3.6 DA DISCRICIONARIEDADE	43
3.7 PROPOSTA DE “CONVIVÊNCIA” DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA FORMA COMO POSITIVADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	44
3.7.1 Da Natureza Jurídica das Normas Provenientes das Agências Reguladoras ..	44
3.7.2 Dos Fundamentos Constitucionais para a Atividade Normativa das Agências Reguladoras	47
3.7.3 Da Impossibilidade de Inovar no Ordenamento de Forma Primária.....	50
CONCLUSÃO	54

INTRODUÇÃO

Entre os anos que encerraram a década de 1980 e aqueles que os sucederam ao longo de toda a década de 1990, houve intensa mudança na forma de atuação do Estado brasileiro no domínio econômico. Com essas alterações, ganharam importância instrumentos que permitem à iniciativa privada a prestação de inúmeras atividades econômicas - em sentido amplo - de interesse coletivo, sem que o Poder Público perca o controle sobre a qualidade na prestação do serviço.

Nessa época, consolidaram-se no Direito nacional alguns institutos que contribuem enormemente para o sucesso dessas concepções denominadas de neoliberais, como o aprimoramento dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos e também as agências reguladoras independentes, objeto deste estudo.

Estas últimas, a fim de darem conta do múnus a elas atribuído pelo legislador infraconstitucional, foram aparelhadas com forte poder normativo, além de uma estrutura em tese imune aos desmandos do poder político e econômico, uma vez que lhes confere elevado grau de autonomia.

Entretanto, em que pese a importância da atuação desses entes na regulação econômica, a atividade de produção de normas gerais e abstratas pelas autarquias é fonte de uma série de questionamentos quando inovam na ordem jurídica, sobretudo no que tange a violação ao princípio constitucional da legalidade.

Muitos autores tentam explicar de que forma a atividade normativa desses órgãos pode ser fundamentada à luz da Constituição Federal e alguns outros chegam a sustentar, inclusive, a inconstitucionalidade dessas competências na forma como exercitadas atualmente.

O que se buscará neste trabalho - que ficará circunscrito ao exame doutrinário do objeto analisado devido às limitações (subjetivas e objetivas) inerentes às monografias de conclusão de curso - é enumerar de forma crítica os posicionamentos desenvolvidos pelos estudiosos do tema, de modo que se possa chegar a um consenso, um denominador comum, uma teoria que explique de modo satisfatório esse fenômeno jurídico.

É importante esclarecer que não se pretende, por meio deste ensaio, discutir a eficiência da atividade reguladora das agências independentes, nem tampouco o

aumento do bem-estar social gerado após a criação desses entes.¹ O que se pretende é analisar a legitimidade constitucional da atividade normativa das agências reguladoras tendo em vista o princípio fundamental da legalidade.

Em outras palavras, o presente estudo tem por escopo responder, a partir do exame doutrinário da matéria, se o Diploma Republicano autoriza a expedição de normas jurídicas por entes alienígenas ao Poder Legislativo e destituídos de legitimidade democrática clássica.

Todavia, insta salientar, não se pretende adentrar na discussão a respeito do alegado déficit democrático das agências. O questionamento sobre a observância ou não do princípio da legalidade, em que pese tanja as indagações acerca da legitimidade democrática de determinado ente, com elas não se confunde.

Veja-se que, sob certo ângulo, uma norma pode ser substancialmente democrática e não observar o princípio da legalidade.² Da mesma forma, uma regra criada pelo Congresso Nacional pode, materialmente, carecer do requisito democracia, ao menos no significado positivado pelo legislador constitucional.³

Para atingir as finalidades acima declinadas, a exposição foi dividida em três segmentos.

Inicialmente, buscar-se-á desenvolver um breve histórico do Direito Econômico nacional, descrevendo a transformação do modo de atuação do Estado brasileiro na esfera da economia para que se possa, ao final do primeiro capítulo e à luz das considerações traçadas nessas veredas, demarcar o desenho do regime jurídico das agências reguladoras no ordenamento pátrio, levando sempre em consideração as limitações inerentes aos estudos do tema, principalmente em virtude da inexistência de homogeneidade entre a disciplina dos diversos entes agrupados pela doutrina na categoria de “agências reguladoras”.

Em seguida, passa-se à análise do princípio da legalidade. Essa segunda parcela do trabalho tem por escopo apontar, sucintamente, a evolução do referido princípio na doutrina nacional, de modo que se possa esclarecer a concepção atual

¹ MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antônio Nogueira. Regulação Econômica e Democracia: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 177-199.

² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 345.

³ De acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, a democracia na CF/88 deve ser entendida como “uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª Ed. Malheiros: São Paulo, 1997, p. 122).

da norma, seus contornos constitucionais e infraconstitucionais, no intuito de instrumentalizar o leitor para as discussões travadas no tópico seguinte.

Já a terceira parte do ensaio tem por finalidade contemplar de que forma a atividade normativa das agências toca o princípio constitucional de legalidade. Os principais argumentos para fundamentar essa competência alinhavados pela doutrina nacional serão postos em discussão, a fim de que se possa averiguar, com vistas ao multicitado princípio, a adequação constitucional do poder de produzir normas atribuído a essas autarquias.

1 A TRANSFORMAÇÃO DO MODO DE ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Neste primeiro capítulo, buscar-se-á delinear um pouco da história, da evolução da economia e, principalmente, do Direito Econômico no Estado brasileiro, sem a pretensão de esgotar o tema, uma vez que a presente exposição servirá apenas como instrumento para as discussões posteriores a respeito do surgimento das Agências Reguladoras Independentes e da legitimação da atuação normativa desses entes à luz da disciplina constitucional atual.

1.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

Inicialmente, importante destacar que, no Brasil, a divisão linear e estanque das fases atravessadas pelo Estado no tocante ao modo de atuação no domínio econômico – liberal, social e pós-moderno, de acordo com a classificação de Luis Roberto Barroso - não se concretizaram de forma homogênea e natural. Conforme se pode conferir na análise atenta da história nacional, mesmo no período liberal a intervenção estatal na economia era de crucial importância para determinar o êxito ou não de qualquer projeto empresarial ou político.⁴

Isto é, não houve, na forma como descreve a doutrina alienígena, o completo absentismo de intervenção estatal no país, mesmo ao longo de todo o século XIX e início do XX, quando o liberalismo estava sob os holofotes nos principais países europeus e também nos Estados Unidos da América.⁵ Como afirma o autor acima mencionado, “*o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno*”.⁶

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 60.

⁵ “Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e outras corporações, a eles imposta” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, 239).

⁶BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e

Já na década de 1940, de acordo com Barroso, iniciou-se a inflação da atuação empresarial do Estado, em virtude da necessidade de se substituir as importações e da inexistência de uma iniciativa privada fortalecida, que pudesse assumir o compromisso pela promoção e concretização da indústria nacional. Nesse período, surgiram a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Vale do Rio Doce.⁷

Nos anos seguintes, o papel do Estado na esfera econômica se ampliou enormemente com o nascimento da PETROBRAS e do BNDES na década de 1950, e, nas décadas de 1960 e 1970, com o estabelecimento de mais de 300 empresas estatais.⁸

Pode-se afirmar que, ao longo de quase todo o século XX, o Estado “invadiu” áreas tradicionalmente relegadas à iniciativa privada, na tentativa de promover o desenvolvimento econômico e social do país, uma vez que o seu afastamento da seara da economia ocasionara manifesto fracasso, durante o século XIX e início do XX, dos conceitos trazidos pelas doutrinas econômicas clássicas. Tornou-se necessário intervir em determinadas áreas, com o intuito de “*atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico*”.⁹

Com a promulgação da Constituição de 1988 - e também nas discussões que a antecederam - o modelo adotado pelo Estado-empresário passou a ser questionado em função da crescente disparidade entre o que era prometido pelo governo a fim de justificar sua forte atuação na economia e o que de fato era alcançado pelas empresas estatais.

Diversos fatores contribuíram para a “*insolvência governamental*”¹⁰. Dentre eles, pode-se destacar a insuficiência de recursos para custear a Previdência, o aumento significativo da população, a elevação dos débitos do Estado - que não conseguia mais manter os projetos de promoção do bem comum - e o acúmulo de dívidas. Como resultado, vislumbrou-se “*o esfacelamento das estruturas estatais, a erosão das políticas públicas, a incapacidade estatal de cumprir suas funções mais*

legitimidade democrática, cit., p. 60.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, cit., p. 61.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática., cit., p. 61.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, p. 60.

essenciais".¹¹

Diante desse quadro desanimador, passou-se a pleitear a substituição da atuação estatal pela iniciativa privada, diminuindo-se, assim, sensivelmente a atuação do Poder Público no domínio econômico. Entretanto, tal mudança não poderia extirpar todas as conquistas levadas a efeito durante o Estado Providência.¹²

Nas palavras de Marçal Justen Filho, "*qualquer projeto de reforma do Estado apenas pode ser admitido quando evidenciado que se trata de uma estratégia mais adequada para a realização dos mesmos valores fundamentais que produziram o Estado de Bem-Estar Social*".¹³

Foram justamente essas constatações e questionamentos que culminaram na reforma do Estado brasileiro a partir, principalmente, da década de 1990. O Poder Público se exime de atuar diretamente na economia, delegando a execução de alguns serviços de interesse público a particulares que permanecem sujeitos a forte regulação estatal, com o fito de se evitar abusos. O Estado passa a atuar como "*árbitro das atividades privadas*".¹⁴

Isso não significa, conforme esclarece o administrativista paranaense, o abandono do objetivo de realizar valores fundamentais por parte do Estado, assentado ao longo do *Welfare State*, mas apenas a alteração da percepção acerca do instrumento mais eficiente para atingi-lo.¹⁵

Com efeito, sustenta Eros Grau que a Constituição Federal de 1988 "*postula um modelo de bem-estar*"¹⁶, o que significa que a ordem econômica deve dar concreção aos princípios traçados na Norma Fundamental, a fim de alcançar os objetivos propostos nesse mesmo diploma.

Um recurso importante para a concretização da política "neoliberal" foi o Plano Nacional de Desestatização (PND), ordenado na década de 1990 com o objetivo de transferir algumas atividades desenvolvidas pelo poder público para a iniciativa privada. Da mesma forma, segundo a lição de Egon Bockmann Moreira, as leis que disciplinam as concessões e permissões de serviços públicos.¹⁷

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 19.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 19.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 11/14.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 14.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 21.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 21.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 6ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 323.

¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas

As Emendas à Constituição, por sua vez, também assumiram papel crucial na instituição do Estado Regulador, uma vez que, além de extirpar algumas discriminações favoráveis às companhias nacionais, restringem a criação de empresas estatais, permitem a concessão da prestação de serviços de gás canalizado e de telecomunicações e relativizam o monopólio estatal do petróleo.¹⁸

Outra ferramenta de especial importância para a efetivação do novo modelo de Estado foram as agências reguladoras independentes. A implementação desses entes buscou responder a anseios econômicos e sociais, de modo que aqueles serviços outrora prestados diretamente pelo Poder Público passaram a ser regulados por instituições autônomas e capazes de zelar com efetividade pela adequada prestação dos serviços.

Passa-se, na seção seguinte, à análise do contexto de surgimento dessas autarquias especiais.

1.2 A IMPLEMENTAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES NO BRASIL

Mesmo antes da ampla reforma estatal narrada no tópico anterior, algumas entidades da administração brasileira já reuniam características semelhantes às adotadas pelas agências reguladoras independentes contemporâneas. Dentre elas, importa mencionar os Tribunais de Contas, o Conselho de Contribuintes da União, o Banco Central do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a Comissão de Valores Mobiliários - CVM.¹⁹

Embora guardem estruturas análogas às das agências, somente estas últimas podem ser relacionadas com a ampla reforma estatal levada a efeito na década de 1990, uma vez que representam o projeto político de substituição da atuação direta do Estado na economia por um modelo, concebido na legislação alienígena, no qual o Poder Público “*se vale da iniciativa privada para atingir fins*

(Passado, Presente e Futuro de uma Perene Transformação). Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 46, maio, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/14130/9510>. Acesso em: 25/09/2012, p. 13.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit. p. 283/320.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 329/338.

públicos, numa lógica cooperativa, horizontal e integradora".²⁰

Para que esse intento obtivesse sucesso, vislumbrou-se a necessidade de se instituir entes autônomos e independentes, de modo que a diminuição da atuação estatal direta pudesse ser sucedida pela ação regulatória, através de órgãos que não sofressem forte interferência do poder político ou econômico.²¹⁻²²

Algumas qualidades apontadas pela doutrina estrangeira, como a tecnicidade das decisões, o incremento da cooperação entre Estado e comunidade, a ampliação de controle político e a maior rapidez na expedição de normas²³ foram decisivas para que o Poder Público decidisse pela adoção desses entes. Em um Estado burocrático, atrasado, que não conseguia implementar com efetividade os serviços públicos de sua titularidade, a instituição de entes que regulam as atividades econômicas de interesse coletivo, outrora prestadas quase com exclusividade pelo Estado, constituiu-se em uma enorme evolução do ponto de vista da modernização da gestão.²⁴

O modelo das agências foi importado do Direito norte-americano, muitas vezes sem a prudência que se faz necessária quando do estudo de institutos jurídicos originados em outros ordenamentos.²⁵ Como bem argumenta Justen Filho, *"nenhuma solução pode ser adotada simplesmente por ter existido um precedente histórico em outras ordens estatais"*.²⁶

Note-se, aliás, que o contexto no qual ocorreu a inserção das agências reguladoras no Direito brasileiro diferia enormemente do norte-americano, pois aqui elas surgiram inseridas em uma lógica de privatização da economia, em um período

²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (Passado, Presente e Futuro de uma Perene Transformação), cit., p. 17/18.

²¹ Leila Cuéllar, citando a doutrina de Ariño Ortiz, aduz: "tem-se entendido que separar a autoridade reguladora da Administração, atribuindo-se a função regulatória a um ente técnico e independente (de qualquer manipulação política ou de interesses econômicos), é condição indispensável para uma regulação eficiente" (CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 64).

²² "Essa independência não significa insubordinação quanto às metas de governo fixadas pelo Poder Central, mas impermeabilidade contra influências políticas indesejáveis" (NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes). São Paulo: Dialética, 2006, p. 72).

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 360/369.

²⁴ "A responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão inspiraram a formulação deste projeto, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão". In: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>, p. 59.

²⁵ A esse respeito, veja-se: JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 286.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 287.

em que o Estado se retira da atuação direta no domínio econômico, passando o exercício das atividades para os particulares.

Nas palavras de Gustavo Binjenbojm:

Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.²⁷

No Brasil, como era de se esperar, adquiriram uma estrutura jurídica diferenciada daquela implementada no país onde surgiram. Assim, pode-se afirmar que possuem grau de independência muito mais restrito do que as *agencies*, eis que fazem parte do Poder Executivo e não foram munidas com poderes tão extensos quanto aqueles delegados aos órgãos estrangeiros.

Binjenbojm menciona duas ondas de criação das agências. Segundo o autor, enquanto em um primeiro momento a preocupação principal do legislador era garantir a autonomia das entidades – independência política dos dirigentes, independência técnica decisória, independência normativa e independência gerencial, orçamentária e financeira -, na segunda fase preponderou o cuidado com o controle político das autarquias, em razão das tensões criadas entre a autonomia ampliada dos órgãos e os valores democráticos constitucionais – tensão com o princípio da legalidade, com o sistema de separação de poderes e com o regime democrático.²⁸

Nos dias atuais, são largamente questionadas por parte da doutrina nacional, que clama pela instituição de sistemas de controle da atuação das autarquias especiais, a fim de se evitar que violem os valores mais fundamentais da nossa jovem democracia.

É preciso reconhecer, todavia, que essas entidades foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com importantes atribuições, uma vez que se espera

²⁷ BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 95.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*, cit., p. 95/96.

que regulem de forma eficiente um setor econômico, de modo a contribuir para a concretização do Estado de Bem-Estar positivado na Constituição.

Assim, é possível se admitir que sejam munidas com poderes regulatórios amplos para que possam responder aos anseios da sociedade, embora permaneça hígida, evidentemente, a necessidade de que tais competências estejam de acordo com os limites impostos pela Constituição Federal. A tratativa dessa questão será aprofundada nos capítulos que seguem.

1.3 O REGIME DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO ATUAL

1.3.1 Natureza Jurídica das Agências Reguladoras no Brasil

Como o tópico anterior tinha por objetivo a explanação do desenvolvimento histórico da atuação do Estado na economia, com ênfase no surgimento das agências reguladoras, a finalidade deste item é a análise da legislação atual que disciplina a atividade dos entes supramencionados. Isto é, como a matéria é tratada no Direito positivo brasileiro atual, que, claramente, como visto acima, prioriza a atividade reguladora para cumprir as promessas constitucionais, em detrimento da atuação direta do Estado no domínio econômico.

Introdutoriamente, cabe uma ressalva. Os regimes jurídicos aplicados a cada uma das agências reguladoras brasileiras são distintos entre si. Isso porque o legislador optou por disciplinar cada entidade através de Lei específica, na qual declina seus objetivos, sua estrutura e suas competências.²⁹

Há, contudo, nada obstante a ausência de homogeneidade na criação dessas autarquias, determinadas características que permitem identificar um núcleo comum a todas elas, núcleo este que as diferencia das demais pessoas jurídicas da administração pública direta e indireta e permite ao jurista classificá-las em uma categoria separada.

Assim, pode-se afirmar com propriedade que, apesar de fazerem parte da

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 52.

administração indireta, não são empresas públicas ou sociedades de economia mista, uma vez que não exercem atividade econômica em sentido estrito. Tampouco podem ser classificadas como fundações públicas, pois estão incumbidas de praticar atividades inerentes à Administração Pública direta.

Ademais disso, não são autarquias no sentido estrito do termo, em virtude da relativa autonomia que detêm em face da Administração Direta.

Assim, são classificadas, nas palavras de Marçal Justen Filho, como autarquias “especiais”³⁰ por opção legislativa, o adjetivo “especial” servindo justamente para caracterizar essa autonomia potencializada que a elas foi conferida pela lei instituidora. Como autarquias, são criadas por lei e só por lei podem ser extintas.

Daí conclui o administrativista paranaense acima mencionado, quando define agências reguladoras como:

[...] uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.³¹

É preciso reconhecer que essa relativa autonomia que detêm em face dos demais órgãos da Administração Direta é um dos pressupostos para que exerçam a atividade regulatória de modo eficiente, uma vez que, por serem um órgão técnico, altamente especializado, devem permanecer, em algumas oportunidades, imunes às pressões políticas comuns no cenário nacional.

Contudo, passa-se a questionar tamanha independência quando se vislumbra a importância das competências a elas atribuídas pelo legislador³², que confere a esses entes alto grau de discricionariedade para a formulação de políticas públicas no setor regulado, sem que sejam controlados pelas instituições democráticas clássicas.

Dentre os poderes que mais contribuem para essas discussões, pode-se

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 391.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 344.

³² “Tais normas regulam o funcionamento de alguns dos principais setores da economia nacional, cuja estabilidade e segurança são essenciais para a Nação (energia, saúde, petróleo, medicamentos, telecomunicações, água, portos, aeroportos, rodovias, etc.)” (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Contratos de Serviços Públicos e Mutabilidade Regulatória. In: Revista de Direito Público da Economia, ano 07, nº 25, p. 103).

destacar o de produzir normas gerais e abstratas, que será analisado no tópico que segue.

1.3.2 A Atividade Normativa das Agências

Como visto acima, não há no Direito pátrio uma norma geral que trate do regime jurídico das agências reguladoras independentes e delimite a competência de cada uma delas. Dessa sorte, o estudo das autarquias objeto deste trabalho deve ser dedicado à análise das características comuns positivadas na ordem infraconstitucional, de acordo com a normatização individual de cada entidade, sempre que possível.

Isso porque, tal como se declinou na seção anterior, em que pese a positivação das agências tenha sido instituída em leis esparsas e não sistematizadas, há determinadas características que permitem ao jurista delinear a natureza jurídica de cada uma delas e, ademais, o regime jurídico a que estarão submetidas.

Além disso, a legislação que disciplina cada uma dessas entidades enumera com especificidade os poderes a elas delegados com a finalidade de regular uma atividade econômica e perseguir os fins impostos pela lei. Dentre os poderes, o mais polêmico e o que será objeto deste estudo, o poder de regulamentar determinado setor através de normas jurídicas que inovam no ordenamento.

À título de exemplo, a lei criadora da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações - confere àquele ente a competência geral para expedir normas *“quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”* e *“sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”*.

A que instituiu a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar -, por sua vez, atribui à autarquia a competência para estabelecer normas *“para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS”, “relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde”,* bem como acerca *“dos conceitos de doença e lesão preexistentes”* e para a *“constituição, organização, funcionamento e fiscalização de operadoras”* de planos de saúde, estando incluso, neste último inciso, o poder de

instituir sanções.

No mesmo sentido, pode-se mencionar, dentre outras, a Lei nº 9.427/1996, instituidora da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica -, a Lei nº 9.782/199, que criou a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária -, e a Lei nº 9.984/2000, que dispõe sobre a criação da ANA – Agência Nacional de Águas.

Como se vislumbra na redação dos diplomas instituidores das autarquias, o legislador conferiu a elas a competência para editar normas com uma finalidade pré-ordenada, a de regular a atividade econômica respectiva.

O que cabe questionar, todavia, é a amplitude dessa competência e, porque não, se a Constituição Federal dá abrigo a essas faculdades.

Não se pode olvidar ao longo desta análise que os poderes normativos conferidos às agências têm origem na legislação infraconstitucional.

Quando da instituição dos entes reguladores no Direito pátrio, não houve qualquer alteração institucional significativa que importasse em mudança no sistema de distribuição de funções positivada na Norma Fundamental. No máximo, como se viu acima, algumas emendas constitucionais “despublicizaram” atividades econômicas.

Dessa sorte, considerando que toda a atividade administrativa deve ser exercida sob a égide do princípio da legalidade, a mera alegação de que vivemos em um Estado Regulatório não serve para justificar a criação de direitos e obrigações pelas autarquias especiais através de regulamentos.

Como bem afirma Marçal Justen Filho, “*é descabido instituir uma agência reguladora e, por meio de instrumento infraconstitucional, atribuir-lhe competências reservadas constitucionalmente ao Poder Legislativo*”.³³

Sem que se discuta acerca da validade constitucional dessas competências, é possível declarar, com certa tranquilidade, que as agências reguladoras atuais inovam, de fato, na ordem jurídica.³⁴

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira, “*como se sabe, as agências reguladoras brasileiras efetivamente emanam normas gerais e abstratas. Isso se dá todos os dias, num ritmo nunca dantes experimentado: a profusão de tais atos*

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 539.

³⁴ Veja-se, por exemplo, que a pretexto de “estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade da operadoras” a Agência Nacional de Saúde Complementar interfere nas relações contratuais travadas entre operadoras e usuários, como o fez na expedição da Instrução Normativa 196/09.

normativos é patente".³⁵

Note-se, dessa forma, que as agências reguladoras independentes exercem amplamente a competência normativa a elas atribuída pelas leis instituidoras através da produção de normas gerais e abstratas que inovam na ordem jurídica. É preciso reconhecer que a linha que separa a constitucionalidade do poder de criar normas da completa afronta à Lei Maior é muito tênue.

Nesse sentido, a discussão que se levará a efeito nos capítulos seguintes terá por escopo problematizar a atividade reguladora das autarquias especiais, com o intuito de se averiguar, à luz do princípio da legalidade, a adequação dessa competência normativa com o texto constitucional.

³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 174.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

O objetivo desta segunda parte da explanação é traçar os fundamentos constitucionais do princípio da legalidade³⁶ no ordenamento brasileiro, perquirindo de que forma ele foi positivado e até onde a doutrina da Separação dos Poderes permite flexibilizar a distribuição de competências políticas, com o fito de habilitar, no capítulo seguinte, a análise acerca da adequação jurídica da atuação normativa das agências reguladoras à luz do princípio constitucional aqui tratado.

Da mesma forma que o tópico anterior, o presente não tem por escopo exaurir o tema, mas tão-somente conferir ao leitor ferramentas para a análise futura da competência normativa das agências reguladoras.

2.1 A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Instituído como um dos fundamentos do Estado moderno ocidental³⁷, o princípio da separação dos poderes surgiu da necessidade de se limitar o exercício do poder, o que, seguindo a doutrina de Montesquieu, ocorreu através do fracionamento dos órgãos titulares de competências políticas, de modo que a distribuição das funções do Estado fosse efetivada entre entes distintos e autônomos.³⁸

Ao Legislativo atribuiu-se o poder de inovar na ordem jurídica através da produção de normas, ao Executivo a função de aplicar as leis e ao Judiciário a

³⁶ A definição de princípio adotada por esta obra é aquela construída pelo professor Bandeira de Mello, para quem princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligências exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 817/818).

³⁷ O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que “toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

³⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 24/25.

competência de resolver litígios.³⁹

O princípio da separação dos poderes, na forma acima discriminada, foi um dos alicerces para a concretização do Estado liberal, eis que garantia que as liberdades individuais estariam asseguradas da intervenção desmedida da autoridade governamental, permitindo a “*fruição pacífica da independência privada*”.⁴⁰

Atualmente, contudo, o princípio adquiriu nova roupagem, na medida em que se flexibilizou em decorrência da necessária colaboração e cooperação entre os órgãos, bem como em razão da concorrência de atribuições.⁴¹ Fala-se em um sistema de freios e contrapesos, no qual cada órgão detentor de competências políticas tem influência sobre os demais.

Quando o principal papel do Estado era apenas o de se manter afastado do campo das liberdades individuais, permitindo que os indivíduos fruissem livremente de seu estado de liberdade privada mediante a manutenção da ordem interna e a condução da política exterior, não havia maiores problemas em se falar na separação rígida das funções do Estado – que, todavia, nunca se concretizou plenamente -, tampouco no princípio da restrita legalidade.

Entretanto, quando o Poder Público se torna responsável pela concretização do bem-comum, mediante não apenas o absentéismo nas relações entre particulares, mas através de prestações, que exigiam um agir positivo do governante, a teoria antes aclamada se tornou insuficiente, pois o Executivo assumiu papel central no Estado prestador de serviços, enfraquecendo a importância do Legislativo.⁴²⁻⁴³

³⁹ FAGUNDES. Seabra Miguel. O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 16/17.

⁴⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 35.

⁴¹ CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo, cit., p. 29.

⁴² “Governar significa prover de maneira direta ou indireta quase todas as necessidades materiais e culturais, acumuladas por distintos grupos, com distintos interesses, num grau que sem dúvida faria dantes estalar todo o ordenamento liberal, caracterizado por ausências e omissões” (Paulo Bonavides, citado em CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 41).

⁴³ “Por estar o Poder Legislativo destituído de meios legiferantes dotados da indispensável celeridade para enfrentar a tempo e a hora as complexidades da era contemporânea e, particularmente nos cenários geopolíticos de terceiro mundo [...], tem se afirmado ultimamente o modelo de regulação econômica instrumentalizado pelas agências reguladoras.

“A insuficiência técnica das Casas de representação popular, se comparada ao suporte logístico dos órgãos de ponta da Administração Pública, aliada às dificuldades naturais decorrentes de sua estrutura colegiada e deliberativa, composta de centenas de congressistas não raro divididos em grande variedade de siglas partidárias, fez com que se acentuassem as críticas atiradas à morosidade, riscos e ineficiência das práticas legislativas” (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: O Poder Normativo das Agências

Com o enfraquecimento do Parlamento - órgão classicamente dotado de instrumentos para deliberar e conciliar os diversos interesses da nação - viu-se o nascimento das experiências nazi-fascistas na Itália e Alemanha e também no Estado Novo no Brasil, em razão do distanciamento entre o Poder Público “*eficiente e dotado de direção política forte*”⁴⁴ e a atuação democrática das Casas Legislativas.⁴⁵

Em razão do que se aprendeu após as práticas autoritárias, atualmente se busca conciliar as garantias constitucionais com os direitos sociais adquiridos ao longo do século XX. Assim, diz-se que “*falar em separação de poderes, agora, só guarda sentido quando está-se a referir aquele Estado de prestações constitucionalmente regulado e de tal modo regulado a ponto de definir-se como Estado de Direito de orientação social*”.⁴⁶

Com esse enunciado em mente, importante lembrar o ensinamento do professor Marçal Justen Filho, que afirma - e para isso cita Clémerson Merlin Clève - que a teoria tradicional da separação dos poderes deve ser reinterpretada, de modo que, ao invés de atribuirmos competência natural aos órgãos para exercer determinada função, foquemos não na repartição do poder, mas no aumento do controle que cada esfera exerce em face de outra.⁴⁷

Com base nessa premissa, no que toca o estudo das agências reguladoras independentes, o renomado administrativista sustenta que o acréscimo de um órgão - mesmo que não independente dos demais - divide ainda mais o poder político, melhorando o controle efetivo entre os entes que o exercem.⁴⁸

Nesse sentido, as autarquias contribuiriam para aumentar os controles recíprocos, na justa medida em que se configuram em mais uma entidade dotada de poder para intervir na sociedade, diluindo as competências que eram exercidas cumulativamente pelos outros Poderes. Em outras palavras, “*a adoção da agência equivale à multiplicação de pólos de competência estatal, o que realiza o ideal da limitação do poder através do próprio poder*”.⁴⁹

Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70/71).

⁴⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 42.

⁴⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 41/42.

⁴⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 42.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 352/353.

⁴⁸ “As agências podem ser mais um instrumento de implementação de um sistema de freios de contrapesos” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 357).

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 375.

É em razão dessa alteração na concepção da teoria da separação dos poderes que se admite atualmente a produção normativa pelo Executivo, que deve ser devidamente aparelhado para “*responder às crescentes exigentes demandas sociais*”.⁵⁰

Contudo, mesmo que se alegue que as agências corroboram com a concretização do Estado Democrático de Direito, uma vez que, pelo menos em tese, aumentam a participação popular e os controles recíprocos entre os órgãos, é necessário averiguar se o sistema constitucional brasileiro atual comporta esse tipo de solução.

É que, como já enunciado, o povo fez uma escolha acerca da distribuição do Poder Político quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Nessa eleição, delineou a estrutura dos entes competentes para o exercício do poder, como eles seriam compostos e de que maneira desempenhariam as competências previamente atribuídas a eles.

Nesse sentido, argumenta Justen Filho que “*a instituição de agência reguladora no sistema brasileiro – precisamente porque desacompanhada de uma ampla reestruturação institucional – não importou alteração alguma na separação de poderes*”.⁵¹

Não se pode, apenas sob o pretexto de amplificar a eficiência gerencial, “*afastar os controles democráticos sobre órgão estatal algum*”. Pelo contrário, as agências devem servir de instrumento para a concretização da fiscalização mútua, a fim de que possam realizar os objetivos positivados na Constituição.⁵²

É de se ressaltar, por conseguinte, que mesmo quando se admite que a teoria da separação dos poderes precisa ser reformulada, eis que o Estado se encontra em um momento histórico substancialmente distinto daquele no qual o princípio foi concebido, não se autoriza que ela adquira configuração que deixe de levar em conta o que estabelece a Norma Fundamental.

A reforma da teoria tem como limite os termos da Constituição Federal. Nenhuma mudança drástica pode ser levada a efeito apenas com o argumento da “mutação constitucional”, ou seja, sem uma ampla reforma institucional formal, discutida pública e democraticamente.

⁵⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 44.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 525.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 380.

Em outras palavras, diz-se que em um país no qual a concepção acerca da tripartição dos poderes se altera em razão da profunda modificação no tocante ao modelo de relacionamento entre Estado e sociedade, o princípio da legalidade não perde importância, pois todos os instrumentos de controle devem ser implementados nos termos da Lei Magna.⁵³

Em síntese, quando se afirma que atualmente a doutrina da separação dos poderes deve ser lida tendo como foco o controle exercido entre os entes detentores de competências políticas institucionalmente relevantes, pode-se até permitir que o Executivo assuma uma parcela da função de produção de normas, como ocorre atualmente com as leis delegadas e as medidas provisórias. Contudo, não é demais repetir, a atuação normativa deve sempre obediência à Constituição e também à lei.

2.2 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA TEORIA CONSTITUCIONAL

Com as Revoluções do século XVIII e XIX, o princípio da legalidade começa a se delinear na forma como conhecemos atualmente; como uma garantia, uma conquista que assevera que os indivíduos apenas devem obediência à lei, pois somente ela, que é produzida pela vontade do povo, é capaz de legitimar a intervenção do Estado no domínio da liberdade.

Ao longo do período liberal, a lei erigiu-se como produto da razão humana, capaz de espelhar o Direito natural. Foi cultuada de tal forma que toda uma escola jurídica sustentava que o Direito se confundia com a lei e que esta adquiria importância não por ser materialmente justa, mas unicamente pelo fato de ser produto da metafísica e supostamente racional “*vontade do povo*”.⁵⁴

Segundo a lição de Clémerson Merlin Clève, nos anos que se seguiram a positivação do princípio da legalidade nos principais ordenamentos modernos, alguns aspectos da lei sofreram enormes mudanças.⁵⁵ Segundo o autor, com o sufrágio universal, o Parlamento, espaço outrora reservado a uma única esfera

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 522/524.

⁵⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 48/49.

⁵⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 50.

social, preponderantemente homogênea, foi também ocupado por outros grupos políticos, de modo que a lei deixou de consistir no produto da vontade geral para se tornar a vontade da maioria. O fenômeno mencionado resultou na amplificação das teses formalistas⁵⁶ e a lei, nessa época, “*perde seu caráter sagrado*”.⁵⁷

Outros fatores, todavia, contribuíram para a “crise” da lei, tais como o afloramento do Estado Social e a emergência da sociedade técnica.

Quanto à primeira circunstância, destaca o constitucionalista paranaense que no Estado Social as funções do Poder Público se ampliam, fortalecendo o Executivo. Há, ademais, uma profusão enorme de leis, mas também a concretização da atuação Estatal por instrumentos distintos das normas criadas pelo Legislativo, resultando em um “*processo de acentuada banalização*” dessas espécies normativas.⁵⁸

A emergência da sociedade técnica, por seu turno, derivou na compreensão de que o Poder Legislativo não está apto para exercitar a competência normativa em uma sociedade imediatista, “*que passou a exigir respostas prontas e rápidas*”, advindas, muitas vezes, de conhecimento técnico alheio aos representantes do povo que ocupam as Casas Legislativas.⁵⁹

A profusão normativa e o aprofundamento da tecnicidade das decisões foram de tal sorte significativas que alguns doutrinadores chegaram a proclamar o declínio ou a morte do Direito.⁶⁰ Contudo, novas teses que trabalham com uma nova concepção de lei desmentem a profecia.

É certo que a inflação legislativa influencia negativamente na concretização do princípio da segurança jurídica, na suposição inafastável de que todos os indivíduos conhecem o Direito e também normatiza condutas que possivelmente deveriam ser deixadas sem regulamentação. Além disso, no afã de regradar todos os espaços da sociedade, o legislador deixa de observar a prática legislativa adequada e acaba positivando regras repletas de falhas técnicas⁶¹.

É esse o cenário que favorece a profusão de críticas contra o Parlamento - na forma como ajustado no Estado burguês -, contra o velho Direito e contra a

⁵⁶ “A lei é forma. Não releva o seu conteúdo. Importa o fato de ter sido votada pelo parlamento em processo regular” (CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 51).

⁵⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 51.

⁵⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 52.

⁵⁹ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 52/53.

⁶⁰ Tal como Ripert e Carnelutti.

⁶¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 55/57.

concepção clássica de lei, vista como um ato genérico e permanente.⁶²

Entretanto, conforme explica Eros Grau, não há qualquer crise do Direito, senão a crise do jurídico na forma como ele era concebido no Estado burguês. Para ele, o Direito “*revificou-se*”, adequando-se ao Estado contemporâneo.⁶³ Para que isso seja possível, é necessário que os intérpretes se atentem para essa nova realidade. O fenômeno é narrado com maestria por Clémerson Clève, nos seguintes termos:

A lei, que ostentava a condição de garantia da liberdade (tal como o liberalismo a concebe); que não passava de regra jurídica delimitadora da esfera livre de atividade das pessoas nas suas relações recíprocas, agora assume um caráter nitidamente instrumental ou de meio de intervenção do Estado; enfim, torna-se um instrumento de conformação social. A lei-garantia e a lei-instrumento passam a conviver. Nem todos juristas compreendem o fenômeno.⁶⁴

Com efeito, a sociedade atual é outra e o princípio da legalidade deve ser repensado. Todavia, não se pode ignorar o texto constitucional sob o pretexto de reparar os problemas provenientes da compreensão clássica do Direito, e, sobretudo, do princípio acima mencionado, por não darem conta de disciplinar a sociedade na forma como esta reclama.

Repise-se: no Estado contemporâneo a lei não serve apenas para garantir e delimitar o espaço de liberdade dos indivíduos. Ela também assume o papel de concretizar a transformação social e o desenvolvimento da Nação, na forma como insculpido na Constituição.

Nesse sentido, é possível entender que o princípio da legalidade atual não se confunde com aquele positivado pelas revoluções burguesas do século XVIII, principalmente em virtude da alteração da própria compreensão do conceito de lei, conforme exposto acima. Entretanto, o núcleo fundamental da norma permanece hígido e pode ser identificado na análise do Direito constitucional positivo que se levará a efeito abaixo.

⁶² CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 57/58.

⁶³ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit., p. 33/38.

⁶⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 59.

2.3 CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O enunciado do artigo 5º, inciso II, da Constituição Republicana de 1988, positiva que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Isto é, declina que a liberdade de ação dos indivíduos é a regra, e a restrição à liberdade, a exceção.⁶⁵

O mesmo diploma, no artigo 37, *caput*, determina que a atividade da Administração Pública esteja jungida à Lei, no sentido de que o Poder Público apenas poderá agir quando houver expressa previsão legal para tanto, e sempre nos limites do texto legislativo.

Além dos dois dispositivos constitucionais aos quais classicamente se atribui a concreção do princípio da legalidade, é possível adicionar um terceiro que também possui relação com este trabalho. De acordo com os ensinamentos de Eros Grau, o parágrafo único do artigo 170 da Norma Fundamental consagra o princípio da legalidade nas relações econômicas, pois “*liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*”.⁶⁶

É o princípio da legalidade, na forma acima discriminada, que garante que os indivíduos no Brasil apenas deverão obediência às normas produzidas através de um processo, no qual os sujeitos, representantes do povo regularmente escolhidos, formularão o Direito de forma democrática, tendo sempre em vista os mandamentos constitucionais.

A interpretação dos citados dispositivos, contudo, incita questionamentos no que toca a extensão da competência normativa de determinados entes para intervir na liberdade dos indivíduos através de normas que inauguram na Ordem Jurídica, uma vez o que significante lei não possui conceito unívoco na doutrina.

Vale dizer, é legítima a dúvida acerca do significado da dicção “*em virtude de lei*”, admitindo-se que o vocábulo pode (a) se restringir à lei no sentido formal, isto é, ao ato normativo produzido pelo Poder Legislativo; (b) designar ato normativo material, referindo-se, além da norma legislativa, também àquelas expedidas pelo Poder Executivo; (c) aos atos normativos primários; ou (d) aos atos normativos

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., 229.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit., p. 241.

secundários.

Analisando o texto constitucional, não se concebe que apenas as regras produzidas pelo Poder Legislativo reúnam condições de inovar na ordem jurídica. A Constituição Federal enumera, no artigo 59 – com exceção da emenda constitucional -, todos os atos legislativos. São eles leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

De acordo com Clémerson Merlin Clève, vigora no Direito nacional o princípio da tipicidade das leis.⁶⁷ Ou seja, apenas possuem força de lei as espécies normativas enumeradas acima.⁶⁸

Repare-se, porém, que o legislador constitucional munuiu o Poder Executivo com competência de inovar no ordenamento, uma vez que atribuiu à Administração poder de disciplinar matérias através de leis delegadas e medidas provisórias. Isto é, não apenas a lei formal, elaborada pelas Casas Legislativas, possui aptidão para limitar as liberdades privadas.⁶⁹

O mesmo diploma confere competência normativa secundária ao Executivo ao admitir que expeça regulamentos visando à fiel execução da lei.⁷⁰ Esse poder regulamentar não pode produzir conteúdo de cunho inovador na ordem jurídica, isto é, não pode restringir direitos individuais que não foram cingidos por ato legislativo.⁷¹⁻⁷²

Alguns autores admitem a existência de regulamentos autônomos no Direito pátrio, sustentando que a Administração reúne competência para disciplinar situações e inovar na ordem jurídica, indo além da mera discricionariedade técnica.

Todavia, o entendimento adotado no presente ensaio é o de que apenas a

⁶⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, cit., p. 74.

⁶⁸ “Seguindo a tendência universal, a Constituição brasileira não adota um conceito material de lei. O significante lei, em sentido lato, pode ser traduzido como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo). Ou seja, com o sentido de ato dotado de força de lei” (CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, cit., p. 67).

⁶⁹ CALIL, Lais. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes*. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 159.

⁷⁰ Regulamentos não são função legislativa, mas atividade administrativa de caráter normativo. (CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, cit., p. 276).

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª Ed., 2006, p. 168.

⁷² “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei”, (Pontes de Miranda, citado por CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, cit., p. 306).

lei, como “*expressão da vontade geral institucionalizada*”⁷³, pode criar direitos e obrigações, na justa medida em que é a norma emanada dos representantes do povo, regularmente escolhidos para lhe representar. Na lição de José Afonso da Silva:

A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.⁷⁴

Como visto no tópico anterior, o princípio da legalidade e o próprio conceito de lei merecem ser relidos de acordo com o contexto histórico atual, que difere enormemente do período no qual foram concebidos, em virtude da dinamicidade da sociedade e também em razão da maior complexidade dos fenômenos sociais hodiernamente.

Destarte, admite-se que o Poder Executivo titularize poder de criar normas, nos termos estabelecidos pela Lei Magna. É de se sublinhar, porém, que determinadas matérias permitem maior incursão da competência normativa do Poder Executivo, enquanto outras demandam regulamentação exaustiva por parte dos legisladores.

Conforme doutrina de Marçal Justen Filho, há duas manifestações do princípio da legalidade no texto constitucional. A primeira delas, a legalidade estrita, que demanda do legislador exaustiva normatização da matéria, eis que não admite a incursão do Poder Executivo por meio da competência regulamentar discricionária.⁷⁵

Por outro lado, alguns temas exigem o estabelecimento de lei inaugural para tratar da criação de direitos e obrigações, mas tolera que a autoridade administrativa formule escolhas. Esse é denominado de princípio da legalidade comum.⁷⁶ É apenas essa segunda espécie que admite a incursão do Poder Público através de regulamentos.

Com efeito, atualmente é possível afirmar: nem só o Legislativo legisla.⁷⁷ A sociedade contemporânea exige que o Poder Executivo, melhor munido para o

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional, cit., p. 165/188.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 122.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 514/515.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 515.

⁷⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 67.

exercício de algumas funções normativas – principalmente no requisito celeridade -, inova primariamente na ordem jurídica, de modo a garantir não apenas que a liberdade dos indivíduos se mantenha a salvo dos desmandos de agentes atuantes na atividade econômica, mas que o bem-comum seja alcançado.

O legislador constitucional esteve atento a essa necessidade. Não foi sem razão que munuiu o Poder Executivo com a capacidade de produzir normas primárias – Leis Delegadas e Medidas Provisórias – e secundárias – regulamentos.

Atente-se, todavia, que a Lei Fundamental enumera taxativamente as hipóteses nas quais a Administração poderá exercer competência normativa. Por essa razão a atividade de produção de normas pelas agências reguladoras encontra enormes óbices e é questionada por um número significativo de estudiosos.

Se as agências fazem parte do Executivo e devem obediência aos ditames constitucionais, muito devem explicar quanto à competência normativa a elas conferida pela legislação infraconstitucional. Daí a importância da análise que se levará a efeito no capítulo seguinte.

3 A ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Uma vez apresentadas, em linhas gerais, as características atuais do princípio da legalidade no Direito brasileiro, passa-se à análise da atividade normativa das agências reguladoras independentes à luz do referido mandamento constitucional.

Como já assentado acima, a produção de normas pelas agências independentes inovam na ordem jurídica, criando direitos e obrigações não previstos em lei de maneira específica. Dessa forma, a doutrina costuma questionar até que ponto a atribuição de competências normativas às agências está de acordo o princípio disposto nos artigos 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

O poder normativo das autarquias objeto deste estudo não possui escopo direto na Lei Fundamental. Como nesse diploma não há qualquer enunciado que autorize, de maneira clara e objetiva, a incursão das agências na produção de regras jurídicas, é necessário investigar de que norma constitucional essa competência retira sua validade.

A doutrina, nesse ponto, é bastante criativa. Além de divergir quanto a natureza jurídica das normas, também discorda acerca dos fundamentos constitucionais e sobre a possibilidade ou não de criarem direitos e obrigações não previsto em lei.

A seguir, buscar-se-á esmiuçar cada uma das alternativas propostas, de modo a descrever os argumentos dos principais autores e habilitar a futura análise a respeito da convivência da competência normativa das autarquias especiais com o princípio da legalidade.

3.1 DA DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

Como se sabe, o diploma constitucional brasileiro distribuiu as competências para o exercício do Poder Político de forma minuciosa. Isto é, descreveu detalhadamente as atribuições que cabem ao Executivo, ao Legislativo e ao

Judiciário, fixando de maneira bastante rígida o formato e o modo de atuação do Estado atual, com o fito de evitar abusos.

Assim, conferiu ao Legislativo o monopólio da função legiferante, permitindo, em ocasiões específicas, que os integrantes do Poder Executivo e, em alguns casos, apenas o Presidente da República, criem regras jurídicas de forma primária – Medidas Provisórias e Leis Delegadas – ou secundária – Regulamentos.

Entretanto, com a finalidade de fundamentar a atuação normativa das agências reguladoras que, como visto acima, cria direitos e obrigações não previstos previamente em Lei de maneira específica, parte da doutrina sustenta que as normas emanadas dessas autarquias, com a finalidade de regular determinada atividade econômica, são frutos da delegação de competência legislativa levada a efeito pelo Congresso Nacional quando da promulgação da lei instituidora do ente.

Ou seja, afirmam que, ao criar a agência, o Legislativo delega a ela o poder para disciplinar algumas matérias afetas à sua competência e que esse instrumento não vai de encontro ao texto constitucional, eis que a delegação deve ser sempre “*formal, expressa e precisa; condicionada, limitada e revogável pelo órgão delegante*”⁷⁸ e, além disso, ela permite ao Executivo agir de maneira mais célere para resolver alguns problemas exigidos pela dinamicidade da sociedade atual.⁷⁹

Todavia, em que pese a importância das razões acima apresentadas, muitos são os motivos para que a delegação pelo Poder Legislativo de competências normativas gerais e abstratas para órgãos do Poder Executivo seja abominada por parcela significativa dos estudiosos.

À título de exemplo, pode-se mencionar a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰, José Afonso da Silva⁸¹⁻⁸² e Luís Roberto Barroso⁸³. Este último assevera que:

A doutrina da indelegabilidade assenta-se em premissas que decorrem de outras normas e princípios, como (i) o da separação dos Poderes, (ii) o da

⁷⁸ O ensinamento é de Bonifácio Forte, citado por CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo, cit., p. 115.

⁷⁹ Doutrina de Carlos Mário da Silva Veloso, em CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo, cit., p. 115/116.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 324/325.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 112.

⁸² SILVA, José Afonso da. Harmonia entre os Poderes e Governabilidade. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, nº 1, p. 28.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 170/176.

representação política, (iii) o da supremacia da constituição, e (iv) o do devido processo legal.⁸⁴

De acordo com a lição de Bandeira de Mello, a indelegabilidade das funções correspondentes a cada um dos Poderes está caucionada pelo artigo 2º da Constituição Federal como garantia dos indivíduos, na medida em que, caso se admita que os titulares dessas competências possam delegar suas atribuições indiscriminadamente, a separação, a harmonia e a independência dos Poderes não estariam garantidas no Texto Magno, mas dependeriam da legislação infraconstitucional para se concretizar.⁸⁵

No mesmo sentido, continua o pesquisador:

Seria absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada, graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. É que, como disse o precitado Geraldo Ataliba, em frase altamente sugestiva: “Ninguém construiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão”.⁸⁶

Não é sem razão que o constituinte declinou detalhadamente as funções de cada um dos Poderes e, indo mais além, enumerou restritivamente as “exceções”. Isto é, em matéria de produção normativa, autorizou a incursão do Executivo nessas competências apenas em três hipóteses. São elas: as Leis Delegadas (artigo 68, CF), as Medidas Provisórias (artigo 62, CF) e os Regulamentos (artigo 84, IV, CF).

Ainda sobre o tema da delegação legislativa, de crucial importância é a tratativa da questão pelo ex-ministro Carlos Mário da Silva Velloso, que, aludindo à doutrina da separação dos poderes de Locke⁸⁷ e Montesquieu, sustenta que os Poderes não podem delegar o que não lhes pertence, pois agem por autorização do soberano, o povo, e, dessa sorte, não são titulares das competências atribuídas a eles pela Constituição Federal ao ponto de poder dispor delas da maneira como

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade, cit., p. 174.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 324/325.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 325.

⁸⁷ “Fourthly, the legislative cannot transfer the power of making laws to any other hands; for it being but a delegated power from the people, they who have it cannot pass it over to others. The people alone can appoint the form of the commonwealth, which is by constituting the legislative and appointing in whose hands that shall be. [...] The power of the legislative, being derived from the people by a positive voluntary grant and institution, can be no other than what the positive grant conveyed, which being to make laws, and not to make legislators, the legislative can have no power to transfer their authority of making laws and place it in other hands” (LOCKE, John. *Second Treatise of Civil Government*. In: <http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>. Acesso em 15/08/2012).

entenderem conveniente.⁸⁸

Dito de outro modo, o povo delineou na Lei Fundamental o sujeito que, em seu nome, exerceria a atribuição de regular a sociedade através de atos normativos primários. Se os indivíduos delegaram o poder ao Legislativo, não pode o Congresso Nacional abrir mão dessas competências, salvo se expressamente autorizado pelo verdadeiro detentor delas.⁸⁹

Acrescido a todas as razões acima expostas no sentido da indelegabilidade da competência legislativa, um último argumento deve ser assinalado. Mesmo sem vedação constitucional expressa à delegação de funções, como constava nas Constituições anteriores, com vistas a reforçar ainda mais esse entendimento, o constituinte de 1988 fez constar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias vedação expressa à delegação a órgão do Poder Executivo de competências atribuídas ao Congresso Nacional, dentre elas, a ação normativa (ADCT, artigo 25, inciso I).

Isso significa que a produção de normas pelas agências reguladoras, quando criam direitos e obrigações de forma primária, não pode ser fundamentada no instituto da delegação legislativa, sob pena de ferir o regramento constitucional acerca da separação e harmonia entre os poderes, na forma acima demonstrada.

3.2 DA COMPETÊNCIA NORMATIVA INERENTE À ATIVIDADE REGULATÓRIA

Outra parte dos estudiosos aduz que o poder de produzir normas atribuído pela legislação infraconstitucional às agências é inerente à competência regulatória do Estado.⁹⁰ Ou seja, a configuração de um Estado regulador pressupõe a capacidade de que o Poder Público expeça regulamentos, inclusive aqueles caracterizados pelo elemento da novidade.

Partidário dessa doutrina, Carlos Ari Sundfeld sustenta que o Estado

⁸⁸ VELLOSO, Carlos Mário de Silva. Delegação legislativa – A legislação por associações, RDP 90/179, p. 180.

⁸⁹ “Ao desempenharem o poder, os governantes exercitam *competências*” (SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 112/113).

contemporâneo continua produzindo normas através do Poder Legislativo. Entretanto, argumenta que essa atividade legislativa não é mais suficiente, já que o governo se propôs a realizar determinados fins - como a proteção do consumidor, o desenvolvimento nacional e o controle sobre os abusos do poder econômico – de sorte que a atribuição de função de criação de normas às agências se faz necessária a fim de contribuir para a concreção daqueles objetivos.⁹¹

Não haveria, no caso, a apropriação por parte das autarquias do poder normativo do Legislativo, que continua titular do dever de estabelecer o conteúdo mínimo das regras. O que se configura, de acordo com o estudioso, é apenas o aprofundamento da função de criação de normas, sempre dependentes dos *standards* fixados pelo Congresso.⁹²

Como bem afirma Marçal Justen Filho, o modelo de Estado Regulador foi instituído em meados nos anos 1990, após a promulgação da Constituição de 1988, e sem que o legislador alterasse significativamente o texto da Norma Fundamental.⁹³

Contudo, a aquisição de competência por parte do Poder Público para normatizar a sociedade através de regulamentos independentes das leis se constitui em uma mudança de tal grandiosidade na distribuição de competências, que demanda sua instituição através de alteração formal da Constituição e não através de mera mutação hermenêutica.⁹⁴ A esse respeito, escreve o administrativista acima mencionado:

Não é admissível que alguém contraponha à disciplina constitucional as contingências da economia mundial. As circunstâncias internacionais somente podem ingressar na ordem jurídica pátria mediante um processo de filtragem constitucional. [...] Para sumariar, a defesa de regulamentos autônomos não pode fazer-se por meio do mero argumento de que os *tempos são outros*.⁹⁵

Além disso, de acordo com Justen Filho, não existe um único modelo de Estado Regulador, motivo pelo qual não é jurídico o argumento que determina que o poder regulamentar autônomo faz parte da natureza da atividade regulatória e por esse motivo deve ser atribuído às agências para que elas possam alcançar os

⁹⁰ Alexandre Santos Aragão e o Sundfeld.

⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, cit., p. 29.

⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, cit., p. 29.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 498/499.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 498/499.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 500.

objetivos constitucionais.⁹⁶

Por fim, ensina o professor que não se pode adaptar a Constituição a cada ideologia pregada pelos diversos grupos políticos que ocupam o Poder. Pelo contrário, *“a opção política é instaurada a partir da Constituição e não pode condicionar, alterar, reestruturar a organização consagrada constitucionalmente”*.⁹⁷

Dessa forma, por todos os argumentos aqui expostos, conclui-se que doutrina acima declinada não pode ser validamente utilizada para explicar a função normativa primária das entidades reguladoras.

3.3 A DOUTRINA DA DESLEGALIZAÇÃO

Parte dos estudiosos cita o fenômeno da deslegalização para justificar a atividade normativa primária das agências reguladoras independentes⁹⁸. Esses doutrinadores, amparados na experiência alienígena – principalmente a francesa e a italiana -, aduzem que ao Executivo cabe a edição de normas sempre que o Diploma Constitucional não reservar àquela matéria a apreciação através de lei no sentido formal.

Os partidários desse entendimento sustentam que o Congresso pode editar leis gerais que deslocam ao domínio do regulamento matérias tipicamente reguladas através de ato legislativo.⁹⁹

Segundo prescreve Canotilho, haveria reserva de lei sempre que a Constituição demandar que determinado tema apenas receba tratamento através de ato normativo com força de lei, excluindo, dessa forma, os regulamentos. Caso contrário, a incursão do Executivo através de atividade regulamentar estaria autorizada¹⁰⁰. O constitucionalista português ainda sublinha que tal medida teria por

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 497.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 497.

⁹⁸ À título de exemplo, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Waldir Leôncio Júnior.

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

¹⁰⁰ A deslegalização, também chamada de delegificação, acontece, segundo J. J. Gomes Canotilho, quando “uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamento.”. E ainda: tendo como limite as matérias constitucionalmente reservadas à lei (CANOTILLHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, 1991, p. 915).

escopo “*descongestionar os órgãos legislativos*”, uma vez que transfere parte da competência normativa para o Executivo.¹⁰¹

Entretanto, sobre a aplicação desses ensinamentos ao Direito nacional, imprescindível recordar-se daquele velho problema exposto à exaustão por Marçal Justen Filho, a saber, a internalização de conceitos da doutrina estrangeira sem a devida filtragem constitucional.¹⁰²

A fim de compreender a não adaptação desse entendimento com o ordenamento brasileiro é necessário, primeiramente, traçar algumas consideração sobre a delegificação na legislação dos países mencionados no início da tratativa.

No que tange a experiência italiana, cabe aludir que naquele país os regulamentos autônomos decorrem de uma decisão legislativa, que autoriza ao governante revogar leis e exercer vasta competência normativa.¹⁰³

Nesse sentido, a deslegalização seria admitida na doutrina italiana em razão da “*homogeneidade de funções representativas entre governo e parlamento [...] e o vínculo estreito entre governo e parlamento [...]*”.¹⁰⁴

É de se ressaltar, porém, que mesmo os estudiosos do Direito italiano admitem que a deslegalização adquiriu roupagem flagrantemente inconstitucional naquele país, por inexistir a fixação de *standards* suficientes por parte do Parlamento.¹⁰⁵

Quanto à solução francesa, necessário se faz lembrar que a Constituição da França de 1958 ampliou os poderes do Executivo e, por conseguinte, restringiu as competências reservadas ao Legislativo.¹⁰⁶ Institui-se naquele sistema um modelo no qual há reserva de matérias que só podem ser disciplinada por regulamentos autônomos. Em outras palavras, há temas que não podem ser tratados através de ato legislativo, o que, como se sabe, não existe no Brasil.¹⁰⁷

A instituição das agências independentes na França apenas contribuiu para limitar os fortes poderes já conferidos ao Executivo pela Constituição. Muito diferente

¹⁰¹ CANOTILLHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, cit., p. 785/498.

¹⁰² A esse respeito, veja-se: JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 286.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 508.

¹⁰⁴ Citando a doutrina de Giorgio Berti, JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 222.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 223.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 190.

¹⁰⁷ CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 147.

do sistema brasileiro, no qual o Diploma Magno não confere qualquer poder normativo extraordinário ao governante, excetuados as Leis Delegadas, as Medidas Provisórias e os Regulamentos, que, como visto acima, têm aplicação bastante restrita.

Em nosso sistema jurídico, vige o princípio da reserva de lei. Isto é, contrariamente ao modelo francês, o Congresso reúne plenos poderes para disciplinar a sociedade enquanto o Poder Público apenas pode atuar normativamente quando expressamente autorizado pela Norma Política.

Sob certo ângulo, é possível pregar que o fenômeno da deslegalização resulta de uma inversão da lógica disposta no diploma constitucional. Isto é, ao invés de se admitir que o Executivo apenas tem poder normativo quando expressamente positivado na Lei Fundamental, sustenta-se que esse ramo somente não possui competência para criar normas jurídicas quando a Constituição Republicana reservar a disciplina da matéria à lei no sentido formal.

Conforme já se declinou acima, a Constituição de 1988 disciplinou exaustivamente de que forma se daria o exercício do Poder Político. Binjenbojm assinala, nesse diapasão, que a deslegalização se caracterizaria numa delegação legislativa inominada e estaria vedada pelo ordenamento na justa medida em que autoriza que o legislador infraconstitucional redistribua as competências para o exercício do Poder fixadas pelo texto da Constituição.¹⁰⁸

Logo, a deslegalização é mais um posicionamento que falha ao tentar explicar o fundamento da atribuição de poderes normativos às agências reguladoras.

3.4 AS CORRENTES FUNCIONALISTAS

Como assentado nos capítulos anteriores, a relação entre Estado e particulares difere substancialmente daquela existente ao longo do período liberal e também durante o *Welfare State*. Contemporaneamente, admite-se que o Poder Público preste serviços públicos, porém espera-se que o governante persiga os objetivos traçados na Constituição Federal não mais através da atuação direta no

¹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e a Democracia no Brasil, cit., p. 11.

domínio econômico, mas por meio da atividade regulatória.

Além disso, a emergência do Estado Social e de uma sociedade altamente técnica contribui para que a concepção dos princípios da separação dos poderes e da legalidade fosse reformulada, eis que se exige da Administração Pública uma atuação consideravelmente mais célere e pautada por critérios científicos.

As correntes funcionalistas, nesse diapasão, são aquelas que fundamentam a atividade normativa das autarquias especiais objeto deste estudo na imposição constitucional de que a Administração Pública atinja certos fins. Isto é, a competência normativa seria apenas um instrumento para a concretização de objetivos definidos na legislação, como a concretização do bem-comum, por exemplo.¹⁰⁹

A instituição de entes autônomos munidos de forte poder normativo serviria ao escopo de conferir “tecnicidade” às decisões administrativas.¹¹⁰

Os partidários dessa ideia argumentam que a atividade de criação de normas não seria fruto de delegação legislativa. Pelo contrário, a competência seria inerente ao Poder Executivo e, por esse motivo, não haveria violação ao princípio da separação dos poderes.¹¹¹

Nas palavras de Alexandre Santos Aragão, “*se [...] a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio)*”.¹¹² No mesmo sentido, pode-se mencionar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho¹¹³ e de Leila Cuéllar¹¹⁴.

De acordo com Henrique Ribeiro Cardoso, essa teoria faz referência à doutrina criada na Suprema Corte Norte-Americana, denominada de “*implied*

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 492.

¹¹⁰ CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, cit., p. 151.

¹¹¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 215/216.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit.p. 492.

¹¹³ “Ainda dentro do princípio da eficiência, destaca-se a importância de ter a entidade estrutura administrativa adequada aos fins a que se destina. Se a agência tem por objetivo regular o setor de telecomunicações, por exemplo, urge que seja dotada de estrutura técnica e administrativa para bem executá-lo. Fora daí, a entidade terá mero papel formal no sistema, mas não dirá a que veio” (José dos Santos Carvalho Filho. Apud: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 88).

¹¹⁴ “Ora, para o exercício desse “papel regulador”, é imprescindível que o Estado-Administração, que cumprirá tal tarefa, disponha dos instrumentos úteis e adequados ao seu desempenho. Úteis no sentido de tornarem possível o atingimento dos fins. Adequados no sentido de próprios à consecução de tais resultados” (CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo, cit., p. 140).

powers”. Aduz o Justice Marshall que “*legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais*”.¹¹⁵

Contudo, diversos são os argumentos enumerados pela academia para refutar as teses funcionalistas. Nesse sentido, sábias são as palavras de Marçal Justen Filho. De acordo com o autor, não se pode “*extrair uma competência normativa autônoma para a Administração Pública a partir da simples argumentação de que a Constituição impõe a ela o dever se realizar o bem-comum*”.¹¹⁶

O administrativista paranaense ainda declina que a teoria funcionalista apenas poderia ser aplicada na regulação de campos reservados à atuação estatal – serviços de interesse público ou coletivo –, em virtude do parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, que condiciona a intervenção do Estado no domínio econômico em sentido estrito à existência de lei.¹¹⁷

Além disso, segundo ele, a ausência de norma disciplinando um determinado serviço público deve ser entendida como manifestação da vontade do legislador e, portanto, não autoriza a incursão da atividade regulamentar do Poder Executivo.¹¹⁸

Como visto no capítulo anterior, nada obstante a mudança na concepção da teoria da separação dos poderes, é juridicamente inválida a conclusão de que, por esse motivo, o ordenamento pátrio permite a expedição de regulamentos autônomos pelo Executivo, sob pena de esbarrar em diversos princípios constitucionais, como a separação de poderes e a legalidade.

Portanto, se a Constituição impôs ao Estado o atingimento de determinadas finalidades, o administrador deve estar apto a alcançá-las através dos instrumentos disponíveis no texto constitucional e não, como sustenta a doutrina em análise, através da elaboração de novas técnicas legislativas.

¹¹⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras, cit., p. 211.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 493.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 494.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., 492/494.

3.5 O ARGUMENTO DA EFICIÊNCIA

Uma das justificativas para que se sustente a validade do poder normativo das agências é a suposta atuação eficiente dessas entidades, que teriam capacidade para regular a atividade econômica respectiva de forma muito mais célere e eficaz que o Poder Legislativo, de modo que contribuiriam para dar concretude ao mais novo princípio constitucional da administração pública.

Essa é a doutrina defendida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior. De acordo com o autor, o princípio da eficiência serviria de alicerce para a atividade de produção normativa das autarquias especiais. Em suas próprias palavras:

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência.¹¹⁹

Segundo essa teoria, *“a eficiência estaria para as agências com o sufrágio popular estaria para o Poder Legislativo”*.¹²⁰

De acordo com Marçal Justen Filho, o enunciado acima seria uma versão atual das políticas autoritárias, que pregavam *“a supressão das liberdades justificada como o preço a pagar pela eficiência econômica”*.¹²¹

Isto é, a crítica do administrativista paranaense, adotada por este ensaio, sustenta-se no argumento de que mesmo que o incremento da eficiência da intervenção estatal seja uma das consequências da implementação do modelo regulador – o que não está plenamente demonstrado¹²² –, não se pode admitir que princípios de importância solar para o sistema jurídico atual - como a legalidade, a separação dos poderes, a democracia, o devido processo legal - sejam encobertos

¹¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. In: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em 19/11/2012.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p.379.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 380.

¹²² A esse respeito, cabe mencionar o estudo levado a efeito pelo Professor Alexandre Ditzel Faraco. Segundo autor, “significativa doutrina desenvolveu-se enfatizando o enfoque de que o modo de tratar os problemas identificados no funcionamento do mercado não pode ignorar a existência de falhas também na ação do Estado. Esta sempre envolve um custo, que pode ser maior do que o de deixar a falha encontrada no mercado ser contornada pela própria ação dos agentes econômicos” (FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003).

sob a justificativa de servir de instrumento para o atingimento da eficiência administrativa. Em suas próprias palavras:

O que se extrai é que as decorrências do chamado princípio da eficiência não podem conduzir à supressão de garantias constitucionais desenvolvidas a propósito do exercício das competências estatais. Por isso, já se antecipa que a condição de possibilidade de consagração de um modelo de agências reside na manutenção de controles burocráticos ou procedimentais, sempre que se configurarem como fundamentais e indispensáveis à garantia do cidadão em face do Estado. Tudo aquilo que estaria interdito ao Estado produzir antes da implantação do modelo gerencial continua sujeito a idêntico regime, ao menos na medida em que a interdição representasse um limite ao poder estatal em face dos direitos e garantias individuais.¹²³

Por fim, nos termos da bela lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível sublinhar: “*a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico*”.¹²⁴

Conclui-se, pois, que a eficiência é mais uma tese incapaz de fundamentar adequadamente a atuação normativa das autarquias objeto deste estudo.

3.6 DA DISCRICIONARIEDADE

O instituto da discricionariedade é visto por parte da doutrina como a solução para os questionamentos propostos acerca da ausência de validade da atribuição de poderes normativos às agências reguladoras.

Segundo os autores que defendem esse entendimento, não há qualquer delegação de função normativa do Legislativo para o Executivo. Todavia, o Congresso, ao exercitar a função de produzir normas primárias, estabelece os direitos e as obrigações, mas permite que a Administração, no âmbito da competência discricionária, formule escolhas para o atingimento dos fins públicos.¹²⁵

Em outras palavras, resta ao governante certa margem de autonomia, “*orientada a selecionar a alternativa mais adequada para realizar os diferentes*

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 328.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84.

¹²⁵ CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, cit., p. 172/173.

*interesses em jogo*¹²⁶, a fim de dispor acerca dos pontos nos quais o legislador optou por não disciplinar exaustivamente.

Nesse diapasão, argumenta Justen Filho, partidário dessa concepção, que, quando da produção normativa, as agências atuam no âmbito da função regulamentar, prevista no artigo 84, IV, da Constituição Federal. Afirma também que a outorga de discricionariedade somente pode ocorrer quando esta se mostrar a alternativa que melhor atende ao interesse público.¹²⁷

Por fim, ressalta que, em virtude de possuir natureza jurídica regulamentar, todos os atos expedidos pelas agências devem obediência à lei, que, por sua vez, deve ter estabelecido previamente as escolhas políticas fundamentais. Nas palavras do doutrinador:

É imperioso que a atuação legislativa traduza a vontade de disciplinar certos temas em determinado sentido, segundo certos princípios ou determinações. Não se admite que o legislador seja tão simplista e omissivo que a produção normativa atribuída a agência se caracterize como bastante em si mesma para gerar qualquer solução que bem lhe apraza.¹²⁸

Como se verá nos tópicos que seguem, este é o entendimento que melhor se alinha com o texto constitucional. Todavia, é de se ressaltar, não pode servir como fundamento para a atividade normativa desmedida por parte das entidades reguladoras, que, no exercício da competência regulamentar, sempre deverão obediência aos parâmetros legais. Vejamos.

3.7 PROPOSTA DE “CONVIVÊNCIA” DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA FORMA COMO POSITIVADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.7.1 Da Natureza Jurídica das Normas Provenientes das Agências Reguladoras

Conforme se expôs nos tópicos acima, grande parte das doutrinas

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 518.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 525/530.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 524.

tradicionais falha na tentativa de fundamentar com perfeição - sem atribuir uma elasticidade inconstitucional à competência normativa do Poder Executivo - a produção de regras autônomas pelas agências reguladoras independentes.

Todavia, em que pese tal conclusão, a incursão das autarquias na criação de regulamentos é plenamente justificável pela ordem constitucional pátria, que autoriza ao Executivo a disciplina de direitos e obrigações criados por lei visando a sua fiel execução, desde que não inove primariamente no ordenamento.

A fim de possibilitar a análise do tema, necessário se faz inquirir qual é a natureza jurídica das normas criadas pelas agências, uma vez que a doutrina é bastante heterogênea nesse ponto e as conclusões são imprescindíveis para aclarar a compreensão do assunto.

Enquanto alguns autores argumentam que as regras têm natureza de normas delegadas do poder legiferante de titularidade do Poder Legislativo¹²⁹, há os que sustentam se tratar de poder inerente à atividade regulatória do Estado¹³⁰ e, por fim, aqueles que afirmam possuir natureza de norma regulamentar¹³¹.

Este último é o entendimento adotado pelo presente estudo.

No que tange a primeira corrente, muito já se falou sobre a impossibilidade de delegação de poder legiferante aos órgãos administrativos, mas vale relembrar: competências que são constitucionalmente distribuídas somente podem ser alteradas através de atos legiferantes da mesma hierarquia. Além disso, há proibição expressa no ato das disposições constitucionais transitórias acerca da delegação de poderes normativos ao Executivo. Por isso, não se pode validamente defender que as regras criadas pelas autarquias são normas delegadas.

Quanto ao argumento da natureza de norma inerente ao poder regulatório do Estado, tem-se, como visto acima, que a redistribuição das competências para o exercício do poder não pode ser levada a efeito através da normativa infraconstitucional. Se a própria Lei Fundamental deixou de conferir ao poder público a faculdade de produzir normas primárias fora das hipóteses do artigo 59 do texto constitucional, nada permite inferir que apenas porque tangeu o assunto da regulação econômica tenha alterado o alcance da forma de separação dos poderes do Estado. Quanto menos tal entendimento pode ser sustentado sob o fundamento

¹²⁹ Alexandre de Moraes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

¹³⁰ Maria D'Assunção Costa Menezello e Sebastião Botto de Barros Tojal.

¹³¹ Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro

da mutação hermenêutica, consoante entendimento defendido anteriormente.

A enunciação de Lais Calil deixa claro: “a *previsão constitucional apenas condicionou a criação dos referidos órgãos [agências] por lei, mas não significou outorga de parcelas de competência de um dos três Poderes repartidos constitucionalmente*”.¹³²

Lembre-se: os objetivos a serem alcançados através da regulação devem ser atingidos através dos instrumentos colocados à disposição do administrador, e não através da reordenação da distribuição das funções do Estado.

A maioria dos estudiosos do tema, todavia, entende que as normas provenientes das agências reguladoras possuem natureza jurídica de regulamentos. Isto é, de regras originariamente de titularidade do chefe do Poder Executivo.

O grande contraponto dessa teoria é a literalidade do artigo 84, IV, da Constituição Federal, uma vez que o texto expressamente confere poder regulamentar ao chefe do Poder Executivo, deixando de munir os demais órgãos com a supracitada competência.

Nesse ponto, busca-se abrigo na lição de Marçal Justen Filho. Segundo o administrativista paranaense, não se pode cogitar em conferir interpretação restritiva ao mencionado dispositivo, sob pena de se paralisar completamente a Administração Pública, que não reúne condições de agir apenas através do Chefe do Executivo.¹³³

Pondera-se, nesse sentido, que, nada obstante tenha natureza de norma regulamentar, nos termos da lição de Justen Filho, não possui guarita a enunciação de que detém a mesma hierarquia dos atos advindos do Presidente da República. Filia-se, neste ponto, à doutrina de Lais Calil¹³⁴, que argumenta no sentido de que o Presidente é responsável pela direção do Poder Executivo. Assim, “*um regulamento palaciano revoga um regulamento da agência que lhe seja contrário*”.¹³⁵

Esse parece ser o entendimento que melhor se sustenta à luz da Constituição, pois, como se observa, permite explicar a atividade das entidades reguladoras sem alargar inconstitucionalmente a distribuição de poderes às autarquias.

¹³² CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, cit., p. 169.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 521.

¹³⁴ Conforme Leopoldo Ubiratan Carneiro Pagotto apud CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, cit., p. 171.

¹³⁵ CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, cit., p. 170.

É possível concluir, dessa sorte, que no que tange a natureza jurídica, as normas produzidas pelas agências reguladoras podem ser classificadas como regulamentos.

A seguir, buscar-se-á demonstrar quais são as consequências dessa dedução e de que forma a delimitação acerca da natureza jurídica do fenômeno influencia na questão da amplitude da competência normativa dos entes ora analisados.

3.7.2 Dos Fundamentos Constitucionais para a Atividade Normativa das Agências Reguladoras

Consoante entendimento exposto acima, a competência normativa das agências reguladoras independentes encontra guarita no poder regulamentar do Chefe do Executivo, que se encontra insculpido no artigo 84, IV, da Constituição Federal.

Assentada a questão acerca da natureza das normas em questão, impera questionar quais os fundamentos jurídicos dessa conclusão e, ademais, quais são suas limitações.

Segundo professa Marçal Justen Filho, as agências retiram a legitimidade para a produção de normas de uma espécie de delegação secundária levada a efeito pelo Poder Legislativo quando escolhe não disciplinar determinada questão de maneira exaustiva, deixando a cargo do Executivo escolher quais os parâmetros que melhor atendem ao interesse público no caso concreto.¹³⁶

Entende-se, todavia, que o que opera no caso não pode ser considerado delegação, mesmo se acompanhada do adjetivo “secundária”. Se a titularidade do poder regulamentar reside, por força constitucional, no Executivo, nada pode o Legislativo delegar a esse respeito. É por essa razão que, no tocante ao fundamento da atividade normativa, adota-se o ensinamento de Clèmerson Merlin Clève – espelhado em Pontes de Miranda -, que é digno de reprodução:

Se a regra só pode ser veiculada por lei (porque modifica ou restringe os

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 513.

regimes da liberdade e propriedade; porque inova, originalmente, a ordem jurídica), então, o Legislador não pode autorizar a livre incursão do regulamento sobre ela. Porém, se a regra não é regra a priori de lei (dada sua acessoriedade; não restrição ou modificação originária de direitos, especialmente a liberdade e a propriedade; sua referência à ação necessária do Executivo cujos parâmetros já estão legalmente definidos), então o legislador pode incursionar ou, se assim preferir, deixar ao Executivo a tarefa de dispor sobre a matéria. Nesta última hipótese, afirma Pontes de Miranda, incoorre delegação.

Não há delegação quando o Executivo apenas detalha os conceitos ou categorias referidos pelo Legislador, ou disciplina os procedimentos utilizados pela Administração nas relações travadas com os particulares em decorrência de lei [...].¹³⁷

Dessa forma, apesar do presente estudo adotar o entendimento de Marçal Justen Filho no que toca o exercício da competência discricionária da Administração para regulamentar as leis produzidas no âmbito do poder legiferante, entende-se que esse fenômeno não pode ser denominado de “delegação secundária”, nos termos acima expostos.

Conforme se aludiu no título que trata do princípio da legalidade, de acordo com o doutrinador supramencionado a referida norma possui duas manifestações no texto constitucional, a legalidade normal e a estrita.

Enquanto a primeira admite que o Executivo desempenhe competência discricionária quando o legislador opta por não disciplinar exhaustivamente a matéria, positivando apenas as limitações à liberdade individual¹³⁸, a legalidade estrita impõe que a regulação do tópico se dê de maneira exhaustiva por meio de lei, vedando a atuação discricionária do Administrador por meio da regulamentação da norma. Esta segunda hipótese é a exceção, viável apenas quando “*estiver em jogo um valor jurídico fundamental*”. A maioria dos temas admite a incursão do Poder Público na complementação da regra por meio da discricionariedade.¹³⁹

É esse a tese que permite explicar a convivência da legalidade com a atividade normativa dos entes ora analisados. Isto é, as autarquias especiais atuam apenas no âmbito da regulamentação do ato legislativo, “*tomando em vista critérios abstratamente previstos em lei ou derivados do conhecimento técnico-científico ou*

¹³⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, cit., p. 306.

¹³⁸ “Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dada a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem – as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham -, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 821).

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 514.

*da prudente avaliação da realidade*¹⁴⁰.

Diz-se que a disciplina por parte das agências reguladoras seria conveniente na medida em que suas escolhas técnicas obstariam a adoção de uma opção única e predeterminada pelo legislador em campos nos quais a padronização da solução a ser adotada para cada situação seria juridicamente inconveniente. Chama-se a este fenômeno de discricionariedade técnica.

Justen Filho questiona a real existência de uma discricionariedade qualificada pela tecnicidade. De acordo com o autor, “*o conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de escolhas*”¹⁴¹. Em suma, ainda se caracterizaria um juízo de oportunidade e conveniência, mesmo quando critérios técnico-científicos guiassem a tomada de decisão.

É por essa razão que não se pode validamente argumentar que a atividade de produção de normas primárias conferida às agências se justifica pela tecnicidade das escolhas. Em última análise, as questões técnicas ainda concentram razões de relevância política.¹⁴²

Ainda sobre os fundamentos jurídicos, alguns autores defendem que a competência normativa das autarquias especiais se sustentaria com base na doutrina da sujeição especial, uma vez que existe entre as empresas prestadoras de serviços públicos e o Estado uma relação diferenciada – relação de sujeição especial, como denominam alguns – e que implica numa maior proximidade desses entes com a atividade regulatória estatal, de modo que a intervenção normativa do poder público sobre esses setores deve ser mais densa.¹⁴³

Essa questão cinge-se de crucial importância quando se rememora que as atividades econômicas reguladas pelas agências são, em sua grande maioria, serviços públicos, de acordo com a definição do jurista Eros Grau¹⁴⁴.

São sujeitos à atuação regulamentar por meio de agências reguladoras os serviços de tratamento e abastecimento de água, de distribuição de energia elétrica, de assistência médica e hospitalar, de telecomunicações, etc. Todos eles

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 516.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 528.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 529.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 535

¹⁴⁴ “Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social” (GRAU, Eros. A Ordem Econômica na

caracterizados como serviços públicos.

É de se ressaltar, contudo, que mesmo quando se defende que essa espécie de atividade econômica permite maior regulação por parte do Estado, a fim de que os objetivos dispostos na Constituição sejam atingidos, o princípio da legalidade continua hígido e deve ser aplicado, sob pena de se amparar um entendimento inconstitucional. Em outras palavras, a existência de ordenamentos setoriais não torna válida a expedição de normas primárias pelas agências, uma vez que a atividade desses entes deverá ser sempre pautada por parâmetros definidos em lei.

Registre-se, por oportuno, que as normas regulamentares criadas pelas agências encontram espaço no ordenamento jurídico com escopo no instituto da discricionariedade. Ou seja, o legislador opta por não disciplinar exhaustivamente a matéria, deixando a cargo do Executivo “*buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei*”.¹⁴⁵

Resta analisar agora se a abertura para escolhas discricionárias por parte das agências torna possível que elas inovem primariamente na ordem jurídica. A esse respeito, tratar-se-á no tópico que segue.

3.7.3 Da Impossibilidade de Inovar no Ordenamento de Forma Primária

Em linha de princípio, a resposta para a discussão acerca do poder normativo inovador das agências é bastante simples. Considerando que o artigo 5º, inciso II, e o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal impõem que apenas a lei pode restringir a liberdade dos indivíduos ou autorizar a atividade administrativa, se as normas provenientes das agências reguladoras não reúnem natureza de ato legislativo, não podem interferir na esfera de liberdade dos indivíduos.

Logo, de fácil conclusão que não podem criar direitos e obrigações sem prévia previsão legal.

É nesse sentido que se desenvolve a teoria de Marçal Justen Filho, adotada em grande medida por esta monografia. De acordo com o ensinamento do administrativista paranaense, “*não se admite que o regulamento ultrapasse os*

Constituição de 1988, cit., p. 152/153).

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 826.

limites, o espírito ou o conteúdo da lei".¹⁴⁶

No mesmo sentido, continua o autor:

A função regulamentar corresponderia a uma atividade normativa fundada na lei e subserviente aos seus limites, subordinada igualmente aos princípios constitucionais que disciplinam a atividade legiferante e à exigência absoluta de lei formal (tal como se passa no tocante à criação de penas e sanções).¹⁴⁷

De acordo com o professor acima mencionado, as normas criadas pelas agências possuem natureza jurídica de regulamento, que, todavia, tem origem em uma delegação legislativa secundária, decorrente da escolha do legislador em não disciplinar exaustivamente o tema, deixando algumas escolhas para a competência discricionária da administração.¹⁴⁸

Ressalta o doutrinador que essa espécie de delegação se distingue das demais em virtude de conferir ao Executivo apenas competências normativas de segundo grau. Isto é, não atribui à Administração poder de inovar na ordem jurídica.¹⁴⁹

Assim, enfatiza que as "*escolhas políticas fundamentais*" deverão continuar sendo tomadas por meio de lei. Em outras palavras, a competência regulamentar não é uma carta branca conferida pelo legislador infraconstitucional para os dirigentes das agências agirem da maneira como entenderem mais conveniente. A esse respeito, veja-se:

O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando-se írrito o regulamento dele proveniente.¹⁵⁰

Isso não significa, conforme ressalta Marçal Justen Filho, a mera reiteração dos termos da lei, sob pena de se inutilizar a previsão constitucional do artigo 84,

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 509.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 509.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 513.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 513.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 405.

IV.¹⁵¹ O legislador poderá optar por disciplinar exaustivamente determinada situação, ou, caso prefira, deixará alguma margem de autonomia às agências, para que, no exercício da competência discricionária, determinem comandos para o caso concreto.¹⁵²

Na prática, entretanto, a delimitação entre o que é e o que não é inovação na ordem jurídica mostra-se consideravelmente problemática, mas se o legislador cuidar para tomar todas as escolhas políticas fundamentais através de ato legislativo, intervindo na liberdade individual através de norma com força de lei e conferindo às agências reguladoras apenas a prerrogativa de dar execução àquela regra, não haverá necessidade de que o poder público extrapole os poderes que lhe foram constitucionalmente outorgados.

Não se pode olvidar, a esse respeito, que a Constituição Federal conferiu ao Congresso Nacional, em seu artigo 49, incisos V e XI, a competência exclusiva para, respectivamente, “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” e “*zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”.

De modo que se pode concluir que mesmo em face da amplitude do poder normativo transferido às agências reguladoras, apenas se perpetuará a eventual violação ao princípio da legalidade caso o Poder Legislativo se exima de cumprir suas funções constitucionais.

Consoante entendimento exposto no início deste capítulo, não se pode desvirtuar o sentido de uma norma constitucional só porque a sociedade é outra, porque se vive em um mundo globalizado, porque as respostas do Estado para os fatos econômicos devem ser rápidas e eficientes.¹⁵³

Claro que o princípio da legalidade não pode ser interpretado apartado da Constituição, nem tampouco se pode conferir àquele mandamento o mesmo significado que lhe foi atribuído quando de sua positivação nas ordens jurídicas ocidentais.

Isso não significa, todavia, que o Estado está livre para regradar a sociedade

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 511.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 513.

¹⁵³ “Manter a identidade da Constituição de 1988 não significa rejeitar mutações ou adaptações em face das novas circunstâncias, mas sim assegurar a proeminência e a realização dos mesmos valores e princípios fundamentais expressos constitucionalmente” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das

da maneira que o governante entender mais conveniente. Muito pelo contrário. A Constituição Federal conferiu tamanha importância à competência de produção de normas que disciplinou exaustivamente essa função, adequando, por certo, a distribuição do poder às exigências da sociedade contemporânea.

É por essa razão que é possível sustentar que as agências reguladoras apenas são autorizadas a disciplinar a liberdade individual quando o legislador tiver incursionado previamente na matéria. Sem dúvida, essa é a tese que melhor coaduna com os ditames constitucionais. Isso porque respeita os limites do princípio da legalidade ao vedar a produção normativa primária pelas agências. Da mesma forma, não tolhe as competências atribuídas a esses entes de tal forma a inviabilizar a ação regulatória, de modo que a concretização dos objetivos constitucionais pode ser alcançada mantendo-se híidas as garantias contra o abuso do poder.

Agências Reguladoras Independentes, cit., p. 303).

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro sempre interveio de maneira incisiva na economia nacional. Mesmo no final do século XIX e início do século XX, quando o regime liberal imperava em grande parte dos países ocidentais, o Poder Público no Brasil representava o papel de protagonista nas relações econômicas do país.¹⁵⁴

Ao longo do século XX, todavia, vivenciou-se enorme expansão da intervenção estatal nesse domínio, mediante a criação de mais de 500 empresas de propriedade do governo, que prestavam serviços públicos e também exerciam atividades econômicas em sentido estrito. Nessa época, devido às modificações ocorridas no bojo da sociedade, o Estado passou a se responsabilizar pela promoção do bem-estar da população, assumindo funções tipicamente relegadas à iniciativa privada, com o intuito de promover o desenvolvimento nacional.¹⁵⁵

Nada obstante o “Estado Providência”¹⁵⁶ tenha obtido resultados significativos na transformação da sociedade, notadamente na concretização dos setores de saneamento, educação e assistência social, a ineficiência da atuação estatal - representada pelo “*desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção*”¹⁵⁷ – deu azo a inúmeras críticas contra modelo econômico adotado no país, de modo que os governantes se viram impelidos a implementar um plano de reforma do Estado.

O novo perfil da política econômica nacional prioriza, dentre os modos de intervenção na economia – disciplina, fomento e atuação direta –, a atividade regulatória do Estado. Isto é, a utilização da competência normativa, da atividade de fiscalização, de composição de conflitos e de aplicação de sanções para ordenar as relações sociais, em detrimento da participação direta do ente político na concretização do bem-comum.¹⁵⁸

É nesse contexto que nasce, importada da legislação alienígena, a figura

¹⁵⁴ Luís Roberto Barroso. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, cit., p. 59/62.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, cit., p. 17.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, cit., p. 17.

¹⁵⁷ Luís Roberto Barroso. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, cit., p. 60.

¹⁵⁸ Luis Roberto Barroso sustenta que a atividade regulatório e a normativa não se confundem. Regular é muito mais que normatizar, é também fiscalizar, resolver conflitos e aplicar sanções, cit., p. 75.

das agências reguladoras independentes, originadas nos Estados Unidos da América e largamente implementadas, com variações significativas, pelos países europeus. Assumem, na legislação brasileira, a roupagem de autarquias especiais, com autonomia estrutural, política e financeira em face da administração central.

Como autarquias, precisam ser criadas por lei e devem obediência ao princípio da legalidade, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Detêm, contudo, independência significativa e também poderes de regulação extraordinários, de modo que são agrupadas em uma categoria separada denominada de “autarquias especiais”.

A fim de que atinjam os objetivos previstos em sua norma instituidora, o legislador opinou por instrumentalizar as agências com amplo poder normativo, que, todavia, é largamente questionado pela doutrina, em virtude da aventada violação ao princípio constitucional da legalidade.

É certo que desde sua formulação durante o nascimento do Estado moderno o princípio sofreu enorme mutação, assim como o fez a teoria da separação dos poderes, um dos principais pilares da doutrina liberal da época e, atualmente, da Constituição Federal de 1988.

Todavia, não é possível concluir, mesmo diante dessa transformação, acerca da competência irrestrita de órgãos integrantes do Poder Executivo para a produção de normas que criam direitos e obrigações sem escopo na lei. Dessa sorte, os estudiosos da matéria se debruçam sobre as indagações geradas pelo tema, buscando o fundamento constitucional para a atividade de regulação do Executivo por meio de instrumentos normativos que inovam no ordenamento.

Dentre as teorias desenvolvidas para justificar juridicamente essa ampla competência, é possível destacar a doutrina da delegação legislativa, as teses funcionalistas, o fenômeno da deslegalização, o argumento da existência de poderes inerentes à atividade regulatória, a proeminência do princípio da eficiência e, por fim, a existência de competências discricionárias por parte da Administração para regulamentar os dispositivos de lei.

Os principais entendimentos, contudo, conferem elasticidade inconstitucionalmente ampla aos poderes normativos atribuídos ao Executivo. O juízo que melhor harmoniza as competências de criação de normas com o princípio da legalidade é aquele sustentado por Marçal Justen Filho. De acordo com o entendimento do autor, admite-se uma margem de discricionariedade desses entes

reguladores para a produção de regras, desde que fortemente calcadas na lei.

Vale dizer, caso a norma instituidora das agências reguladoras nacionais discipline de maneira adequada a competência normativa das autarquias - as escolhas políticas fundamentais devem já ter sido feitas pelo legislador -, não subsistirá qualquer contrariedade à Constituição na hipótese de formulação de regulamentos abstratos pelos entes reguladores, uma vez que não inovariam na ordem jurídica.

Não é o que ocorre atualmente.

As leis que disciplinam as autarquias especiais são vagas, imprecisas e não delimitam adequadamente a atividade normativa dos entes. Quando muito, positivam as diretrizes a serem perseguidas pela regulação. Dessa forma, dão margem para o abuso do poder regulamentar.

Como operadores do Direito, só nos resta centrar esforços para que a interpretação de toda a ordem jurídica se dê no sentido de potencializar a liberdade dos indivíduos inseridos em determinada sociedade, fortalecendo as garantias constitucionais contra o abuso do poder de modo a impedir que mais uma vez nos tornemos escravos de conceitos importados para nosso país munido das mais belas intenções.

Ou seja, é imprescindível a filtragem constitucional do instituto das agências, principalmente no que toca a atribuição de produzir normas gerais e abstratas, a fim de se certificar que a implementação do instituto no Direito brasileiro não compromete a higidez do sistema de repartição de funções.

Se não restam dúvidas de que a atividade normativa das agências presta a atender algumas finalidades juridicamente relevantes, não se pode olvidar também que a atuação ilegal desses órgãos tende a comprometer todo o sistema de distribuição de funções, criando instabilidade e insegurança. Isto é, quando extrapolam as competências conferidas por lei, não estão aptas a realizar os objetivos que lhes foram outorgados pela ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o Estado como agente normativo e regulador na exploração de atividades econômicas. A prestação de serviços públicos*. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 1997, nº 8.

_____. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Apontamentos sobre o princípio da legalidade*. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Natureza Jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1999, nº 25.

_____. *Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder Regulamentar. Repartição Constitucional das competências legislativas*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, nº 337.

BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras Independentes de Democracia no Brasil*. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CALIL, Lais. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes*. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 111/176.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo*. In: *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade*. In: *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70/71

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Diogo R. et al. *Comentários aos Anteprojetos de Lei Sobre Agências Reguladoras*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 6, p.27-41, abr. 2004.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES. Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*. In: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em 19/11/2012.

FERREIRA, Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 2º vol. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *A Regulação como Expressão do Poder Normativo Governamental*. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da e GRAU, Eros Roberto (org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 352/370.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, nº 02.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Limites da Função Normativa da Anvisa no seu Poder de Polícia Reforçado*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009, nº 251.

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

_____. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente?"*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, nº 02.

KANAYAMA, Rodrigo. *Os efeitos da despesa pública na economia: uma visão com fundamento no direito financeiro contemporâneo*. In: *Revista de Direito Público da*

Economia. Belo Horizonte: Fórum, 2008, nº 24.

LOCKE, John. *Second Treatise of Civil Government*. In: <http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>. Acesso em 15/08/2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antônio Nogueira. *Regulação Econômica e Democracia: a questão das agências administrativas independentes*. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 177-199.

_____. *Agências Administrativas, Contratos de Serviços e Mutabilidade Regulatória*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, nº 25.

_____. *Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas (Reflexões Iniciais Acerca da Conexão entre os Temas)*. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, nº 02.

_____. *Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas"*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, nº 02.

_____. *Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (Passado, Presente e Futuro de uma Perene Transformação)*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, 46, maio, 2009. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/14130/9510>. Acesso em: 25/09/2012.

_____. *Os limites à competência normativa das agências reguladoras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NUNES, Edson. *Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle*. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, nº 02.

SILVA, Fernando Quadros da. *A independência das agências reguladoras e o princípio do Estado Democrático de Direito*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo:

Malheiros, 1997.

_____. *Harmonia entre os Poderes e Governabilidade*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, nº 1.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Agências reguladoras de serviço público. 10 anos de Constituição: uma análise*. Coordenação IBDC. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário de Silva. *A Delegação legislativa: a legislação por associações no Brasil*. In: Congresso Jurídico Brasil-Alemanha, 3, 1998, Salvador. Anais. São Paulo: Sejobra, 1998.