

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

ALAN GARCIA TROIB

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
análise à luz da separação dos poderes e legalidade

Curitiba
2010

Alan Garcia Troib

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
análise à luz da separação dos poderes e legalidade

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel no
Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Alexandre Ditzel Faraco

Curitiba
2010

A meus pais, meu irmão e meus avós

“So we beat on, boats against the current, borne back ceaselessly into the past.”

- F. Scott Fitzgerald

RESUMO

O presente trabalho traz como tema a atuação normativa exercida pelas agências reguladoras independentes brasileiras e a subsequente e necessária revisão dos princípios da separação dos poderes e legalidade. As agências são necessárias para manter o atual sistema econômico brasileiro, mas a compreensão de sua existência e atividades requer o reexame destes princípios para evitar alegações de inconstitucionalidade. O trabalho procura demonstrar as raízes da separação dos poderes e da legalidade e seu sentido no Estado contemporâneo. Ao fim, pretende usar esta reinterpretação dos princípios para explicar os poderes normativos das agências reguladoras e as suas limitações.

Palavras-chave: agências reguladoras independentes, poder normativo, separação dos poderes, legalidade, juridicidade.

ABSTRACT

This paper's theme is the normative activities carried out by the Brazilian independent regulatory agencies and the subsequent necessary revision of the principles of the separation of powers and legality. The agencies are needed to maintain Brazil's current economic system, but understanding their existence and actions requires a reanalysis of these principles in order to avoid charges of unconstitutionality. The paper seeks to demonstrate the roots of the separation of powers and legality, as well as their role in the contemporary State. In the end, it attempts to utilize this reinterpretation of the principles in order to explain the regulatory agencies' normative powers and their limitations.

Keywords: independent regulatory agencies, normative power, separation of powers, legality, juridicity.

Sumário

1. Introdução	8
2. Apresentação Geral das Agências Reguladoras.....	10
2.1 Evolução Histórica	10
2.1.1 A Tradição Inglesa	10
2.1.2 Os Estados Unidos da América e a origem das agências reguladoras.....	12
2.1.3 As Agências Brasileiras.....	14
2.2 Definição e características.....	16
2.3 Previsão legal	18
2.6 Funções	21
2.7 Os Poderes Normativos.....	23
3. A Separação dos Poderes e o Lugar das Agências Reguladoras Independentes	24
3.1 A Evolução Histórica da Separação dos Poderes	24
3.3 A Separação de Poderes da Constituição de 1988	26
3.4 Por que separar os poderes?	27
3.5 O Lugar das Agências Reguladoras Brasileiras na Separação dos Poderes ..	29
4. Princípio da Legalidade	34
4.1 Evolução histórica.....	34
4.2 Definições	35
4.2.1 Legalidade no Direito Privado e no Direito Público	36
4.2.2 Lei Formal e Lei Material.....	37
4.2.2 Primazia da Lei e Reserva Legal	38
4.2.3 Legalidade restrita e legalidade ampla.....	39
4.2.4 Discricionariedade.....	42
4.3 A Crise da Lei	42
4.4 Deslegalização	45
4.5 Princípio da Juridicidade.....	46

5 Atuação Normativa das Agências Reguladoras Brasileiras	49
5.1 Competência Normativa e Competência Legislativa	49
5.2 Delegação Legislativa e Poder Regulamentar	50
5.3 Fundamentos do Poder Normativo das Agências Reguladoras	52
5.4 Poder Regulamentar.....	53
5.4.1 Regulamentos Autônomos	54
5.4.2 Regulamento contrário à lei	56
5.5 Limitações ao Poder Normativo	57
6. Conclusão	59
Referências Bibliográficas	60

1. Introdução

O presente trabalho tem como tema a atuação normativa exercida pelas agências reguladoras e a subsequente e necessária revisão dos princípios da separação dos poderes e legalidade. Trazidas ao Brasil no final do século XX, seu papel foi aos poucos sendo construído e seus atributos e competências até hoje trazem problemas à doutrina nacional.

Ao mesmo tempo em que as agências são necessárias para manter o atual sistema econômico brasileiro, elas levam a certo malabarismo hermenêutico para que possam atuar sem incorrer em graves inconstitucionalidades.

Em especial, as agências levam a um necessário reexame dos consagrados princípios da separação dos poderes e legalidade, forçando um reexame mais aprofundado, para que se possa ser compreendido o verdadeiro propósito destes princípios na organização política contemporânea.

O trabalho é dividido em quatro partes.

A primeira parte procura apresentar os traços básicos das agências reguladoras, descrevendo suas origens, funções e características. Não se trata de um grande aprofundamento na matéria, mas uma apresentação das raízes das agências e dos problemas causados por seus poderes normativos.

A segunda parte apresenta o princípio da separação dos poderes, suas raízes e o modo como foi incorporado na Constituição Federal de 1988. A seguir, o capítulo busca uma reinterpretação deste princípio para encontrar seu verdadeiro sentido, e o modo como as agências se encaixam neste esquema de equilíbrio de poderes.

A terceira parte procura trazer abordagem similar ao princípio da legalidade, analisando, também, suas origens e significado, procurando trazer uma nova concepção de legalidade.

Finalmente, a quarta parte trata especificamente do tema do poder normativo das agências reguladoras. O capítulo procura definir este poder, apresentar sua

abrangência e, finalmente, tratar dos meios de controle aos quais o poder normativo deve sempre se submeter.

2. Apresentação Geral das Agências Reguladoras

2.1 Evolução Histórica

Sendo o grande foco do presente estudo a atuação das agências reguladoras, faz-se necessário primeiro uma breve explicação de seu surgimento e papel no direito comparado, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, para depois tratar especificamente do cenário brasileiro.

MARÇAL JUSTEN FILHO adverte que “o estudo do *Direito Comparado* evidencia a inexistência de um perfil único e definido para ‘agência reguladora’. Em regra, cada agência apresenta estrutura, função e regimes jurídicos diferentes”¹. No entanto, o próprio autor admite que o exame da evolução histórica do fenômeno permite identificar as tentativas indevidas de introdução de figuras específicas de um determinado sistema na ordem jurídica brasileira². Tendo as agências suas raízes no direito estrangeiro, é inevitável ao menos uma breve explicação de suas origens.

2.1.1 A Tradição Inglesa

Apesar de ser inegável que a atual configuração das agências reguladoras nasceu nos Estados Unidos da América, a regulação surgiu, ainda que de modo rudimentar, na Inglaterra medieval, através de guildas, que procuravam obrigar que serviços necessários à comunidade, como médicos e veterinários, fossem prestados universalmente através de preços tabelados³. Este modelo de regulação básica foi adotado ao longo da história da Inglaterra, eventualmente servindo à regulação de áreas como o “mercado exterior, do controle de qualidade dos produtos, do emprego, da agricultura e do uso do solo”⁴. Mesmo antes da origem da moderna Administração Pública, a Inglaterra manteve corriqueira a prática de criação de novos órgãos reguladores.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 52.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. P. 53.

³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Idem*, p. 97.

A partir do século XIX, este fenômeno passou a se diferenciar. Na falta da Administração Pública, na atual concepção do termo, apta a garantir o cumprimento dos interesses públicos identificados, novos órgãos foram prontamente criados para a implementação de ações vistas como necessárias pelo Governo⁵.

A Inglaterra não possui uma Constituição escrita e nunca adotou um sistema de divisão dos poderes nos moldes daquele desenvolvido por Montesquieu e Madison, sendo mais flexível o procedimento para a criação destes órgãos. Assim, na Inglaterra eles são criados por cartas reais ou decisões ministeriais, ao contrário da regra das maiorias dos países, em que as agências são criadas pelo Poder Legislativo⁶.

Estas agências passaram, a partir da década de 1970, a ser pejorativamente denominadas de *quangos*, uma abreviação de *quasi-autonomous non-governmental organization* [organização não-governamental quase-autônoma]. Diversos destes *quangos* tinham a natureza de empresas públicas (*public corporations*), e cumpriam o papel de prestação de *utilities*.

As reformas administrativas promovidas pela Primeira-Ministra Margaret Thatcher promoveram mudanças neste panorama. Visando a privatização das empresas públicas e a diminuição da estrutura estatal, mais de 500 *quangos* prestadores de *utilities* foram extintos. Em seu lugar, mais de 50 novos *quangos* foram criados com o papel de regulação dos novos setores recentemente privatizados⁷.

Um grande número de *quangos* ainda existe, variando em número de 766 a 957, conforme a definição utilizada para o cálculo, mas políticos ingleses procuram reduzir seu número cada vez mais⁸. O partido conservador inglês, por exemplo, pretende extinguir todos os *quangos* que não realizam funções técnicas, requerem imparcialidade política, ou atuam independentemente para estabelecer os fatos⁹.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 223.

⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Idem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 99.

⁸ *Quangos*. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/business/publications/research/key-issues-for-the-new-parliament/decentralisation-of-power/quangos/>> Consultado em 13/08/2010.

⁹ *Idem*.

2.1.2 Os Estados Unidos da América e a origem das agências reguladoras

Apesar de a experiência regulatória passar a ser plenamente desenvolvida apenas após a independência americana, particularmente a partir do século XIX, os Estados Unidos da América já apresentavam traços da tradição regulatória inglesa, desde sua colonização. Aspectos como a limitação dos poderes dos servidores estatais e o controle judicial de sua atividade, por exemplo, vieram do sistema de *common law* inglês¹⁰.

No entanto, com a Independência, os EUA instalaram um sistema político bastante distinto do modelo parlamentar de Westminster, até hoje praticado na Inglaterra. Um dos aspectos que mais diferenciou a Constituição Americana, elaborada em 1787, do modelo britânico foi a adoção da ideia de separação dos poderes entre os poderes executivo, judiciário e legislativo, tema que será tratado com maior profundidade adiante.

No século XIX, os EUA foram marcados por uma intensa atividade econômica. Um dos setores com o maior crescimento foi o setor ferroviário, que rapidamente passou a desempenhar um papel essencial na sociedade americana. Com este crescimento veio também uma variedade de problemas, como a criação de cartéis e a fixação de preço¹¹. Quando as tentativas legislativas de evitar este comportamento revelaram-se ineficazes, outros métodos passaram a ser utilizados, notadamente a experiência com as agências. Assim, as primeiras agências reguladoras estaduais, com poderes ainda bastante limitados, foram criadas para disciplinar o setor ferroviário.

Devido à necessidade de implementação de uma regulamentação supra-estadual do setor ferroviário, em 1887 foi criada a primeira agência reguladora em nível federal, a *Interstate Commerce Comissions* (ICC)¹². Em 1889 o Congresso americano aprovou alterações à estrutura da ICC, com mudanças que passariam a garantir a autonomia da agência em relação à atividade do Poder Executivo. Entre

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 71.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 73.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 76.

estas medidas, algumas subsistem até hoje e foram importadas pelo Brasil, como a autonomia orçamentária e a impossibilidade de demissão dos membros indicados para a agência.

As agências reguladoras americanas passaram por outro grande processo de alteração na década de 1930, com o *New Deal* projetado pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, que levou à “primeira onda” das agências¹³. A grande crise econômica de 1929 gerou enormes prejuízos à sociedade americana, forçando o Estado a mudar radicalmente sua posição de influência sobre a economia. Forçado a abandonar a aplicação do sistema estritamente *laissez-faire*, diversas agências foram criadas especificamente para realizar a intervenção do Estado sobre a economia, corrigindo as falhas do mercado e assegurando alguns direitos sociais à população¹⁴.

A segunda onda de agências reguladoras ocorreu no final dos anos 60, quando o Estado alterou sua posição na intervenção econômica. Além de simplesmente suprir falhas no mercado, o Estado passou a se preocupar também com questões não-econômicas. Durante este período, agências foram criadas para lidar com questões ambientais, com a proteção de trabalhadores, entre outros¹⁵.

Assim como ocorreu na Inglaterra, a década de 1980 foi marcada pelo processo de *deregulation*, com base na concepção econômica neoliberal. Conforme ALEXANDRE ARAGÃO, no entanto, “*este ideário, nunca implementado em sua radicalidade, até pelo insucesso da maior parte das suas experiências, não gerou muitos frutos, o que levou ao retorno de uma situação de equilíbrio.*”¹⁶

¹³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102.

¹⁴ Um exemplo de agência criada para a proteção de direitos sociais é a *Social Security Administration*, criada em 1935 para assegurar a previdência social.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 79.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 227.

2.1.3 As Agências Brasileiras

Os primeiros órgãos reguladores brasileiros a serem denominados agências reguladoras independentes foram criados e estabelecidos na década de 1990, mas antes disso o Brasil há muito tempo já experimentava com órgãos destinados especificamente à atividade regulatória, sem, no entanto, serem conhecidos como agências.

DINORÁ GROTTI indica como exemplos destes órgãos o Comissariado de Alimentação Pública, o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC, o Instituto Nacional do Alcool e o Açúcar – IAA, entre outros, todos estabelecidos antes da década de 1940¹⁷.

MARÇAL JUSTEN FILHO também argumenta que inúmeros outros órgãos já possuíam tanto a estrutura quanto funções próprias das entidades administrativas independentes¹⁸. Entre as figuras apontadas neste contexto, constam o Tribunal de Contas da União, o CADE e o Banco Central.

Assim, quando as primeiras agências reguladoras independentes propriamente ditas surgiram no direito brasileiro elas não eram absolutamente originais, apesar do contexto de sua criação ser distinto.

As agências reguladoras independentes nasceram no Brasil como resultado do processo de reforma do Estado e da Administração Pública. De maneira bastante sintética, pode-se dizer que o principal foco desta reforma foi a transferência dos serviços públicos ao setor privado, como no caso das concessões, em que há transferência da execução do serviço público.

¹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Consultado em 15/09/2010.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 329 e s.

O Estado Regulador surgiu desta opção, essencialmente ideológica. Neste modelo de Estado, não desaparece o intuito de realização de certos ideais, apenas o modo dessa realização. O Estado deixa de prestar diretamente os serviços, mas se vê forçado a criar novas estruturas para garantir que estes serviços sejam realizados conforme os valores sociais indicados.

Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO:

*“A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção dos objetivos eleitos.”*¹⁹

Neste contexto, surgiu a Lei n. 8.031/90, lei que instituiu o Plano Nacional de Desestatização, de modo a efetivar a reforma do Estado e da Administração Pública. Esta lei foi seguida por diversas emendas constitucionais de 1995 em diante que geraram grandes alterações na política econômica brasileira, efetivamente possibilitando as privatizações e dando ênfase à celeridade e eficiência da atuação estatal.

As primeiras agências reguladoras independentes brasileiras tinham por objetivo a regulação dos setores econômicos alterados pelas mudanças econômicas engendradas pelas emendas constitucionais dos anos 90²⁰. Assim, foram criadas a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (Lei n. 9.478/1997) para a regulação do monopólio da União, bem como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n. 9.427/1996) e a Agência Nacional de

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 654.

²⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 133.

Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9.472/1997) para regulação das concessões destes serviços públicos.

Em seguida, novas agências foram criadas para regular setores econômicos considerados de importância especial para a sociedade, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n. 9.961/00) e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n. 11.182/2005). Atualmente, há no Brasil 10 agências reguladoras na esfera federal, e diversas outras agências reguladoras estaduais e municipais.

2.2 Definição e características

Por sua clareza e sistematização, o conceito de agências reguladoras formulado por MARÇAL JUSTEN FILHO parece ser o mais apropriado para o presente trabalho.

Conforme o autor consiste uma agência reguladora independente em

“uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de um 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.”²¹

Esta definição já apresenta diversas das características que marcam o modelo de agência reguladora adotada no sistema brasileiro.

Trata-se a agência reguladora de autarquia por ser entidade com personalidade jurídica própria, pertencente à Administração indireta.

O título de autarquia *especial* se dá devido à importância dada à autonomia das agências reguladoras em face da atuação da Administração direta, identificada como o traço marcante das agências reguladoras independentes²².

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, P. 331.

Assim como no caso das agências americanas, o Brasil adota uma variedade de mecanismos voltados a assegurar a autonomia das agências reguladoras independentes frente ao restante do Poder Executivo. Cada agência reguladora possui configuração própria, mas de modo geral, são assegurados às agências a autonomia financeira, funcional e estrutural.

Um traço particularmente distintivo deste aspecto da autonomia das agências reguladoras é o fato de seus diretores serem nomeados para mandatos com prazos certos e determinados. Apesar de serem indicados pelo Chefe do Poder Executivo, como forma de assegurar sua autonomia, estes diretores apenas podem ser exonerados se cometerem “*a infração a determinados deveres ou a perda de requisitos essenciais para o exercício do cargo*”.²³

Ressalte-se, no entanto, que apesar de relativamente autônomas do poder Executivo central, as agências reguladoras brasileiras não possuem o mesmo nível de autonomia das agências americanas, que, mesmo sendo subordinadas a alguns meios de controles (como, por exemplo, o *judicial review*), possuem autonomia muito maior, sendo verdadeiros mecanismos de implementação de políticas públicas (*policy-making powers*)²⁴.

A autonomia das agências perante o Poder Legislativo é bem menor, já que este poder possui a competência de criar e extinguir as agências reguladoras, podendo também fiscalizar a atuação das agências bem como sustar seus atos²⁵.

Finalmente, a lei que institui as agências também as investe de competência regulatória privativa sobre setor da economia para quais foram criadas. Uma destas competências privativas das agências reguladoras é seu papel na resolução de problemas e conflitos concretos entre os agentes do setor regulado. A outra, e talvez mais importante, competência privativa é a competência para a edição de normas regulatórias. O exame destas normas é precisamente o tema principal deste trabalho, e será mais bem examinado adiante.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 678.

²⁴ FIGUEIREDO, MARCELO. As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 170.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, P. 331.

2.3 Previsão legal

Apenas duas disposições da Constituição Federal de 1988 explicitamente prevêm a criação de órgãos reguladores. Estas disposições estão no art. 21, XI, que prevê a criação de um órgão para regular o serviço de telecomunicações, e o art. 177, §2º, III, que prevê a criação de um órgão regulador do monopólio da União sobre o petróleo e as atividades relacionadas à sua lavra, refinação, entre outros.

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

-

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e

seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

(...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

Estes dois órgãos reguladores foram, posteriormente, criados por lei, tornando-se a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, respectivamente.

Ocorre que parte da doutrina considera esta previsão constitucional expressa expressão de que estas duas agências seriam as únicas agências reguladoras que poderiam ser criadas, sendo que a nenhum outro órgão poderia ser conferido poder regulador. Para os doutrinadores que sustentam esta posição, estes dois artigos servem para definir os limites da regulação, no que pese a competência legislativa. Entre os que aderem a este ponto de vista, encontram-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁶.

Por outro lado, autores como, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO e MARÇAL JUSTEN FILHO²⁷ discordam desta posição. O último autor, em particular, defende que há

²⁶ FIGUEIREDO, MARCELO. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252 e s.

²⁷ FIGUEIREDO, MARCELO. *Idem*. P. 254 e s.

uma autorização constitucional implícita para a criação de demais órgãos jurídicos reguladores, não havendo distinção entre o regime jurídico das agências expressamente previstas na Constituição e as agências criadas pela lei infraconstitucional²⁸. Afirma o autor, também, que por serem as agências instituições infraconstitucionais, e vinculadas ao Poder Executivo, cabe à lei infraconstitucional sua criação e a fixação de seu regime específico, não havendo obstáculo constitucional para tanto.

HENRIQUE CARDOSO destaca também o art. 174 da Constituição Federal:

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

Para o doutrinador, este artigo *“fundamenta não somente a existência de agências reguladoras, mas toda a atividade regulatória do Estado, seja efetuada por agências, seja efetuada diretamente pela própria administração direta, ou por autarquias criadas especialmente para tal fim.”*²⁹

No que pese a opinião dos demais doutrinadores, parece mais correta a posição que releva a ausência de previsão constitucional explícita para a criação de novas agências reguladoras.

No mais, deve ressaltar-se que todas as agências reguladoras, mesmo aquelas expressas na Constituição, devem ser criadas por lei, definindo sua competência regulatória.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 394-396.

²⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

2.6 Funções

Ao elaborar uma síntese dos objetivos a serem alcançados pelas agências reguladoras brasileiras, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO ressalta a ampla diversidade destes objetivos. Conforme o autor,

“as agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes; normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.”³⁰

Cada agência reguladora possui âmbito de atuação distinto, muitas vezes atuando em campos muito específicos, que requerem amplo conhecimento técnico especializado. É isso que leva a CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA a advertir sobre os riscos das generalizações na disciplina do direito público econômico³¹.

Apesar da cautela necessária, algumas generalizações parecem inevitáveis. Assim se faz quanto à divisão das agências. De modo geral, há duas espécies de agências.

As primeiras foram criadas para regular os setores de serviço público privatizados. Estas agências visam, principalmente, a *“a promoção da eficiência na prestação do serviço público, justa e razoável fixação de tarifas, mas também a*

³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 369.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e Legalidade: O Caso da Assinatura do Serviço Telefônico. *In*: Alexandre Santos de Aragão (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

*defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de atividades que até algum tempo eram serviço públicos*³².

Já o segundo tipo de agência são aquelas criadas para exercer a regulação de setores econômicos privados de particular interesse à população. Estas agências procuram regular e fiscalizar esta atividade, tendo em vista inclusive os direitos dos consumidores³³.

No que tange à atividade de fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, ARAGÃO ressalta que nada mais são que poderes administrativos clássicos, abrangendo o *“cumprimento das regras estabelecidas nos contratos de concessão, nas licenças ou nas autorizações, incluindo o estabelecimento de eventuais tarifas, poderes disciplinares, sancionatórios e preventivos de condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados, etc.”*³⁴. Assim, aqui nada mais fazem do que cumprir o papel de órgão vinculado ao Poder Executivo, na sua acepção clássica.

Ocorre que as agências reguladoras também possuem diversas outras funções.

Uma das funções das agências reguladoras é a arbitragem de conflitos de sua determinada área de competência, sejam estes conflitos somente entre particulares ou que também envolvam o Poder Público. Assume-se aqui, portanto, uma competência tradicionalmente atribuída ao Poder Judiciário.

Por fim, as agências reguladoras independentes também possuem amplos poderes normativos sobre o setor regulado, captando atividade que, num sistema de separação de poderes de concepção tradicional, pareceria ser de exclusividade do Poder Legislativo.

Assim, como se vê, as agências reguladoras independentes possuem atribuições características dos três órgãos que constituem a separação clássica de poderes: Executivo, Judiciário e, de modo mais controverso, Legislativo.

³² CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79.

³³ CUÉLLAR, Leila. *Idem*. P. 79-80.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 369-370.

2.7 Os Poderes Normativos

Dentre as diversas competências das agências reguladoras acima descritas, os poderes normativos são particularmente controversos. A relação entre seus poderes normativos e a Administração Pública é considerado um dos temas contemporâneos mais importantes do Direito Público e de toda a Teoria Geral do Estado³⁵.

De fato, a importância destes poderes normativos é tão grande, que ARAGÃO chega a dizer que:

*“a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação”*³⁶

Os poderes normativos garantidos à Administração Pública levam, em especial, a uma séria reconsideração de dois dos pontos basilares do direito público brasileiro: o princípio da legalidade e a teoria da separação dos poderes. Estes dois institutos são distintos, mas essencialmente entrelaçados sendo impossível analisar um sem necessariamente examinar o outro.

Assim, antes da análise dos poderes normativos das agências reguladoras, serão examinados os princípios da separação de poderes e da legalidade.

³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*. P. 396.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*. P. 380.

3. A Separação dos Poderes e o Lugar das Agências Reguladoras Independentes

3.1 A Evolução Histórica da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes está longe de ser uma novidade no mundo jurídico. No entanto, como se verá, este instituto sofreu profundas alterações desde sua concepção original.

Conforme MARCELO FIGUEIREDO, a noção original de criar distinções entre diferentes poderes nasceu na filosofia política de Aristóteles. O filósofo grego teria imaginado um Estado, entendido no sentido clássico, que seria dividido entre três funções capitais:

“o poder consultivo, que tem de se pronunciar acerca especialmente da guerra e da paz e acerca das leis; a jurisdição; e o magistrado, competente para os restantes assuntos da administração”³⁷

O pensamento reverberou na filosofia Greco-romana, sendo objeto de estudo de Platão e Políbio, e foi eventualmente adotado, de forma alterada, na organização do Império Romano.

O tema voltou a ser de enorme relevância durante o século XVIII. Visando limitar os abusos exercidos pelo Estado, normalmente pelos seus monarcas e regentes, Montesquieu concebeu um sistema de separação de poderes que permitiria o controle recíproco dos poderes entre si. O objetivo seria assegurar que nenhum poder pudesse deter controle absoluto sobre o Estado.

James Madison, considerado o “Pai” da Constituição Americana de 1787, foi profundamente influenciado pelas ideias de Montesquieu, incorporando suas teorias de separação tripartite dos poderes na criação da estrutura dos Estados Unidos da América, que adotou um modelo presidencialista.

³⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50.

Madison elaborou um complexo esquema de *checks and balances*, freios e contrapesos, para equilibrar seus poderes, assegurando que nenhum poder obteria completo controle sobre os outros.

Conforme o entendimento da Suprema Corte americana, “os fundadores nunca tiveram a intenção de criar um governo baseado numa rígida separação de poderes e, sim, um governo com base em instituições separadas em um verdadeiro condomínio de poderes”³⁸. Como se verá a seguir são exatamente as ideias de condomínio de poderes e o poder de interpretação exercido pela Suprema Corte que delimitarão o papel das agências reguladoras no país.

O Brasil passou a adotar um modelo de separação de poderes fortemente baseado no sistema presidencialista americano, para melhor ou para pior³⁹, a partir da Constituição de 1891. Todas as constituições brasileiras desde então vem adotando sistema semelhante de separação dos poderes entre o Executivo, Judiciário e Legislativo.

Não vem ao caso examinar detalhadamente cada uma destas constituições, mas algumas características devem ser ressaltadas.

Em primeiro lugar, é interessante notar que muitas destas constituições, ao delimitarem os Poderes, continham cláusulas vedando aos Poderes delegar atribuições⁴⁰. É o caso, por exemplo, do art. 36, §2º da Constituição de 1946. *In verbis*:

“Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

(...)

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.”

³⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Idem*. P. 159.

³⁹ Foge ao escopo deste artigo realizar uma crítica ao sistema presidencialista adotado pelo Brasil, mas é interessante notar que BRUCE ACKERMANN, em artigo sobre o tema, diversas vezes adverte sobre os riscos políticos proporcionados aos países da América Latina que adotaram sistema semelhante. Conforme o autor, todos os países da região que adotaram um sistema presidencialista similar ao americano sofreram graves períodos de instabilidade política ao longo de sua história, particularmente com golpes militares. ACKERMANN, Bruce. *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, vol. 113, janeiro de 2000, p. 646.

⁴⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.

Um segundo traço bastante interessante é que as constituições ditatoriais revelaram a tendência de assegurar ao Poder Executivo mais garantias e poderes ante os demais. Exemplo notável disso foi a Constituição de 1967 que, durante sua vigência, fez das Emendas Constitucionais competência exclusiva do Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988, como é bem sabido, foi promulgada com o fim da ditadura militar num período de renovação democrática, visando o estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

3.3 A Separação de Poderes da Constituição de 1988

LUÍS ROBERTO BARROSO, ao tratar da chamada “Constituição Cidadã”, ressalta que a constituinte optou por reduzir o desequilíbrio entre os poderes visto durante o período da ditadura militar, em que o Poder Executivo era supremo. Assim, a nova constituição procurou fortalecer a autonomia, a independência e as competências dos poderes Judiciário e Legislativo ⁴¹. No entanto, a própria Constituição manteve a capacidade legislativa do Poder Executivo, eliminando os decretos-lei, mas criando as medidas provisórias, que, apesar de possuir maior legitimidade democrática, devido a sua necessária análise pelo Congresso, continuam sendo uma ampliação da clássica divisão tripartite dos poderes.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a Constituição de 1988 previu cinco Poderes autônomos: Executivo, Judiciário, Legislativo, Ministério Público e o Tribunal de Contas⁴². Cada uma destas instituições é dotada de autonomia estrutural e identidade funcional e possui “*funções próprias, inconfundíveis e privativas*”.

Além disso, no que tange aos três Poderes já tradicionais, o autor ressalta que cada um dos Poderes possui uma função preponderante, mas isso não os impede de também praticar funções tradicionalmente ligadas aos outros Poderes.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 293.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

Assim, os Poderes Legislativo e Judiciário exercem funções administrativas, por exemplo, ao organizarem sua estrutura interna.

No que tange especificamente ao Poder Judiciário, ele também possui poderes legislativos para algumas funções, como para editar regulamentos internos.

O Poder Legislativo, por sua vez, demonstra funções judiciárias em alguns casos específicos em que órgãos legislativos são competentes para julgar certos temas, dispostos na Constituição.

Finalmente, o Poder Executivo, além de sua evidente função administrativa, apresenta também diversas funções legislativas, como é o caso de seu caráter de agente normativo e regulador da atividade econômica, como exposto no supracitado art. 174 da Constituição Federal e evidenciado pela expedição de decretos e por sua atuação através das agências reguladoras.

O TCU e o Ministério Público, por sua vez, não são formalmente designados como Poderes, mas possuem o necessário para sua caracterização como tal⁴³.

3.4 Por que separar os poderes?

Como dito acima, originalmente, a separação de poderes foi concebida como meio de evitar o abuso do poder, criando mecanismos de freios e contrapesos recíprocos, de modo que cada função do Estado seja supervisionada e controlada, ao mesmo tempo em que supervisiona e controla os demais Poderes.

No entanto, conforme adverte ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, a noção de separação de poderes não é única, muito menos a concepção tripartite sagrada, sendo atrelada ao seu momento histórico e ao direito positivo de cada nação⁴⁴.

De fato, alguns países funcionam até hoje sem sistemas de separação de poderes nos moldes de Montesquieu. É o caso da Inglaterra, por exemplo, que é organizada no sistema parlamentar de Westminster, em que a função administrativa

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371.

é desenvolvida por aqueles que possuem o Poder Legislativo: a vitória eleitoral no parlamento garante plenos poderes ao partido ou coligação vencedora. Apesar de possuir um Poder Judiciário independente, não há uma verdadeira tradição de separação de poderes nos diversos países que até hoje adotam este sistema.

A separação realizada por Montesquieu visava apenas a limitação do poder, sem observar temas de profunda importância para a nossa realidade atual. Assim, conquanto a separação elaborada no século XVIII servisse para os problemas identificados pelos doutrinadores daquele século, ignora problemas que enfrentamos atualmente. A divisão tripartite clássica não foi desenvolvida para a efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, ignorando anseios atuais, como a criação de sistemas verdadeiramente democráticos e que privilegiem a eficiência e celeridade estatal.

Tendo dito isso, a separação de poderes não deve ser considerada inútil, apenas dependente dos ajustes necessários para que possa concretamente atender às demandas das sociedades contemporâneas.

ARAGÃO sustenta que por trás do peso histórico da figura da separação de poderes tripartite, o instituto deve ainda ser compreendido e aplicado em seus elementos básicos, ou seja, como a *“divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais”*⁴⁵, sem que isso restrinja a atuação de cada poder ou limite a classificação de novos poderes, conforme a necessidade.

Outro autor, no entanto, vai mais além ao tentar distinguir as necessidades básicas da teoria da separação de poderes. Ao procurar desenvolver um novo raciocínio a respeito da divisão dos poderes, BRUCE ACKERMANN chega à conclusão que sistemas de separação devem existir para cumprir três ideais essenciais⁴⁶.

O primeiro ideal que deve ser efetivado através de um sistema de separação de poderes seria a democracia. No entanto, o sistema adotado pode tanto auxiliar uma verdadeira democracia quanto manter um modelo excludente. Assim, seria

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371.

⁴⁶ ACKERMANN, Bruce. *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, vol. 113, janeiro de 2000, p. 640.

necessária uma profunda análise das conseqüências de cada modelo de organização política.

O segundo ideal é a competência profissional dos servidores de cada Poder. Nisso, o autor ressalta como alguns sistemas políticos valorizam os burocratas que mantêm um nível de competência, apesar de eventuais alterações partidárias. Já outros sistemas, como o adotado nos EUA, por exemplo, geram servidores que acabam por ser mais valorizados por sua atuação política que por sua competência.

Finalmente, o terceiro ideal a ser alcançado é a efetivação dos direitos fundamentais, já que de nada servem burocratas extremamente competentes se não há compromisso com a concretização de tais direitos. Situação como esta ocorreu durante a Alemanha nazista, em que um sistema burocrático altamente organizado foi voltado para causar a morte de milhões de pessoas.

Apesar da Constituição de 1988 não prever mecanismos para cumprir perfeitamente os amplos ideais expostos por Ackermann, evidenciam-se passos na direção de alterações nos papéis tradicionalmente assegurados aos poderes na divisão tripartite clássica.

Uma teoria moderna de separação de poderes não pode ensejar a sua mera separação, mas deve buscar uma situação de equilíbrio⁴⁷ para que o Estado possa se organizar de modo a alcançar seus fins constitucionais.

É nesse contexto que o lugar das agências reguladoras na teoria de separação dos poderes deve ser analisado.

3.5 O Lugar das Agências Reguladoras Brasileiras na Separação dos Poderes

Conforme dito anteriormente, as agências reguladoras independentes brasileiras possuem funções que abrangem aspectos de competência dos Poderes

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249.

Executivo, Judiciário e Legislativo, incorporando toda a clássica separação de poderes num só órgão cuja autonomia perante os demais Poderes é assegurada⁴⁸.

Desta consideração surge a questão de como as agências reguladoras devem ser enquadradas em nosso sistema de separação de poderes, e se sob algum aspecto elas levam a uma quebra do próprio princípio de separação de poderes presente na Constituição de 1988. Dois pontos devem ser considerados para responder esta questão.

Em primeiro lugar, deve ser considerado aquilo que já foi mencionado anteriormente: é impossível haver um sistema de separação absoluta dos Poderes, especialmente nos moldes daquela separação elaborada no século XVIII.

Este modelo foi criado para um Estado Liberal, com uma política econômica essencialmente *laissez-faire*, e mesmo neste tempo a tripartição de poderes nunca pôde ser aplicada de modo homogêneo nem radical⁴⁹.

O nosso próprio sistema constitucional admite esta realidade ao dar a todos os poderes funções que não se encaixam perfeitamente com seu papel, como ocorre, por exemplo, no caso das funções jurisdicionais do Poder Legislativo.

Em segundo lugar, há o crescente fenômeno da descentralização administrativa. O direito público dos últimos séculos foi marcado pela cada vez maior atribuição de competências à Administração Pública. A maior importância conferida a direitos fundamentais e sociedades democráticas impôs uma série de novas exigências ao Estado, que se encontrou na posição de assegurar garantias que passaram a ser consideradas direitos fundamentais.

No entanto, a cada vez maior complexidade social e pluralidade de interesses forçou a Administração Pública a tomar uma nova feição. Conforme ARAGÃO, isto é decorrência de um Estado pluriclasse e de meios cada vez mais técnicos, que

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 370.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344.

fizeram com que o Estado criasse cada vez mais órgãos distintos e independentes, com organização interna própria⁵⁰.

Este fenômeno surgiu no Brasil marcadamente após a Reforma Administrativa, e surtiu efeitos tanto na administração direta quanto na indireta. Na administração direta, o Brasil vivenciou a criação de uma grande diversidade de Ministérios, com funções cada vez mais especializadas e, às vezes, inclusive contraditórias, assim como são as funções do Estado.

Na esfera da administração indireta, os exemplos mais marcantes desta descentralização de atribuições são, sem dúvida, as próprias agências reguladoras. A necessária criação de entes atarefados especificamente com o dever de regulação decorre diretamente desta alteração do funcionamento da Administração Pública.

O objetivo da descentralização é precisamente tornar a administração capaz de atender aos interesses dos diversos setores da sociedade da maneira mais ágil e eficiente possível. Para alcançar este objetivo, verifica-se que é necessário que os órgãos da administração indireta tenham a autonomia necessária para realizar suas tarefas. O órgão da administração indireta pode ter personalidade jurídica própria, mas não será verdadeiramente eficiente até obter sua autonomia, não sendo apenas mais um ente hierarquicamente subordinado à administração pública.

As agências reguladoras, particularmente, possuem uma autonomia especialmente reforçada como forma de evitar, na medida do possível, a influência política sobre decisões que devem, por natureza, ter caráter técnico e especializado.

Tendo em vista estes dois pressupostos, tanto a ampliação da teoria da separação dos poderes quanto o fenômeno da descentralização administrativa, fica claro que as agências reguladoras não constituem figuras opostas ao modelo brasileiro de separação dos poderes. Mais do que isso, as agências reguladoras independentes brasileiras foram os meios encontrados pela nação para cumprir a necessária tarefa de regulação dos setores econômicos. Conforme ARAGÃO, as agências reguladoras

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 202.

*“fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior- não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora ou mesmo para extingui-la”.*⁵¹

Tão grande é a importância da atividade reguladora que o modelo de uma nova separação dos poderes elaborado por BRUCE ACKERMANN possui um Poder Regulatório, concebido como um poder autônomo encarregado somente da regulação econômica, voltado para permitir ao máximo a participação democrática na tomada de decisões⁵².

Por fim, ressalte-se apenas que este papel de reinterpretação da separação de poderes, apesar de necessário, não deve levar ao esquecimento do princípio. Assim, não se pode olvidar o papel de controle exercido pelos poderes, que continua válido na atuação das agências reguladoras.

A separação dos poderes evolui, mas deve continuar existindo. É o que leva CLÈMERSON CLÈVE a advertir:

“A missão dos juristas, hoje, é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado,

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 375-376.

⁵² ACKERMANN, Bruce. *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, vol. 113, janeiro de 2000, p. 697.

aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes” ⁵³

Assim, como se verá, por estarem as agências reguladoras incluídas dentro do panorama da separação de poderes, seu poder normativo está sujeito ao controle de outros Poderes, de modo a concretizar o controle do poder.

Antes de entrar no tópico do poder normativo das agências reguladoras, no entanto, cabe examinar as alterações sofridas pelo princípio da legalidade e seu papel no direito administrativo brasileiro.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª Ed. , RT, 2000, p. 44.

4. Princípio da Legalidade

4.1 Evolução histórica

O princípio da legalidade em sua acepção moderna tem sua origem ao lado da separação de poderes elaborada no Estado liberal do século XVIII. Seria o princípio da legalidade um modo de controle do poder dos administradores, de modo a evitar os malefícios outrora realizados pelos governantes, especialmente pela realeza.

Consistia o princípio da legalidade em determinar que todos os atos dos poderes Executivo e Judiciário fossem decorrência de norma jurídica elaborada pelos representantes da população no Poder Legislativo.

Portanto, estendeu-se assim um aspecto simbólico, e até idealista, à atuação do parlamento, que criaria normas jurídicas com base na vontade popular e nos ideais racionais da nação⁵⁴. Nascia assim o mito que os representantes do povo seriam suficientes para legislar sobre todo e qualquer assunto relevante à sociedade e que os representantes agiriam sempre de maneira racional e efetuando sempre a vontade da população.

Este mito, no entanto, nunca se concretizou perfeitamente. Desde o início do liberalismo o problema da incompletude das leis foi notado, tornando-se problema tanto no direito privado quanto no direito público, sendo resolvido aos poucos através da atuação jurisprudencial⁵⁵.

Além disso, verificou-se que o Poder Legislativo seria incapaz de elaborar leis detalhando precisamente todos os aspectos da atividade administrativa. Assim, as leis passaram a se tornar mais amplas e gerais, garantindo ao poder Executivo maior discricionariedade.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 397.

⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 400.

Segundo CELSO ANTÔNIO DE BANDEIRA MELLO, a discricionariedade seria a técnica legislativa através do qual caberia diretamente à Administração escolher a solução concreta para cada caso.

“É que a lei, inúmeras vezes, ao regular abstratamente as situações, o faz de maneira a irrogar ao administrador o encargo de eleger, perante o caso concreto, a solução que se ajuste com perfeição às finalidades da norma, para o quê terá de avaliar conveniência e oportunidade caso a caso”⁵⁶.

Com o advento do Estado Social e, após, do Estado Regulador, foram ampliadas as competências da Administração Pública para que o próprio Poder Executivo pudesse realizar adequadamente suas atividades econômicas e reguladoras. Assim, passaram a ser conferidos poderes normativos originários à Administração Pública, para que pudesse realizar suas atribuições de maneira mais eficiente.

Como se vê, a realidade política cada vez mais atenua o sentido original do princípio da legalidade, o que levou alguns autores a tratar da “crise da lei”. No entanto, antes de adentrar este tópico, cabe tratar da definição do conceito de legalidade.

4.2 Definições

Inicialmente, a concepção do princípio da legalidade não parece trazer maiores problemas. Nas palavras de CHARLES EISENMANN⁵⁷:

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

⁵⁷ EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade*. Revista de Direito Administrativo vol. 56, abr./jun. 1959, p. 48.

“dizer que a Administração deve respeitar a lei, observá-la como uma norma superior que a obriga, resignar-se a ela, dizer que ela está sujeita ou subordinada, que em consequência seus atos devem ser legais, não seria enunciar proposições perfeitamente claras, de que não resultariam quais outros esclarecimentos elas pudessem reclamar ou admitir?”

No entanto, tanto o autor quanto a realidade comprovam que o entendimento do princípio não é tão simples. Como se verá a seguir, o princípio da legalidade deve ser compreendido em seus diversos enfoques.

4.2.1 Legalidade no Direito Privado e no Direito Público

Primeiramente, faz-se necessário distinguir entre a concepção de princípio da legalidade para o particular e para a Administração Pública, distinção jurídica básica para o Direito Administrativo.

Como regra geral de direito diz-se que tudo é permitido aos particulares salvo aquilo que é proibido por lei. Esta definição foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, que afirma, em seu artigo 5º, II: *“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Este princípio visa a proteção dos direitos individuais dos cidadãos, para que sejam protegidos contra eventuais ações ilegais do Estado. Aos particulares é garantida a liberdade de ação, valendo-se da reserva legal absoluta garantida por este princípio⁵⁸. No entanto, sendo este sentido aplicado à atuação do particular, não cabe aqui um aprofundamento de seus sentidos.

Já no âmbito do Direito Administrativo, a Constituição Federal preceitua o princípio da legalidade como princípio básico da atuação da Administração Pública em seu artigo 37, *caput* (alterado pela Emenda Constitucional 19/98), que impõe à Administração Pública observância aos princípios da *“legalidade, impessoalidade,*

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

moralidade, publicidade e eficiência". Aqui, no entanto, o princípio da legalidade possuiria sentido inteiramente diverso, se não inverso.

O princípio da legalidade do Direito Administrativo, em linhas gerais, diz que "*a Administração deve sujeitar-se às normas legais*"⁵⁹. LEILA CUÉLLAR também traz definição sintética do princípio, definindo-o como determinação que a Administração Pública somente poderá "*fazer ou deixar de fazer aquilo que estiver previsto em lei, devendo proceder de acordo com o direito positivamente estabelecido*"⁶⁰. Por fim, cita-se a já clássica máxima de Seabra Fagundes que "*administrar é aplicar a lei de ofício*"⁶¹.

Assim, enquanto na atuação dos particulares o princípio da legalidade possui sentido *negativo*, na atuação da Administração Pública o princípio possui eficácia *positiva*.

4.2.2 Lei Formal e Lei Material

O termo lei pode ser compreendido em dois sentidos: lei formal e lei material.

Lei formal é a lei compreendida em seu sentido liberal clássico, como o ato normativo originado no Poder a que se atribui a Função Legislativa. No nosso sistema, seriam leis formais aquelas editadas por ambas as casas do Congresso Nacional, sujeitas a rito próprio.

Lei material, por outro lado, é compreendido como todo ato jurídico do Estado que tenha caráter de norma geral e abstrata, sendo, assim, um conceito bem mais amplo⁶². Cabe aqui um leque bem maior de possibilidades do que aquelas previstas no conceito de lei formal, como, por exemplo, os regulamentos administrativos.

⁵⁹ MEDAUAR, Odette. *Direito Administrativo Moderno*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 124.

⁶⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 38.

⁶¹ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.3

⁶² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126.

Como se verá a seguir, o conceito de lei formal anda cada vez mais questionado, enquanto parte crescente da doutrina apóia uma ampliação da noção de lei material.

4.2.2 Primazia da Lei e Reserva Legal

A distinção entre as dimensões da primazia da lei e da reserva legal é uma divisão fundamental para o entendimento do princípio da legalidade administrativa.

Basicamente, significa dizer que a primazia da lei diz que os atos da administração não podem ser contrários à lei.

Diversamente, a reserva legal procura reservar alguns temas apenas à lei, excluindo normas infralegais de tratar sobre o assunto⁶³.

Estes dois sentidos merecem ser aprofundados.

Primeiramente, analisa-se a primazia da lei. Este princípio impede que a Administração contrarie a lei, seja através de regulamentos ou mesmo através de atos concretos. A lei “*terá preeminência em face de qualquer ato contrário a ela*”⁶⁴. LEILA CUÉLLAR ressalta que este princípio possui um aspecto positivo e um negativo, ao mesmo tempo em que ele impõe a observância da lei, proíbe a atuação contrária a ela⁶⁵.

Havendo conflito entre regra administrativa e norma legislativa, portanto, a regra legislativa deverá prevalecer. É também possível que uma lei seja editada com disposições contrárias às soluções adotadas em regulamento, de modo a invalidar o regramento administrativo. Mais do que isso, é possível que o Poder Legislativo

⁶³ CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes. In: Gustavo Binenbojm (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 158.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

⁶⁵ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 40.

“*edite lei suficientemente minuciosa e detalhada, de modo a tornar dispensável sua regulamentação*”⁶⁶.

A seguir, passa-se ao exame da reserva de lei. O princípio da reserva de lei, como o próprio nome indica, determina que determinados assuntos só possam ser tratados por lei, seja esta considerada em seu sentido formal ou material, conforme determinado pela Constituição a cada caso.

Na reserva de lei formal, certas matérias são reservadas à lei no sentido formal, ou seja, “*o ato normativo primário editado pelo Parlamento, elaborado segundo o procedimento legislativo ordinário fixado na Constituição*”⁶⁷. Já na reserva de lei material, a Constituição passa a exigir apenas ato normativo com força de lei, abrangendo aqui uma variedade maior de figuras, como, por exemplo, as medidas provisórias e leis delegadas.

Há também a situação da reserva absoluta da lei, ou estrita legalidade⁶⁸. Neste caso, a Constituição veda à Administração qualquer margem de liberdade na aplicação da lei, cabendo todo o tratamento e regulação de certo tema apenas ao Poder Legislativo. No geral, são esses os casos que lidam com direitos fundamentais.

Por fim, há a reserva relativa de lei, fenômeno particularmente interessante no caso do poder regulamentar do Poder Executivo. Nesta situação, a Constituição estabelece apenas parâmetros gerais, dando à Administração liberdade maior para decidir sobre a aplicação da lei.

4.2.3 Legalidade restrita e legalidade ampla

Trata-se de outra classificação da legalidade. Há aqui dois sentidos em que o princípio da legalidade pode ser compreendido: o sentido restrito (legalidade formal)

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 200.

⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 514.

e o sentido amplo (legalidade material) ⁶⁹, com diversos autores adotando posições diferentes.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é partidário da acepção de princípio da legalidade no seu sentido restrito, no qual se entende que a Administração Pública encontra-se restrita a agir exatamente nos termos da lei em sentido formal, ou seja, lei compreendida como o resultado da atividade do Poder Legislativo. Além disso, afirma o autor que a atividade administrativa “*só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação*” ⁷⁰.

No mesmo sentido partilha MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao afirmar que “*a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei*” ⁷¹.

Este é também o pensamento expresso por ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, ao indagar a utilidade do princípio da legalidade se bastasse atrelar a atuação administrativa somente à constituição ⁷².

MARÇAL JUSTEN FILHO também opta pela legalidade em sentido estrito ao rejeitar a concepção de um “princípio da constitucionalidade”, afirmando que “*o princípio da legalidade significa a necessidade de uma manifestação de vontade dos órgãos constituídos pela Constituição, representativos da soberania popular.*” ⁷³

CHARLES EISENMANN sustenta concepção interessante do princípio da legalidade. Apesar de afirmar a opção pela concepção mais restritiva do princípio da legalidade ⁷⁴, fundada na noção de lei do direito positivo, o autor parece também sustentar a possibilidade de outras fontes serem equiparadas à lei.

Ao tratar dos regulamentos administrativos, Eisenmann é categórico a afirmar que estes não podem ser incluídos num princípio amplo de legalidade. Esta

⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 38.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 76.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 81.

⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe *apud* CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 38.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 192.

⁷⁴ EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade*. Revista de Direito Administrativo vol. 56, abr./jun. 1959, p. 50.

conclusão se baseia na retirada da Administração Pública do poder de dispor sobre as leis que teriam força sobre ela mesma. Assim, a superioridade da lei formal se sustentaria.

A seguir, no entanto, o autor também argumenta que estes argumentos não são aplicáveis aos tratados internacionais e à jurisprudência. Em suas palavras, *“tratados internacionais e jurisprudência são fontes de onde podem surgir normas tendo o mesmo valor, ocupando, em face de toda a Administração, posição idêntica a daquelas que podem provir da lei”*⁷⁵.

Por outro lado, outra significativa parcela da doutrina acredita que a legalidade deve ser compreendida em sentido amplo, abrangendo não apenas a lei formal, parlamentar, mas uma concepção maior de lei.

ODETE MEDAUAR é partidária da concepção ampla do princípio da legalidade, defendendo que adentra ao conceito de legalidade não só a lei formal elaborada pelo Poder Legislativo, mas também outras figuras, como os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito, princípios constitucionais e normas editadas pela própria Administração⁷⁶.

Parece ser este também o entendimento de GUSTAVO BINENBOJM, que trata da ampliação do conceito de legalidade ao discorrer sobre a chamada *“crise da lei formal”*⁷⁷.

Entre outros autores que compartilham desta posição, estão também EROS GRAU⁷⁸, FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO⁷⁹ e LUCIA VALLE FIGUEIREDO⁸⁰.

⁷⁵ EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade*. Revista de Direito Administrativo vol. 56, abr./jun. 1959, p. 53.

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 124.

⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125 e seguintes.

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 247.

⁷⁹ CALIL, Lais. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes*. In: Gustavo Binenbojm (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 159.

⁸⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 39.

4.2.4 Discricionariedade

Conforme dito anteriormente, não foi preciso muito tempo para os Estados perceberem que as leis formais não seriam capazes de legislar sobre todos os aspectos da atividade administrativa. A solução atingida, assim, foi dar à própria Administração certos poderes para que pusesse praticar atos com maior liberdade, cabendo às leis determinarem a matéria apenas de modo amplo e geral, competindo ao Poder Executivo as especificidades. Esta técnica legislativa é conhecida como discricionariedade.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, “a discricionariedade é a solução jurídica para as limitações e defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas⁸¹”.

Ressalte-se, no entanto, a advertência de EROS GRAU, que insiste que

“a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não das circunstâncias de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas”⁸².

4.3 A Crise da Lei

Conforme dito anteriormente, o poder legislativo moderno nasce do mito que os legisladores seriam capazes de legislar sobre todos os aspectos da realidade, sempre de maneira racional e manifestando a vontade popular. No entanto, este mito não se concretizou, levando a um aspecto geral de descrença nos legisladores e também nas próprias leis.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 516.

⁸² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 222.

É esta descrença que GUSTAVO BINENBOJM intitula a “*crise da lei*”⁸³. Além disso, o autor identifica cinco motivos que levam a esta crise.

Em primeiro lugar, o autor aponta a inflação legislativa, que levaria à banalização da lei e seu eventual esvaziamento de sentido, pois fica cada vez mais claro que o legislador não é capaz de prever todos os aspectos da realidade.

Um segundo motivo seria a constatação que as leis podem ser, assim como já foram, utilizadas para cometer graves injustiças. A concepção de que basta uma lei ser validamente editada para que seja eficaz, não importando seu conteúdo, levou, no século XX, a alguns dos maiores crimes contra a humanidade já vistos na história, como é o caso dos já mencionados absurdos realizados no regime nazista. Isso contribuiria para retirar o aspecto mítico das leis, tendo em vista que, apesar de a concepção oitocentista adotar o Poder Legislativo para frear o poder total dos tiranos no Poder Executivo, o Poder Legislativo pode muito bem tanto autorizar como ser instrumento da tirania.

O terceiro motivo apontado é que com a importância cada vez maior atribuídas às constituições as leis perderam muito de seu papel de manifestação da vontade popular.

A constitucionalização do direito e a proliferação de cortes constitucionais ao redor do mundo levaram à constatação que, em muitos casos, e definitivamente no Brasil, a Constituição substituiu o papel das leis como principal fonte do direito administrativo. Trata-se da ideia de um princípio da constitucionalidade em substituição ao princípio da legalidade tradicional.

Nesta concepção, a Constituição seria suficiente para habilitar as competências administrativas bem como servir de critério imediato das decisões administrativas⁸⁴.

Como regra habilitadora, o autor ressalta os casos em que a própria Constituição autoriza a atividade administrativa, como é o caso da regulamentação de leis, que, conforme o art. 84, IV, prescinde de autorização legislativa.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125 e seguintes.

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*. P. 131 e seguintes.

Já na questão da Constituição como critério de decisões, é levantado o entendimento que a Administração deve atuar sempre em direção da constitucionalidade de seus atos, antes de considerar a legalidade dos mesmos. Seria essa a hipótese, trazida pelo autor, do Administrador se recusar a executar uma lei por reputá-la inconstitucional.

Deve-se ressaltar a advertência de MARÇAL JUSTEN FILHO que a necessidade de todas as leis serem interpretadas conforme a Constituição não importa “a *desnecessidade da existência de leis infraconstitucionais disciplinadoras da atividade administrativa*”⁸⁵. Assim, apesar deste tema estar longe de ser unânime pela doutrina, parece inegável o crescente papel de destaque da Constituição sobre as leis.

Como quarto ponto, BINENBOJM destaca a cada vez maior autonomia de diversos atos normativos infraconstitucionais, que são capazes de definir a atuação administrativa por conta própria, tendo em vista a necessidade de celeridade e tecnicidade da atuação. São destacados neste ponto a iniciativa legislativa do próprio poder administrativo, como por exemplo, através de medidas provisórias, e o caso do fenômeno da deslegalização, criticada anteriormente.

Por fim, o quinto motivo apontado para a crise da lei é o poder exercido pelo Poder Executivo sobre o Poder Legislativo. A importância dos órgãos legislativos é diminuída pelas iniciativas legislativas do Poder Executivo (novamente, através de medidas provisórias), pela possibilidade de trancar a pauta do Congresso e pelo apoio político dos legisladores ao Chefe do Executivo, que podem decidir aprovar todos os projetos requeridos pelo Executivo.

De fato, esta influência do Executivo sobre o Congresso é uma das críticas feitas por BRUCE ACKERMANN ao tratar do regime presidencialista. A relação política entre o Executivo e o Legislativo pode levar tanto a períodos de plena autoridade do Poder Executivo quanto a períodos de impasse, quando o Congresso é controlado por partidos opostos ao que está em controle do Executivo. Quando em períodos de plena autoridade, o Legislativo acaba por aprovar leis o mais rápido possível antes da próxima eleição, de modo a fazer valer os projetos do Executivo o

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 193.

quanto antes. Isso leva a leis mal elaboradas e mal planejadas, causando problemas no futuro. O período de impasse é igualmente problemático, pois força o Executivo a encontrar soluções alternativas para aprovar seus projetos, seja através de sua própria autonomia normativa seja através de soluções mais extremas, como o uso da força militar para obter controle sobre o sistema político⁸⁶.

De todo modo, o fato é que esta relação de poder contribui para a desmoralização da atividade legislativa, que acaba perdendo sua função de controle sobre a atividade administrativa para ser mais uma ferramenta no jogo político.

Todos estes aspectos levam à formulação de uma nova formulação do princípio da legalidade, que reconheça e solucione os problemas levantados pela crise da lei.

4.4 Deslegalização

Uma primeira solução à crise da lei a ser examinado é o fenômeno da deslegalização. Trata-se a deslegalização de fenômeno originado na Itália para resolver o problema das falhas e insuficiência da lei formal. A deslegalização possibilita que o Poder Executivo inove no ordenamento legal através de regulamentos autônomos que revoguem, modifiquem ou substituam o texto legal.

Através da técnica de deslegalização são atribuídos ao Poder Executivo amplos poderes normativos para tratar de diversos pontos, mais especificamente, sobre temas predominantemente técnicos. Assim, quando entendesse apropriado, poderiam as agências elaborar regulamentos autônomos que seriam, de certa forma superiores às leis, pois prevaleceriam sobre elas em casos de conflitos.

No entanto, esta solução não parece ser cabível na ordem jurídica nacional. Apesar da defendida ampliação do conceito clássico de separação de poderes e legalidade, esta proposta parece completamente invalidar o papel do Poder Legislativo, e não parece este o caminho apropriado. Apesar da mencionada crise da lei, não se pretende extinguir o Poder Legislativo, mas ampliar as possibilidades

⁸⁶ ACKERMANN, Bruce. *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, vol. 113, janeiro de 2000, p. 643 e s.

da atuação administrativa, dentro da lei e do direito. Assim, a solução do Princípio da Juridicidade parece mais apropriada.

4.5 Princípio da Juridicidade

A noção do Princípio da Juridicidade nasce precisamente da ampliação do sentido originário de legalidade. Sinteticamente, pode-se dizer que a juridicidade pode ser compreendida como a vinculação da atuação administrativa à lei e ao direito.

Dentro deste conceito, percebe-se que o princípio da legalidade não é abandonado, mas incorporado a um princípio maior, que possui fins mais amplos. Enquanto o princípio da legalidade se preocupa apenas com a limitação dos poderes dos órgãos, o princípio da juridicidade deriva da preocupação com a celeridade e eficácia da atuação estatal, obstadas pelos limites impostos pela legalidade.

A conceituação da juridicidade como vinculação à lei e ao Direito não é mera construção da doutrina, sendo cada vez mais aceita pelo próprio texto normativo. É o que se depreende da redação da lei nº 9.784, que visa regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;”

Em outras palavras, fica claro que a lei procurou ampliar a concepção do princípio da legalidade na atuação nos processos administrativos, permitindo a aplicação, por exemplo, do texto constitucional, bem como de seus princípios.

Afinal, a Administração deixa de se circunscrever à lei formal para ser subordinada a um bloco de legalidade, entendido como o “*ordenamento jurídico como um todo sistêmico*”⁸⁷, que tem como seu centro a Constituição, que, a partir da crise da lei, passa a ser o centro da sistemática jurídica.

Assim, a juridicidade inclui três fontes de Direito: a Constituição, as leis (formais) e os regulamentos.

Além disso, GUSTAVO BINENBOJM destaca três modos de atuação administrativa conforme o sentido ampliado fornecido pelo princípio da juridicidade⁸⁸.

Em primeiro lugar, estaria a atuação segundo a lei, nos mesmos moldes do princípio da legalidade clássica. Em segundo lugar, está a possibilidade de atuação com fundamento direto no texto constitucional, independentemente de lei formal autorizando a atuação. Em terceiro lugar, estaria a atuação contrária à lei formal, mas legitimada perante o direito, especialmente perante preceitos constitucionais.

Dentre estes três sentidos, o terceiro, em particular, será alvo de críticas adiante, quando da análise dos regulamentos contrários à lei.

O que se pretendeu demonstrar neste capítulo é que, assim como ocorre com a separação de poderes, o conceito clássico de legalidade deve ser questionado e compreendido. Não basta a repetição de um conceito histórico meramente por ser histórico, é preciso compreender porque continuamos a manter o princípio da legalidade.

Sob este ponto de vista, entende-se que a legalidade é mais bem entendida atualmente como juridicidade, e deve-se prestar como meio de controle dos poderes, ao mesmo tempo em que possibilita a celeridade e a eficácia técnica das ações da Administração Pública.

⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142.

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*. P. 38.

5 Atuação Normativa das Agências Reguladoras Brasileiras

Como ressaltado anteriormente, as agências reguladoras independentes visam a regulação, fiscalização e normatização de diversos setores econômicos, sendo alguns destes setores públicos e outras atividades econômicas em sentido estrito de particular interesse à população.

Por ser tão grande parte do papel exercido pelas agências, a força normativa é de particular interesse.

Com a compreensão da atual dimensão da separação dos poderes e da legalidade, ou juridicidade, cabe agora, finalmente, tratar da natureza desses poderes normativos.

5.1 Competência Normativa e Competência Legislativa

Inicialmente, cabe uma breve distinção entre competência normativa e competência legislativa.

Competência legislativa é um termo de certa forma autoexplicativo. Trata-se da competência para criar leis, entendidas aqui em seu sentido formal. Assim, trata-se a competência legislativa da atuação tipicamente atribuída ao Poder Legislativo.

Já a competência normativa, por outro lado, é um conceito mais complexo. MARÇAL JUSTEN FILHO conceitua esta competência como “*um gênero de competências estatais, relacionadas à produção de atos destinados a gerar normas jurídicas*”⁸⁹. Tendo em vista a flexibilização do conceito de separação dos poderes exposto anteriormente, não há óbice para que mesmo órgãos do Poder Executivo possam exercer poderes normativos.

Assim, a competência normativa é um conceito mais amplo que competência legislativa. Não se pretende, aqui, argumentar que as agências possuem

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 487.

competência legislativa, pois estas não podem elaborar leis, mas possuem competência normativa na medida em que podem criar normas jurídicas, tipicamente regulamentos, capazes de ordenar a atividade humana.

5.2 Delegação Legislativa e Poder Regulamentar

Também se deve rejeitar o argumento de que os poderes exercidos pelas agências reguladoras têm suas origens em delegação legislativa, segundo disposto no procedimento do art. 68 da Constituição Federal de 1988.

Conforme sustenta LEILA CUÉLLAR, o argumento de delegação é incabível pela própria natureza do ato de delegação⁹⁰.

A delegação é por natureza um ato precário, excepcional e temporário, possuindo o delegante o poder de, a qualquer momento, extinguir a delegação, tomando de volta seu poder delegado.

O poder regulamentar exercido pelas agências não advém de delegação. Inicialmente, deve-se ressaltar que a própria Constituição já prevê a competência normativa regulatória da Administração Pública.

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

Além disso, no caso das agências reguladoras, as próprias leis que as instituem já estabelecem sua competência normativa. É o caso, por exemplo, do art. 19 da lei 9.472, que instituiu a ANATEL.

⁹⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 116.

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

(...)

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;”

Estas não são competências garantidas meramente no âmbito de delegação, são competências que configuram a própria natureza das agências, possibilitando sua função. Assim, não é possível falar de delegação precária. Estas são competências naturais das agências.

Finalmente, como já se ressaltou no tópico anterior, a atuação normativa das agências reguladoras não se identifica com a competência legislativa. Na medida em que se reconhece que o poder normativo das agências não é competência legislativa, não há que se falar em delegação de poderes.

5.3 Fundamentos do Poder Normativo das Agências Reguladoras

Este ponto procura trazer uma breve nota sobre as razões que fazem com que as agências reguladoras necessitem poderes normativos. De maneira muito sintética, pode-se dizer simplesmente que o poder normativo é necessário para que as agências possam realizar a regulação econômica.

Ao tratar das agências americanas, LUCAS LEHFELD destaca que uma das teorias utilizadas para justificar os poderes normativos das agências daquele país é o conhecimento técnico possuído pelas agências⁹¹.

Sob esta teoria, o poder normativo das agências se justificaria pelo conhecimento técnico que as agências possuem sobre seu setor regulado. Parte do motivo para a criação das agências reguladoras é exatamente a especificidade de cada setor regulado, que levaria à necessidade de órgãos técnicos altamente especializados. Deve-se levar isto em consideração ao lado do despreparo dos membros do Congresso para legislar de maneira técnica sobre estes setores.

A autonomia reforçada das agências procura afastar o tema de regulação econômica do foro político, possibilitando às agências tomar as melhores decisões com base puramente em elementos técnicos e racionais. Os próprios dirigentes das agências devem possuir formação técnica no campo de especialidade da agência. Apesar disso não ser o suficiente para afastar completamente a parcialidade dos dirigentes⁹², é um fator que demonstra o repúdio a decisões demagógicas: as decisões devem ser frutos de estudos específicos sobre o setor.

Além disso, RAFAEL SCHWIND ressalta que a regulação deve possuir maior flexibilidade do que é possível com a legislação formal, pois tem origem em estudos com alto grau de especialização técnica e concretude⁹³. Alterações na situação econômica concreta muitas vezes necessitam soluções rápidas por aqueles responsáveis que bem compreendem o setor. Isso não pode ser exigido do Poder Legislativo.

⁹¹ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 324.

⁹³ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder Normativo das Agências Reguladoras, Apreciações Técnicas e Controle Jurisdicional*. Revista de Direito Público da Economia n. 8, out/dez 2004, p. 234.

No mais, repete-se que a regulação de cada setor possui um enorme leque de especificidades, que requerem este aprofundamento técnico.

Assim, demonstra-se que a tarefa de regulação dos setores não é usurpada do Poder Legislativo pelas agências reguladoras, é atribuição exclusiva das agências. Trata-se de tarefa que o Poder Legislativo não é capaz de cumprir, por faltar-lhe as características próprias para tal.

5.4 Poder Regulamentar

A Constituição assegura o poder regulamentar do Poder Executivo em três momentos, nos artigos 84, IV e 87, II e no supracitado art. 174.

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

(...)

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;”

Este rol não é considerado exaustivo, e é aceito que outros órgãos administrativos possam também exercer poder regulamentar⁹⁴.

Ao tratar sobre o tema, EROS GRAU reconhece que o sistema brasileiro identifica três espécies de regulamentos⁹⁵.

Em primeiro lugar, há regulamentos executivos, explicitamente contidos no texto constitucional, como, por exemplo, no art. 84, IV. Aqui, cabe ao administrador

⁹⁴ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 116.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 253.

regular a matéria que já foi prevista na lei, a fim de “*deduzir os diversos comandos nela já virtualmente abrigados*”⁹⁶.

Em segundo lugar estão os regulamentos autorizados (conhecidos por parte da doutrina como delegados). Estes regulamentos advêm dos casos em que há atribuição explícita de poder normativo ao Poder Executivo, devido ao texto legal.

Por fim, constam-se os controversos regulamentos autônomos. Os regulamentos autônomos, devido a sua maior complexidade, serão tratadas em tópico próprio, a seguir.

5.4.1 Regulamentos Autônomos

Ao contrário das demais situações de poder normativo exercido pelo Poder Executivo, os regulamentos autônomos decorrem de atribuição implícita. Assim, não é necessário que a lei explicitamente atribua a competência normativa ao administrador desde que esta atribuição possa ser reconhecida e interpretada através dos princípios que regem o ordenamento brasileiro.

A existência de regulamentos autônomos no direito brasileiro ainda é controversa, com diversos autores defendendo sua inexistência ou inconstitucionalidade. No entanto, como ressalva EROS GRAU, a utilização de regulamentos autônomos é “*indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência*”⁹⁷.

Como já foi dito, as agências realizam tarefa altamente especializada em cada setor. Exercendo a supervisão constante destes setores econômicos, se permitida a tese dos regulamentos autônomos as agências encontram-se em posição privilegiada para emitir normas sobre cada assunto assim que identificada a necessidade e relevância para tal. Antes mesmo de o tema passar a ser contemplado por lei, poderiam as agências cumprir a atribuição legal de regulação do setor econômico de sua competência.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Idem. Ibidem.*

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Idem. Ibidem.*

No entanto, ainda não há consenso na doutrina sobre existência dos regulamentos autônomos no nosso atual sistema constitucional. GUSTAVO BINENBOJM identifica três posições doutrinárias quanto a este tema⁹⁸.

No primeiro campo se encontram aqueles autores que rejeitam por completo a possibilidade de regulamentos autônomos no direito brasileiro, por entenderem que seria uma violação do princípio da legalidade, em sua concepção mais tradicional.

No segundo, está a doutrina diretamente contrária à primeira. Esta posição sustenta que o art. 84, VI, a, da Constituição Federal garante ao Poder Executivo uma reserva de administração, diametralmente oposta à concepção de reserva legal.

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”

Através desta interpretação, entende-se que o Poder Legislativo estaria proibido de tratar sobre o tema de organização e funcionamento da administração federal, sendo ele de competência exclusiva do Poder Executivo, valendo-se de decretos.

Já a terceira posição doutrinária identificada pelo autor sustenta a possibilidade de regulamentos autônomos, desde que se observe a preferência de lei. Em outras palavras, a Administração estaria livre para atuar através de regulamentos autônomos, mesmo na ausência de lei específica, desde que não aja em contrariedade à lei. Assim, fica a Administração livre para cumprir seus deveres constitucionais, sem necessariamente ser forçada a aguardar permissão legislativa.

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168.

No que pese as demais posições doutrinárias, esta terceira solução parece melhor retratar a realidade e as necessidades do sistema brasileiro contemporâneo, especialmente no tocante às atribuições das agências reguladoras e seus regulamentos autônomos, que podem ser explicados através da concepção de juridicidade.

As agências nascem da proposta de trazer nova celeridade e eficiência à atuação econômica do Estado e, como já dissemos, seu poder normativo não se confunde com o Poder Legislativo do Congresso. Estando as agências incumbidas da competência de regular e fiscalizar seus respectivos setores econômicos devem elas estar habilitadas para atuar no cumprimento de suas obrigações.

A ausência de lei não pode impedir que a Administração prossiga com suas funções constitucionais. Com a compreensão do princípio da juridicidade, é perfeitamente possível compreender que a Administração seja autorizada a agir diretamente pelo texto Constitucional, mesmo que por autorização implícita. O que não é possível é que fique a Administração, inclusive as agências, de braços cruzados porque não há lei expressamente autorizando sua atuação.

5.4.2 Regulamento contrário à lei

A celeridade e a eficiência são forte fundamento para permitir a regulamentação autônoma, mas não permitem a expedição de regulamento manifestamente contrário à lei.

Rejeita-se aqui a possibilidade de juridicidade contrária à lei. A juridicidade pode compreender a atuação além da lei formal, mas não manifestamente contrária a ela. Afinal, como dito anteriormente, o princípio da juridicidade não exclui a concepção de legalidade tradicional, mas a incorpora dentro de um sentido mais amplo. Assim como nosso ordenamento não aceita a deslegalização, não pode aceitar a atuação normativa contrária à lei.

Manifestando sua oposição aos regulamentos contrários à lei, expõe EGON MOREIRA que a *“agência reguladora não pode pretender ab-rogar, modificar, suspender e nem mesmo atenuar preceitos normativos. Nem tampouco a lei*

*criadora da agência pode pretender instituir competência regulamentar dessa ordem. Os regulamentos devem ser sempre conformes a lei.”*⁹⁹

Do mesmo modo, não se pode aceitar a possibilidade de a Administração se recusar a cumprir uma lei simplesmente por reputá-la inconstitucional. Apesar de se reportar, em última análise, aos preceitos constitucionais, não cabe ao Poder Executivo decidir de ofício a constitucionalidade do ato legislativo. O mais correto seria imediatamente levar o ato reputado inconstitucional a apreciação do Poder Judiciário.

5.5 Limitações ao Poder Normativo

Como deve ter ficado claro, a possibilidade de regulamentos autônomos de modo algum garante independência plena às agências reguladoras brasileiras. Pelo contrário, a ampliação dos conceitos da separação dos poderes e legalidade não implica em carta branca a nenhum setor do Estado, mas permitem um novo modelo organizacional, também sujeito a diversos mecanismos de controle. Assim sendo, devemos anotar alguns dos mecanismos de controle a que o poder normativo das agências reguladoras brasileiras está sujeito.

Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração o fato das agências, pertencentes à Administração Pública, estarem sujeitas a todos os princípios que regem estas, inclusive e principalmente aqueles prescritos no art. 37 da Constituição Federal.

Além disso, deve-se lembrar o controle exercido pelo Poder Legislativo. Apesar da argumentação em favor da não-exclusividade da lei como única autorizadora da atuação do Poder Executivo, o Poder Legislativo ainda exerce enorme poder.

Deve-se constatar que é o Poder Legislativo que cria as agências reguladoras, possuindo também o poder para modificar seu regime jurídico bem

⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 187.

como as extinguir¹⁰⁰. Também ressaltamos o que foi dito no ponto anterior, quanto à impossibilidade de as agências agirem de modo imediatamente contrário à lei, sendo este outro modo de equilíbrio entre os poderes. Além disso, há matérias reservadas constitucionalmente apenas a leis em sentido formal, como é o caso das normas tributárias e penais, que não podem ser instituídas por regulamentos. As agências se submetem, também, ao controle exercido pelos Tribunais de Contas.

Outro poder que exerce grande controle sobre a atuação das agências é o Judiciário. A Constituição deixa claro em seu art. 5º, XXXV a supremacia do controle judicial sobre todas as matérias, que não pode ser afastada por qualquer lei.

Não há dúvida que o Poder Judiciário pode julgar questões derivadas da atuação normativa das agências reguladoras. No entanto, há controvérsias sobre como devem os juízes atuar diante dos atos essencialmente técnicos e especializados das agências. Não cabe aqui uma profunda análise sobre o tema, mas anote-se a posição de ALEXANDRE ARAGÃO, para quem o Judiciário não poderia, de regra, anular e substituir as decisões discricionárias das agências¹⁰¹. Assim, caberia ao Judiciário essencialmente o papel de análise dos vícios formais da atuação das agências reguladoras.

Finalmente, as agências devem também se submeter ao controle democrático, visando a “*participação cidadã*”¹⁰². Há diversos meios impostos às agências para procurar alcançar a legitimidade democrática, sendo o mais relevante deles a realização de audiências públicas. Apesar das críticas a estas tentativas de legitimização da atuação das agências¹⁰³ e seu déficit democrático, a participação popular continua a servir, ao menos em tese, como meio de controle da atuação regulatória.

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 334.

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*. P. 351.

¹⁰² LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 289 e s.

¹⁰³ MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204.

6. Conclusão

As agências reguladoras independentes brasileiras apresentam um poder normativo que não pode ser explicado por qualquer abordagem tradicional. Uma abordagem clássica tanto da separação dos poderes quanto da legalidade indicariam flagrantes impossibilidades na existência e atuação das agências. No entanto, as agências são essenciais à existência e manutenção do Estado Regulador.

A solução aqui encontrada é uma reinterpretação destes princípios seculares, buscando suas finalidades últimas e, através destas, sua readequação ao modelo estatal regulatório brasileiro.

Nesse sentido, espera-se que o presente trabalho tenha suficientemente demonstrado três conclusões:

1. A teoria da separação dos poderes, apesar da elegância de seu raciocínio, nunca pôde ser integralmente realizada. A realidade política e econômica leva necessariamente a variações da teoria clássica. Um reexame do princípio demonstra que seu propósito não é a mera separação, mas o equilíbrio dos poderes para que possam ser alcançados os fins do Estado e da sociedade.
2. O princípio da legalidade não é mais suficiente em sua concepção clássica. Um exame de seu fundamento permite a conclusão que ele visa o controle do Poder Administrativo, a fim de evitar abusos. No entanto, o desprestígio da lei formal e a necessidade da atuação administrativa célere e eficaz requerem o alargamento do princípio da legalidade, tornando-se juridicidade, para que possa vir a abranger um sentido mais amplo de lei.
3. O poder normativo das agências reguladoras não se confunde com o poder legislativo. Trata-se de ferramenta absolutamente necessária e própria das agências para que possam cumprir o objetivo de regulação, fiscalização e controle técnico e especializado de seus respectivos setores econômicos. Além disso, o poder normativo está submetido a uma variedade de limitações e controles que visam a impedir seu abuso.

Referências Bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ACKERMANN, Bruce. *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, vol. 113, janeiro de 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BRASIL, Constituição Federal, 1988. Retirado do endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, consultado em 23/08/2010.

BRASIL, Lei Federal 9.472, 1997. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>, consultado em 13/10/2010.

BRASIL, Lei Federal 9.784, 1999. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>, consultado em 15/10/2010.

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

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: Alexandre Santos de Aragão (coord.) O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. *In: Alexandre Santos de Aragão (coord.) O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CLÈVE, Clèmerson M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª Ed. , RT, 2000.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Ed., São Paulo: Atlas, 2006.

EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade*. Revista de Direito Administrativo vol. 56, abr./jun. 1959.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

FIGUEIREDO, MARCELO. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de setembro de 2010.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo. *In:* Alexandre Santos de Aragão (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. *In:* Alexandre Santos de Aragão (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antonio Nogueira. Regulação Econômica e Democracia: A Questão das Agências Administrativas Independentes. *In:* Gustavo Binenbojm (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.

Quangos. Disponível em:
<<http://www.parliament.uk/business/publications/research/key-issues-for-the-new-parliament/decentralisation-of-power/quangos/>> Consultado em 13/08/2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder Normativo das Agências Reguladoras, Apreciações Técnicas e Controle Jurisdicional*. Revista de Direito Público da Economia n. 8, out/dez 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e Legalidade: O Caso da Assinatura do Serviço Telefônico. *In: Alexandre Santos de Aragão (coord.) O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.