

LEONARDO LOBO ACOSTA

**O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O PODER NORMATIVO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

CURITIBA

2007

LEONARDO LOBO ACOSTA

**O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O PODER NORMATIVO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

**Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de bacharel em Direito, Curso de
Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

Orientador: Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2007

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO:.....	2
Capítulo I - A Evolução para um Estado Regulador e antecedentes teóricos:	4
1.1A Reforma do Estado	4
1.2 Formas de intervenção do Estado no domínio econômico	8
1.3 A função reguladora do Estado	12
Capítulo II - Pilares teóricos para uma análise das agências reguladoras	15
2.1 O princípio da separação dos poderes – uma nova visão	15
2.2 O princípio da legalidade.....	17
2.2.1 Legalidade e reserva de lei	20
2.3 Outros princípios e tópicos a serem considerados.....	20
2.3.3 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade	21
2.3.4 Princípio da eficiência	22
Capítulo III – As Agências Reguladoras brasileiras e seus aspectos gerais.....	23
3.1 Um breve histórico dos entes reguladores no Brasil	23
3.2 Atribuições das agências reguladoras.....	25
3.3. Características e natureza jurídica das agências	27
3.3.1 A natureza jurídica de autarquia especial	28
3.3.2 A independência dos entes reguladores.....	30
3.3.2.1 Independência orgânica	32
3.3.2.1.1 A nomeação dos dirigentes	32
3.3.2.1.2 Impossibilidade de demissão ad nutum	33
3.3.2.1.3 Dos mandatos descoincidentes	34
3.3.2.1.4 Dos impedimentos em relação aos dirigentes	34
3.3.2.1.5 Observações em relação à quarentena	35
3.3.2.2 Independência funcional	36
3.3.2.3 Autonomia administrativa e financeira	36
Capítulo IV – O poder normativo das agências reguladoras.....	37
4.1 Difusão normativa e crise da lei	38
4.2 Função normativa e função legislativa	40
4.3 Da delegação legislativa.....	41
4.4 Diferenças entre regulação e regulamentação	43
4.5 Da competência regulamentar	43
4.5.1 Titularidade.....	44
4.5.2 Fundamentos e limites do poder regulamentar.....	45
4.5.3 Regulamentos autônomos e o princípio da legalidade	48

4.5.4 Poder normativo/regulamentar e as agências reguladoras.....	49
4.5.4.1 Discricionariedade e discricionariedade técnica.....	51
Capítulo V – O poder normativo das agências reguladoras e o controle jurisdicional	53
5.1 Formas de controle da Administração Pública	53
5.1.2 Controle interno	53
5.1.3 Controle externo	54
5.1.3.1 Controle parlamentar	54
5.1.3.2 Controle pelo Tribunal de Contas.....	55
5.2 O controle sobre as agências reguladoras.....	55
5.2.1 A participação popular.....	57
5.3 O controle jurisdicional sobre o poder normativo das agências reguladoras.	58
Capítulo VI - Conclusão	66

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como objetivo a análise acerca dos principais aspectos que atinem às Agências Reguladoras no Brasil, para enfim chegarmos ao ponto nevrálgico deste estudo, qual seja, o controle jurisdicional sobre o poder normativo das agências reguladoras. Antes de tudo, devemos ressaltar que o tema é bastante badalado na doutrina e que não chegaremos a minúcias no que tange aos capítulos que antecedem o principal, tendo em vista as limitações e fins que este estudo se propõe.

Para tal fim, esta monografia será dividida em cinco partes além da conclusão e deste intróito. Primeiramente, far-se-á uma breve análise da evolução do Estado e de suas funções, de forma a encarar o nascimento das agências reguladoras, que são de certa forma recentes em nosso ordenamento, em conjunto com o fenômeno da regulação, o qual já é desempenhado há mais tempo, mas, todavia, por entes que não as agências reguladoras.

Em seguida será abarcado também o estudo de assuntos polêmicos que dizem respeito ao tema principal, como a evolução das concepções da tripartição dos poderes e do princípio da legalidade, além do surgimento de novos conceitos, como o referente aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência.

Na terceira parte, trataremos especificamente das agências reguladoras, explicitando seus principais traços, como o aspecto da sua natureza e da sua autonomia evidenciando as formas pelas quais esta se exterioriza.

Já na quarta parte traremos à tona o aspecto do poder normativo das agências reguladoras. Aqui, trataremos acerca da função regulamentar e seus limites em consonância com as principais teorias que abrangem tal tema, fazendo análise também sobre a discricionariedade e discricionariedade técnica.

Por fim, na quinta e última parte, entraremos no ponto central da monografia. Para isso, falaremos sucintamente das formas de controle sobre a Administração Pública num geral e sobre os entes reguladores, para então adentrarmos no tema do controle jurisdicional sobre o poder normativo das

agências reguladoras. Nesta altura, poderemos perceber o quão divergente é a doutrina, de forma que traremos à baila as principais posições acerca do tema, no sentido de se chegar aos limites que aquele controle deve exercer.

Como bibliografia, utilizaremos principalmente a doutrina nacional a partir de artigos e livros, além da consulta à legislação que se refere ao tema do trabalho, como aquelas leis instituidoras das agências reguladoras no Brasil.

Capítulo I - A Evolução para um Estado Regulador e antecedentes teóricos:

1.1A Reforma do Estado

Para se efetuar um estudo acerca das Agências Reguladoras e do controle a que elas se sujeitam, nada mais benéfico do que uma análise prévia acerca de como o aparelhamento estatal brasileiro se modificou nos últimos anos, trazendo consigo uma diversidade de novos institutos e a modificação de outros mais antigos. Isto se dá pelo fato de os entes reguladores brasileiros terem surgido com o calor deste novo panorama.

Assim, não se pode olvidar o fato de um Estado Empresário, de cariz intervencionista, ter cedido lugar ao estado regulador, um estado mais “leve”, com menos atuação direta.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, “(...) a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo do Estado como protagonista do processo econômico”¹.

O Estado deixou de ter um caráter altamente participativo e ineficiente dentro do campo econômico, se livrando daquele inchaço pelo qual se sujeitava desde a década de 40², iniciado com o programa de desestimulação das

¹ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 106.

² Na realidade, já com a Constituição de 1934 podemos visualizar a atuação direta do Estado na Economia, autorizando os monopólios em casos específicos.

importações e que era fundado em uma iniciativa privada pouco consistente, de forma que era o Estado quem guiava a economia³.

As décadas seguintes foram palco de um gradativo agigantamento do Estado, no qual se viu a criação do BNDES e da PETROBRÁS, entre outras empresas públicas. A partir da década de 60, com o golpe militar, tal crescimento estatal foi ainda maior.

O Estado de Bem-Estar, assim, entra em colapso, gerando conseqüências desastrosas para toda a população, como pobreza e desemprego, de forma que se tornou inevitável uma mudança drástica de seus contornos. Não havia mais a possibilidade de se manter aquele monopólio da atividade econômica. Os serviços públicos se mostravam cada vez mais ineficientes, não suprimindo as necessidades básicas da população, como saúde e educação, deixando de produzir diretamente utilidades públicas. Acrescente-se a o surgimento de grandes dívidas públicas, agravando ainda mais a prestação de suas atividades.

Faz-se mister ilustrar o trabalho com as características expostas por JUAN CARLOS CASAGNE quanto ao estado dito intervencionista e que acabaram por levá-lo um desgaste tão grande, que provocou sua derrocada. Expõe ele quatro bases deste estado: a supradimensão das estruturas administrativas e o conseqüente aumento da burocracia; as abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais; a configuração de monopólios legais a favor do Estado; e a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais⁴.

Entra-se, assim, na Reforma do Estado que, para MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

“Visa, entre outros objetivos, a aumentar a capacidade do Estado intervir efetivamente na sociedade e no mercado,

³ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos..., p. 110. O autor complementa, mencionando que na década de 40 houve o surgimento das primeiras empresas estatais de maior porte, como a Companhia Siderúrgica Nacional, A fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1992. p.140-141.

dispondo de meios administrativos e financeiros, de modo a não frustrar as expectativas inerentes ao princípio democrático”⁵.

Nesta toada, vemos uma modificação relevante no que se refere à Administração Pública. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ocorre a transformação da **Administração Pública burocrática**, a qual tem traços de rigidez e ineficiência, além de ser fechada em uma **Administração Pública gerencial**, mais eficiente e flexível, tendo como foco as necessidades do cidadão”⁶.

Portanto, temos já o princípio da eficiência, contemplado pela Emenda Constitucional 19/98, como uma das bases deste novo Estado, que foi esvaziado pela reforma.

Surge então um novo panorama, liderado pelo Programa Nacional de Desburocratização, inserido em nossa ordem jurídica pelo Decreto nº 83.740 de 1979 e pelo Programa Nacional de Desestatização mediante a Medida Provisória nº 155/90 que acabou se concretizando na lei nº 8.031/1990 e, posteriormente, na Lei 9.700/98.

Temos, neste ínterim, um movimento de desestatização e de privatizações; responsável direto pela abertura do Estado, com seu conseqüente esvaziamento e surgimento das Agências Reguladoras como parte das dos herdeiros desta nova fase.

DI PIETRO mostra muito bem como ocorreram tais fenômenos e a autora prefere utilizar um conceito mais amplo de privatização, abarcando diversas medidas com o fulcro de diminuir o volume do Estado. Dentre tais medidas temos:

“a. a **desregulação** (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b. a **desmonopolização** de

⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Agências Reguladoras. *Revista de direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 216, p. 125 - 162, abr./jun. 1999, p. 126.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 43.

atividades econômicas; c. a **venda de ações de empresas estatais ao setor privado** (desnacionalização ou desestatização); d. a **concessão de serviços públicos** (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e. os **contracting out** (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços)⁷.

CAIO TÁCITO ilustra essa situação pela qual passa o Estado brasileiro dizendo que o direito público passa a transmitir duas peculiares ramificações. A primeira, revelada nos aspectos da privatização e da desburocratização, e a segunda, que espelha uma maior intensidade nos laços entre serviço público e iniciativa privada, com a entrada recente do capitalestrangeiro⁸.

Passa o Estado a ter caráter subsidiário, ou seja, a realizar apenas atividades de soberania, que não podem por ele ser transferidas, de forma que o restante das atividades, como as de cunho social e econômico, é exercido a partir do princípio da subsidiariedade, no qual o Estado atua em caráter suplementar ao particular. Assim, aquele atuará somente no momento em que o serviço público estiver sendo prestado de forma deficiente. Além disso, ainda são reservadas ao Estado as atividades de fomento e disciplina.

Consoante expõe LEILA CUÉLLAR, este Estado subsidiário revela-se na participação do Estado somente em áreas reputadas essenciais, deixando de

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 17-18. A autora lembra que existem diversos conceitos para privatização, desde os mais restritos aos mais amplos, tendo sempre como ponto central a redução da atuação estatal. Prefere um conceito mais abrangente por ter a vantagem de abranger todas as técnicas possíveis (p. 20).

⁸ TÁCITO, Caio. *Agências Reguladoras da Administração. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 221, p. 1-5, jul./set. 2000, p. 2.

interferir nas demais áreas, de modo que a intervenção estatal na economia só ocorre de forma complementar, subsidiária⁹.

Ainda nesta seara podemos acrescentar que, com o ganho de força da iniciativa privada, tanto economicamente quanto socialmente, houve perda gradativa de supremacia pelo Estado sobre as relações sociais, de forma que passa predominar sua função de mediador da iniciativa privada. Junto a isso, temos três conseqüentes visíveis: o afastamento do Estado de seu caráter autoritário; uma elevada especialização dos vários setores das relações sociais, principalmente devido aos avanços tecnológicos, requerendo uma maior normatização, a qual passa ser cada vez mais específica, de forma que a lei perde sua exclusividade como meio de regulação; e, por último, uma grande onda de especialização dos ramos jurídicos, tendo em vista o desenvolvimento do conhecimento, que requer cada vez mais conhecimentos técnicos para sua compreensão.¹⁰

Após este apanhado histórico, trataremos brevemente acerca das formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

1.2 Formas de intervenção do Estado no domínio econômico

Importante ponto a ser tratado é o que diz respeito às maneiras pelas quais o Estado incide sobre a economia. Aqui, ver-se-á que, atualmente, o Estado tem diminuído sua atuação direta sobre a economia, através de empresas públicas, por exemplo, tomando papel, predominantemente, de fiscalizador, ou melhor, de regulador e de fomentador dos agentes econômicos particulares.

Com isso, podemos dizer que a intervenção estatal sobre o domínio econômico se divide em três categorias, as quais são delineadas por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO da seguinte maneira: 1 – através de atividade fomentadora da iniciativa privada, por meio de incentivos de diversos matizes; 2 –

⁹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 56.

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 72-98, 2000, p. 79-80.

de forma direta, ou seja, o Estado mesmo atuando no âmbito econômico, de forma empresarial com a criação de pessoas jurídicas de direito público. Saliente-se que aqui estamos em um espaço de excepcionalidade; 3 – como agente regulador, de forma a fiscalizar os particulares a partir do poder de polícia¹¹.

Vale a pena tecermos algumas linhas a respeito destas três formas de intervenção e no que elas se fundamentam.

Primeiramente, devemos dizer que tal quadro acima exposto se deu tendo em vista o novo perfil do Estado após a sua Reforma e a Constituição de 1988, que veio a ratificar esta ultrapassagem do particular frente ao Estado, quanto à atuação econômica.

Com efeito, alguns dispositivos constitucionais podem ser resgatados com o intuito de solidificar o novo panorama. São eles o artigo 170 e seu parágrafo único, o artigo 173 e o artigo 174, todos eles dentro do capítulo que elenca os princípios gerais da atividade econômica¹².

A leitura destes artigos evidencia a prevalência da livre iniciativa e da livre concorrência (artigo 170, inciso IV) no plano econômico.

A livre iniciativa, presente de forma explícita no artigo 170 e seu parágrafo único, vem consolidar a desnecessidade de autorização específica para o exercício de atividade econômica, exceto em certos casos delineados em lei. Assim, temos que a regra é a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, de modo que o legislador infraconstitucional não pode, ao seu alvedrio, simplesmente desfazer tais liberdades constitucionalmente estabelecidas. São princípios da ordem econômica invioláveis. O que na realidade se vê é a possibilidade de determinadas atividades necessitarem de alguma autorização do poder público, de

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 632.

¹² “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) (grifo nosso); Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei; 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.”

forma a possibilitar o seu livre exercício. Isto se dá principalmente nos casos em que devem ser respeitados indicadores de salubridade, segurança, higidez do meio ambiente, entre outros¹³.

Esta conclusão pode ser tirada da simples leitura do dispositivo constitucional em pauta, que demonstra explícita e reforçada a liberdade. As únicas atividades vedadas aos particulares são aquelas constantes do artigo 177 da Constituição da República, onde são estabelecidos os monopólios estatais! Seria um total retrocesso se isso se desse de outra maneira. Aqui não há espaço para qualquer tipo de interpretação retrospectiva¹⁴.

Portanto, dentro do setor econômico a iniciativa privada não se encontra vinculada, nem mesmo à diretrizes e planejamentos econômicos. O que o Estado pode fazer, então, é criar atrativos no sentido de orientar a atividade privada.

Aqui entra uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico, qual seja, a de fomento, que tem por objetivo determinadas ações dos particulares conseguidas a partir de atrativos para a iniciativa privada. Nesta seara temos os incentivos fiscais, os tributários, etc.

Quanto à atuação direta do Estado no setor econômico, já vimos que esta teve sua intensidade drasticamente reduzida com a Reforma do Estado, de modo que o Estado passou de Estado-empresário para Estado-Regulador, atuando subsidiariamente ao particular. A própria Constituição em seu artigo 173 limitou a atuação empresarial do Estado aos casos de atendimento aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, a partir de lei complementar.

Saliente-se que o Estado estará sujeito ao regime de direito privado quando atuar diretamente na economia, de forma a evitar qualquer vantagem ou desigualdade em relação ao particular, evitando dano à livre concorrência, por exemplo.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 635.

¹⁴ Interpretação retrospectiva seria aquela em que ao dispositivo é não é dado um sentido inédito, mas sim uma feição antiga, de forma a manter a situação como era anteriormente. Neste sentido, temos: BARROSO, Luís Roberto. Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Limites da Fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 25, p. 73-81, 1999, p. 76.

Devemos atentar que estamos a falar aqui de atividades econômicas em sentido estrito, e não de serviços públicos, os quais se submetem ao regime jurídico de direito público, e são voltados ao interesse público, às necessidades básicas da população, não se pautando pela livre iniciativa, nem pela liberdade concorrencial. Aquelas, por sua vez, são preferencialmente realizadas por particulares, de forma que o Estado, conforme os artigos 170 e 173 da Constituição, age de forma subsidiária, visando-se lucro.

Nesta toada vale lembrar lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, para que a atividade econômica “sujeita-se a regime próximo do direito privado, ainda que os princípios gerais do direito público continuem aplicáveis. Já o desempenho de serviço público submete-se a regra inerentes ao direito público”¹⁵.

Nos resta ainda abranger a última forma de intervenção do Estado no domínio econômico; como agente regulador, fiscalizador.

Neste âmbito, podemos nos valer das lições de VITAL MOREIRA, para quem a diminuição da atuação direta do Estado na economia é inversamente proporcional ao aumento de sua atividade regulatória, de forma que a “redução do papel do Estado produtor e prestador de serviços, sobretudo na área dos serviços públicos, implica normalmente o aumento da regulação”.¹⁶

Nesta espécie de intervenção, vemos uma atuação administrativa de caráter regulador, externalizando um poder de polícia que é visto por meio da expedição de leis, regulamentos, atos administrativos, seja de caráter repressivo ou de prevenção.

Como se vê, neste espaço nos deparamos não somente com a produção normativa primária, mas também com competências normativas de caráter administrativo, expedindo-se desde decretos regulamentares e resoluções até deliberações e portarias, que muitas vezes possuem conteúdo bastante relevante, alterando a ordem jurídica sensivelmente.

Relembre-se ainda que esta *atuação disciplinar* do ente estatal envolve ainda o poder de polícia, que se expressa pela restrição e limitação de direitos,

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 55.

¹⁶ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p.38.

como o de propriedade, por exemplo, e pelo condicionamento de certas atividades particulares em prol do interesse público, o que se vê em fiscalizações sanitárias e trabalhistas, entre outras.

Passamos agora à análise do atinente à função reguladora do Estado, concatenada a partir do último modo de intervenção estatal no domínio econômico acima exposto.

1.3 A função reguladora do Estado

Junto ao processo de privatização, podemos acrescentar a chegada de um modelo de regulação, realizado pela Administração Pública.

Muito oportuna a lição de VITAL MOREIRA no que concerne à atividade reguladora do Estado. Como o autor demonstra em sua obra, a doutrina não é uníssona quanto a este assunto, principalmente no aspecto da abrangência desta função regulatória, a qual varia, basicamente em três graus.

Em um sentido mais amplo, seria todo modo de intervenção do Estado no plano econômico, não importando os instrumentos e fins para tal. Em seguida, em um espectro menos amplo, regulação seria a intervenção do Estado na economia, excluindo-se a atuação estatal direta. Consistiria, assim, em um condicionamento, uma disciplina do âmbito econômico em que os particulares se encontram. Por fim, segundo uma concepção mais restrita para o conceito de regulação, esta seria apenas o condicionamento da atividade econômica privada, seja por meio de lei ou outro instrumento normativo.¹⁷

A posição seguida neste trabalho, e que também é seguida pelo autor acima mencionado, é a segunda, qual seja, aquela intermediária, apoiando uma regulação que signifique a disciplina da atividade econômica, excluindo-se a atividade direta do Estado na economia. Portanto, são incluídas neste conceito

¹⁷ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional...*, p. 35. Segundo este autor, na mesma obra, a atividade de regulação abrange três aspectos essenciais: “a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. (p. 36-37).

tanto as formas de regulamentação normativa, quanto outros atos administrativos, que sinalizem o poder de polícia econômica, por exemplo.

Quanto aos limites sobre poder regulatório, temos a Constituição da República de 1988 que, por descrever um novo modelo econômico e de intervenção estatal na economia, deve ser seguida quando da atividade regulatória, sob pena de inconstitucionalidade.

Adentrando mais a fundo nas características da regulação, podemos nos valer dos apontamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO, que salienta o caráter de instrumento político fundamental da atividade de regulação, apontando quatro características acerca do modelo: 1º) A transferência de atividades exercidas pelo Estado dotadas de “racionalidade econômica” para a iniciativa privada, finalizando-se com aquela antiga massa de monopólios; 2º) A presença do Estado no domínio econômico, mas não de maneira direta, a qual se dá somente em casos de excepcionalidade. Assim, o ente estatal se vale de instrumentos normativos e competências políticas com o intuito de direcionar as atividades dos particulares para a concretização dos objetivos necessários ao bem-comum. As necessidades da coletividade passam a ser realizadas pelo mercado, que por sua vez é regrado por atos estatais; 3º) A atividade regulatória vai além da atenuação ou eliminação dos defeitos do mercado, incluindo em pauta a realização de certos valores de viés político ou social, de modo a impedir que a atividade particular se lastreie somente pelo lucro; 4º) O modelo regulatório se pauta em regramentos “dinâmicos” e não “estáticos”, de forma que a todo tempo deve haver uma renovação dos instrumentos de controle da iniciativa privada, observando-se todo um processo regulatório, desde a edição da regra até sua aplicação.¹⁸

Desta forma podemos ver o quão importante é a atividade em questão, tendo em vista que com o desaparecimento do Estado-empresário deve haver uma disciplina e um condicionamento da atividade privada, no sentido de não se prejudicar o bem-comum. Vemos que este esvaziamento estatal ocorrido com a reforma das últimas décadas, não significou a ausência do Estado do campo

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24-25. Esta obra traz um aprofundamento bastante grande no que diz com as agências reguladoras como um todo, principalmente no aspecto da regulação.

econômico. Não se deu uma volta ao *laissez-faire*. Pelo contrário, houve um incremento normativo no sentido de orientar as práticas no mercado.¹⁹

Não obstante, o fenômeno da desregulação pregado por muitos, acarreta, em contrapartida, um aumento da regulação, ou seja, da disciplina das atividades que foram passadas ao particular, com o intuito de conservar os interesses da sociedade postos em jogo em determinado setor econômico.

Ressaltemos, ainda, que antes de todo este processo de privatização a regulação se dava a partir dos interesses próprios dos entes que praticavam serviço – tanto que eram os próprios prestadores da utilidade que realizavam o papel regulatório – e não pelas necessidades e interesses do consumidor, o que mostra o quão obsoleta era a visão de Estado. Com a reforma deste, houve, então, a separação de quem presta o serviço em relação àquele que o regula, sendo que este consiste em um ente autônomo e independente, como se verá adiante. Assim, para cada setor da atividade econômica existe um ente responsável pela sua regulação, com o intuito de corrigir qualquer defeito do mercado. Há, então, uma alteração do Estado e do modelo jurídico em que ele se baseia.

Cabe mostrar aqui também a diferença que existe entre a regulação incidente sobre as atividades econômicas em sentido estrito e aquela que recai sobre os serviços públicos, tendo em vista que não se confundem, como já foi mencionado acima.

A regulação daquelas se baseia na manutenção do ambiente de competição entre os particulares, tendo em vista os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência. Quanto aos serviços públicos, a regulação destes ocorre de forma que o Estado discipline de forma integral sua prestação, mesmo que executados por particulares.²⁰

¹⁹ Neste sentido ver a obra MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação...*, p. 75-77. “Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele de passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância”.

²⁰ CUÉLLAR, Leila. *Op. cit.*, p. 54.

Após toda esta exposição acerca do modelo regulatório, analisaremos agora os entes responsáveis por esta importante atividade de regulação, seja sobre atividades econômicas em sentido estrito, seja sobre serviços públicos.

Contudo, antes de iniciarmos dita análise pincelaremos, em um capítulo próprio, alguns princípios e institutos que surgiram com a reforma administrativa ou que foram por ela modificados, e que facilitarão o estudo das agências reguladoras e do controle jurisdicional sobre seu poder normativo.

Capítulo II - Pilares teóricos para uma análise das agências reguladoras

2.1 O princípio da separação dos poderes – uma nova visão

O breve estudo deste princípio é essencial para que, ao longo deste trabalho, possamos entender a lógica do controle jurisdicional sobre um ato de viés altamente político, como são as normas expedidas pelos entes reguladores.

Como sabemos, o princípio da separação dos poderes consiste em um dos pilares do Estado moderno, mais precisamente a partir do século XIX, presente até hoje de maneira marcante na maior parte das Constituições. Foi ele contemplado pela nossa Constituição de 1988²¹ como modo de limitar o poder político. Consiste em cláusula pétrea, ou seja, imutável, presente no art. 60, § 4º, III, da CF/88.

É de conhecimento também que dita separação não pode ser aplicada nem interpretada como fora há mais de dois séculos, tendo em vista toda uma mudança na conjuntura política, social e econômica. Este princípio foi sacralizado junto ao contexto em que surgiu, merecendo, assim, críticas, no sentido de uma sua atualização. Assim, é ele adaptado.

²¹ O princípio fundamental da separação dos poderes está contemplado no art. 2º, no Título I, da CF/88, com a seguinte redação: “**Art 2º.** São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Tradicionalmente, temos a separação dos poderes baseada em um critério funcional, a partir do qual três funções estatais são distinguidas: legislativa, administrativa e jurisdicional. Seriam elas atribuídas a três órgãos autônomos entre si, exercendo-as com exclusividade. Ou seja, era algo estanque, de forma que nenhum dos entes poderia exorbitar sua competência e exercer a de outro. O poder é distribuído entre cada um dos órgãos no sentido de limitá-lo, para evitar qualquer forma de abuso de poder.

No concernente às origens desta teoria, LEILA CUÉLLAR ressalta que o pioneiro nesta tripartição foi Aristóteles na *Política*, já mencionando a existência de órgãos independentes para o exercício de cada função. Locke também avançou bastante neste sentido, quando da sua obra *Dois tratados sobre o governo*. Aqui, ele reconhece três funções distintas, a partir de um contrato social, o qual vem a instituir um governo no qual existem os poderes legislativo, executivo e federativo.²²

A partir desse esquema, Montesquieu, em *O espírito das leis*, deu acabamento à teoria da separação dos poderes, sendo que estes se dividiriam em poder legislativo, o executivo e judicial.²³ Esta, então, é a configuração inicial e clássica dos poderes.

Contudo, como já foi dito acima, é necessária uma adaptação deste modelo em relação às condições atuais de Estado, de forma a relativizar a taxatividade tradicional do princípio. Uma das razões para isso é a recente dinamização da entidade estatal, que exige formas alternativas para o desempenho das funções do Estado. É o caso do poder normativo exercido pelas agências reguladoras e o controle pelo judiciário das políticas públicas.

Como bem aduz SÉRGIO CRUZ ARENHART,

“Considerar a idéia de ‘separação dos poderes’ como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário,

²² *Op. cit.*, p. 22-23. O poder federativo seria aquele que “abrange a gestão da segurança e do interesse público externo, compreendendo a faculdade de fazer guerra e paz, de celebrar tratados, alianças e todas as transações com pessoas e comunidades estrangeiras”.

²³ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3. ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, p. 165.

o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo (aí incluído o Brasil). Na verdade, o argumento, atualmente, assume antes caráter retórico do que concreto, já que diversas são as situações reais que desmentem a aplicação desta teoria rígida no sistema nacional (...) de modo que (...) o sistema adotado no Brasil não é o da 'separação dos poderes', mas sim o do 'balanceamento dos poderes'.²⁴

Portanto, há um sistema de *checks and balances*, proveniente do direito norte-americano, com o qual um órgão acaba por fiscalizar o outro.

Acrescente-se, ainda, que na sistemática constitucional atual, inclusive a brasileira, cada ente possui uma função principal, ou melhor, predominante (típica) junto da qual se aderem funções acessórias "pertencentes" originalmente e supostamente de forma exclusiva a outro dos três poderes. Ocorre, portanto, comunicação entre os três poderes, havendo uma mescla das funções neles.²⁵

Por fim, cabe salientar que, apesar de toda essa flexibilização da teoria da separação dos poderes, a Constituição Federal de 1988 manteve algumas características essenciais a ele, quais sejam, a inacumulabilidade, especialização funcional, independência, harmonia, indelegabilidade.²⁶

Com isso, temos que para pensar na máquina estatal atual faz-se necessária uma revisão da teoria dos três poderes.

2.2 O princípio da legalidade

Outra renovação é vista também no tocante ao princípio da legalidade. Este, que é uma das bases mais fortes do direito administrativo e, portanto, da

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 513.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.121. Ver neste mesmo sentido MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Op. cit.*, p. 30-31.

²⁶ CUÉLLAR, Leila. *Op. cit.*, p. 31.

atuação estatal, tem sofrido alterações para que se adapte às novas tendências, dentre elas o poder normativo das agências reguladoras, cuja existência e extensão dependem de uma nova visão do princípio²⁷.

É este princípio uma das bases do Estado de Direito, tal qual o princípio da separação dos poderes, ou seja, tem o intuito de limitar o poder, sendo uma garantia para os cidadãos. A noção geral dele nos leva à idéia de submissão do aparato administrativo à lei, com conseqüente subordinação do poder executivo ao poder legislativo, pois somente este seria competente para legislar de forma inovadora na ordem-jurídica. Teríamos aqui, então, a vinculação do ato administrativo à lei.

Não obstante, faz-se uma diferenciação em relação à legalidade a que os particulares se submetem e aquela a que a Administração Pública deve obedecer. Para aqueles, o princípio traz a idéia de que podem fazer tudo o que não for proibido em lei, como bem salienta o artigo 5º, inciso II, da CF/88²⁸. Por sua vez, o Poder Público somente pode fazer ou deixar de fazer algo que estiver contido em lei. “A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal.”²⁹

Contudo, a conjuntura atual requer uma flexibilização do princípio em pauta, de forma a chegarmos a uma concepção sua mais ampliada, isto é, a vinculação do Poder Público ao ordenamento e seus valores como um todo e não somente à lei.

De acordo com MARQUES NETO,

“O fato é que a atuação destes órgãos reguladores reflete a crise vivida pelo princípio da legalidade; crise, esta, que não decorre meramente do surgimento do fenômeno do

²⁷ Quanto ao assunto, ver a seguinte obra: GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coordenador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, p. 91-123, 2006.

²⁸ “Art. 5º, inciso II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 67.

surgimento das agências, mas da própria profusão de fontes normativas”³⁰.

Como causas para esta alteração, nos valem das lições de ODETE MEDAUAR. Segundo a autora, temos como causas da ampliação do princípio da legalidade os seguintes aspectos: 1) O fato de ser irrealizável a submissão total do Poder Público à lei, tanto que esta adequação nunca realmente se efetivou; 2) uma fragilidade sobre o controle da legalidade da Administração pelo fato de a lei só levar a uma atribuição de competência, não delineando os modos de realização desta, nem sua finalidade; 3) Ao longo dos tempos a máquina administrativa foi adquirindo uma maior liberdade, ou seja, poderes livres, como no caso da discricionariedade e dos atos de governo, fundamentados muitas vezes no *poder de supremacia especial*; 4) Focou-se muito na tutelabilidade do ato administrativo (sua vinculação à lei), mais precisamente no seu controle jurisdicional, expondo-se as zonas sobre as quais este não tinha controle. Os fatores decisivos acabaram sendo apartados. Como consequência, a Administração autonomizou-se, possuindo poderes não passíveis de controle. 5) Com a reforma estatal, o foco passou do poder legislativo para o executivo, vindo à tona orientações políticas. Em consequência, ampliou-se a atividade normativa praticada pelo executivo, com o lançamento de projetos de lei, como legislador delegado, como legislador direto (medidas-provisórias, por exemplo) e com atuação regulamentar, expedindo decretos, portarias, etc. Chegou-se assim, à conhecida inflação normativa, afetando negativamente a certeza e segurança jurídicas.³¹

Não se pretende de forma alguma extinguir o princípio da legalidade. Ele permanece sendo um dos princípios norteadores da nossa ordem jurídica. Entretanto, para que ele se adapte à nova realidade e possa desempenhar sua função, merece uma ampliação, de forma que não signifique somente uma subordinação da Administração à lei, mas sim aos valores constitucionais. Deve

³⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Op. cit.*, p. 94.

³¹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 145-146.

ter uma base valorativa, no sentido de vincular a Administração a todos os preceitos que sustentam o ordenamento.

Acrescente-se a isso o alargamento do controle jurisdicional sobre a Administração, garantido-se os direitos fundamentais dos administrados.³²

2.2.1 Legalidade e reserva de lei

Quando do estudo da legalidade, não podemos deixar de analisar o princípio da reserva de lei, que não se confunde com aquela. Este princípio dispõe que determinadas matérias deverão ser tratadas exclusivamente por meio de lei. Esta é a única espécie normativa a ser usada quando da reserva. Assim, vemos uma aglutinação destas questões específicas no seio do Poder Legislativo.

Neste sentido, encontramos dentro do princípio da reserva do possível duas orientações que devem ser seguidas, uma negativa e outra positiva. Aquela estabelecendo que somente lei pode tratar daquelas situações sob reserva de lei, impedindo-se a intervenção de outras espécies normativas e esta dizendo que a própria lei não pode eximir-se de sua competência em favor das outras fontes normativas.³³

2.3 Outros princípios e tópicos a serem considerados

Ainda no âmbito das modificações estruturais ocorridas com a Reforma do Estado, é válido analisar brevemente alguns outros conceitos que acabaram sendo modificados ou que surgiram neste novo panorama. É o caso dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência.

³² *Idem.*, p. 148.

³³ CUÉLLAR. *Op. cit.*, p. 40.

2.3.3 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

O princípio da proporcionalidade, primeiramente articulado na doutrina alemã, não se confunde com o princípio da razoabilidade, que foi inspirado no direito anglo-americano.

Quanto ao primeiro, consiste em um meio de se escolher entre várias medidas apropriadas, de modo a optar pela menos gravosa, acrescentando-se que os encargos impostos devem ser nivelados aos fins almejados. A medida a ser imposta deve ser nada mais que a necessária para se concretizar o resultado visado pela autoridade, prevalecendo o interesse público. Para a doutrina alemã, este princípio é composto por três elementos, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade propriamente dita. Consistem em três etapas a serem concretizadas pelo juiz. Na adequação, este analisará se a medida tomada pela autoridade administrativa é capaz de levar ao fim visado. Já no princípio da necessidade, o magistrado verificará se a medida tomada é a que menos cause danos, ou seja, se não há outra medida que atinja o mesmo resultado só que com menos danos. Por último, analisa uma proporção entre meios e fins, isto é, se os meios não são muito excessivos com relação à magnitude do fim.³⁴

Alguns autores preferem tratar o princípio da proporcionalidade como regra da proporcionalidade, como é o caso de Luiz Virgílio Afonso da Silva, para o qual, “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy”.³⁵

Contudo, esta discussão terminológica não traz efeitos práticos relevantes, tanto porque não adentraremos a fundo neste tema no presente trabalho.

Por sua vez, o princípio da razoabilidade traz a idéia de adequação entre meios e fins, podendo-se entendê-lo como a última etapa da regra da proporcionalidade.

³⁴ Para um maior aprofundamento do tema, ver: ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999; BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 23, p. 65-68, 1998.

³⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abril de 2002, p. 24-26.

Após estas observações, concluímos que tais princípios devem ser utilizados por magistrados quando do confronto entre direitos fundamentais e quando da necessidade de se resolver questões em que haja diferentes interesses em jogo. É o que acontece no caso do controle jurisdicional sobre o poder normativo das agências reguladoras. Como veremos avante, estes princípios seriam uma boa saída para a resolução de tal impasse.

2.3.4 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência consiste em outra inovação no direito constitucional/administrativo, tendo origem na economia e não propriamente no direito. Foi inserido na ordem jurídica constitucional brasileira com a Emenda Constitucional n. ° 19/1998, no artigo 37. Antes disso, já havia sido contemplado pela Lei 8.987/1995, que trata de concessões e em outras legislações.³⁶

Segundo ODETE MEDAUAR, a palavra eficiência conecta-se à noção de atividade “que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições”.³⁷

Eficiência traz uma idéia de racionalidade e de redução de custos para se chegar a resultados mais benéficos, a partir da otimização da utilização de meios e recursos para que os serviços públicos sejam prestados com maior velocidade e qualidade. Como se percebe, é um conceito importado da iniciativa privada, de sua racionalidade, de modo a que evidencie esta nova feição do Estado.

Como meios de se ratificar este princípio, estão presentes na carta constitucional brasileira certos mecanismos, como a participação do usuário na

³⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio em pauta consiste em algo desejável, mas é um conceito jurídico muito fluído, sendo de difícil controle, tratando-o como um mero adorno. Diz que o princípio da eficiência “é uma faceta de um princípio mais amplo... o princípio da ‘boa administração’” (*Op. cit.*, p. 111-112).

³⁷ *Op. cit.*, p. 242.

Administração Pública, o aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira da Administração direta e indireta.³⁸

O princípio da eficiência veio a lume como resposta a uma necessidade atual da Administração, que tem caráter cada vez mais dinâmico e voltado a resultados melhores, mais rápidos e com o menor custo possível. As agências reguladoras consistem em um instrumento que viabiliza este escopo, pois são órgãos eminentemente técnicos e de cariz menos burocrático.

Capítulo III – As Agências Reguladoras brasileiras e seus aspectos gerais

3.1 Um breve histórico dos entes reguladores no Brasil

A partir de agora passaremos a tratar dos entes que são encarregados da atividade regulatória já analisada anteriormente.

As agências reguladoras surgiram com o desejo de se atribuir ao Estado órgãos dotados de **conhecimento técnico, agilidade e especialidade**.³⁹ Assim, são os entes responsáveis, a partir de seu poder regulamentar, decisional e fiscalizatório, pela intervenção do Estado em determinados setores da economia, agindo de forma técnica, independente e sem influências políticas.

No Brasil, antes das agências reguladoras, podemos visualizar algumas entidades que realizavam papel bastante parecido com o que é desempenhado por aquelas atualmente, mostrando que elas não são no todo inovadoras. É o caso da CMN, do CADE e do Banco Central, que realizavam funções que são exercidas hoje pelos entes reguladores independentes, mas que não possuíam maior autonomia. Podem no máximo ser chamados de entes semi-independentes. Como aduz EGON BOCKMANN MOREIRA, após analisar a atividade normativa de cada um destes órgãos em questão, não seriam estes “agências

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 671.

³⁹ PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, n. 5, p. 59-66, 2000, p. 60.

administrativas independentes, mas autoridades reguladoras, que detêm poder regulamentar autônomo – ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências.”⁴⁰ Desempenham atividade regulatória, mas sem o maior grau de independência atinente às agências reguladoras.

Isto se dá porque essa função reguladora não é nova. O estado sempre teve o dever de zelar pela correta prestação dos serviços. Todavia, antes da reforma do Estado esta função não era visível, tampouco bem executada, pois as atividades eram realizadas pelo próprio Estado ou por pessoas jurídicas por ele criadas.

Atualmente, entretanto, há uma separação nítida entre o ente regulador e o regulado, de forma a possibilitar uma fiscalização mais eficiente, visualizando-se melhor a atividade reguladora.

Para que um ente possa ser denominado de agência reguladora deve haver previsão expressa em lei que atribua a ele a competência correspondente a um ente regulador independente, a qual é bem mais alargada do que a que possui um órgão da Administração que execute atividades reguladoras.

Contudo, não há no Brasil uma lei que defina o que seja esta figura, ou seja, não há um documento normativo que esmiúce todas as características, a natureza jurídica, o poder normativo, etc destes entes, de modo que deve ser analisada a lei instituidora de cada agência para que se delinieie seus principais traços. Esta falta de uniformidade legislativa gera uma certa confusão quando da tentativa de se estabelecer aspectos gerais do órgão regulador. Há somente a lei n. 9.986/00, que diz respeito aos recursos humanos dos entes reguladores federais. Contudo, não traz unicidade no tratamento dos mesmos.

Para agravar a situação, o termo “agência” é mencionado na Constituição de 1988 não em relação aos entes em estudo, mas sim a respeito de outros

⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 218, p. 93-112, out./dez. 1999, p.110. O autor inclui em seu rol a Comissão de Valores Mobiliários. Todavia, com a medida provisória n.8, de 2001 (atual Lei n. 10.303/01), este ente transformou-se em agência reguladora.

órgãos. Quando se refere ela às agências reguladoras, as trata como órgão regulador, como é o caso do artigo 21, XI e do artigo 177.⁴¹

Ante o exposto, infere-se que somente as leis infra-constitucionais de criação das agências reguladoras empregam o termo “agência”.

Assim, as agências reguladoras brasileiras surgiram a partir de previsão constitucional no que concerne a duas de suas representantes: A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional do Petróleo (ANP), ligadas ao Ministério das Minas e Energia. Não obstante, podemos acrescentar, ainda, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), vinculada ao Ministério das Telecomunicações.⁴² Pode-se considerar a criação destes três entes como o marco para o início do surgimento de vários outros entes reguladores posteriores.⁴³

As principais agências que surgiram desde então foram: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a partir da Lei 9.782, de 1999; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a Lei 9.961, de 2000; Agência Nacional de Águas (ANA), instituída pela Lei 9.984, de 2000; Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTA), ambas criadas pela Lei 10.233, de 2001;

3.2 Atribuições das agências reguladoras

Como salientado anteriormente, as funções das agências reguladoras não são inéditas no cenário jurídico brasileiro. Já foram executadas pelo Estado antes,

⁴¹ “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:

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

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

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

⁴² A lei instituidora da ANEEL foi a Lei 9.427, de 1996, a da ANATEL foi a Lei 9.472, de 1997 e a da ANP foi a Lei 9.478, de 1997.

⁴³ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 99-139, 2002, p. 123.

pois consistem em um encargo que este deve tomar para si. Todavia, são hoje desempenhadas por entes independentes, gerando maior transparência e eficiência.

Podemos encontrar diversas funções e poderes que são atribuídos aos entes reguladores. Estão eles definidos na lei de cada órgão regulador. Mesmo assim, podemos destacar alguns destes atributos que estão presentes na grande massa das agências. Os poderes dos entes reguladores viabilizam o desenvolvimento das atividades ligadas à regulação, como a elaboração de normas, implementação de normas e o sancionamento pelo não cumprimento de tais normas⁴⁴.

Assim, vamos enunciar as funções das agências reguladoras brasileiras mais levantadas pela doutrina pátria, e que se resumem praticamente a poderes normativos, administrativos e de decisão de conflitos. 1) promoção de processo licitatório que determinará o concessionário, o permissionário ou autorizado de determinado serviço público sobre cuja área de atuação trabalha a agência e fiscalização do cumprimento do contrato; 2) trabalho de guardião sobre as atividades que se enquadram em sua área de atuação, a partir de seu controle e fiscalização (controle de tarifas, por exemplo). Visa-se aqui a uma melhora na qualidade da prestação do serviço, tanto pelo particular quanto pelo poder público; 3) função normativa, em virtude da qual se estabelecem as normas que pautam a atividade regulada. Isto se dá com a expedição de atos regulamentares, como portarias, deliberações, regulamentos, etc; 4) papel de árbitro em conflitos que surgirem no seio da área regulada, como é o caso de desavenças entre usuários e concessionários, ou entre estes e o poder concedente, por exemplo. 5) Aplicação de sanções. 6) Atividade de incentivo à competitividade, exceto nos casos de monopólio natural. 7) Trabalho de intermediário entre o usuário e aquele que realiza a atividade, recebendo suas reclamações e denúncias; 8) Expansão ou universalização do serviço para o todo da população.⁴⁵

⁴⁴ CUÉLLAR, Leila. Quadro jurídico das Agências Reguladoras Brasileiras. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coordenador). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 419-446, 2004, p. 422.

⁴⁵ A este respeito, ver: CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*, p. 79-81.

Analisando este quadro de funções, visualiza-se um agrupamento das funções constitucionais atinentes a cada um dos três poderes estatais sobre os estes reguladores. Possuem eles poderes *semijurisdicionais*, *administrativos* e *normativos*. Com isso, nos deparamos com uma celeuma de difícil resolução, pois se está aqui a abalar a tradicional teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, principalmente no que tange ao poder normativo, o qual espelharia uma invasão das competências do Poder Legislativo.⁴⁶ Tal problemática será analisada mais detalhadamente alguns capítulos adiante.

Voltando às atribuições das agências reguladoras, não podemos esquecer que atuam elas não somente sobre serviços públicos que estão agora nas mãos de particulares ou ainda em execução estatal, mas também sobre outras atividades econômicas que tem um alto grau de importância. Há certas diferenças que devem ser ligeiramente citadas em virtude disso. Podemos nomear estes aspectos de objetivos traçados pelos entes reguladores, sendo que variam dependendo do caso. Quando agem sobre serviços públicos, controlam-nos e fiscalizam-nos, tendo por escopo a estabilidade, a segurança e a eficiência no desempenho dessa atividade. Já na hipótese de atuação sobre a atividade econômica em sentido estrito, para proteger o interesse público e o consumidor as agências regulam, normatizam, controlam e fiscalizam a atuação particular.⁴⁷

Como já é sabido, este trabalho terá um foco maior sobre a função normativa, ou poder normativo das agências reguladoras, que se reflete num poder regulamentar, responsável por diversas controvérsias.

3.3. Características e natureza jurídica das agências

Há certos aspectos referentes aos entes reguladores que merecem um maior enfoque, pois são eles que vem a definir melhor o que seja uma agência reguladora. Como já é sabido, não há um regime único para eles nem normais

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo, op. cit., p. 92-93.

⁴⁷ CUÉLLAR, Op. cit., p. 78-80.

gerais, de forma que cada agência possui uma lei reguladora descrevendo seus traços marcantes.

Acrescente-se, ainda, que nem o nome “agência reguladora” não tem previsão constitucional, de forma que é ele introduzido em nosso sistema jurídico a partir da edição de cada lei ordinária editada para instituir o ente regulador. Assim, a existência do nome não vincula a natureza jurídica do órgão em questão⁴⁸. Na prática, muitos entes têm o nome de “agência”, mas sem as mesmas características das agências reguladoras, não desempenhando as mesmas funções destas, como é o caso da ABIN – Agência Brasileira de inteligência. Da mesma forma, aqueles entes que não possuem em seu nome o termo em questão, podem se enquadrar entre as agências. Um exemplo é a Comissão de Valores Mobiliários, que passou a ser agência reguladora com a Lei n. 10.303/01.

Apesar de leves distinções entre cada uma das várias leis, podemos analisar certas características, como sua propalada independência funcional e orgânica, que varia de acordo com a agência, sua natureza de autarquia especial, atividade normativa, entre outros.

3.3.1 A natureza jurídica de autarquia especial

Este ponto do trabalho é muito importante, pois é a partir da análise do regime jurídico que saberemos se determinado ente é ou não uma agência reguladora. Repetindo o que já foi dito acima, não é o nome, mas sim o regime jurídico que definirá o ente regulador.

Uma característica marcante dos entes reguladores é o fato de serem autarquias especiais. Analisaremos, aqui, do que se trata esta especialidade que é alvo de várias discussões doutrinárias. De antemão já salientamos que a natureza jurídica de autarquia especial atribuída pela lei às agências tem o objetivo de que estas desempenhem suas finalidades e atribuições da melhor forma possível e

⁴⁸ Ressalve-se que existe uma lei cujo conteúdo se refere às agências reguladoras como um todo. É a Lei n. 9.986/00 que diz respeito aos recursos humanos das agências reguladoras federais, mas que não enseja uma unicidade do regime dos entes reguladores.

com o um maior grau de independência e especialização funcional – a partir da descentralização administrativa proporcionada pelo regime autárquico. Contudo, para se ter a eficiência almejada pelos entes reguladores, não basta a instituição de uma autarquia. Deve ter um caráter especial, indo para além do conceito clássico desta.

Primeiramente, devemos delinear o conceito de autarquia. Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, autarquias consistem “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”⁴⁹.

Portanto, fazem parte da administração indireta e não exercem atividade econômica em sentido estrito⁵⁰.

Acrescente-se que a autarquia somente pode ser criada (para um fim específico) e extinta por meio de lei, sujeita-se a controle administrativo e tem seus funcionários sob o mesmo regime dos servidores da Administração direta, ou seja, submete-se ao regime de direito público⁵¹. Possui autonomia e diversas competências, como a financeira, administrativa, além de se submeter um controle e tutela da Administração direta.

Ante o exposto, passemos à especialidade dos entes reguladores, a qual é conferida pela própria lei que institui a agência.

Novamente nos valendo das lições de JUSTEN FILHO temos que

“Ainda que a expressão ‘autarquia especial’ comporte inúmeros significados, um núcleo fundamental consiste na ausência de submissão da entidade, no exercício de suas competências, à interferência de outros entes administrativos. A produção dos atos de competência da autarquia não depende da aprovação prévia ou posterior da

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de...* p. 148.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito...* p. 391.

⁵¹ Leila Cuéllar menciona que, a partir da submissão ao regime de direito público, as autarquias tem seus atos dotados de presunção de legitimidade, com conseqüente obrigatoriedade e auto-executoriedade. Aduz, ainda que se distingue da Administração direta por não ter capacidade política e por ser criada em lei, com seus fins e limitações delimitados nesta.(CUÉLLAR, L. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. p. 90).

Administração direta, tal como não se verifica uma competência de revisão desses atos”⁵².

Esta especialidade é conformada de acordo com a lei instituidora da agência. Entretanto, podemos traçar alguns aspectos que se mostram constantemente presentes, como uma maior autonomia frente à Administração Direta, no sentido de que esta não tem o condão de revisar os atos da agência e a garantia de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, espelhada na impossibilidade de exoneração *ad nutum*. Vale dizer que a autonomia administrativa, a ausência de subordinação hierárquica e a autonomia financeira são aspectos já presentes nas autarquias tradicionais. Ademais, tudo isso irá redundar em uma maior independência – que possui várias ramificações - por parte dos estes reguladores, a qual será estudada detidamente mais adiante.

Com o que foi mencionado, passaremos a analisar cada uma dessas características e vantagens que envolvem o conceito de autarquia especial. Frise-se que cada um desses aspectos se conforma de acordo com a lei instituidora da agência.

3.3.2 A independência dos entes reguladores

A independência das agências reguladoras consiste em aspecto que vem possibilitar sua atividade sem ingerências externas, de forma imparcial, técnica e ágil, no sentido de realizar sua atividade reguladora da melhor forma possível, protegendo os interesses de determinado setor da economia. Quando se fala em agência reguladora se fala em independência, ou seja, é algo intrínseco. As características inerentes à independência são as características básicas dos entes reguladores.

Talvez devêssemos substituir a expressão “independência” por “autonomia” tendo em vista que o ente regulador não é totalmente livre no exercício de suas funções. Todavia, como explicita CARLOS ARI SUNDFELD,

⁵² JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 391.

“Garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder”⁵³.

Assim, para que se mantenha longe de influências externas, como as do prestador do serviço regulado, do consumidor e do Poder Público, deve haver dita autonomia⁵⁴. Diminui-se assim o caráter político dos entes reguladores, atribuindo-se a um órgão diferente do Executivo a regulação. Vê-se aqui uma descentralização administrativa.

Para que se efetive esta “independência”, o regime jurídico das agências se vale de alguns mecanismos, dentre os quais, a autonomia funcional, orgânica e financeira; a ausência de subordinação hierárquica e de revisão hierárquica, com exceção da revisão jurisdicional; e a estabilidade dos dirigentes, com o estabelecimento de mandatos fixos e impossibilidade de exoneração *ad nutum*. Temos ainda a chamada *quarentena*, outro elemento em que se funda a independência.

Para sistematizar e facilitar o estudo destes instrumentos iremos seguir o esquema apontado por LEILA CUÉLLAR, que é formado da seguinte maneira: independência orgânica, independência funcional e regime gestão administrativa e

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 17-38, 2002, p. 24. Ainda em relação a esta relativização da independência dos entes reguladores, DI PIETRO acrescenta que a independência deve ser compatível com o regime constitucional brasileiro, dizendo que, tendo em vista o sistema de unidade da jurisdição, a independência frente o Judiciário não existe. Quanto ao Legislativo, menciona que em virtude do princípio da legalidade, também não há independência. Em relação ao Executivo, diz que seus atos não podem ser revistos por este, por mais que haja uma vinculação ao respectivo Ministério (DI PIETRO. *Op. cit.*, p. 141-142).

⁵⁴ Quanto a este isolamento das agências em relação aos três segmentos mencionados (Poder Público, consumidor do serviço e prestador do serviço regulado) ver: MARQUES NETO. *Op. cit.*, p. 85-87.

financeira⁵⁵. Cada um destes tópicos é formado por mecanismos que serão tratados⁵⁶.

3.3.2.1 Independência orgânica

Com o intuito de manter as agências reguladoras fora ingerências políticas e econômicas, atribuiu-se a ela uma autonomia orgânica, que resume praticamente à forma pela qual os diretores são designados, de forma a não haver vinculação alguma destes com a Administração Direta. Para que se obtenha tal resultado, a lei instituidora do ente regulador estabelece que os diretores serão investidos de mandato fixo, não podendo ser exonerados sem motivação. Em suma, esta independência orgânica traduz uma idéia de autonomia no modo de composição e de atuação da agência⁵⁷.

3.3.2.1.1 A nomeação dos dirigentes

Portanto, faz-se necessário analisar o aspecto que diz com a designação dos diretores do ente regulador. Aqui podemos observar que estes diretores são dotados de estabilidade, pela fixação de mandatos fixos, que normalmente têm duração de três a quatro anos. Muitos autores visualizam aqui uma independência hierárquica, assegurada por estes mecanismos⁵⁸.

A nomeação é realizada pelo Chefe do Poder Executivo, com posterior aprovação pelo Poder Legislativo, o qual pode verificar se a pessoa indicada possui os requisitos técnicos para desempenhar futura atividade. Nos deparamos aqui com uma das formas de harmonização dos três poderes já citados acima,

⁵⁵ CUÉLLAR, Leila. *Quadro Jurídico das agências reguladoras*, p. 430 e ss.

⁵⁶ Quanto à sistematização da independência das agências reguladoras ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 215, p. 71-83, jan./mar. 1999. O autor realiza uma classificação, dividindo a independência em independência política dos gestores, independência técnica decisional, independência normativa e independência gerencial, orçamentária e financeira.

⁵⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 431.

⁵⁸ Dentre tais autores temos: PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 66.

com o Legislativo atuando em função atípica. É o famoso sistema dos feios e contrapesos, permitindo uma maior distribuição do poder.

Segundo JUSTEN FILHO, há requisitos mínimos para que o diretor seja investido. Seriam eles a reputação ilibada e o elevado conceito, os quais são necessários, mas podem não ser suficientes. Acrescenta, ainda, que há casos em que seja necessário conhecimento técnico específico, como a conclusão de um curso de graduação, por exemplo⁵⁹.

Não obstante, em muitas vezes a direção da agência é formada por um corpo colegiado, no qual pode ocorrer um maior volume de diálogos e condensação de conhecimentos técnicos, para que se chegue a decisões menos parciais e mais sensatas.

3.3.2.1.2 Impossibilidade de demissão *ad nutum*

Quanto à garantia dos já tratados diretores contra exoneração *ad nutum*, temos que ratifica uma posição contra as ingerências políticas do Poder Executivo, de modo a incrementar a independência dos órgãos reguladores. Garante-se, então, como bem aduz a autora acima citada, “uma estabilidade provisória aos diretores e uma conseqüente estabilidade ao próprio funcionamento das agências”⁶⁰. Só poderão ser exonerados aqueles que passarem pelo devido processo. Entre as causas desta exoneração, que são determinadas em lei, temos a condenação penal transitada em julgado, decisão de processo administrativo disciplinar, entre outros.

Contudo, não podemos de mencionar que o diretor, antes de adquirir esta estabilidade, deve passar por uma espécie de estágio probatório, de normalmente quatro meses, no qual pode ele ser demitido sem motivação. É o que ocorre com a ANVISA, ANS, ANA E ANEEL. Isto acaba por enfraquecer a tão desejada autonomia dos entes reguladores, que acabam sofrendo maiores ingerências políticas, pela conformação com a vontade do Executivo.

⁵⁹ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 437 e ss.

⁶⁰ CUÉLLAR. *Op. cit.*, p. 432.

3.3.2.1.3 Dos mandatos descoincidentes

Outra questão levantada é a dos mandatos descoincidentes dos diretores, que se dá a partir de designação de administradores com mandatos com prazos diferentes, ampliando a autonomia política do ente regulador, tendo em vista que diferentes diretores são designados por diferentes administrações. Assim, aquele que assume o poder não tem controle sobre a agência de forma imediata, pois os mandatos não coincidem. Esta terá em sua formação diretores com raízes políticas diversas, impedindo-se que uma corrente prevaleça.

Por fim, cabe falarmos da quarentena e dos impedimentos, que também são mecanismos para se manter a independência orgânica do órgão regulador.

3.3.2.1.4 Dos impedimentos em relação aos dirigentes

Impedimento consiste em uma situação na qual o diretor da agência se encontra e que espelha um conflito de interesses⁶¹. Quando este existe, o administrador deve afastar-se de suas funções de forma espontânea. Se não o fizer, poderá ser feito de forma compulsória. Isto se dá pelo fato de a agência reguladora desempenhar atividade que necessita de sigilo, tendo em vista que realiza determinações que afetam vários sujeitos, não podendo estar vinculada a qualquer um deles, sob risco de comprometer todo um setor da economia. Portanto, a existência desses impedimentos visa a uma maior independência dos órgãos reguladores.

Há um impedimento quando surgem vínculos entre interesses privados titularizados pelo administrador, ou alguém a ele vinculado, que possam ser

⁶¹ JUSTEN FILHO fala em impedimento e suspeição como formas de conflitos de interesse, mas acaba tratando ambos somente como impedimentos. Segundo o autor, “o impedimento se caracteriza quando os interesses pessoais do administrador ou de pessoas a ele vinculadas, exteriorizados na titularidade de alguma situação jurídica objetivamente considerada, estiverem em risco de perecimento ou benefício em virtude das decisões inerentes à função a ser por ele desempenhada. Já a suspeição resulta de eventos impossíveis de serem tipificados abstratamente, mas que se revelem aptos a gerar uma situação de parcialidade do agente estatal” (*Op. cit.*, p. 442).

atingidos por atividade realizada pela agência em que o aquele atua⁶². Os impedimentos, frise-se, são estabelecidos pela lei instituidora de cada ente.

Ainda nesta toada, devemos acrescentar que o regime de impedimentos ou incompatibilidades vem a prevenir que ocorra o fenômeno do *risco da captura* da agência reguladora pelos interesses dos regulados. Ele ocorre quando o ente regulador passa a não tutelar o interesse da coletividade, mas sim, do regulado, o qual seria beneficiado. A razão para isto está no maior conhecimento técnico que possuem os regulados em relação à agência reguladora. A atividade reguladora não atingiria assim seus fins⁶³.

3.3.2.1.5 Observações em relação à quarentena

Quanto à quarentena, temos que consiste em outro meio eficaz para se manter a independência do órgão regulador. Por essência, significa que, depois de expirado o prazo do mandato, o ex-dirigente da agência está impedido de atuar em qualquer área do serviço público ou em presa que faça parte do setor regulado pela agência onde trabalhava. Ademais, o ex-administrador não poderá se valer das informações sigilosas que obteve em suas atividades regulatórias para benefício próprio.

A lei pertinente a cada órgão regulador fará menção a esta garantia. Porém, temos a própria Lei 9.986/2000 que trata em seu artigo 8º da quarentena.

⁶² JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 442.

⁶³ Quanto ao risco da captura, MARQUES NETO expõe quatro espécies: o *risco da concussão*, que diz respeito à corrupção dos que ingressam na agência. É, assim, evitada a partir do recrutamento de homens probos; a captura por *contaminação de interesses*, quando o órgão regulador assume valores e interesses do regulado, tratando-os como interesse público; a captura por *insuficiência de meios*, que ocorre quando da escassez de recursos por parte da agência, ficando esta inviabilizada pela gigante superioridade econômica e logística do regulado; e a *captura pelo poder político*, que ocorre quando as atividades do ente regulador são guiadas por interesses eleitorais e de quem está no poder (*Op. cit.*, p. 89-90).

3.3.2.2 Independência funcional

A independência funcional diz respeito à capacidade de a agência reguladora traçar suas próprias metas, estabelecendo os meios para se chegar a tais resultados.

Segundo CUÉLLAR,

“A independência funcional das agências deriva da definitividade das decisões que emitem. Não existe subordinação direta das agências a outros órgãos da Administração Pública, não sendo cabível recurso a nenhuma outra esfera administrativa”⁶⁴.

Portanto, esta independência vem a assegurar uma insubordinação hierárquica do ente regulador, de forma a ser a última instância administrativa na sua área de atuação. Ao contrário do que ocorre com as autarquias especiais, as agências não são passíveis de “recurso hierárquico impróprio”, de forma que seus atos não podem ser revogados nem anulados.

Há ainda quem inclua como manifestação de autonomia funcional o poder normativo regulamentar das agências reguladoras para a intervenção no domínio econômico⁶⁵.

3.3.2.3 Autonomia administrativa e financeira

A autonomia administrativa se dá no sentido de o órgão regulador não ser hierarquicamente inferior ao Ministério a que se vincula.

Em relação à autonomia econômico-financeira, os entes reguladores são providos de dotações orçamentárias gerais. Adquirem recursos também a partir de

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 435.

⁶⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, n. 8, p. 231-251, out./dez. 2004, p. 232.

taxas de fiscalização e regulação, além de contratos e convênios que participa e verbas provenientes de multas⁶⁶. Aquelas taxas de fiscalização e regulação mencionadas são determinadas pelas leis instituidoras das agências. Não obstante, há muita controvérsia acerca da natureza jurídica tributária destas taxas.

Devemos ainda acrescentar que, como ilustra MARÍLIA DE ÁVILA E SILVA SAMPAIO, esta independência não se encontra apenas no plano legal, ou seja, não se limita aos mecanismos de que se vale a lei. Além desta independência legal, a agência reguladora é provida de uma independência produto outros fatores, como as relações estabelecidas entre o regulador, o regulado e o Poder público, sua alta capacidade técnica, recursos disponíveis para o seu funcionamento, e as características de seus dirigentes⁶⁷.

Capítulo IV – O poder normativo das agências reguladoras

Passamos agora ao estudo de uma das mais marcantes características das agências reguladoras: sua competência normativa. Podemos considerar esta como responsável direta pela atuação célere e eficiente dos entes reguladores, proporcionando uma atualização de suas atividades. Assim, o poder normativo vem a fazer com haja uma atuação da agência muito mais próxima com a população, com as necessidades imediatas do setor que regula, a partir de conhecimentos técnicos, afastando-se o máximo possível de orientações políticas, ou melhor, de *escolhas abstratas político-administrativas* e *escolhas administrativas discricionárias*, evitando-se que decisões técnicas sejam *crystalizadas em lei*⁶⁸, o que as tornaria obsoletas.

Contudo, este poder normativo tem encontrado certos obstáculos quando da sua afirmação. Isto se dá em vista de institutos jurídico-constitucionais antigos que ainda são tratados hoje dentro de uma redoma intransponível, impedindo sua

⁶⁶ A respeito destas receitas dirigidas aos entes reguladores, ver: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras, p.143.

⁶⁷ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 227, p. 339-347, jan./mar. 2002, p. 342.

⁶⁸ Termos utilizados em MOREIRA NETO. *Op. cit.*, p. 75.

relativização. Estamos aqui do princípio da legalidade, e da reserva de lei, segundo o qual só se pode exigir de alguém a partir do que está estabelecido em lei, sendo esta o único veículo de inovação na ordem jurídica, e do princípio da separação dos poderes, que estabelece a impossibilidade de um dos poderes exercer atividade atribuída a outro. Ambos os conceitos, o de legalidade e separação dos poderes já foram, no início deste trabalho, analisados de forma a se aceitar suas respectivas flexibilizações. Assim, nesta altura do trabalho, iremos concatenar a idéia de poder normativo das agências reguladoras, com a nova visão de tais princípios, além de tratar de outras questões às quais somos levados com a análise desta competência legislativa, como é o caso da delegação legislativa e da teoria dos regulamentos, além dos limites dos poderes regulatórios, isto é, do poder normativo da Administração.

4.1 Difusão normativa e crise da lei

Para que se possa entender os fundamentos deste poder normativo dos entes reguladores, primeiramente devemos tecer alguns comentários acerca difusão de outros atos normativos além da lei em sentido formal, ou seja, aquela elaborada pelo Poder Legislativo e albergadas por uma representatividade popular. Assim, como já foi mencionado em capítulo anterior, ocorre uma flexibilização do princípio da legalidade - sobre a qual ainda incide muita controvérsia - de forma que outras espécies normativas passam a reger a vida dos particulares, sejam elas equiparadas à lei, sejam elas inferiores a esta, mas pelo menos com substrato nela. Em qualquer um desses casos, ressalte-se, devem ser respeitados os núcleos dos direitos elencados na Constituição⁶⁹. Isso se dá a partir de uma delegação do poder legiferante e do exercício deste por sujeitos administrativos que não se enquadram entre os representantes do povo situados no Congresso Nacional, o qual se mostra em queda. Expande-se, deste modo, um

⁶⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, p. 25-73, 2006, p. 48.

pluralismo jurídico por todo o território. O poder normativo das agências reguladoras se localiza aqui neste ponto.

De acordo com SIQUEIRA CASTRO, “o eixo de decisões regulatórias no Estado-Providência deslocou-se, portanto, principalmente para estruturas multiformes do Poder Executivo, como é o caso das Agências Reguladoras”⁷⁰.

A causa para esta proliferação de espécies normativas pode ser atribuída a uma necessidade de adaptação da norma à realidade, o que não estava acontecendo com a preponderância da lei em sentido formal, tendo em vista a enorme gama de ritos tradicionais do processo legislativo formal, os quais provocam uma desatualização das leis editadas, ou seja, a lei acaba nascendo sem utilidade social.

As relações sociais tornaram-se cada vez mais complexas, de forma que se tornou necessária a elaboração de regulamentações especiais para regular determinados setores no seio da sociedade. As leis advindas do legislativo mostraram-se insuficientes para tal escopo, pois seu processo de edição viu-se muito lento, não conseguindo fazer frente à pluralidade e tecnicismo das matérias sobre as quais deveria atuar, demandando-se que as fontes do direito e os entes emanadores se especializassem, devendo estes ser dotados de mais poderes e livres de influências políticas. Foram assim criados órgãos independentes para regular matérias específicas e que necessitavam de conhecimento técnico, surgindo os ordenamentos setoriais⁷¹.

Com isso, um grande número de normas passou adentrar em nosso ordenamento, principalmente por intermédio das agências reguladoras, que, por serem órgãos técnicos e especializados, têm um volume de atividades muito grande. É a chamada “avalanche normativa”. Contudo, por mais que isso pareça ser benéfico, principalmente em relação à demora do legislativo em suas funções, acaba gerando um aspecto prejudicial, qual seja, a falta de legitimidade, tendo em vista um menor número de debates e menor participação quando da geração das

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 49.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros. n. 36, p. 88-113, 2001, p 90.

normas. Assim, expedem-se muitos atos normativos, cada vez com menor conhecimento das partes interessadas e menos aplicação⁷².

4.2 Função normativa e função legislativa

Como premissa a este estudo acerca do poder normativo dos entes reguladores, devemos brevemente expor as diferenças entre a função normativa e a função legislativa.

Função legislativa possui uma conotação subjetiva muito grande, pois diz respeito aos sujeitos que emitem *estatuições primárias*, ou seja, que se impõe por *força própria*. Tais sujeitos ou órgãos constituem o Poder Legislativo, formado pelo Congresso Nacional, o qual tem a função típica de constituir o ordenamento jurídico, a partir de *leis em sentido apenas formal*, que têm na maioria das vezes conteúdo normativo. Tem por base a separação dos poderes.

Por sua vez, a função normativa diz respeito à edição de normas, as quais têm força própria, mesmo não derivando de poder originário, mas sim derivado. Assim, a norma não é emanada por lei necessariamente⁷³.

Com efeito, conforme EROS GRAU,

“Entende-se como função normativa a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder **originário** para tanto, seja em decorrência do poder **derivado**, contendo preceitos abstratos e genéricos”⁷⁴.

Com isso, temos que o Executivo pode ser titular desta função normativa. É aqui que entram os regulamentos, sendo eles emanados do poder Executivo.

⁷² MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003, p. 249-250.

⁷³ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 178.

⁷⁴ *Idem*, p. 180.

4.3 Da delegação legislativa

Quando da análise deste poder normativo atribuído aos órgãos reguladores, muito se questiona se há, neste ponto, uma delegação de poderes, ou seja, o Poder legislativo delegando sua função ao Executivo.

Esta discussão é válida tendo em vista que é muito invocada - por aqueles que vêm negativamente o poder regulamentar das agências reguladoras - a vedação à *inovação jurídica*⁷⁵ por meio de ato normativo diferente de lei em sentido estrito, tendo em vista o princípio da legalidade. Portanto, no sentido de se manter esta premissa, alguns autores entendem que os entes reguladores agem como se legisladores fossem, a partir de delegação⁷⁶.

Uma explicação para que isso ocorra é o fato de as agências norte-americanas terem a delegação por parte do legislativo como fundamento para a atividade normativa.

Primeiramente, devemos explicitar que a delegação normativa se encaminha, para boa parte da doutrina, contra o princípio da separação dos poderes tradicional, a qual já foi estudada acima. Como foi visto, cada poder não pratica atividades exclusivas. Cada um dos três possui suas funções típicas, predominantes, mas em certas situações específicas pode realizar atividades típicas de outro poder. É o caso da delegação legislativa, na qual o executivo exerce funções típicas do legislativo. Afinal, deve haver harmonia entre os poderes, a qual é atingida através dessa interlocução de funções.

Conforme aponta BRUNO BRODBEKIER,

⁷⁵ FERRAZ, Sérgio. Agências reguladoras: do teórico ao concreto. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa. *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 713-726, 2004, p. 722.

⁷⁶ Ao tratar das delegações normativas, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO se vale dos pensamentos de EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA para classificá-las. Assim, explicita como espécies delegação legislativa a *delegação recepticia*, que seria uma transferência por tempo determinado e adstrita a certas matérias da função legislativa ao Executivo para que produza normas com força de lei; a *remissão*, de forma que a Administração crie normas sem força de lei, delimitada a certas matérias; e a deslegalização, na qual se retiram do domínio legislativo certas matérias, as quais passam para a esfera do regulamento (MOREIRA NETO. *Op. cit.*, p. 76-77).

“O constituinte entendeu que, em determinadas situações, a necessidade de edição de leis não poderia esperar o trâmite normal das Casas do Congresso, decidindo que nestas hipóteses seria necessário uma atuação mais célere do Poder Executivo, sendo-lhe lícito, portanto, autorizar-lhe a legislar”⁷⁷.

Podemos visualizar a atividade legislativa pelo Poder Executivo em duas hipóteses constitucionais. A das medidas provisórias, no artigo 62 da Carta Magna e a do artigo 68⁷⁸, que trata das leis delegadas, objeto de estudo deste capítulo.

Assim, temos que o Congresso Nacional **pode** transferir ao Presidente da República a atividade de produção de lei, ou seja, transfere-se um poder legiferante. Quando o faz, é em relação à matéria específica e de forma precária, podendo o Congresso revogar a outorga.

Contudo, entendemos que esse não pode ser o meio de justificação para o poder normativo das agências reguladoras. Para fundamentar esta posição, nos valemos das lições de JUSTEN FILHO. Primeiramente, porque o art. 68 trata de delegação ao Presidente da República somente, não sendo possível realizá-la com relação aos entes reguladores. Em segundo lugar, temos que a delegação deve ser feita para matérias específicas, ou seja, não há uma delegação geral, o que inviabilizaria o trabalho dos entes reguladores. O autor acrescenta que a delegação não se faz de forma permanente e estável. Ela é, ao contrário, específica e temporária, não se podendo transferir a “competência legislativa propriamente dita”⁷⁹. Se assim fosse, o ente regulador elaboraria todas as regras

⁷⁷ BRODBEKIER, Bruno. Poder Regulamentar da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 141-177, jul./set. 2003, p. 149.

⁷⁸ “Art. 68 – As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 512. Na mesma obra, o autor fala acerca da delegação normativa secundária, com a qual “reconhece-se ao Legislativo a faculdade de optar entre adotar uma disciplina exaustiva e completa ou de estabelecer as regras básicas e essenciais. Nesse último caso, remete-se explicita ou implicitamente à regulamentação pelo Executivo... Surge para o aplicador da lei uma competência discricionária” (p. 513). Encontramos nessa situação uma das formas de se legitimar o poder regulamentar que será visto adiante. Outros autores chamam esta situação em que o legislador cria normas muito vagas e imprecisas de falsa delegação legislativa, pois permite que o aplicador da lei, com seus poderes

atinentes a um setor econômico, o que seria inviável, além de não ter legitimidade democrática para tanto. Não foi o povo quem selecionou este ou aquele diretor para que legislasse. Este não representa a população.

Portanto, temos que a função legislativa não é renunciada pelo Poder Legislativo. O que ocorre é uma transferência temporária e específica da competência legislativa para o Executivo, mais precisamente o Presidente da República, com o intuito de que este a exerça em situações excepcionais. E isto é benéfico, tendo em vista a flexibilização da teoria da separação dos poderes, possibilitando que um Poder exerça função de outro Poder, sem que este a renuncie, pois é algo excepcional. Entretanto, não pode ser aplicado às agências reguladoras, pois estas precisam de um poder que não possa ser cassado a qualquer momento. Se isto se desse, não permitiria o alcance de seus objetivos, desfuncionalizando os entes reguladores.

4.4 Diferenças entre regulação e regulamentação

A diferença entre os dois conceitos está no fato de um ser mais amplo do que o outro. Assim, regulação consiste em conceito que engloba o de regulamentação. Esta consiste em uma atividade normativa, a qual é uma das partes do conceito de regulação.

As agências reguladoras têm em seu escopo a regulação de um setor da sociedade, sendo que uma das tarefas para que isso se concretize é o exercício do poder regulamentar (regulamentação), com a veiculação de atos normativos.

4.5 Da competência regulamentar

Passamos agora à competência regulamentar pela qual as agências reguladoras produzem normas gerais e abstratas. Portanto, o poder normativo dos entes reguladores se fundamenta nessa competência regulamentar.

regulamentares discipline a restrição de direitos. Neste sentido, ver: BRODBEKIER, Bruno. *Op. cit.*, p. 148 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 326.

De antemão, devemos frisar que a competência regulamentar tem se tornado cada vez mais necessária, de forma que têm sido travadas diversas discussões sobre o assunto. Esta necessidade se dá a partir do aparecimento de setores inéditos que necessitam de uma normatização específica e do surgimento de situações econômico-sociais que necessitam de regulamentação a partir de instrumentos normativos cada vez mais específicos⁸⁰.

4.5.1 Titularidade

Tal competência está prevista no art. 84, inciso IV e no art. 87, § único, inciso II, da CF/88, segundo o qual:

“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. § único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

(...)

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.”

Com a leitura do dispositivo acima, tem-se a impressão de que somente o Presidente da República seria titular de competência regulamentar. Entretanto, este pensamento é equivocado, de forma que outros entes administrativos podem editar regulamentos. Isto porque ao determinar que o Presidente da República e os Ministros de Estado são titulares desta função, não se impede que se confira

⁸⁰ MARQUES NETO, F. A. A nova regulação..., p. 80.

este poder a outros órgãos da Administração, como autarquias e, conseqüentemente, agências reguladoras.

Apoiando esta pulverização da competência regulamentar, JUSTEN FILHO aduz que:

“Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, tomando em vista a impossibilidade de competência indispensável à realização de valores constitucionalmente tutelados”⁸¹.

Portanto, não podemos questionar a titularidade das agências reguladoras quanto à competência normativa.

4.5.2 Fundamentos e limites do poder regulamentar

Com isso, passamos à análise atividade regulamentar quanto aos seus fundamentos e limites.

Neste sentido, vale a pena transcrever uma classificação sobre regulamentos amplamente aceita pela doutrina. Neste sentido, podemos dividir os regulamentos em: a) *regulamentos executivos (ou de execução)*, cuja função é desenvolver o texto da lei, realizando sua fiel execução, ou seja, não podem ir além do que indica o texto legal. Devem complementá-lo; b) *regulamentos delegados*, os quais têm origem na delegação legislativa, inovando na ordem jurídica, pois são fruto de emanção unilateral do Poder Executivo; c) *regulamentos autônomos (ou independentes)*, que levam à inovação na ordem jurídica, indo além do mero desenvolvimento do texto legal anterior. Tais regulamentos espelham a existência de prerrogativa do exercício de competências normativas pelo Executivo; d) *regulamentos de urgência ou necessidade*, que

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 521.

dizem respeito à atuação do Poder Executivo de maneira excepcional, com o intuito de prevenir danos ao interesse público⁸².

Há muita discussão doutrinária acerca da possibilidade destas espécies normativas no direito brasileiro. A posição adotada neste trabalho não será a de restringir a existência de um outro tipo de regulamento. Na realidade, o que se deve fazer é verificar qual é a capacidade normativa de tais instrumentos, de forma a estabelecer limites a seu conteúdo. De antemão, não entendemos que os regulamentos de execução sejam os únicos aplicados em nosso direito, apesar de a maior parte da doutrina se encaminhar neste sentido⁸³. Acreditamos que os regulamentos autônomos também têm espaço em nosso âmbito jurídico. Portanto, não podemos só atribuir característica de derivação aos atos regulamentares, podendo estes inovar na ordem jurídica.

Mas como bem ressalta JUSTEN FILHO, “a questão não reside na disputa sobre a admissibilidade de regulamentos autônomos, mas na determinação da competência normativa”⁸⁴.

O fundamento para uma competência regulamentar mais ampla é o que EROS GRAU chama de *capacidade normativa de conjuntura*, chegando-se a uma “superação do descompasso existente entre o ritmo de evolução das realidades sociais e a velocidade de transformação da ordem jurídica”⁸⁵, a partir da qual se atribui poder normativo aos entes administrativos. Consistiria em uma atribuição implícita do exercício da competência normativa, de modo que o Executivo necessita desta atribuição para que possa realizar suas funções efetivamente.

Cada autor sugere uma forma de sustentabilidade dos regulamentos autônomos, de forma que se torna impraticável uma tentativa de uniformizar o tratamento da matéria.

O que é certo, contudo, é que não podemos conceber um sistema de regulamentos autônomos sem restrições. Deve haver parâmetros mínimos pautados em princípios, os quais são elencados por EGON BOCKMANN

⁸² GRAU, Eros. *Op. cit.*, p. 182.

⁸³ Dentre eles, Celso Antônio Bandeira De Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Bruno Brodbekier, Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld entre outros.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 510.

⁸⁵ GRAU, Eros. *Op. cit.*, p. 172.

MOREIRA da seguinte forma: 1) O regulamento autônomo não pode ir contra a lei, ou seja, *contra legem*, ainda que crie normas sem vinculação à lei; 2) a criação de direitos, deveres e obrigações por regulamentos deve estar autorizada em lei, mesmo que abstratamente. Seriam os standards genéricos fixados por lei. Assim, não pode *criar*, de forma *inédita* e *autônoma*; 3) É vedada ao regulamento a criação de penas e sanções e de tributos, conforme expresso na Constituição (estamos aqui diante da legalidade absoluta que é descrita por EROS GRAU⁸⁶). Estamos aqui diante do princípio da tipicidade; 4) Impossibilidade de o regulamento autônomo limitar a atividade econômica dos particulares; 5) O ato regulamentar não pode ter efeito retroativo, exceto em situações nas quais gere benefícios aos particulares; 6) É necessária uma fundamentação do regulamento, ou seja, deve ele ser motivado, tanto no campo fático, quanto jurídico. Deve ser fornecido o porquê de determinada regulamentação, além de seus limites e finalidades; 7) Os regulamentos autônomos devem seguir a *divisão de competências* entre as pessoas que fazem parte da federação, isto é, União, Estados e Municípios. Assim, uma agência reguladora de âmbito federal não pode invadir a competência de um ente regulador estadual e vice-versa. 8) Por último, e concernente ao ponto principal desta monografia, estes regulamentos autônomos estarão sempre sujeitos a um controle jurisdicional, incidindo sobre a possibilidade de edição do ato regulamentar e sobre seu conteúdo⁸⁷.

Com isso, temos que o poder regulamentar atual está muito mais amplo, o que é transmitido para as agências reguladoras, cujo poder normativo é baseado nestes aspectos mencionados.

LEILA CUÉLLAR é outra doutrinadora que prega pela existência dos regulamentos autônomos no direito pátrio, salientando que devem ser impostos limites e controles a tal ato administrativo, não devendo haver tanta preocupação acerca da legitimação desta figura, pois já faz parte da vida jurídica pátria. Fundamenta-se na idéia de que a atual conjuntura requer da Administração

⁸⁶ Idem, p. 184.

⁸⁷ MOREIRA, E. B. Agências Administrativas, poder regulamentar..., p. 106-107. Ainda quanto aos limites sobre o poder regulamentar, ver obra do mesmo autor: MOREIRA, E. B. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 173-220, 2006.

Pública a possibilidade de se valer de mecanismos jurídicos que permitam “prover as situações fáticas”, ou seja, que permitam uma atualização com os fatos sociais. Portanto, este poder regulamentar não é exercido pela Administração em todas as suas atividades, mas somente quando houver necessidade e utilidade de sua expedição⁸⁸.

A autora ainda expõe a impossibilidade dos regulamentos *contra legem*, tendo em vista que são atos administrativos, hierarquicamente inferiores à lei e à Carta Magna. Ao contrário, o conteúdo destas deve ser concretizado por aqueles⁸⁹.

4.5.3 Regulamentos autônomos e o princípio da legalidade

Quanto ao princípio da legalidade, entendemos que este não é prejudicado quando da expedição dos atos administrativos em questão, não desrespeitando o ordenamento jurídico.

Para fundamentar esta posição, trazemos à baila os ensinamentos de EROS GRAU. Segundo o autor,

“Há visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições *da lei*; ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*, ou *regimental*). Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita

⁸⁸ CUÉLLAR, L. *As agências reguladoras...*, p. 124. A autora trata também dos limites impostos ao regulamento autônomo. Explica que não podem ir contra normas e princípios de direito que lhe são superiores. Para ela, “só é possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, se previamente estabelecido seu contorno em lei” (p. 125).

⁸⁹ CUÉLLAR. *Idem*, *ibidem*.

ou explícita em atos legislativos contida -, o princípio estará sendo devidamente acatado”⁹⁰.

Assim, percebe-se que o princípio da legalidade, como já tratado em capítulo próprio, não tem mais aquele caráter rígido. É ele tratado de maneira mais flexível, de modo a amparar estas novas categorias que surgem frente às necessidades atuais. A partir dele, temos que a Administração não está submetida apenas à lei, mas ao Direito, perdendo importância a estrita legalidade. O ordenamento jurídico como um todo deve ser respeitado.

Quando entramos na seara dos entes reguladores, este princípio é ainda mais respeitado, vez que o princípio da legalidade e as próprias agências reguladoras têm como objetivo comum a menor influência político possível quando da aplicação do texto legal. Assim, esta vem a concretizar aquela⁹¹.

4.5.4 Poder normativo/regulamentar e as agências reguladoras

Não obstante, vemos consolidada a imagem do poder regulamentar no direito pátrio, de modo que o poder normativo das agências reguladoras vai se amoldar às mesmas características citadas acima. Seus fundamentos e limites são os mesmos, apesar de haver algumas peculiaridades.

O poder normativo foi atribuído às agências reguladoras a partir das leis que as instituíram. Cada uma delas possui um rol de atribuições dentre as quais se encontra tal poder, com o qual editam normas gerais sobre o setor em que atuam.

A razão para que se tenha transmitido às agências reguladoras foi o fato de a estrutura das mesmas contribuir para que a regulação seja mais específica e eficiente. Portanto, a atividade regulamentar no interior de tais órgãos independentes tem um caráter eminentemente técnico, e menos político.

⁹⁰ GRAU. *Op. cit.*, p. 183.

⁹¹ CUÉLLAR. *Op. cit.*, p. 139.

Como já foi explanado, os entes reguladores têm a capacidade de normatizar em um determinado setor de forma muito mais eficaz e célere do que seria feito por meio das casas legislativas ou até mesmo outros órgãos da Administração Pública, realizando, assim, o interesse público. Em consequência, o Estado intervém na economia de forma muito mais eficiente quando se vale de entes como as agências.

Nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO,

“Como o legislador não tem qualificação para dispor sobre matérias de grande especificidade e complexidade, como é o que sucede, para exemplificar, em setores como os de energia elétrica, telecomunicações e petrolífero, toda a disciplina de ordem técnica fica a cargo das agências e , é claro, tem caráter *erga omnes*, como o teria se a disciplina fosse instituída por lei”⁹².

Agem os órgãos reguladores dentro dos parâmetros traçados para os regulamentos em geral. Devem eles respeitar o texto legal que os instituiu. Ressaltemos que se determinada matéria tiver sido exaustivamente tratada por lei, não poderá atividade regulamentar tratá-la de forma distinta. Temos, então, que a lei traça aspectos gerais a serem regulamentados pelo ente regulador.

Segundo ARAGÃO, a lei que integra “a categoria das leis quadro (*lois-cadre*), ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças técnicas”⁹³.

Portanto, as agências reguladoras têm um espaço “livre” para regulamentarem. Todavia, devem fazê-lo dentro do seu campo de atuação estabelecido pela lei instituidora.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 75-89, 2006, p. 86.

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo...*, p. 105. Na mesma página o autor confirma a idéia de que a normatização da autoridade independente possui força primária.

O que vem a diferenciar esta atividade regulamentar das agências reguladoras com relação aos outros entes é o fator técnico, ou seja, as agências existem com o intuito de tornarem a regulação mais eficiente e célere. Isso se dá somente com uma atuação especializada, de um ente que tenha independência o suficiente para atuar da melhor forma possível. As agências, acrescenta-se, têm uma feição muito mais transparente e democrática do que a Administração Direta. O processamento de suas decisões é muito mais aberto aos sujeitos interessados. Com isso, afasta-se a influência político-partidária. Nas palavras de JUSTEN FILHO, “produz-se uma instância política formal, especificamente destinada a exercitar certas atribuições de grande relevo e importância para a sociedade. Dá-se visibilidade e transparência para o exercício do poder político”⁹⁴.

Entretanto, não olvidemos o fato de muitos autores sustentarem um *déficit* democrático em relação aos entes reguladores. Não cabe aqui nos alongarmos em tal assunto, mas asseveram os doutrinadores, entre outras razões, a falta de representatividade nas decisões das agências, de forma que a processualização presente nas atividades destas não leva necessariamente à democracia⁹⁵.

4.5.4.1 Discricionariedade e discricionariedade técnica

Cabe adicionar, ainda, que os entes reguladores agem, quando de sua atividade regulatória, incluindo-se aí a normativa, de forma discricionária. Assim, fazem juízos de conveniência e oportunidade (mérito) para escolherem a decisão mais adequada em determinado caso. Isto se dá quando a Administração possui um espaço de liberdade nascido de lei que não defina de forma completa a atividade a ser desempenhada. Não está, portanto, vinculado o administrador a

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 541.

⁹⁵ No que tange ao *déficit* democrático das agências reguladoras, veja-se: MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, *déficit* democrático e a “elaboração processual de normas”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003; JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um *déficit* democrático na “regulação independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003.

uma atuação determinada precisamente objetivada em lei. Deve ele visar à melhor opção que beneficie o interesse coletivo.

Mais precisamente no âmbito das Agências Reguladoras, pode-se também aduzir o aspecto da discricionariedade técnica, que vem a limitar a possibilidade de escolha do administrador aos parâmetros técnico-científicos aceitáveis. Tem ela aquele fim de afastar influências políticas. Desta forma, vemos que como qualquer outro ente público, os entes reguladores têm a discricionariedade como forma de atuação. Entretanto, quando se depara com aspectos técnicos, têm seu campo de escolha menos amplo, não se valendo da pura conveniência e oportunidade.

Devemos ressaltar que existe mais de uma possibilidade de escolha para o administrador, podendo ele fazer um juízo para decidir qual o melhor caminho a seguir, ou seja, ainda há discricionariedade – margem de escolha - a qual deve ter um maior manto de proteção contra ingerências externas, como o controle jurisdicional. Contudo, tal leque de opções é mais reduzido do que normalmente.

Conforme explicita SÉRGIO GUERRA,

“Ao integrar uma norma (seja por sua propositada abertura ou pela existência de conceitos jurídicos indeterminados), se a entidade reguladora identificar vários meios igualmente eficazes para a consecução do fim público no caso concreto, resta indisputável que deverá selecionar um deles que entenda mais oportuno e conveniente para o seguimento regulado e, por conseguinte o interesse geral”⁹⁶.

Assim, pode-se optar entre mais de duas soluções corretas, sejam elas técnicas ou não.

⁹⁶ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade técnica e agências reguladoras. Uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (coordenadores). *Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, p. 869-907, 2006, p. 906.

Cabe ainda dizer que, ao agir a partir de critérios técnicos, por mais que se tente o afastamento total da influência política, esta estará presente. Com isso, não há uma neutralidade na atuação dos entes reguladores. É por isso que muitos doutrinadores entendem a discricionariedade técnica como sendo uma falácia⁹⁷.

Depois de expostos estes apontamentos relacionados ao poder normativo das agências reguladoras, passamos ao seu controle, mais especificamente o jurisdicional, ponto nevrálgico desta monografia.

Capítulo V – O poder normativo das agências reguladoras e o controle jurisdicional

Estudaremos neste momento o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o poder normativo dos entes reguladores. Antes disso falar-se-á um pouco acerca dos diferentes tipos de controle exercidos sobre a Administração Pública com apontamentos gerais.

5.1 Formas de controle da Administração Pública

Um dos principais assuntos tratados no direito administrativo diz respeito ao controle pelo qual passa a Administração.

Para MEDAUAR, “controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”⁹⁸.

Nesta seara, nos defrontamos com dois tipos mais amplos de controle. São eles o controle interno e o controle externo.

5.1.2 Controle interno

O controle interno é aquele realizado pela própria Administração, sobre órgãos internos a ela ou entes descentralizados, a partir do qual verifica-se se a

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências..., p. 528.

⁹⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

atividade estatal ocorreu de acordo com parâmetros de legitimidade e eficiência, no sentido de assegurar o interesse público e o direito de cada administrado⁹⁹.

5.1.3 Controle externo

O controle externo é o realizado por sujeitos exteriores à Administração. Nos interessa neste trabalho, mais especificamente, o controle jurisdicional. Além deste, temos o controle parlamentar e o controle realizado pelo Tribunal de Contas. No campo das agências reguladoras, veremos também o controle a partir da participação popular, no qual há a figura do *ombudsman*, e o controle nascido da processualização de suas atividades regulatórias. De antemão destacamos que análise acerca do controle jurisdicional será realizada diretamente quando tratarmos das agências reguladoras, um pouco mais adiante neste trabalho.

5.1.3.1 Controle parlamentar

Brevemente, podemos asseverar que este controle é realizado pelo Congresso Nacional de forma direta, o qual é assessorado pelo Tribunal de Contas.

Esta competência de controle e fiscalização sobre o Poder Executivo está assegurada no art. 49, inciso X da Carta Magna¹⁰⁰. A partir deste dever de fiscalização, o Legislativo solicita a justificativa para a prática de determinados atos do Executivo. Como situações que demonstram este controle podemos explicitar a sustação de atos e contratos do Executivo (art. 49, V, da CF/88), a convocação de Ministros e requerimentos de informações (art. 50, CF/88), recebimento de petições, queixas e representações dos administrados (art. 58, §

⁹⁹ Idem, p. 40-42.

¹⁰⁰ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

2º, IV, CF/88), Comissões Parlamentares de Inquérito, (art. 58, § 3º), julgamento das contas do Executivo (art. 49, IX, CF/88), entre outros¹⁰¹.

5.1.3.2 Controle pelo Tribunal de Contas

Outro controle externo é aquele exercido pelo Tribunal de Contas, estabelecido a partir do artigo 70 e 71 da Constituição¹⁰². Há um leque bastante vasto concernente às suas competências de controle, elencadas neste último dispositivo constitucional principalmente.

Este controle pelo Tribunal de Contas é muito importante, por se tratar de um ente muito peculiar e independente, de forma que a fiscalização realizada por ele tem um caráter de legitimidade e eficiência bastante grande. Com efeito, realiza um controle sobre os gastos públicos, sendo assim um controle financeiro externo, julgando as contas do Executivo e emitindo pareceres prévios sobre as contas do Presidente da República. Realiza uma fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Ressalte-se que consiste em um ente que vêm a auxiliar a fiscalização pelo Legislativo, que é eminentemente política. Contudo, não é um órgão auxiliar. O Tribunal de Contas possui uma estrutura própria, tendo um caráter técnico e autônomo.

5.2 O controle sobre as agências reguladoras

Primeiramente, devemos destacar que o fato de haver um controle sobre as entidades reguladoras, não ocorre uma extinção de sua independência, ou autonomia. Na verdade, estes controles vêm a proporcionar uma legitimidade cada vez maior às mesmas, de forma a poderem realizar suas atividades de modo

¹⁰¹ Estes formas de exteriorização do controle parlamentar são explicitadas por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de...*, p. 806-809.

¹⁰² “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...)”.

mais eficiente e legítimo. Como efeito, temos uma reafirmação da dita independência, a qual não é absoluta.

Quanto ao Executivo, este exerce de certa forma um controle sobre o ente regulador que se traduz na escolha dos dirigentes da agência, embora não haja uma fiscalização direta por parte do mesmo.

No que se refere às agências reguladoras, temos que no que quanto aos controles parlamentar e pelo Tribunal de Contas sobre a mesma, não existem diferenças periclitantes, não sendo necessária uma análise detida de cada um. Mesmo assim, podemos citar alguns detalhes.

Segundo JUSTEN FILHO, o controle parlamentar sobre as agências reguladoras

“Pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência (...) Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas”¹⁰³.

Assim, vemos que a exclusividade no exercício da atividade reguladora em determinado setor e a independência do ente regulador não afastam a necessidade de prestar contas ao Parlamento¹⁰⁴. Este não somente fiscaliza o aspecto orçamentário como também fatores de cunho técnico. Acrescente-se, ainda, o fato de a nomeação dos diretores dever passar pelo crivo do Poder Legislativo e este ter o poder de criar e extinguir as agências, o que consubstancia um controle.

¹⁰³ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 588.

¹⁰⁴ Quanto ao controle parlamentar sobre as agências reguladoras, bastante importante a seguinte obra: DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 18, p. 13-20, mar./abr. 2003. Segundo o autor, “só o Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite cotejar o acerto ou o desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade como um todo e diante de um cenário mais amplo, que é o do interesse nacional, inclusive a longo prazo” (p. 18).

No que toca ao controle pelo Tribunal de Contas, este incidirá mais fortemente em aspectos de gestão administrativa, não analisando aspectos de decisões regulatórias, tratando a agência como se fosse qualquer autarquia federal¹⁰⁵. Ater-se-á aos contornos contábeis, financeiros.

Falaremos agora sobre alguns modos de controle que se mostram bastante peculiares e importantes na seara das agências reguladoras. São eles o controle social e, finalmente o jurisdicional; este último, tema desta monografia.

5.2.1 A participação popular

A participação popular consiste em um meio bastante interessante na fiscalização dos órgãos reguladores, que se coloca como uma forma de controle social. Pode se dar por meio de participação direta de representantes da coletividade em órgão deliberativo e/ou órgão diretivo dos entes reguladores. Há, também, as consultas e audiências públicas, que possibilitam a manifestação dos particulares sobre a atividade regulatória, além da publicidade da mesma. Através destas, ocorre, ademais, a coleta de subsídios e informações¹⁰⁶.

Frise-se que devem poder participar de tal controle todos os pólos interessados na regulação. Seja o consumidor, ou os representantes da indústria regulada. Com isso, chegar-se-á em uma

“Atuação imediata da sociedade perante a agência, inclusive para institucionalização da produção processualizada de decisões. A participação permanente de determinados sujeitos assegura uma atuação congruente, dotada de racionalidade”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 589.

¹⁰⁶ CUÉLLAR, Leila. Quadro jurídico das agências..., p. 445.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 587. O autor acrescenta na mesma página que “a constituição de órgãos destinados a congregar os representantes da sociedade é instrumento relevante para o atendimento ao princípio constitucional do devido processo administrativo”.

Por último, há a figura do *ombudsman*, um defensor da comunidade. Este sujeito realiza além da interlocução entre comunidade e agência, uma fiscalização interna, recebendo queixas e reclamações acerca da atividade regulatória.

Há muita controvérsia a respeito do aspecto democrático que tal participação popular possa trazer ao interior das agências reguladoras, assunto que não será analisado neste trabalho¹⁰⁸.

5.3 O controle jurisdicional sobre o poder normativo das agências reguladoras.

Passamos agora ao ponto final e principal desta monografia. Consiste em tema que suscita muitas divergências doutrinárias, sendo sua análise bastante interessante.

Primeiramente, devemos asseverar que, de acordo com o artigo 5º, XXXV, da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Estamos diante do princípio da universalidade da jurisdição (jurisdição única). Portanto, é cediço na doutrina atual que o Judiciário pode exercer um controle sobre os atos da Administração Pública, independentemente de esgotamento da via administrativa, inclusive os das agências reguladoras, mesmo com seu maior grau de autonomia. Com isso, o poder normativo das mesmas pode ser alvo de fiscalização judicial.

Contudo, devemos frisar que, tendo em vista todas as peculiaridades atinentes aos órgãos reguladores, o controle sobre eles difere em relação ao resto da Administração, havendo exceções relevantes. Isso se dá principalmente por causa da base técnica utilizada pelas agências.

Quanto aos atos administrativos “convencionais”, ou seja, excluindo-se os dos entes reguladores, a doutrina tem se posicionado no sentido de um alargamento da análise de tais atos, sendo necessária a fiscalização de seus motivos, finalidades e causa, ou seja, o mérito do ato, além da matéria referente à

¹⁰⁸ Neste sentido, ver: MOREIRA, Egon Bockman. Agências reguladoras independentes, déficit...

competência, forma e licitude do objeto. Com isso, garantir-se-ia o respeito à lei, consolidando a ordem jurídica.

Em conseqüência, os atos discricionários sofrem uma relativização, a qual é bem tratada por BANDEIRA DE MELLO. Este diz que a discricionariedade tem caráter relativo “ainda, no sentido de que, por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consonante com a busca da *finalidade legal* em vista da qual foi atribuída a competência”¹⁰⁹.

Assim, a ordem jurídica deve ser respeitada quando da edição de um ato discricionário, por mais que a lei que o tenha autorizado se valha de conceitos vagos e imprecisos. Sempre deve haver limites reconhecíveis a estes conceitos fluídos em que se baseia a discricionariedade do administrador, de forma que a circunscrição da liberdade administrativa se obtém a partir de trabalho interpretativo do administrador. Conseqüentemente,

“Se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o Atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso”¹¹⁰.

Com efeito, prega-se pelo controle do mérito administrativo, de forma a aumentar a esfera fiscalizatória sobre os atos administrativos, tendo em vista a evolução do direito, imbricada na racionalidade da atual Carta Magna, que se direciona no sentido de uma maior proteção ao administrado.

Todavia, boa parte da jurisprudência nacional tem ainda se posicionado em sentido contrário, aferindo que o mérito do ato administrativo discricionário é intocável, analisando somente as transgressões a textos legais¹¹¹.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de...*, p. 844.

¹¹⁰ *Idem*, p. 849.

¹¹¹ GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 888. Na mesma página, sobre a posição jurisprudencial brasileira, o autor aduz que “nos casos concretos em que suscitarem dúvidas acerca da decisão ideal adotada pela Administração Pública, e desde que esta se apresente como razoável e perfeitamente admissível, a mesma não poderá ser

Para sustentar esta posição mais fechada, faz-se uso da idéia antiga de separação dos poderes, a partir da qual não poderia haver ingerência de um poder sobre outro. Como já vimos anteriormente, esta posição já foi superada. Outro argumento seria no sentido de os magistrados serem desprovidos de mandato eletivo, faltando-lhes legitimidade democrática para analisar situações relacionadas ao interesse social¹¹². A partir deste posicionamento, o Poder Judiciário somente intervém no ato discricionário se este não for expressamente admissível, respeitando-se a escolha do administrador se estiver dentro das possibilidades abarcadas na lei.

Por derradeiro, vemos que nosso Judiciário, em grande parte, tem prezado de forma exclusiva à proteção do princípio da legalidade, não fazendo juízos sobre a oportunidade e conveniência do administrador. Nos vemos, então, diante de um controle restrito do Judiciário sobre os atos administrativos, embora a maior parte da doutrina e boa parte da jurisprudência sustentarem um controle mais amplo.

Após esta breve passagem sobre a sistemática do controle jurisdicional brasileiro sobre os atos administrativos discricionários¹¹³, passamos especificamente a este controle quanto ao poder normativo dos entes reguladores.

De antemão, repetimos que as agências estão também sujeitas ao controle jurisdicional, mas com algumas peculiaridades que se dão devido a sua estrutura e independência. Isto se dá pelo fato de o ato normativo editado pelo ente regulador, por mais que produza efeitos abstratos e gerais, é ainda um ato administrativo marcado pela discricionariedade¹¹⁴, devendo ele se seguir aqueles *standards* dispostos pela lei instituidora.

Com isso, acreditamos que em hipótese nenhuma pode o Judiciário ser afastado do controle sobre os atos normativos reguladores. Todavia, deve haver ponderação quando dessa atividade, a qual gera inúmeras controvérsias

atacada, pois corresponderá a uma opção de mérito compatível com a situação empírica, porque sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicanda”.

¹¹² MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 172.

¹¹³ Ressaltamos o termo “discricionário”, pois quanto aos atos vinculados não existem maiores controvérsias quanto ao seu controle. Devem eles se ater a exatamente o que a lei dispõe.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 590.

doutrinárias, que pairam sobre diversos aspectos, como os relativos à democracia e desfuncionalização das agências.

O ponto central da diferenciação entre o controle jurisdicional convencional e o incidente sobre os órgãos reguladores está principalmente no aparato técnico possuído pela agência para emitir decisões. Entendemos ser imprescindível um controle jurisdicional, ou seja, não pensamos que os entes em questão sejam imunes ao crivo do Judiciário. Contudo, este controle torna-se inviável em certas situações que demonstrem um alto caráter técnico-científico na feitura da decisão regulatória, tomando em conta que os magistrados não estão bem familiarizados com este conhecimento especializado. Com efeito, certas matérias devem possuir uma maior proteção contra o controle judiciário.

Em certas matérias a especialização técnica das agências é tão grande que se torna praticamente impossível a qualquer um que não tenha se aprofundado no estudo sua compreensão¹¹⁵. É por isso que deve haver cautela do magistrado quando da análise de questões técnico-científicas deste naipe.

Como consiste em ato discricionário, ou seja, a escolha pelo administrador de uma entre algumas possibilidades técnicas cabíveis em certo caso, se a opção da agência quando da edição da norma for cabível, ou melhor, compatível com aquele leque, não pode o Judiciário subjetivamente derrubar tal decisão fazendo prevalecer outra que entenda melhor. Se isto acontecesse, estar-se-ia colocando o Poder Judiciário no lugar da agência reguladora, o que é inconcebível, tendo em vista que o ente regulador foi criado de forma especializada, técnica e independente, tendo respaldo para proferir decisões de sua competência. Já o magistrado é visto de forma contrária. É provido de caráter genérico, sem especialização¹¹⁶. Pode se valer de peritos, mas estes também não são peritos exclusivamente no que concerne à área de atuação da agência. Portanto não haveria razão de ser para esta, se tivesse suas decisões normativas simplesmente substituídas pelo crivo jurisdicional. Bastaria bani-la do cenário jurídico nacional.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, p. 591.

¹¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras e entidades similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 374-412, 2006, p. 409.

Um argumento utilizado pelos que defendem um controle jurisdicional amplo é o da falta de legitimidade democrática do ente regulador. Ora, se tal se dá com as agências reguladoras, podemos questionar o Poder Judiciário no mesmo sentido. Não vemos nível democrático maior no interior dos Tribunais. Pelo contrário, as agências, por mais que ainda não tenham uma formação democrática plena, são providas de mecanismos que visam sua maior legitimidade, o que não se dá com o Judiciário. Existem meios de participação popular diversos, os quais podem ajudar nesta formação democrática, além de conhecimento específico dos assuntos regulados. Acrescente-se que o ente regulador é delineado com um alto grau de independência, prevenindo a ingerência de influências político-partidárias.

Por sua vez, o Poder Judiciário não dispõe de meios que tornem a atividade jurisdicional mais transparente, nem é especialista na matéria regulada. Pelo contrário, em muitas situações há grande questionamento acerca da legitimidade e idoneidade do Judiciário. Acrescente-se, ainda, que a atividade reguladora em maior vantagem em relação ao magistrado no que toca à celeridade. É fato que a atividade judicante tem sofrido enormes críticas por causa de sua morosidade. São anos e anos de espera para que se obtenha um provimento. Por sua vez, uma das características dos entes reguladores, além da especialização, é sua celeridade, sendo muito mais benéfica aos regulados, os quais não precisam esperar por um longo período para saber qual norma incidirá sobre o setor em que é interessado. É muito difícil ser a visão do juiz mais adequada que a do ente regulador.

Portanto, não há razão para que haja esta substituição da agência pelo Judiciário quando do trato de questões com fundo técnico amplo. Não é um requisito democrático indispensável este controle. Como vimos, não se dá uma elevação democrática com a substituição da decisão da agência pela do juiz. Estar-se-ia simplesmente mudando para um menos preparado e eficiente regulador, desfuncionalizando-se o órgão regulador, o qual não teria mais razão de ser. O juiz não pode ter um papel de suplente, entrando no lugar das agências.

Como afirmou RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR em um debate, este alargamento do controle jurisdicional é pura ideologia¹¹⁷.

Assim, vemos que o núcleo da decisão proferida pela agência deve ter uma proteção tendo em vista que é tomada a partir da escolha pelo administrador entre um das posições técnicas cabíveis. Assim, se escolher entre uma destas, não pode o Judiciário, substituir-se à autoridade administrativa. São raros os casos em que o ente regulador peca no que concerne à técnica. Se isto se der, o magistrado deve se valer de peritos de notória especialização para analisar a incorreção da decisão da agência, a qual deve não pôde ser aceita pelo Judiciário em face do conhecimento especializado ou das premissas afirmadas na atuação regulatória anterior da agência, como é o caso do seguimento das políticas-públicas por ela adotadas¹¹⁸.

Como bem explicita SANTOS DE ARAGÃO, “a lei criou uma entidade para definir a solução técnica para cada caso, solução essa que, desde que razoável, deve prevalecer e ser respeitada pelo Judiciário”¹¹⁹.

Pode se pensar que se está aqui a mitigar o sistema de freios e contrapesos. Como explicitamos em capítulo próprio, acreditamos que este deva prevalecer, dando nova feição à teoria da separação dos poderes, como ocorre no caso do poder regulamentar autônomo, permitindo que a atividade normativa seja exercida por outro que não o Legislativo. É exatamente o caso do poder normativo das agências. Todavia, no que diz respeito ao controle jurisdicional sobre o poder normativo destas, pensamos ser a participação do Judiciário de pouca utilidade quando do tratamento de questões bastante técnicas. Sua atuação tende a ser prejudicial ao setor regulado, pois não é provido dos instrumentos – já mencionados - de que se valem as agências para atuarem. Com isso, a atividade judicial deve ser de relativa auto-contenção¹²⁰.

¹¹⁷ Fala do autor no debate: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenador). Há um déficit democrático nas agências reguladoras?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, n. 5, p. 163-224, jan./mar. 2004, p. 210.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 592.

¹¹⁹ Opinião dada por Alexandre Santos de Aragão em debate contido no seguinte texto: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenador). Há um déficit democrático..., p. 208.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, Rio de Janeiro: Renovar, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002, p. 306.

VILLELA SOUTO aduz que,

“Distantes da realidade das operações cotidianas, os juízes podem falhar em apreciar a complexidade dos pontos, o que pode representar ordens inapropriadas e com a arrogância decorrente da independência; ademais, os juízes só podem agir quando os litigantes levam o caso ao Judiciário, e a decisão enfoca o que ocorreu no passado, e não as conseqüências do futuro”¹²¹.

Quando da realização do controle, o juiz deve, primeiramente, verificar se a atividade normativa/regulamentar da agência está dentro dos limites já acima citados quanto aos regulamentos. Primeiramente, verifica o juiz, se a norma editada não vai contra lei, ou seja, *contra legem*. Em seguida, verifica-se se o disposto está dentro dos limites dos *standards* dispostos na lei instituidora, por mais abstratos que sejam e se não limita a atividade econômica dos particulares. Checa-se, também, se o regulamento não possui efeitos retroativos, a não ser que gere benefícios ao particular.

Acrescente-se que o magistrado realiza também uma verificação quanto aos aspectos formais do ato, como sua forma, agente competente e ilicitude, ou seja, o procedimento de formação da norma.

Como já dito pouco acima, quanto ao núcleo de tais atos administrativos, acreditamos haver tratamento diferenciado daquele que ocorre com os atos administrativos convencionais. Assim, o controle do mérito não pode estar livre para qualquer verificação. O Judiciário deve agir com cautela, tendo consciência de que o ato foi expedido por órgão independente especializado, não sendo aconselhável a ingerência nos aspectos técnicos, a não ser que veja alguma irregularidade nestes. Não deve, portanto, interferir se a escolha técnico-científica autorizada pela lei instituidora for razoável, proporcional e eficiente¹²²¹²³ além de

¹²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras e entidades...*, p. 409.

¹²² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade técnica...*, p. 901.

tecnicamente correta, de forma a manter o máximo de eficiência na regulação, em sintonia com as transformações sociais e preservando interesses públicos.

Como exalta LUÍS ROBERTO BARROSO, segundo o princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88) não é possível afastar as decisões das agências reguladoras da apreciação judicial. Todavia, em relação aos entes reguladores é necessário que

“O Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, O Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente me relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”¹²⁴.

Assim, temos que quando da análise do mérito dos atos normativos expedidos pelos entes reguladores, deve o magistrado verificar se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Somente assim, seria facultado ao Judiciário incidir sobre a decisão do administrador, alterando por outra mais adequada ao caso. Não pode ele simplesmente fazer as vezes de regulador, agindo como se fosse suplente da agência. O trabalho desta deve ser protegido, de forma a consolidar sua independência e aspecto técnico, os quais são essenciais para sua existência. Com efeito, deve ser um controle que concretize os interesses coletivos, no sentido de que a lei seja respeitada, atribuindo legitimidade e eficiência ao ente regulador, por meio de uma interpretação que se volte para a conjuntura social atual. Desta forma, chegar-se-á à melhor regulação para determinado setor, além de se manter a independência

¹²³ Os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência já foram tratados detidamente me tópico próprio.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras, p. 127.

das agências, as quais poderão agir sem o receio de ter suas decisões alteradas ao alvedrio do Judiciário.

Em relação às formas de os indivíduos atacarem atos normativos dos órgãos reguladores, podem eles utilizar diversos meios processuais, dentre os quais o mandado de segurança individual ou coletivo, ação civil pública, ação popular, e o controle difuso de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não é possível a ação direta de inconstitucionalidade, pois consiste em ato normativo não-legislativo¹²⁵.

No deixamos de respeitar a opinião contrária a nossa, que apóia um controle bastante amplo dos atos em questão. Possui esta doutrina argumentos bastante interessantes, que merecem análise¹²⁶.

Por derradeiro, podemos concluir que o assunto referente ao controle jurisdicional sobre o poder normativo das agências reguladoras é bastante espinhoso, tendo em vista que envolve uma vasta gama de princípios e conceitos que, a partir de determinada interpretação, podem se lançar a favor ou contra um controle mais ou menos amplo. Neste trabalho, o entendimento é o de que não há dúvidas quanto à possibilidade do controle em pauta, Esta sempre existirá, sendo assegurada constitucionalmente. Entretanto, a amplitude de tal controle deve ser restringida, tendo em vista os diversos aspectos ligados aos entes reguladores e que já foram mencionados.

Acreditamos não ter exaurido a análise do tema, pois além de muito controverso, envolve uma infinidade de assuntos. Todavia, acreditamos ter fornecido o mínimo para que se tenha uma idéia clara do assunto.

Capítulo VI - Conclusão

A partir do que foi exposto ao longo desta monografia, podemos tirar algumas conclusões:

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 590.

¹²⁶ Dentre os que apóiam um controle mais amplo temos: Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Marcos Augusto Perez, Rafael Wallbach Schwind, entre outros.

1. As agências reguladoras brasileiras surgiram a partir de um cenário de Reforma do Estado, a partir do qual, houve sua diminuição. Deixou de ser o Estado-empresário, passando a ter papel de Estado Regulador. Assim, com diversas medidas dentre as quais o processo de privatização, o Estado deixa de realizar atividades econômicas de forma direta, salvo os monopólios legais, passando-as para as mãos da iniciativa privada. Em contrapartida, os setores econômicos passaram a ser regulados por entes independentes, denominados de agências reguladoras.

2. Em seguida, passou-se à análise e de alguns princípios e conceitos que seriam bastante relevantes para o desenrolar da monografia. Assim, analisamos o princípio da legalidade, mostrando que não vige mais sua concepção primária e mais rígida, devendo ser ele relativizado e flexibilizado. Esta flexibilização leva à sujeição do Poder Público ao ordenamento e seus valores como um todo e não somente à lei

Vimos também que o princípio da separação dos poderes, aperfeiçoado por Montesquieu é visto hoje de maneira mais aberta, não significando a pura e rígida separação dos poderes. Ocorre um sistema de checks-and-balances. Assim, além da função típica, cada Poder exerce atividades secundárias, atinentes a outros poderes. É o que ocorre com o Executivo, ao realizar atividade típica do Legislativo, qual seja, a normativa, por meio de seus regulamentos.

Outros princípios brevemente esmiuçados foram os da eficiência, da proporcionalidade e o da razoabilidade, essenciais quando do estudo do controle sobre o poder normativo dos entes reguladores.

3. Passou-se, assim, ao estudo das principais características atinentes às agências reguladoras. Vimos suas atribuições, sua natureza jurídica de autarquia especial e sua independência, esmiuçando-a em diversos matizes, dentre os quais, a independência funcional, orgânica, funcional, administrativa e financeira. Na primeira, estudamos, dentre outros aspectos, a garantia da impossibilidade de

demissão *ad nutum* dos dirigentes da entidade reguladora, a qual garante sua maior autonomia.

4. Em seguida, entramos no aspecto do poder normativo dos entes reguladores, com o intuito de fundamentá-lo. Para isso, refutamos a idéia de que o poder normativo se baseia em delegação por parte do Legislativo, pois esta é algo temporário, além de abranger matérias específicas, o que inviabiliza a atividade do ente regulador.

Com isso atribuímos como base do poder normativo das agências reguladoras o poder regulamentar da Administração Pública, demonstrando que não somente o Chefe do Executivo possui esta competência. Acrescentamos que não se pode restringir os regulamentos àqueles de execução, devendo ser ampliada este seu campo de incidência. Isto, claro, dentro de vários limites, dentre os quais, não ir contra texto legal, respeitar o standard que o introduziu, com sujeição ao crivo jurisdicional. Esta idéia está fundada principalmente na idéia de o poder regulamentar amplo, ou autônomo ser inerente à existência do Executivo e mais especificamente dos órgãos reguladores, ou seja, uma competência implícita (capacidade normativa de conjuntura), de forma a tornar a atividade administrativa cada vez mais eficiente e em conformidade com a realidade social.

5. Em decorrência desta análise, fez-se necessário o estudo de aspectos como a relação deste poder regulamentar com o princípio da legalidade. A partir de argumentos anteriormente expostos, mostramos que este não é abalado com o advento do regulamento autônomo, pois a Administração Pública, tendo em vista a flexibilização de tal princípio, não está submetida estritamente à lei, mais ao Direito como um todo, ou seja, ao ordenamento jurídico.

6. Assim, estudamos mais especificamente o poder regulamentar no interior das agências e passamos à análise da discricionariedade e discricionariedade técnica, assuntos muito importantes quando do controle dos atos normativos reguladores. Mostramos o caráter técnico dos atos das agências, o qual vêm a dá-

las uma maior legitimidade, autonomia e segurança em relação a controles como o jurisdicional.

7. Após este arcabouço teórico, passamos ao estudo das formas de controle incidentes sobre a Administração, os quais dividem-se em internos e externos. Estes, por sua vez, ramificam-se em controle parlamentar, controle pelo Tribunal de Contas e Controle Jurisdicional, além da participação popular.

8. Tal enfoque permitiu a passagem para a última e mais importante parte desta monografia, na qual tratamos do controle jurisdicional sobre o poder normativo dos entes reguladores. Vimos aqui que este estará sempre presente, tendo em vista o princípio constitucional da inafastabilidade do acesso o Judiciário. Todavia, elencamos algumas limitações a esta fiscalização, principalmente no que tange ao mérito do ato normativo, o qual, tendo em vista aspectos técnico-científicos bastante específicos e características atinentes às agências reguladoras, não podem ficar ao alvedrio do Judiciário, como se este fosse o próprio ente regulador,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 75-89, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

_____. Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Limites da Fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 25, p. 73-81, 1999.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 23, p. 65-68, 1998.

BRODBEKIER, Bruno. Poder Regulamentar da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 141-177, jul./set. 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 374-412, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 75-89, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, p. 25-73, 2006.

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

_____. Quadro jurídico das Agências Reguladoras Brasileiras. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coordenador). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 419-446, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 18, p. 13-20, mar./abr. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Sérgio. Agências reguladoras: do teórico ao concreto. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coordenador). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 713-726, 2004.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade na Regulação por Entidades Estatais Independentes. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, n. 6, p. 201-223, abr./jun. 2004.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade técnica e agências reguladoras. Uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (coordenadores). *Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, p. 869-907, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

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

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 72-98, 2000.

_____. (coordenador). Há um déficit democrático nas agências reguladoras?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, n. 5, p. 163-224, jan./mar. 2004, p. 210.

MAZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 99-139, 2002.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3. ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva.

MORAES, Alexandre de (organizador). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 218, p. 93-112, out./dez. 1999.

_____. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003.

_____. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 173-220, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 215, p. 71-83, jan./mar. 1999.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (coordenadores). *Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, p. 869-907, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, n. 5, p. 59-66, 2000, p. 60.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 227, p. 339-347, jan./mar. 2002.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, n. 8, p. 231-251, out./dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abril de 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Agências Reguladoras. *Revista de direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 216, p. 125 - 162, abr./jun. 1999.

_____. Agências reguladoras e entidades similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 374-412, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 17-38, 2002.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coordenador). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 419-446, 2004.