

A EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Mauricio Oliveira Ferrão¹
Magali Regina Fuck Negosek²

SUMÁRIO

Introdução; 1. Agências reguladoras; 1.1 Definição; 1.2 Histórico e Direito Comparado; 2. Normas editadas pelas agências reguladoras; 2.1 Controle da legalidade e constitucionalidade das normas editadas pelas agências reguladoras; 2.1.1 O poder normativo das agências reguladoras frente à supervisão ministerial; 2.2 O poder normativo das Agências Reguladoras frente aos princípios da legalidade e da reserva legal; 2.3 A competência normativa das agências reguladoras como deslegalização do direito; Considerações finais; Referência das fontes citadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a natureza das autarquias denominadas “agências reguladoras”, bem como o alcance e legitimidade das normas que produzem. Estas são pessoas jurídicas de Direito Público, responsáveis pela regulação de atividade econômica, com maior autonomia frente ao Poder Executivo, caracterizada especialmente pelo mandato fixo de seus dirigentes. O controle da legalidade e da constitucionalidade de seus atos é realizada *a posteriori* pelos três Poderes. A supervisão ministerial destas entidades é parcialmente limitada em face de sua maior autonomia. Suas normas não podem ir além ou contra a lei que os legitima, sob pena de ferir o princípio constitucional da legalidade. Fazem parte de um movimento de deslegalização do direito, que visa regulamentar com mais agilidade determinados fatos da realidade social que pedem uma resposta mais rápida do Estado do que aquela que ele pode dar através do moroso processo legislativo.

Palavras-chave: Agência Reguladora. Normas Infralegais. Regulação.

INTRODUÇÃO

¹ Servidor da Agência Nacional de Transportes Terrestres, lotado no cargo de Técnico em Regulação de Serviços de Transportes Terrestres, bacharelando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. e-mail: mauricio.ferrao@antt.gov.br.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. e-mail: magali.adv@terra.com.br.

O crescente número de normas editadas pelas agências reguladoras brasileiras atinge o mercado que regulam, criam direitos e obrigações para os entes regulados e, por vezes, inovam em matéria de direito.

Dada esta situação, faz-se útil e benéfico para a sociedade em geral saber com clareza os limites, até onde, uma agência reguladora pode estender seu poder normativo sem ferir o princípio constitucional da legalidade e sem usurpar a função legislativa do poder competente.

A questão do alcance das resoluções das agências reguladoras não foi ainda pacificada pela jurisprudência, havendo ações neste sentido carecendo de sentença no Supremo Tribunal Federal.

Traz-se o entendimento da Advocacia Geral da União, que editou parecer relevante com força vinculante no âmbito do Poder Executivo Federal a respeito da questão.

Traz ainda o artigo alguns esforços dos doutrinadores para harmonizar estes institutos com nossa ordem jurídica, visto que o conceito de agências reguladoras foi trazido do direito estrangeiro.

Na primeira parte deste Artigo procura-se estudar as agências reguladoras em si, definindo-as juridicamente, para em seguida trazer um histórico do instituto nos ordenamentos estrangeiros e o contexto histórico em que surgiram em nosso país.

Tendo uma definição clara do instituto em si, na segunda parte procura-se discutir a natureza e o alcance das normas produzidas pelas agências reguladoras, localizando-as dentro de nossa pirâmide normativa. Explora-se também as formas de controle de constitucionalidade e legalidade destas normas por parte dos três Poderes da União.

Em seguida busca-se confrontar o instituto com os princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal, harmonizando as normas reguladoras com a supremacia da lei. Enfim, foi exposto como tal produção normativa faz parte de um processo que a doutrina batizou de *deslegalização do direito*.

Desta forma procura-se englobar no escopo deste artigo as principais dificuldades jurídicas referentes ao assunto que foram suscitadas pela doutrina e

pelo Poder Judiciário até o momento sobre a questão, propondo possíveis soluções. Não são mencionadas discussões precipuamente do campo de estudo da Economia ou de outros campos do conhecimento que não o jurídico.

O objetivo institucional da pesquisa é desenvolver artigo científico – trabalho de iniciação científica (TIC), como requisito parcial para conclusão do curso de graduação em Direito.

Para o desenvolvimento da pesquisa utiliza-se o método indutivo como base lógica e o cartesiano na fase de tratamento dos dados colhidos.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1. Definição

Antes de estudar as normas produzidas pelas agências reguladoras, faz-se necessário definir do que se tratam estas pessoas jurídicas, para que se possa estudar a finalidade, competência e motivação dos seus atos dentro das suas competências e natureza jurídica.

Justen Filho define uma agência reguladora como: “[...] autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial”.³

As autarquias não são novidade em nossa ordem jurídica, sendo definidas pelo Decreto Lei nº 200, de 1967, como “[...] serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.⁴

A autonomia é, portanto, elemento fundamental de todas as Autarquias. O mencionado regime especial refere-se a uma ainda *maior* autonomia e independência em relação à Administração direta.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 475.

⁴ BRASIL, **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 29. out. 2012.

Esta autonomia *especial* externaliza-se de várias formas, e não de maneira totalmente homogênea entre todas as Agências Reguladoras, mas sempre com o objetivo de lhes prover independência em relação à Administração Direta, permitindo que, com menor interferência política em seus atos, estes possam ser pautados em critérios técnicos.

Por último, Justen Filho pontua que as Agências reguladoras caracterizam-se por terem competência para a regulação setorial, ou seja, “[...] o poder de editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos num setor econômico”.⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca ainda que as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, por isso são titulares de direitos públicos, ao contrário de outros órgãos públicos, como as sociedades de economia mista e empresas públicas, que são pessoas de direito privado.⁶

O professor Bandeira de Mello, pesquisando os elementos que constituem o chamado regime especial na legislação criadora destas agências, aponta ainda que na verdade a maior parte destas características, quais sejam, a autonomia administrativa, financeira, funcional, patrimonial e da gestão de recursos humanos, autonomia de decisões técnicas, ausência de subordinação hierárquica, são “elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade nenhuma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres”⁷. Conclui então o doutrinador que o único elemento “[...] realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas[...]”⁸.

Embora a exclusividade apenas desta característica, entende-se que seria suficiente para justificar e chamar o regime próprio das agências de *especial*, já que

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 475.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 153.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 2006. p. 153.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2006. p. 153.

nem mesmo os Ministros de Estado gozam de prerrogativa tão relevante. As outras características, embora comuns a todas as autarquias, sua exacerbação em relação as agências reguladoras não deixa de ser relevante e, de certa forma, único delas.

1.2 Histórico e Direito Comparado

O modelo de agências reguladoras independentes foi importado dos Estados Unidos da América, onde esta instituição ganhou destaque a partir do programa de governo chamado *new deal*, na década de 1930, quando o governo local migrou sua política econômica de um modelo liberal para uma economia com maior intervenção estatal. Esta foi uma resposta à crise econômica de 1929, a qual o Presidente Franklin Delano Roosevelt atribuiu ao liberalismo.

Já no Brasil, ao contrário, a chegada do instituto se deu em momento em que buscava-se uma participação menor do Estado na economia: a década de 1990, momento em que nossa política econômica migrou para o chamado modelo *neoliberal*, com o Programa Nacional de Desestatização, com o qual buscou-se migrar de um modelo com forte intervenção e participação direta do Estado na economia nacional para um modelo que permitisse uma maior abertura de mercado.

Ao mesmo tempo, porém, em que o Brasil abria sua economia, evitou-se entregar setores econômicos à simples liberalidade do mercado, optando-se pelo modelo do Estado Regulador. Neste modelo o Estado abandona a prestação direta de serviços públicos, entregando-os a agentes privados, no entanto mantendo para si prerrogativas normativas que lhe permitam intervir no mercado regulado, direcionando-o para propósitos específicos. Não cabe à este artigo questionar a eficiência desta ideia sob a perspectiva econômica, mas sim a sua harmonização com o restante de nosso sistema jurídico.⁹

O Programa Nacional de Desestatização foi instituído Lei nº 8.031/1990, desde então foram criadas as seguintes agências reguladoras federais: a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, ambas pela Lei 9.472/1997; a Agência Nacional do Petróleo - ANP, pela

⁹ DANELON, Eduardo Corte. **Agências reguladoras: poder normativo e legitimidade**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/35831>>. Acesso em: 29 out. 2012.

Lei 9.478/1997; a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, pela Lei 9.961/2000; a Agência Nacional das Águas - ANA, pela Lei 9.984/2000, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, pela Lei 9.782/1999, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, ambas pela Lei 10.233/2001, a Agência Nacional de Cinema - ANCINE, pela Medida Provisória nº 2228-1/2001 e, finalmente, a Agência Nacional da Aviação Civil - ANAC, pela Lei 11.182/2005. Cabe citar ainda o caso do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, que atualmente aguarda possível transformação em Agência Reguladora do setor de exploração mineral, através da Proposta de emenda à Constituição - PEC 433/2009.

Justen Filho¹⁰ considera que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, bem como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE também são Agências Reguladoras, pois, embora não sejam assim denominadas, as suas estruturas, prerrogativas e competências são da mesma natureza, embora estes institutos tenham sido criados em um tempo onde o conceito de Agência Reguladora ainda não existia em nosso direito.

Semelhante a nós, na Europa tal instituto foi importando e largamente difundido, mas como assinala Eduardo Corte Danelon¹¹ quando de seu estudo, a experiência europeia é de uma importância diminuta para efeitos de comparação com o Brasil:

[...] Não se poder procurar inspiração, por exemplo, na experiência europeia, uma vez que são pouquíssimos os Estados europeus com regime presidencialista, tais como o Chipre ou a Bielorrússia. E, por óbvio, estes não tiveram a mesma influência em nosso sistema jurídico que França, Itália e Alemanha, por exemplo, tiveram. Ora, num regime parlamentarista a competência de Chefe de Governo se concentra no Primeiro-Ministro, que, de regra, é nomeado pelo Chefe de Estado, mas somente após adquirir a confiança do Parlamento. Por maior autonomia que uma agência reguladora tenha, ela estará ligada intimamente ao Poder Legislativo neste regime.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 476.

¹¹ DANELON, Eduardo Corte. **Agências reguladoras: poder normativo e legitimidade**. p. 40-41.

Em verdade, só há uma única referência possível no direito comparado a ser feito com relação à competência delegada em um país de regime presidencialista: os Estados Unidos. É no direito norte-americano que se deu origem à instituição da *agency* e é justamente neste país onde as agências reguladoras detêm poder normativo similar ao Legislador tanto sob uma ótica quantitativa quanto qualitativa.

Ainda, por nosso modelo de agências reguladoras independentes ter sido importado dos Estados Unidos da América, é que fazem-se necessárias as devidas adaptações para as peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, de tradição romano-germânica, muito diferente daquela do direito estadunidense, fundado na *common law*.

2 NORMAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

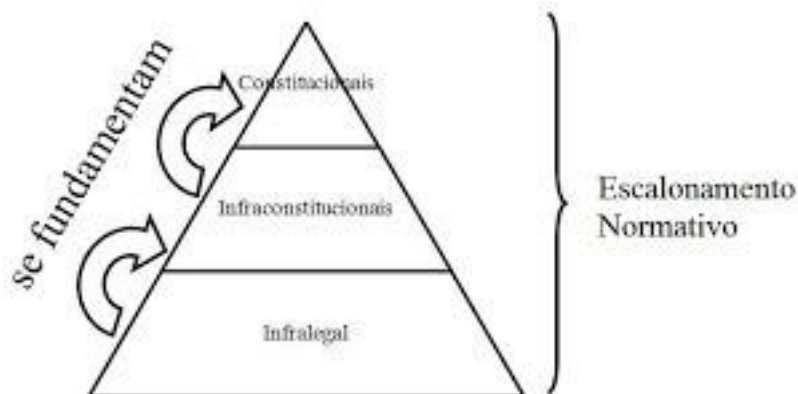
Desde sua criação, a produção normativa das Agências Reguladoras tornou-se extensa a ponto de superar a produção legislativa do Congresso Nacional, inflando consideravelmente nosso ordenamento jurídico.

2.1 Controle da legalidade e constitucionalidade das normas editadas pelas agências reguladoras

Importante destacar, a observação de Luiz Eduardo Diniz Araújo¹², sobre a inexistência de um efetivo controle de legalidade dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras nos moldes do controle de constitucionalidade ao qual são submetidas as leis produzidas pelo Congresso Nacional.

¹²ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1980, 2 dez. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12029>. Acesso em: 22 out. 2012.

Tal comparação feita por Araújo evidencia uma equivalência lógica, ao menos do ponto de vista kelseniano, entre a lei e a constituição e entre os regulamentos infralegais e a lei, assim representado por Luara¹³



Em se tratando do controle de constitucionalidade de leis, há um controle *prévio* por parte dos três poderes: o Legislativo, através de suas comissões de constituição e justiça, o Executivo através do poder de veto dos projetos de lei, e ainda o Judiciário, que por meio de Mandado de Segurança, pode interromper o curso do processo legislativo de projeto de lei que julgue inconstitucional¹⁴. Todos estes remédios tem o objetivo de excluir leis inconstitucionais do ordenamento antes mesmo que elas existam.

Já no âmbito da produção normativa das agências reguladoras é prática a realização de audiências públicas consultivas sobre o conteúdo das normas, embora tais audiências não sejam obrigatórias, cabendo a sua realização e a sua forma a ser decidida por cada agência. Assim, é possível que o mercado regulado seja surpreendido com decisões sem ter tido tempo hábil para preparar-se para elas, vide

¹³LUARA, Jhébica. **STF acima da pirâmide normativa?** Blogspot. Disponível em: <<http://direitocomjhessica.blogspot.com.br/2011/06/stf-acima-da-piramide-normativa.html>> Acesso em 29 out. 2012.

¹⁴LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166.

o caso das renovações de concessões de energia elétrica promovidas pela ANEEL em outubro de 2012.¹⁵

Já o controle posterior a edição das normas pelas agências reguladoras é exercido pelo poder Legislativo, que pode anular estes atos, como a qualquer ato do executivo, por meio de decreto legislativo, em caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Todos os atos destas autarquias são passíveis ainda de revisão pelo Poder Judiciário, como não poderia deixar de ser, por força do art. 5º, XXXV da Carta Magna. Já a revisão dos atos destas agências pelo Poder Executivo será tratada separadamente no subtítulo próprio, dado seu maior debate.

2.1.1 O poder normativo das agências reguladoras frente à supervisão ministerial

Dada a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal delimitando a capacidade do Poder Executivo de revisar os atos das agências reguladoras independentes, vamos nos ater ao importante Parecer AGU nº AC-51, de 12 de junho de 2006, este, vale lembrar, com força vinculante para toda a Administração Federal. Tratava-se na ocasião da competência do Ministério dos Transportes para conhecer de recurso interposto contra decisão do colegiado da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

Procurou a Advocacia Geral da União harmonizar a autonomia conferida às agências reguladoras, com as prerrogativas de supervisão dos órgãos superiores, estas advindas do art. 19 do Decreto Lei nº 200:¹⁶

Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

¹⁵VALOR ECONÔMICO. **Para fundo britânico, renovação de concessões foi um retrocesso**. Portal ClippingMP. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/10/16/para-fundo-britanico-renovacao-de-concessoes-foi-um-retrocesso>> . Acesso em: 29 out. 2012.

¹⁶BRASIL, **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**.

E, principalmente, com os dispositivos constitucionais pertinentes:¹⁷

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência... (Redação dada pela EC nº 19/98)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; [...].

Art. 87. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência...;

Este órgão termina, harmonizando os dispositivos legais assim:¹⁸

[...] tem-se que as conclusões até aqui adotadas poderão ser utilizadas como norte em cada situação de conflito que vier a ocorrer entre essas instituições, sendo, em resumo, as seguintes:

- estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta;
- excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

Assim, entendemos pelo parecer da AGU que quando a Agência Reguladora expede atos vinculados a sua função reguladora, como a revisão tarifária recentemente realizada pela ANEEL, já citada, a Agência encontra-se resguardada em sua autonomia especial, mas quando pratica atos administrativos que não são

¹⁷BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29. Out. 2012.

¹⁸ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO . **Parecer nº AC – 051 de 12 de junho de 2006**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=>> . Acesso em: 29 out.2012.

diretamente ligados a sua função reguladora, as agências são, como qualquer autarquia, sujeitas à supervisão dos órgãos superiores, pelos quais entende-se o Ministério ao qual a agência é vinculada, bem como o Presidente da República.

Desta forma, concordamos com Eduardo Corte Danelon¹⁹, quando conclui que: “Melhor seria se, em questões como estas, houvesse obrigatoriedade de uma audiência ou consulta públicas. E, de preferência, com um rigor mais acentuado, como ocorre nos Estados Unidos, berço das Agências Reguladoras”.

Entende-se que tais audiências não só servem para que a agência tenha a opinião dos entes regulados, como para que o mercado saiba de antemão sobre o que o ente regulador pretende normatizar, tendo tempo hábil para preparar-se para as eventuais mudanças no setor econômico.

2.2 O poder normativo das Agências Reguladoras frente aos princípios da legalidade e da reserva legal.

O princípio da legalidade é consolidado em nosso ordenamento pelo art. 5º, II, da Lei Maior²⁰, mas encontra respaldo em documentos muito mais antigos e de elevada consideração entre os juristas, como o artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene.*”²¹

O princípio da legalidade, sob a ótica da teoria das gerações de direitos constitucionais, constitui-se em direito de primeira geração, ou seja, visa proteger a liberdade do indivíduo, baseando-se em ideais iluministas que contrapunham-se aos então vigentes regimes Absolutistas da Europa, onde o indivíduo encontrava-se completamente vulnerável às vontades do monarca.

¹⁹DANELON, Eduardo Corte. **Agências Reguladoras: poder normativo e legitimidade**.

²⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²¹CONSEJO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FRANCESA. **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf> . Acesso em: 29 out.2012.

Ao mesmo tempo, o Estado só pode fazer aqui que a lei expressamente lhe permita, o que chamamos de princípio da reserva legal.

Dado o princípio constitucional, observamos que os regulamentos expedidos pelas agências reguladoras, bem como toda norma infralegal, não podem ser, nos termos de Stassinopoulos “*contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*”²²

2.3 A competência normativa das agências reguladoras como deslegalização do direito

A não-pormenorização de certos assuntos dentro do corpo da lei, deixando para que sejam regulamentados posteriormente pelo executivo através de regramentos infralegais é uma medida para assegurar que a lei não torne-se obsoleta ou inadequada para o fim a que se destina devido a mutabilidade da sociedade, esta nem sempre acompanhada pela lentidão do complexo processo legislativo.

Desta forma o art. 84, IV da Constituição Federal confere ao Presidente da República exclusivamente, o dever-poder de: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. De toda forma, quando falamos da possibilidade de outros órgãos que não o Chefe do Executivo exerçam tal prerrogativa, encontramos divergências.

Marcio Sampaio Mesquita²³ Martins identifica quatro correntes doutrinárias a respeito da questão:

- a) A primeira corrente é composta pelos que defendem que as agências reguladoras exercem suas atribuições de ordem normativa, por meio de uma descentralização do exercício da competência regulamentar do Presidente da República (art. 84, IV, da CF/88).

²²STASSINOPOULOS in MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 98.

²³MARTINS, Márcio Sampaio Mesquita. **A legitimidade da criação normativa das agências reguladoras**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8867>. Acesso em out 2012.

Assim, o fato do constituinte ter atribuído ao Chefe de Estado a função de regulamentar as leis não significa que está proibida a possibilidade de desconcentração ou descentralização do exercício deste poder.

[...]

b) a segunda corrente doutrinária entende que a competência de regulamentar as leis é atribuição privativa do Presidente da República, não podendo as agências exercerem a função reguladora com base neste poder-dever, mas apenas editar atos normativos terciários (resoluções, portarias), subordinados aos regulamentos, com aplicação limitada ao âmbito interno da agência, bem como àqueles que possuam *vínculo especial de sujeição* para com a Administração.

[...]

c) A terceira corrente defende a tese de que apenas as agências com expressa previsão constitucional, quais sejam, a ANATEL e a ANP, teriam competência normativa abstrata, em função da aplicação da *teoria dos poderes implícitos*.

[...]

d) a quarta e última corrente a ser mencionada defende a possibilidade de exercício de função normativa pelas agências a partir da distinção entre regulação e regulamentação, o que requer o conhecimento do que se convencionou denominar de *teoria da deslegalização*.

Sem adentrar a pormenores, vamos descartar a primeira corrente, visto que parece exigir uma hermenêutica um tanto insegura, já que o *caput* do art. 84 da Constituição Federal não permite outra interpretação que não a da competência exclusiva do Presidente da República para as situações elencadas em seus incisos.

Já a terceira corrente foi citada no Parecer da Advocacia Geral da União²⁴ já mencionado, e foi desacreditada por este órgão, nos termos seguintes:

46. Apenas para argumentar, partindo do pressuposto de que essa premissa seja verdadeira, e que esse seria um fator de discrimen válido, legitimando a criação de dois tipos de agências reguladoras, um deles dotado de maior autonomia para suas decisões regulatórias, tem-se que a legislação ordinária não estaria refletindo essa realidade, porque a legislação da ANP não possui previsão expressa nesse sentido, mas somente a da ANATEL, sendo que a ANVISA, a ANS e a ANAC também a possuem, mas, a princípio, não teriam lastro constitucional para tanto. De qualquer forma, com a devida vênia, essa premissa sequer pode ser sustentada à luz da Constituição, considerando ainda o disposto no seu artigo 174:

²⁴ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer nº AC – 051 de 12 de junho de 2006**.

Constituição

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.

47. Ainda que a exploração das telecomunicações e do petróleo necessariamente deva ser regulada por órgãos criados especificamente para esse fim, a Carta de 1988 possui previsão genérica para que o Estado atue como agente regulador de outras atividades econômicas, definidas em lei, o que respalda a criação de órgãos reguladores em outros setores com a mesma finalidade e, inclusive, com as mesmas características daqueles.

48. Ademais, a Constituição não define esses órgãos reguladores, não trazendo qualquer previsão quanto ao modelo a ser adotado, o que, a princípio, admitiria que fossem constituídos como órgãos da Administração direta, ou como entidades da indireta, não fazendo menção às agências reguladoras e nem mesmo a autarquias em regime especial.

A segunda corrente se mostra mais coerente com a Constituição, mas ainda peca por confundir a atividade de regulamentação de leis com a atividade de regulação de atividade econômica.

Assim, filiamo-nos à quarta e última corrente, pois se entende que a atividade exclusiva do Presidente da República em regulamentar as leis que sanciona não se confunde com a função, agora não do Presidente, ou sequer do Executivo, mas do *Estado*, como um todo, de atuar como regulador de atividade econômica, na forma da lei. Esta é a interpretação que extraímos do caput do art. 174 da CRFB.

Sendo atividade do Estado, não se vê empecilho para que seja realizada por uma autarquia especializada e autônoma, se assim for do desejo do Estado e desde que este seja consolidado *na forma de lei*, conforme ordem constitucional.

A situação de uma norma superior apenas traçar limites, e deixar para uma norma inferior regulamentar efetivamente uma matéria não é incomum em nosso sistema jurídico no que tange a relação entre normas jurídicas de hierarquia superior às que estamos tratando.

A classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia já tradicionalmente consolidada em nossa doutrina dividem-nas em *normas de eficácia*

plena, aquelas que desde o início da vigência da constituição já estão aptas a produzir os seus efeitos; em *normas de eficácia contida* aquelas que possuem eficácia imediata e direta, mas que pode ser restringida pelo legislador infraconstitucional (art. 5º, XIII); e, por fim, *normas de eficácia limitada*, que são aquelas que não produzem efeitos enquanto não for regulamentada infraconstitucionalmente.²⁵

Por este motivo torna-se necessário destacar que as normas de eficácia limitada, em que não produzem efeitos por si mesmos, foram criadas justamente para garantir parâmetros mínimos dos quais a lei não poderá afastar-se. Assim o constituinte diz que haverá proteção especial do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, *nos termos da lei* (art. 7º, XX da CRFB), mas não diz como a lei viabilizará tal proteção, embora imponha que ela exista.

Para Araújo²⁶, o contraste existente entre o sofisticado controle de constitucionalidade sobre as leis brasileiras, com o praticamente inexistente controle de legalidade dos regulamentos infralegais – principalmente no tocante à um controle prévio. Entende-se que tal contradição existe justamente porque ambas as situações tratam da mesma problemática: a adequação das normas hierarquicamente inferiores às normas superiores.

Visto que o atual sistema jurídico, aceita que a norma constitucional pode apenas definir parâmetros gerais, deixando para a lei regulamentar efetivamente o assunto, é intuitivo e lógico que a mesma relação seja possível entre as leis ordinárias e os regulamentos infralegais, se assim for da vontade do legislador.

Desta forma, alinha-se este entendimento sobre as agências reguladoras com o de Moreira Neto²⁷, o qual se entende muito adequado:

Pelo exercício da função reguladora, outorgada pelo Legislativo através da deslegalização parcial da matéria, de modo a que elas

²⁵LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. p. 135-138.

²⁶ARAÚJO. Luiz Eduardo Diniz. **O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/687>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15. ed. rev. refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 286.

possuam instituir um regramento sublegal, derivado e autônomo (função normativa) para o setor, além de geri-lo (função administrativa) e de arbitrar conflitos de interesses sob sua competência (função parajudicial).

Já Leopoldo Fontenele Teixeira²⁸ traz luz à questão diferenciando a regulamentação da regulação, definindo esta última como atividade de “[...] concretização de preceitos legais genéricos, assentada em critérios técnicos e na ponderação valorativa dos diversos interesses envolvidos, destinada a propiciar o equilíbrio do setor regulado”. A regulamentação é, no entanto, tida como “[...] atividade privativa do Chefe do Poder Executivo e consiste em possibilitar a fiel execução de uma lei, por meio de sua concretização, com base em critérios políticos e não, necessariamente, técnicos”.²⁹

Para Alexandre Santos de Aragão³⁰ (:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e generalidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação junto aos agentes econômicos e sociais implicados. [...] As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade [...] Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. O objetivo das leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato dos fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa.

Portanto, o Estado, visando cumprir o comando do *caput* do artigo 174 da CRFB/88, para que exerça a função regulatória de certos setores econômicos, e, ao mesmo tempo, percebendo o dinamismo próprio das atividades econômicas, preferiu

²⁸TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios**. 2008. Dissertação – Fundação Getúlio Vargas - FGV. Rio de Janeiro, 2008, p. 37.

²⁹TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios**. 2008, p. 37.

³⁰ARAGÃO, Alexandre Santos de in MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **A legitimidade da criação normativa das agências reguladoras..**

criar as leis com baixa densidade normativa, ou seja, apenas com comandos gerais, delegando a órgãos específicos a normatização mais pormenorizada destes assunto através de resoluções infralegais, fato que os doutrinadores citados convencionaram chamar de *deslegalização* do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, entende-se que as Agências reguladoras independentes, enquanto instituto importado de direito estrangeiro, como tantos outros, necessitam da adequada adaptação à nossa ordem jurídica, não se admitindo a simples cópia de instituto que não fora idealizado para nosso ordenamento.

Tais agências foram constituídas como autarquias especiais, sendo que esta especialidade refere-se principalmente ao mandato fixo de seus dirigentes, a competência para regular determinado setor da atividade econômica e uma maior autonomia em relação à Administração Direta.

A natureza das normas emanadas por estas agências são da natureza de norma infralegal, e deve respeitar os limites que o legislador lhes der, sob pena de ferir o princípio constitucional de legalidade. O poder normativo das agências reguladoras não compete ou usurpa função do Legislativo, pelo contrário, nesta deve fundar-se. Os Poderes Legislativo e Judiciário podem fiscalizar a sua atuação, anulando os atos que forem contra ou além do que lhe fora autorizado por lei, desta forma a supremacia do Poder Legislativo sempre deve prevalecer sobre os atos das agências.

Já o Poder Executivo vê razoavelmente limitado sua competência para rever os atos das agências em razão da maior autonomia de que elas dispõem, e que lhe foi conferida pelo próprio Executivo, já que é do desejo deste que, primeiramente, nasce a agência reguladora, através do encaminhamento do devido projeto de lei para o legislativo, que o aprova.

O exato alcance da atuação de cada agência reguladora deve ser estudado isoladamente, já que cada uma foi criada por um lei específica que definiu seu campo de atuação. O certo é seja qual for seus limites, serão aqueles que o Poder

FERRÃO, Maurício Oliveira; NEGOSK, Magali Regina Fuck. A Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 669-687, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

Legislativo lhes conferir, e que poderá sempre sustar seus atos através de Decreto Legislativo quando não estiverem de acordo com o que o legislador lhes atribuiu.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO . **Parecer nº AC - 051**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=> . Acesso em: 29 out.2012.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/687>>. Acesso em: 29 out. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 53. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29. out. 2012.

BRASIL, **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 29. Out. 2012.

DANELON, Eduardo Corte. **Agências reguladoras: poder normativo e legitimidade**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/35831>>. Acesso em: 29 out. 2012.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FRANCESA. **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf> . Acesso em: 29 out. 2012.

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

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUARA, Jhébica. **STF acima da pirâmide normativa?** Blogspot. Disponível em: <<http://direitocomjhessica.blogspot.com.br/2011/06/stf-acima-da-piramide-normativa.html>> Acesso em 29 out. 2012.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **A legitimidade da criação normativa das agências reguladoras**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011.

FERRÃO, Maurício Oliveira; NEGOSK, Magali Regina Fuck. A Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 669-687, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8867>. Acesso em out 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev. refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. 243 p.

TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios**. 2008. Dissertação – Fundação Getúlio Vargas - FGV. Rio de Janeiro, 2008, p. 37.

VALOR ECONÔMICO. **Para fundo britânico, renovação de concessões foi um retrocesso**. Portal ClippingMP. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/10/16/para-fundo-britanico-renovacao-de-concessoes-foi-um-retrocesso>> . Acesso em: 29 out. 2012.