



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Poder Normativo das Agências Reguladoras

Andréa Azevedo Moraes

Rio de Janeiro

2009

ANDREA AZEVEDO MORAES

O Poder Normativo das Agências Reguladoras

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Rio de Janeiro

2009

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Andréa Azevedo Moraes

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Veiga de Almeida

Resumo: Com a crise gerada pelo intervencionismo estatal exacerbado, que atingiu seu auge na década de 1980, fez-se necessária a substituição do Estado Social para o modelo de Estado Regulador. Nesse contexto, surgem as Agências Reguladoras, enfatizando-se o papel regulador do Estado sobre as atividades desempenhadas pelos particulares. No âmbito das funções desempenhadas por tais agências, a competência normativa é a mais expressiva e discutida em sede doutrinária e que, portanto, será o objeto do presente trabalho.

Palavras-chave: Agências Reguladoras, Poder Normativo, Legalidade

Sumário: Introdução. 1. Origem das Agências Reguladoras. 2. Características das Agências Reguladoras. 3. As atribuições normativas das Agências Reguladoras. 4. Teorias de Legitimação do Poder Normativo das Agências Reguladoras. 5. Posicionamento sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Busca-se, com o presente trabalho, trazer as questões relevantes concernentes à natureza jurídica do poder normativo atribuído às Agências Reguladoras.

Para tanto, será discutido o surgimento destas entidades no direito brasileiro, que se deu em razão da crise estabelecida no Brasil na década de 1980, em virtude do crescimento irrazoável do Estado Social, caracterizado pelo intervencionismo estatal na ordem econômica e social.

Também serão apresentadas as principais características das agências, quais sejam, autonomia política, técnica-decisional e financeira, além da concentração de funções públicas, que consistem em funções típicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em seguida, serão trazidas as principais teorias acerca do poder normativo das Agências Reguladoras, que divergem quanto ao fundamento de tal atribuição.

Neste particular, é importante ressaltar que não se pretende apresentar todas as correntes doutrinárias desenvolvidas a partir do poder normativo das agências, mas somente as que são consideradas mais relevantes, por serem tidas como ponto de partida para as demais teorias.

Com efeito, a multiplicidade de opiniões sobre o assunto é enorme, e a maior divergência não se encontra no campo da admissão ou negativa da função reguladora, mas na fundamentação para se atribuir este poder, o que torna ainda mais abrangente a discussão.

Em breve síntese, tem-se que para MOREIRA NETO, (2003) o poder normativo das agências possui natureza regulamentar, sendo objeto de delegação normativa, na espécie de deslegalização, devendo o regulamento respeitar os limites impostos pela lei delegante, exercendo discricionariedade puramente técnica.

De acordo com ARAGÃO, (2006) as normas editadas pelas agências também têm natureza regulamentar, entretanto, não configuram qualquer espécie de delegação legislativa, exercendo sua competência normativa, em regra, por meio de deslegalização, cujos efeitos extrapolam aqueles da teoria anterior.

Na visão de JUSTEN FILHO, (2002) o poder normativo das agências apresenta natureza regulamentar infralegal, semelhante àquela reconhecida ao Chefe do Poder Executivo, cujo caráter é secundário, acessório e dependente em relação à competência legiferante.

Para a autora DI PIETRO, (2003) o poder normativo das agências seria de natureza infra-regulamentar, ocupando posição hierárquica inferior aos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, devendo-lhes integral observância.

Parte-se, portanto, para o estudo da matéria, pretendendo-se, ao final, assumir um posicionamento com relação à divergência.

1. ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Pode-se afirmar que o surgimento das Agências Reguladoras no Brasil deu-se em consequência do processo de reforma do Estado, implementado a partir das últimas décadas do século XX, cujo objetivo era superar a crise econômico-financeira que se instalava no país. Era necessário, para tanto, redefinir o papel do Estado gerencial brasileiro nos diversos setores em que atuava.

Com efeito, a crise estabelecida no Brasil atingiu seu auge na década de 1980. Pode-se dizer que decorreu do crescimento irrazoável do Estado Social, caracterizado pelo intervencionismo estatal na ordem econômica e social, como instrumento para promoção do bem-estar comum. O Estado passou a assumir a responsabilidade por inúmeras atividades e serviços, ampliando a sua forma burocrática e os já elevados níveis de gastos públicos.

Neste contexto, pretendeu-se, principalmente a partir da década de 1990, a substituição do modelo de Estado empresário, também chamado de Estado prestador de serviços e Estado investidor, baseado em forte intervenção direta na economia, para o modelo de Estado Regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto.

O modelo de Estado Regulador caracteriza-se, preponderantemente, pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares. Neste modelo, o Estado deve atuar não mais como agente econômico, mas como árbitro das atividades privadas, o que não significa negar a responsabilidade do Estado pela promoção do bem-estar comum, mas, ao contrário, alterar os instrumentos para a sua realização.

Segundo DI PIETRO, (1990) ficaria a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias, como a segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia, entre outras. Já as atividades sociais, como a educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência, e as atividades econômicas (industriais, comerciais ou financeiras) devem ser regidas pelo princípio da

subsidiariedade. Em outros termos, com relação a estas últimas atividades, o Estados só deve exercê-las em caráter supletivo, quando a iniciativa privada for deficiente.

É neste novo contexto, com a adoção de medidas para diminuição da atuação estatal no domínio econômico, enfatizando-se o papel regulador do Estado em relação às atividades desempenhadas por particulares, que surgem as Agências Reguladoras.

2. CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob a forma de autarquias de regime especial, o que lhes garante, de um lado, a personalidade jurídica distinta do ente público, permitindo-lhes neutralidade, isolamento político, assim como os mecanismos necessários para melhor exercer suas funções de forma independente do governo.

De outro lado, o regime autárquico confere às agências a personalidade jurídica de direito público, o que lhes possibilita a intervenção indireta na economia, a fiscalização e a aplicação de sanções a particulares, expressões do poder de polícia, que somente poderiam ser realizadas por pessoa jurídica de direito público.

Ocorre que as agências reguladoras não são autarquias tradicionais, como as reguladas pelo Decreto-Lei nº 200/67, motivo pelo qual são chamadas de “especiais”, tendo em vista que

apresentam peculiaridades em seu regime jurídico, que serão, em seguida, separadamente tratadas, por serem aspectos caracterizadores e distintivos destas entidades.

Uma das principais características das Agências Reguladoras é a considerável autonomia que apresentam frente aos Poderes centrais do Estado e, em especial, frente à Administração Pública central. Neste ponto, cabe notar que não é qualquer autonomia que caracteriza tais agências, mas aquela reforçada que se reflete, sobretudo, em três aspectos.

O primeiro traço de autonomia, fundamental para a caracterização das agências reguladoras, é a independência política dos seus dirigentes, os quais são nomeados por termo fixo, mediante indicação do chefe do Poder Executivo, após aprovação do Poder Legislativo, gozando de estabilidade durante o mandato, e sendo vedada a exoneração *ad nutum* pelo presidente.

O segundo aspecto da autonomia reforçada das agências apresenta-se no campo técnico-decisional, uma vez que não cabe revisão pela Administração Central, seja pelo Conselho de políticas públicas do setor, pelo Ministro competente ou pelo Presidente da República, das decisões oriundas das entidades reguladoras.

Com efeito, nenhuma lei instituidora das agências contempla a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio, o que é imprescindível para a implementação do regime adotado, uma vez que a sua admissão tornaria inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. No mesmo sentido do texto, veja-se ARAGÃO, (2006, p. 349) para quem “O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes (...), restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade”.

Finalmente, quanto ao último aspecto concernente à autonomia reforçada das agências reguladoras, verifica-se que estas possuem independência gerencial, orçamentária e financeira. Com efeito, como qualquer outra autarquia, a lei lhes confere orçamento próprio, contudo, como traço distintivo de sua autonomia reforçada, as agências reguladoras ainda possuem receitas substanciais decorrentes da atividade que exercem.

Portanto, além das dotações orçamentárias, o legislador proporcionou às agências fontes de receitas próprias, que podem, especificamente, ser citados como as provenientes da (a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados, (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, (c) rendimentos de operações financeiras, (d) recursos proveniente de convênios, acordos ou contratos celebrados, (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhes forem destinados, e (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

Vistos os aspectos que caracterizam a autonomia reforçada das agências reguladoras, passa-se, em seguida, à apreciação do segundo atributo fundamental destas entidades, igualmente responsável para a sua caracterização como autarquia de regime especial: a concentração de funções públicas.

Pode-se afirmar que as Agências Reguladoras concentram funções típicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como decorrência necessária do regime de regulação, desafiando, neste sentido, as tradicionais formulações a respeito da separação de poderes.

Com efeito, tais entidades exercem funções administrativas típicas, decorrentes da parcela de poder de polícia que especificamente lhes são atribuídos. Neste contexto, as Agências Reguladoras exercem atividade fiscalizadora, assim como sancionatória.

No que tange à função de fiscalização destes entes, vê-se que todas as leis que os instituem prevêm o desempenho, por parte deles, de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação.

Assim, como decorrência natural da sua competência fiscalizatória, cabe às Agências Reguladoras aplicar sanções em virtude do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.

Além disso, as agências também exercem função julgadora, sendo-lhes atribuída, pela Lei n° 8.987/95, a competência para decidir administrativamente os conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente, a própria agência e os usuários. Ademais, é importante notar que as próprias leis específicas instituidoras das agências também prevêm a competência para realizar julgamentos, como, por exemplo, a Lei n° 9.427/96, em seu art.3º, inciso V.

Dentro deste contexto, deve-se observar a polêmica em torno da adoção da arbitragem para dirimir conflitos com os agentes econômicos regulados, posicionando-se, ARAGÃO, (2006) pela sua possibilidade, desde que com prévia autorização legal, requisito suprido, no âmbito das Agências Reguladoras de serviços públicos, pela Lei n° 9.987/95, art. 23, XV.

Segundo MOREIRA NETO, (2006, p. 38) a adoção da arbitragem reflete a tendência atual, representando um instrumento de “revalorização da consensualidade”, como uma alternativa frutífera à dependência paternalista das decisões do Estado, além de contribuir para solucionar a sobrecarga do Judiciário, e facilitar a inserção da vida econômica do país no contexto global.

Finalmente, no âmbito das funções públicas desempenhadas pelas Agências Reguladoras, apresenta fundamental destaque, compondo a mais expressiva das funções desempenhadas por estas entidades, a ampla competência normativa que lhes é atribuída.

Em virtude da grande relevância deste ponto para o desenvolvimento do presente trabalho, será dedicado um capítulo à parte para a análise desta função, examinando-se, em seguida, as quatro principais teorias que tratam do tema.

3. AS ATRIBUIÇÕES NORMATIVAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O poder normativo das Agências Reguladoras representa a função mais expressiva desempenhada por estas autarquias de regime especial, assim como o ponto mais controvertido acerca das suas competências.

Com efeito, as Agências Reguladoras são dotadas de amplo grau de autonomia normativa, produzindo normas de carácter abstrato e genérico, o que gera tensões decorrentes das vedações trazidas pelo princípio da legalidade e pela separação de poderes, os quais serão em seguida analisados.

Entretanto, apesar de todo o questionamento que envolve a referida matéria, a maior parte da doutrina não nega que a atribuição normativa é característica fundamental destas autarquias especiais, configurando idéia implícita à própria noção de agências reguladoras, as quais não teriam sentido de existir sem que pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências.

Após esta breve exposição, passa-se à polêmica acerca da detenção deste amplíssimo poder normativo pelas Agências Reguladoras.

Segundo BARROSO, (2003) a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das Agências Reguladoras diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade, que, embora passe por ampla reformulação, conforme analisa o emérito doutrinador, continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art.5, II, da Constituição.

Como se sabe, a legalidade sempre esteve intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica e à separação de poderes, tendo nascido do anseio popular de se estabelecer regras permanentes e válidas, que protegesse a população das condutas arbitrárias e imprevisíveis dos governantes.

Neste sentido, a lei, enquanto mecanismo de separação entre os poderes, trazia aos governados a certeza de que a autoridade agiria dentro da estrita conformidade com o direito estabelecido, e que nenhum mal lhes adviria do seu comportamento.

Ademais, a interpretação clássica do princípio da legalidade traz o caráter de legitimidade atribuído ao Poder Legislativo, tendo em vista que seus integrantes são representantes do povo, tendo por ele sido eleitos, sendo, portanto, o órgão responsável a produzir o diploma normativo.

Ocorre que, diante das necessidades impostas pela nova ordem, e com o intuito de adaptar a legalidade à atual distribuição de atuação dos três Poderes, a doutrina, sem negar o referido princípio, passou a mitigá-lo, construindo, em torno da tradicional legalidade, uma teorização que a desvirtua da sua função garantidora inicial.

Com a releitura, portanto, do princípio da legalidade, passou-se a diferenciar a reserva absoluta de lei e a reserva relativa. A primeira, nos ensinamentos do professor SILVA, (2001, p. 426) se verifica quando “a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal”.

Por outro lado, tem-se a reserva relativa de lei quando “a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da *lei*, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente”, complementando, em seguida, o professor SILVA, (2001, p. 427): “São, em verdade, hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisitos ou condições reservados à lei”.

Portanto, vê-se que, na reserva absoluta, o legislador esgota o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço para a discricionariedade do administrador que irá aplicá-la, enquanto que na reserva relativa de lei, admite-se a atuação subjetiva do aplicador da norma.

Já com relação à distinção entre reserva de lei formal e reserva de lei material, iniciada pela doutrina alemã e incorporada pela jurisprudência, ensina o professor BARROSO, (2003) que haverá reserva de lei formal quando determinada matéria tiver de ser tratada por ato do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição. Por outro lado os atos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei, denominam-se materialmente legislativos, como as medidas provisórias e as leis delegadas.

Apesar destas construções, cujo manifesto propósito é atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade que, inicialmente, era associado apenas aos atos expedidos pelo Poder Legislativo, permanece válida, no direito constitucional brasileiro, a concepção de

que é vedada a delegação de funções de um Poder a outro, fora das hipóteses constitucionais, como se observa do disposto no art. 25, da ADCT, sob pena de afronta à separação de poderes.

De outra forma, ainda que possível a delegação, esta não pode ser “em branco”, ou seja, desacompanhada de parâmetros e diretrizes obrigatórias. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, admitindo a delegação legislativa, desde que com a fixação de standards (STF, RE nº 264.289/CE).

É neste quadro, portanto, que se encontram as grandes dificuldades em se legitimar a ampla autonomia normativa concedidas às Agências Reguladoras, tendo em vista a tensão com o princípio da legalidade, que, apesar da sua flexibilização, permanece como norma válida e eficaz.

Neste contexto, diversas teorias, as quais serão individualmente expostas a seguir, buscam compatibilizar o poder normativo das agências com o princípio da legalidade. É preciso, contudo, ao analisá-las, procurar fixar limites dentro dos quais é legítima a flexibilização do referido princípio, sem que se perca a sua identidade.

4. TEORIAS DE LEGITIMAÇÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para MOREIRA NETO, (2003) o poder normativo das Agências Reguladoras possui natureza regulamentar, sendo objeto de delegação normativa, na espécie de deslegalização, devendo o regulamento editado pelas agências respeitar a lei delegante, exercendo discricionariedade puramente técnica, sem poderes de emissão de normas primárias.

Para alcançar a espécie de delegação normativa que hoje se emprega na função de regulação das agências, MOREIRA NETO, (2003) adota a seguinte classificação, que vislumbra três espécies: (a) a delegação receptícia, consistente na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas, previstas no art. 68, da CF; (b) delegação remissiva, quando há uma remessa pela lei a uma normatização ulterior que deverá ser elaborada pela administração, sem força de lei, dentro do quadro substantivo emoldurado pela lei remetente, que corresponde, no Direito Constitucional brasileiro, ao poder regulamentar, atribuído tradicional e privativamente ao chefe do Poder Executivo, visando à fiel execução da lei, nos termos do art. 84, IV, CF; e (c) deslegalização, que corresponde à “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei *domaine de la loi* passando-as ao domínio do regulamento *domaine de l’ordonnance*”.

De acordo com o professor MOREIRA NETO, (2003) é nesta última espécie de delegação normativa que se enquadra o poder de regulação das agências. Observa, neste sentido, que a lei de deslegalização não precisa penetrar na matéria a ser tratada, bastando abrir a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, que, obviamente, não serão elaboradas pelo Legislativo, apesar deste continuar a exercer sobre tais normas o controle político sobre eventuais exorbitâncias.

Ademais, argumenta que a deslegalização pelo Congresso Nacional, através de lei, como os dois outros tipos de delegação legislativa, está autorizada na Constituição Federal, pelo *caput* do art. 48, que lhe dá competência para dispor sobre todas as matérias de competência da União, com exceção das exclusividades expressamente previstas.

Assevera, ainda, MOREIRA NETO, (2003, p. 126) que a natureza da norma reguladora resultante de uma deslegalização é uma “norma de auto-regulação dirigida”, pois obedece a princípios e *standards* presentes na lei de deslegalização, que, como uma moldura de fins e valores, deve balizar a atividade normativa deslegalizada, a ser exercida pelo órgão regulador.

Reconhece, assim, que se deve respeitar os parâmetros formais e materiais estabelecidos pela norma delegante. Os primeiros definirão os limites procedimentais e temporais a serem observados pelas normas produzidas pelas agências, enquanto os segundos, a serem definidos pela discricionariedade técnica, estabelecerão o conteúdo das normas delegadas, importando eventual desrespeito a tais limites em invalidação da norma reguladora por usurpação de poder.

Do mesmo modo, a norma produzida pelas agências, em razão da delegação, é limitada, na ordem externa, ao sistema jurídico, devendo com este se harmonizar, não podendo haver qualquer contrariedade ao direito supra-ordenado, uma vez que este, por ser de maior hierarquia, sempre prevalecerá em prejuízo da norma infra-ordenada, que foi ilegitimamente imposta com abuso de poder.

Finalmente, com relação à reserva legal, argumenta o professor que há duas diferentes formas de atender à reserva legal. A primeira é configurada quando o legislador opta pela imposição direta de condutas. Já a segunda, acontece quando ele opta pela disposição direta

apenas de finalidades, que deverão ser detalhadas por uma fonte normativa derivada, através da deslegalização.

Portanto, entende o autor que a deslegalização não fere a reserva legal, sendo esta a espécie de delegação normativa pela qual é exercido o poder normativo das agências. Desta forma, a competência normativa destas entidades possui natureza regulamentar, devendo respeitar os limites impostos pela lei de deslegalização, assim como os limites externos do sistema jurídico. Por fim, ressalta o professor que a discricionariedade destas agências na elaboração de normas reguladoras é puramente técnica, não podendo invadir a seara político-administrativa.

De acordo com ARAGÃO, (2006) as normas editadas pelas agências reguladoras são regulamentos de execução, não configurando qualquer espécie de delegação legislativa, ao contrário do que entende o professor MOREIRA NETO, (2003). Segundo aquele autor, as agências exercem sua competência normativa por meio, em regra, da deslegalização, cujos efeitos extrapolam aqueles expostos na teoria anterior.

Segundo ARAGÃO, (2006) a descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, acrescendo o fato da competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

Neste ponto, defende o autor que a competência normativa para a expedição de regulamentos não é privativa do chefe do Poder Executivo, podendo ser atribuído, por lei, a outros órgãos ou entidades da administração direta ou indireta.

Além disso, com relação ao princípio da legalidade, entende ARAGÃO, (2006, p. 397) que a “vontade popular”, até hoje invocada para fundamentar a defesa da subordinação absoluta do administrador e do juiz à lei, deve ser relativizada, pois, independente de qual seja o Poder

ou a entidade emanadora, o importante é que as normas jurídicas respeitem o devido processo legal, e visem à realização dos valores constitucionais.

É nesta perspectiva que o autor acredita que deva ser abordado o poder normativo das agências reguladoras, entendendo que as normas editadas por estas entidades são espécies de regulamentos, mas preferindo, de início, não especificá-los, em virtude da confusão da nomenclatura existente na matéria.

Destaca, ainda, ARAGÃO, (2006) que o poder normativo das agências independentes não lhes é conferido estritamente por determinado diploma legislativo, mas sim pelo conjunto do ordenamento jurídico.

Neste particular, entende o eminente professor ser amplo o poder regulamentar atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, o que se dá muitas vezes de forma implícita pela própria Constituição, pois, segundo o entendimento do autor, não haveria por que regulamentar leis ordinárias e não a própria Constituição.

Neste sentido, filia-se ARAGÃO, (2006, p. 411) à teoria dos poderes implícitos – *implied powers* – segundo a qual “Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais”.

Ressalva o professor que a atribuição de poderes normativo, em termos amplos e implícitos, não torna os regulamentos isentos de controle acerca da legalidade e/ou da constitucionalidade, devendo os parâmetros serem extraídos de expressa disposição legal ou, de forma implícita, do espírito da lei ou do sistema jurídico como um todo.

Argumenta, ainda, que a Administração Pública, ao seguir os standards e finalidades gerais fixadas em lei, estaria apenas executando a lei, o que, entretanto, não configuraria qualquer espécie de delegação legislativa, vedada pelo ordenamento. Isto porque, não é o fato da lei ter adotado conceitos mais abstratos que a caracteriza como uma impensável delegação de poder legislativo. De outro modo, complementa o autor, toda outorga do poder regulamentar à Administração Pública consistiria em uma delegação.

Portanto, vê-se que, para ARAGÃO, (2006) as normas editadas pelas Agências Reguladoras seriam regulamentos de execução, o que não configuraria qualquer espécie de delegação legislativa, posição que, adverte o autor, é referendada pelos Tribunais Superiores.

Seguindo o estudo referente ao poder normativo das Agências Reguladoras, o professor trata da deslegalização, que considera ser uma consequência, embora não necessária, da atribuição de amplos poderes normativos a órgãos ou entidades da Administração Pública pela lei.

Destaca, ainda, que a lei de deslegalização não é uma lei que trate materialmente da lei regulada, mas simplesmente abre aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada estritamente por lei, ressaltando-se, evidentemente, as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal, como, por exemplo, no Direito brasileiro, os tributos (art. 150, I, CF), os crimes (art. 5, XXXIX, CF), a criação de entidades da Administração Indireta (art. 37, XIX, CF), entre outras matérias definidas em nossa constituição.

Neste sentido, entende ARAGÃO, (2006, p. 423) que não é propriamente o regulamento que revoga a lei anterior, explicando que “ele é apenas o instrumento que, dentro do princípio da *lex posterior derogat priori*, se vale a lei posterior para, diferida e dinamicamente, revogar a lei anterior”, acrescentando, ainda, que a deslegalização estaria

implícita no amplo poder normativo conferido às agências reguladoras pelas suas leis instituidoras, as quais possuem alto grau de generalidade.

Em síntese, para ARAGÃO, (2006): (a) as normas das agências reguladoras são regulamentos de execução, que podem normatizar amplamente o campo de sua competência, inclusive inovando no ordenamento jurídico; (b) não configuram qualquer espécie de delegação legislativa; (c) as leis que atribuem às agências funções normativas promovem, em regra, a deslegalização, fazendo com que normas que seriam veiculadas por lei, passem a ser por regulamento; (d) reconhece a possibilidade do regulamento, como instrumento da lei de deslegalização, revogar a lei anterior; e (e) tais regulamentos são de competência exclusiva das agências reguladoras.

Segundo JUSTEN FILHO, (2002) o poder normativo das agências reguladoras apresenta natureza regulamentar infralegal, semelhante àquela reconhecida ao Chefe do Poder Executivo. Para ele, uma agência não poderia fazer algo diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa.

Com relação ao tema, JUSTEN FILHO, (2002, p. 540) afirma a impossibilidade de fundamentar qualquer poder normativo das agências diretamente na Constituição. Repudia-se, assim, a atribuição de uma competência normativa primária a estas entidades, pois isto implicaria em reconhecer que a dita competência haveria sido retirada do Poder Legislativo, em uma hipótese análoga à reserva de lei, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico. Neste ponto, afirma o autor: “Não se afigura que a regulação econômica e social seja uma matéria retirada da competência legiferante do Legislativo”.

Para o professor, a criação das agências destina-se a propiciar o exercício, por um órgão autônomo e diferenciado, de competências de titularidade do Poder Executivo, não

podendo, assim, ser reconhecido a elas poder normativo mais extenso do que aquele atribuído ao Executivo.

Adverte, neste sentido, referindo-se ao poder normativo exercido pelo Executivo, que este é dependente e acessório da competência normativa do Legislativo, e que a regulamentação de uma matéria pelo primeiro não exclui a possibilidade deste último editar nova lei sobre a mesma questão.

Ademais, observa JUSTEN FILHO, (2002) no que se refere à possibilidade dos regulamentos inovarem no ordenamento jurídico, que estes não podem conter inovações incompatíveis com a lei, pois, em um conflito entre lei e regulamento, resolve-se a favor daquela. Contudo, nada impede que, ao adotar determinações que respeite o espírito e a finalidade da lei, o regulamento inove a disciplina por ela adotada, pois, de outra forma, tornar-se-ia inútil o referido instituto.

Já com referência à delegação normativa, o professor entende que não se pode resolver o problema da competência normativa das Agências Reguladoras através da delegação formal prevista no art. 68 da Constituição Federal, pois o Presidente da República é destinatário exclusivo desta delegação, e, além disso, a delegação se faz caso a caso, não havendo possibilidade de transferir para outro órgão um poder legiferante permanente e estável.

O que admite o professor, entretanto, é a delegação normativa secundária, correlata à atribuição de competência discricionária, caracterizada quando o Legislativo opta por estabelecer apenas regras básicas e essenciais, concedendo, assim, maior autonomia ao aplicador da lei, que irá regulamentar a matéria.

Ressalva, contudo, que, neste último caso, ao contrário do que acontece com a delegação normativa própria, não se atribui à autoridade administrativa poderes de natureza

primária, equivalentes aos reservados constitucionalmente ao Poder Legislativo, mas, estritamente, competência de produzir normas acessórias e complementares à lei.

É neste plano que se enquadra o poder normativo das Agências Reguladoras. Segundo JUSTEN FILHO, (2002, p. 517) tais entidades são imbuídas de competência discricionária, caracterizada por ser “dependente, acessória e secundária em relação à competência legislativa”.

De acordo com o autor, a competência discricionária, própria das agências, é qualificada como derivada, uma vez que esta só lhe é atribuída se concretizada por decisão legislativa. Em outros termos: não há competência normativa das agências sem a existência de lei que a institua.

Além disso, adverte que a competência para editar regulamentos não é privativa do chefe do Executivo, distribuindo-se, ao revés, entre as diversas entidades integrantes da administração pública.

Neste particular, o autor explica sua posição, a princípio contraditória, no que se refere a entender que a delegação normativa é destinada exclusivamente ao Presidente da República, enquanto a competência para editar regulamentos não é privativa do chefe do Executivo, embora as duas redações dos dispositivos constitucionais sejam formuladas de modo similar.

Trata o autor também da questão referente à discricionariedade técnica na atuação regulatória. Tal expressão é utilizada para indicar determinadas decisões administrativas, cuja escolha concreta deve ser vinculada a juízos técnico-científicos, e não a questões políticas. O aplicador da lei, portanto, não pode exercitar juízos de conveniência e oportunidade, não configurando, segundo o professor, uma situação de discricionariedade propriamente dita.

Por todo exposto acerca da teoria desenvolvida por JUSTEN FILHO, (2002) percebe-se que este limita o poder normativo das Agências Reguladoras à competência normativa atribuída ao Executivo. Portanto, para o autor, estas entidades editam normas de natureza regulamentar, exercendo competência discricionária, cujo caráter é secundário, acessório e dependente com relação à competência legiferante.

De acordo com DI PIETRO, (1990) o poder normativo das Agências Reguladoras seria de natureza infra-regulamentar, ocupando posição hierárquica inferior aos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, devendo-lhes integral observância.

Para a autora, a dificuldade em se estabelecer os limites da competência normativa das agências decorre do fato da Constituição brasileira ter definido as competências normativas de forma exaustiva, sem deixar espaço para outras entidades não expressamente previstas, como as agências.

Segundo a autora, a Constituição, em seu artigo 59, definiu de forma taxativa as espécies normativas admissíveis em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo as regras sobre a participação dos demais Poderes no processo de elaboração das leis, especialmente no que diz respeito à iniciativa.

Além disso, a Constituição outorgou ao Presidente da República, com exclusividade e de forma indelegável, o poder regulamentar, admitindo as espécies de regulamento de execução e regulamento autônomo (este último, a professora ressalva que, na hipótese do art. 84, VI, “a”, da CF, é delegável).

Assim, defende a professora que, ainda que se entenda que essas agências exercem poder regulamentar, essa função não se equipara à exercida pelo Chefe do Executivo, mas se apresenta como novo tipo.

Com relação à deslegalização, argumenta que esta somente seria aceitável se feita pela própria Constituição, pois importaria em retirar competência do Poder Legislativo que lhe foi outorgada pelo próprio texto constitucional, o que não seria possível por meio de lei ordinária.

Neste sentido, para chegar ao conteúdo e aos limites da competência normativa das agências reguladoras no Brasil, DI PIETRO, (2003, p. 56) propõe que, em primeiro lugar, se distinga os dois sentidos da palavra regulação: o primeiro, como sinônimo de regulamentação, aquela de competência privativa e indelegável do Presidente da República, e o segundo, como um “tipo diferente de direito”, mais flexível, negociado, sujeito a mudanças para adaptação às alterações ocorridas no objeto regulado.

Segundo DI PIETRO, (2003, p. 57) este “novo tipo de direito” não é uma imposição unilateral de regras de conduta, mas, ao contrário, pode ser baixado pelas agências justamente por ser resultado de negociação, de consenso e de participação dos interessados. Neste ponto, critica os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências, os quais são fundamentais para legitimar as suas normas.

Desta forma, entende a autora que as normas editadas pelas Agências Reguladoras são de natureza infra-regulamentar, constituindo o que chama de um “novo tipo de direito”, o qual, segundo ela, deve respeitar a hierarquia superior dos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo.

5. POSICIONAMENTO SOBRE O TEMA

Segundo o entendimento constituído a respeito de cada um dos tópicos acima abordados, adere-se à posição de JUSTEN FILHO, (2002) segundo a qual as normas editadas pelas Agências Reguladoras são de natureza regulamentar, e devem respeitar os limites impostos pela lei. Sua competência é equivalente a atribuída ao Poder Executivo, e se caracteriza por ser discricionária, derivada, secundária, dependente e acessória com relação à competência legiferante.

Acredita-se que esta é a posição que melhor se enquadra no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista entender-se que (a) a ordem constitucional não aceita qualquer outra hipótese de delegação que não a prevista na Constituição; (b) não pode ser retirada, por lei ordinária, competência constitucionalmente atribuída ao legislativo; e (c) a edição de regulamentos não é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Correndo o risco de adotar posição extremamente conservadora, não se deve partir do fim a que se objetiva, qual seja, reconhecer amplos poderes normativos às agências, para, em seguida, perseguir os meios constitucionais pelos quais possa ser conferido este poder. Acredita-se que, ao contrário, se deva partir da ordem constitucional vigente para compreender até que ponto se pode deferir autonomia às agências, sob pena de ser legitimado qualquer instituto em nosso ordenamento.

CONCLUSÃO

Após discorrer sobre o surgimento das Agências Reguladoras no Brasil e suas características, o presente trabalho buscou trazer as principais teorias acerca do poder normativo atribuído a estas entidades.

Assim, a partir do ordenamento constitucional, buscou-se delimitar até que ponto é legítima a autonomia normativa das agências, e qual a natureza das normas editadas por estas entidades.

Para tanto, posicionou-se a respeito da questão relativa à delegação normativa, à deslegalização e à discricionariedade técnica, entendendo, por fim, que a posição mais adequada é a do professor JUSTEN FILHO, (2002) por todos os motivos acima expostos.

Isso porque, conforme amplamente exposto no presente trabalho, não é possível fundamentar qualquer poder normativo das agências diretamente na Constituição, já que isso implicaria usurpação da competência do Poder Legislativo, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, a regulamentação exercida pelo Executivo é dependente e acessória da competência normativa do Legislativo, não podendo, assim, conter inovações incompatíveis com a lei, já que, em um conflito entre regulamento e lei, resolve-se a favor daquela.

Em relação à delegação normativa, esta é destinada exclusivamente ao Presidente da República, o que não ocorre com a competência para editar regulamentos, que não incumbe privativamente ao Chefe do Executivo, embora ambas as normas dos dispositivos constitucionais tenham sido formuladas de modo similar.

No que se refere à discricionariedade técnica na atuação regulatória, tal expressão é utilizada para hipóteses de decisões administrativas, cujo critério de escolha deve ser vinculado a juízos técnico-científicos, e não a questões políticas. Portanto, o aplicador da lei não pode decidir com base em juízos de conveniência e oportunidade.

Por todo o exposto, conclui-se que as normas editadas pelas agências reguladoras têm natureza regulamentar, e que a sua competência é atribuída e delimitada por lei. Com efeito, acredita-se que o poder normativo das agências equivale àquele conferido pela Constituição ao Poder Executivo, sob pena de ser usurpada competência reservada ao legislativo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 264289. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 14.12.01

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*. Minas Gerais: Fórum, 2003.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Vol. XVIII, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.