



**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO**

O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Constitucional da
Separação dos Poderes

Conrado Cabral Ferraz

Rio de Janeiro
2009

CONRADO CABRAL FERRAZ

O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio Constitucional da
Separação dos Poderes

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

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conrado Cabral Ferraz

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O presente trabalho busca analisar a competência normativa das agências reguladoras à luz do princípio da separação de poderes. Discutir-se-á se a matéria de natureza estritamente técnica, bem como a necessidade de rápida regulação do mercado são motivos que fortalecem, ou não, essa atribuição.

Palavras Chave: Administrativo, Agências Reguladoras, Poder Normativo, Separação dos Poderes.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Separação dos Poderes. 2. Atividade Reguladora do Estado. 3. Histórico das Agências Reguladoras no Brasil. 4. Agências Reguladoras. 5. Função Normativa. 6. Norma Reguladora e Norma Legal. 7. Poder Legiferante e Poder Regulamentar. 8. Formas de Controle. 9. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Separação dos Poderes. 10. Jurisprudência; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A regulação é uma nova forma de intervenção do Estado na prestação de serviços públicos e na exploração da atividade econômica, surgida no final da década de 30, nos Estados Unidos. Pode-se afirmar, de modo resumido, que a regulação busca conciliar a lógica privada dos lucros com a eficiente prestação de serviços.

Pode-se conceituar serviço público como toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material à coletividade, e passível de ser fruída singularmente pelos administrados. A prestação incumbe ao Estado, por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em prol dos interesses definidos como primordiais no sistema normativo.

A prestação dos serviços públicos por entidades particulares obedece aos regimes de concessão e permissão, consoante o disposto no artigo 175, da Constituição Federal de 1988. São esses os institutos por meio dos quais o Estado atribui a realização do serviço público à entidade que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, obedecendo às condições fixadas, e sob a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A remuneração, a princípio, decorre da receita obtida com a própria exploração do serviço, proveniente das tarifas cobradas dos seus usuários.

Assim, ao aceitar o encargo de substituir o Estado, o concessionário, na qualidade de seu delegado, assume a obrigação de orientar-se com eficiência e segundo os ditames do interesse público. Por outro lado, com a outorga das prerrogativas que lhe competem, torna-se o Estado o garantidor do bom desempenho dessa atividade perante a população, razão pela qual lhe incumbe o poder de fiscalizar o seu representante.

Nessa linha, com o objetivo de minimizar os efeitos sócio-econômicos decorrentes dos monopólios privados instituídos com o regime das concessões e permissões, foram instituídas pelo Estado brasileiro autarquias especiais com o escopo de fiscalizar e regular o exercício dessas atividades de cunho coletivo – as agências reguladoras.

Pode-se afirmar que a regulação apareceu como uma atividade mediadora, visando a assegurar, entre os direitos e obrigações dos usuários e dos agentes delegados, o equilíbrio desejado pelo sistema jurídico. A inspiração de tal modelo advém do Direito norte-americano, *Independent Regulatory Commission*, que, com fundamento na concepção de propriedade filiada à teoria de *law and economics*, edificou a relação entre os entes privados prestadores de serviços públicos e as agências reguladoras.

Cumprindo às agências, desse modo, intervir de forma estável na execução privada de serviços de interesse geral, exercendo, para tanto, não só as suas funções de fiscalização, controle e regulamentação, como também o poder de polícia, o qual se consubstancia por meio da imposição de limitações administrativas em favor dos direitos dos administrados.

Todavia, em virtude de a origem das agências reguladoras remontar a um modelo já existente em países de tradição anglo-saxônica, levanta FARIA (2002) a seguinte questão: tendo em vista esses regimes serem caracterizados pela valorização do pragmatismo, da flexibilidade, da rapidez e da formação jurisprudencial do Direito, a proliferação dessas autarquias especiais em países como o Brasil não provoca um confronto paradigmático entre arcabouços jurídicos? Assim, por originar-se de um sistema jurídico diametralmente oposto do modelo republicano brasileiro, a questão ainda é objeto de controvérsias e discussões, notadamente no que tange às suas principais competências.

Nesse contexto, pretende-se abordar no presente trabalho temática amplamente debatida na doutrina e nos tribunais pátrios, qual seja, a atribuição normativa das agências reguladoras à luz do princípio fundamental da separação de poderes, consagrado como cláusula pétrea nos artigos 2º, e 60, § 4º, III, da Constituição da República de 1988. Tem-se como objetivo, por conseguinte, demonstrar a legitimidade dos atos normativos editados por essas autarquias especiais.

1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A finalidade precípua do princípio da separação de poderes, em sua criação, foi conter o absolutismo dos monarcas, dos parlamentos e das cortes de justiça. Percebe-se que esse postulado desempenhou, e ainda desempenha, uma missão moderadora em face dos excessos na atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

Muito embora tenha sido consolidada por MONTESQUIEU (1748), o qual a defendia como instrumento de proteção à liberdade, a teoria da separação dos poderes teve precursores mais antigos, a exemplo de Aristóteles.

O pensador francês distinguiu em cada Estado três poderes: executivo, legislativo e judiciário. Como consequência, a liberdade e a legalidade só restariam asseguradas quando se repelisse nas relações entre Estado e sociedade a reunião dos três poderes perante um único indivíduo ou associação.

Assim, o essencial para MONTESQUIEU (1748) seria que a edição e a execução das leis permanecessem, pessoal e organicamente, separadas em absoluto, vedando-se as interferências recíprocas.

Todavia, segundo CASTRO (2001), com a aproximação entre o sistema da separação dos poderes e o ideal do Estado Democrático de Direito, originou-se a construção doutrinária conhecida como “freios e contrapesos”. Explique-se: no caso de haver discricionariedade ou exorbitância no exercício de quaisquer dos poderes, os mesmos também deverão agir de forma fiscalizadora, evitando a usurpação de competências, e mantendo o equilíbrio entre as funções. Estende-se, do mesmo modo, à iniciativa popular o desempenho desse controle, como forma de preservar o regime democrático de governo.

Trata-se esse sistema, portanto, de modalidade excepcional de ingerência nas funções desempenhadas no âmbito dos três poderes do Estado. São exemplos dessa atuação expressos na vigente Constituição: o controle dos projetos de leis pelo Presidente da República, por meio do veto (artigo 66, § 1º), e a nomeação, por aquele, de membros do Poder Judiciário (artigo 101, parágrafo único); a possibilidade de o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo, quando exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa (artigo 49, V); e o controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, com base na lição de FERREIRA FILHO (1996), a separação de poderes consiste em distinguir as três funções estatais, atribuindo-as a órgãos reciprocamente autônomos, os quais não as exercerão com exclusividade, mas sim de modo preponderante e harmonioso. Em outras palavras, não há como se defender uma divisão de poderes estanque no plano orgânico-funcional, haja vista a presença de mecanismos de interdependência e coordenação mútua no ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com VANOSSI (2000), a tradicional divisão tripartite dos poderes está sendo substituída por uma divisão funcional, a qual corresponde à dinâmica do Estado contemporâneo. Além disso, sustenta que às grandes atribuições devem corresponder grandes mecanismos de controle.

Ante o exposto, pode-se depreender que a atual doutrina orienta-se no sentido da coordenação entre os poderes em prol do regime democrático e do interesse público, de modo a se estabelecer uma divisão funcional, porém não estática entre eles.

2. ATIVIDADE REGULADORA DO ESTADO

Os serviços públicos e as atividades de cunho econômico foram, a princípio, executadas pelo próprio Estado, especialmente após as duas grandes guerras mundiais, em período caracterizado pelo Estado monopolista e concorrente, responsável pelo bem-estar social.

Porém, ao final da década de oitenta, e início dos anos noventa, começaram a surgir movimentos político-econômicos tendentes à desestatização e à redução das cargas impositivas, como meios para se estimular o crescimento.

Nesse contexto, o Estado passou de agente monopolista, para agente regulador e fomentador. Ao contrário do que se possa pensar, não se trata de um Estado mínimo, mas sim de um Estado interveniente, que busca a melhor forma de prestação de serviços para a sociedade.

Para se entender a diferença entre os dois Estados – o Estado produtor e o Estado regulador – é necessário distinguir-se os dois tipos de intervenção no domínio econômico.

A intervenção direta ocorre quando o Estado, por meio de suas próprias empresas, exerce a atividade econômica, seja em regime de monopólio ou em regime de competição com a iniciativa privada, conforme previsto nos artigos 173 e 177, da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, na intervenção indireta, o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade executada por particular, em regimes de concessão ou permissão, estabelecendo regras, fiscalizando ou reprimindo condutas – artigo 175, da Carta Magna.

Logo, combinando-se os mencionados dispositivos, verifica-se a compatibilidade entre os Estados regulador e produtor. Esse último papel, contudo, só será assumido por motivos de segurança nacional ou interesse coletivo, conforme assevera a própria Carta.

SALOMÃO FILHO (2001) observa que a teoria da regulação é a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção direta, para a sua função de organizador das relações sociais e econômicas, reconhecendo, para tanto, ser insuficiente o mero exercício do poder de polícia sobre os mercados. Na verdade, o Estado está ordenando e regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e organiza a sua utilização – impondo preços, quantidade produzida – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É,

assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.

O fenômeno da regulação se iniciou nos Estados Unidos e avançou pela Europa, tendo versões híbridas do que seria um Estado regulador, e adaptando-se à realidade de cada nação. Nos países anglo-saxões, essa atividade estatal foi de imensa importância para se manter o dinamismo das economias de mercado, e se superar as crises econômicas.

Na linha de pensamento de MOREIRA NETO (2001), o modelo regulador prima por ser politicamente neutro, absorvendo, ainda, os métodos e práticas próprias dos ramos do direito público e privado, por conta das características de imperatividade e consensualidade.

Pode-se afirmar, com base em DERANI (2002), que a atuação reguladora do poder público se manifesta de três modos: a regulação pela individualização do direito com a decisão judicial; a regulação pela criação de normas genéricas e impessoais; a regulação pela criação de relações jurídicas específicas.

ARAGÃO (2005) igualmente enumera as três principais searas da atividade reguladora: a regulação dos monopólios, de modo a evitar que a economia popular seja lesada; a regulação da competição, a fim de assegurar a livre concorrência; e a regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.

Nesta linha de raciocínio, define-se a regulação estatal da economia como o conjunto de medidas administrativas, legislativas e convencionais, concretas ou abstratas, mediante as quais o Estado influencia, controla ou determina o comportamento dos agentes econômicos, visando à satisfação do interesse público.

Como ressalta GOMES (2006), o fenômeno da regulação representa uma espécie de corretivo indispensável às mazelas e deformações oriundas do modo de funcionamento do Estado capitalista.

3. HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Na década de noventa, o Estado brasileiro sofreu três grandes reformas econômicas. Duas delas foram precedidas de emendas constitucionais, enquanto a terceira se fez mediante legislação infraconstitucional.

A primeira grande modificação adveio com a Emenda n. 6/95, a qual alterou o artigo 176, da Constituição Federal de 1988, permitindo que as pesquisas, a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica, fossem concedidos a empresas brasileiras sediadas no país, sem a obrigatoriedade do controle do capital nacional.

A segunda reforma, por sua vez, permitiu a flexibilização dos monopólios estatais. O parágrafo segundo, do artigo 25, da Constituição, teve a sua redação alterada pela emenda n. 5/95, a qual abriu a possibilidade de os Estados-membros concederem a exploração dos serviços públicos e locais de distribuição de gás canalizado às empresas privadas. O mesmo ocorreu com os serviços de telecomunicações e radiodifusão, por meio da emenda n. 8/95, que modificou os incisos XI e XII, do artigo 21, autorizando a delegação a entidades particulares. Com o petróleo não foi diferente, pois a Emenda n. 9/95 rompeu o monopólio estatal, facultando a contratação da iniciativa privada.

A terceira transformação consolidou o Programa Nacional de Privatização, a partir das Leis n. 8.031/90 e 9.491/97.

Associados a esse processo de desestatização, estão a alienação do controle das entidades estatais em bolsas de valores, e a concessão de serviços públicos a empresas privadas, segundo BARROSO (2006).

Devido à redução da participação estatal, o Estado brasileiro passou da postura de Estado empresário, para a de Estado regulador e fiscalizador. Entretanto, não se aboliu o *status* de agente econômico, de modo que o Estado tornou-se responsável por exercer a função de controle dessas atividades de interesse coletivo. Nesse contexto é que surgiram as primeiras agências reguladoras brasileiras, quais sejam: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei n. 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), e a Agência Nacional do Petróleo (Lei n. 9.478/97).

ARAGÃO (2005) acrescenta que, anteriormente às agências reguladoras, já haviam sido estabelecidas uma série de entidades e órgãos com essa atribuição, sem, todavia, independência perante o Poder Público, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional, o Instituto Brasileiro do Café e o Instituto do Alcool e do Açúcar.

O Brasil sempre esteve um pouco reticente no tocante à regulação, e isso ocorreu em razão de a máquina estatal ser exageradamente burocratizada, não possuindo tradição fiscalizadora.

Apesar dessa resistência, as agências foram instituídas com sucesso no decorrer da década de noventa, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. À época, o próprio Presidente (1998), ao comentar sobre esse novo modelo de regulação dos setores da economia por parte do Estado, esclareceu o seu propósito de substituir as burocracias ministeriais – e os antigos *lobbies* nelas incrustados – por um grupo de pessoas indicadas pelo Executivo, e aprovadas pelo Senado (artigo 53, III, da Constituição), com bases de conhecimento técnico e competência administrativa. Prosseguiu justificando o mandato dos reguladores como forma de protegê-los de pressões políticas indevidas, assegurando a seriedade, a eficiência e a universalização dos serviços em todos os setores da sociedade.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS

De acordo com a lição de DI PIETRO (2002) regular significa estabelecer regras, em sentido amplo.

As agências reguladoras têm personalidade jurídica de direito público, sendo, portanto, pessoas distintas da entidade que as criou. A natureza jurídica é de autarquia em regime especial, ou seja, órgãos da Administração Indireta que gozam de independência perante o poder central, e se sujeitam a regime de direito público estabelecido nas respectivas leis instituidoras.

Nas palavras de MOREIRA NETO (2003), as agências reguladoras são autarquias que recebem tal qualificação por lei para que atuem como órgãos autônomos, destinados a

administrar setores em que são desenvolvidas atividades privadas submetidas a um regime especial de controle, direcionado a salvaguardar valores públicos.

Saliente-se, nesse ponto, que os membros que integram a estrutura colegiada dessas entidades são nomeados para cumprir mandato fixo, do qual só podem ser exonerados em caso de falta grave, nas hipóteses expressamente previstas, por meio de decisão do respectivo órgão do Poder Legislativo. Nesse sentido, veja-se Supremo Tribunal Federal, ADI-MC n. 1.949-0, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicada em 25/11/2005.

CASTRO (2002) acrescenta que a agência reguladora exerce as suas funções pela via administrativa, com observância dos princípios e normas previstos no artigo 37, da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, a especialização quanto aos fins e atividades dessas autarquias especiais. Com efeito, muito embora lidem com matérias de interesse coletivo, não há nexo fiscalizador ou normativo entre as agências. Agem elas, por conseguinte, com distanciamento e independência, fiscalizando o ramo específico do serviço público para o qual foram instituídas.

A seguir, cumpre explicitar, em breves comentários, as principais funções executadas pelas agências reguladoras.

1) Incentivo, fiscalização e planejamento nos campos da prestação de serviços públicos e exploração da atividade econômica por entidades particulares. Um exemplo concreto dessa atuação são os denominados Planos Gerais de Metas, a serem cumpridos pelas pessoas delegatárias com vistas ao pleno atendimento dos interesses da coletividade.

2) Aplicação de sanções, como decorrência da atividade fiscalizadora, por conta do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelas entidades privadas. Essa atribuição, em regra, encontra-se disciplinada nas respectivas leis instituidoras, as quais também prevêm, abstratamente, as sanções a serem impostas. Contudo, a especificação e a graduação das penalidades, no plano concreto, são normatizadas pelas próprias agências.

3) Dirimir e julgar conflitos em sede administrativa entre as pessoas delegatárias, a exemplo do disposto no artigo 19, XVII, da Lei n. 9.472/97. Vale menção à possibilidade de as agências reguladoras adotarem o juízo arbitral para dirimirem conflitos de sua

competência, consoante os artigos 23, XV, da Lei n. 8.987/1995, e 43, da Lei n. 9.478/1997.

5. FUNÇÃO NORMATIVA

Dentre as funções exercidas pelas agências reguladoras na atualidade, a que gera maiores discussões na doutrina e na jurisprudência é a função normativa. De fato, as leis instituidoras conferiram-lhe a competência normativa em largo alcance, a exemplo do previsto no artigo 19, da Lei n. 9.472/97, em relação à Agência Nacional de Telecomunicações.

As agências reguladoras são entes independentes, encarregados da regulação de atividades dotadas de inegável conteúdo técnico. A partir desse conjunto de fatores, surgiram diversos ordenamentos setoriais, isto é, regimes jurídicos específicos, desenvolvidos pela legislação para cada uma das autarquias especiais.

Ocorre que a reforma implementada no Brasil, seguindo o modelo norte-americano das agências reguladoras, procurou ampliar a sua capacidade normativo-regulamentar, afastando dos Poderes Legislativo e Executivo a exclusividade dessa atribuição.

Interpretando-se literalmente o artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988, verifica-se que compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo o poder de regulamentar a legislação, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas àquela, para a sua fiel execução.

Nesse contexto, DANTAS (1953) explica que a lei pode conferir poder regulamentar a outro órgão da Administração Pública, distinto da Chefia do Poder Executivo. De acordo com o autor, ocorre o fenômeno da “descentralização do poder normativo” para órgãos tecnicamente mais preparados.

No que diz respeito ao artigo 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, BARROSO (1997) consigna que, ao determinar a revogação de todas as normas que atribuam ou deleguem competência normativa a órgão do Poder Executivo, o dispositivo comprova que a delegação de poderes legislativos não é permitida pela

Constituição Federal em vigor, sendo aceita tão-somente nas hipóteses excetuadas pela própria Carta.

Em suma, as agências reguladoras são autorizadas constitucionalmente a expedirem atos administrativos – portarias, regulamentos, resoluções – com força de norma legislativa, independentemente de prévio processo legislativo.

6. NORMA REGULADORA E NORMA LEGAL

Grande parte da doutrina defende que as normas reguladoras seriam uma espécie normativa *sui generis*, diferenciando-se das normas legais tradicionais.

Ao contrário das normas legais, que são definidoras de um interesse público específico, e contém a descrição rígida de um comportamento; as normas reguladoras são opções administrativas, também abstratas, embora formuladas com maior densidade técnica, visando à incidência sobre relações previamente deslegalizadas. De acordo com a lição de MOREIRA NETO (2003), o enunciado de tais normas não define qualquer interesse público específico, nem impõe um determinado comportamento exigível das partes, mas sim descreve uma situação de equilíbrio a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores concorrentes.

Ademais, no âmbito das normas reguladoras, há uma relativa liberdade para se ponderar interesses concorrentes, sempre no espaço de opções deslegalizadas. Em relação às normas legais, contudo, existe discricionariedade, pois, apesar de definirem uma conduta a ser seguida, o administrador poderá integrá-las, sopesando razões de conveniência e oportunidade.

No que tange ao conteúdo, observa-se que o das normas reguladoras é substitutivo de decisões privadas, pois se endereça ao equilíbrio das relações entre as partes envolvidas na regulação. Por outro lado, o conteúdo das normas legais é predominantemente restritivo, ou até condicionante das decisões e comportamentos privados.

Como se pode notar, diversas são as diferenças entre as normas reguladoras e as normas legais, desde a sua estrutura, natureza jurídica e o fim a que se dirigem.

7. PODER LEGIFERANTE E PODER REGULAMENTAR

Com base no exposto acima, é possível distinguir dois dos poderes fundamentais do Estado, a saber: o poder legiferante e o poder regulamentar.

O poder legiferante tem caráter primário na escala hierárquica dos atos normativos, pois se origina diretamente da Constituição. O poder regulamentar, por sua vez, tem como fonte os atos derivados do poder legiferante. Assim, afirma-se que o primeiro gera a lei, e o segundo, o regulamento, caracterizado como ato administrativo – os atos normativos expedidos pelas agências se enquadrariam nesse último grupo.

Sobre o tema, ressalta MEIRELLES (1993) que, como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade.

Dada a diferença hierárquica entre a lei e o regulamento, cumpre delimitar o que deve constituir matéria de cada um desses atos. O artigo 5º, II, da Constituição Federal, prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”, esclarecendo que somente a lei pode imputar obrigações. Embora seja claro o conteúdo dessa previsão, constata-se que os regulamentos impõem, muitas das vezes, obrigações aos administrados.

Diante disso, de acordo com CARVALHO FILHO (2004), os regulamentos preveriam as obrigações subsidiárias, ou derivadas, diversas das obrigações primárias, ou originárias, contidas na lei. A grande dificuldade deste entendimento, no entanto, seria classificar uma obrigação em primária ou secundária.

FIGUEIREDO (2001) orienta-se no mesmo sentido, salientando que o poder regulamentar estaria subordinado à legislação, de modo que o objetivo primordial dos regulamentos seria dar execução às leis já vigentes, consoante o artigo 84, IV, da Constituição Federal.

DI PIETRO (1999), por sua vez, adverte que esses órgãos reguladores não exercem função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica. Segundo a autora, a Constituição apenas lhes reconhece a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standarts*. Além disso, as questões que podem ser objeto de regulação são única e exclusivamente as que dizem

respeito aos respectivos contratos administrativos, observados os parâmetros estabelecidos em lei, e sem adentrar em matéria de competência do legislador.

Confirmando esse entendimento, SOUTO (2002) aduz que somente a lei inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência essa que não pode ser delegada à norma reguladora.

Porém, esclarece o jurista que a lei é genérica, distante da realidade dos fatos e despida da especialização inerente à concretização dos interesses de cada grupamento econômico e social. Em razão disso, atribui-se à norma reguladora um papel de ligação entre a lei e o administrado. Com efeito, a regulação envolve a implementação de um conjunto de decisões que têm por essência a execução da vontade do legislador pela autoridade estatal, de forma despolitizada e neutra, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados.

Em suma, a competência das agências reguladoras é a chave para uma atuação célere e flexível, dirigida à solução, em abstrato e em concreto, de questões nas quais predomine a escolha técnica. Esse sistema propicia a elaboração normativa distanciada das escolhas político-partidárias, voltadas à ação dos órgãos burocráticos da Administração Direta, segundo MOREIRA NETO (2001).

Desse modo, apesar de não haver permissão expressa na Constituição, ou até vedações – como o artigo 84, e o artigo 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – para o exercício da função normativa, as agências reguladoras a têm exercido discricionariamente, na tentativa de regulamentar, com maior dinamismo, matérias de conteúdo assaz técnico e específico.

8. FORMAS DE CONTROLE

Como visto, as agências reguladoras não sofrem controle pelo Congresso Nacional no que diz respeito à edição de atos regulamentares, na medida em que tais atos não se submetem ao processo legislativo. Em razão disso, a principal forma de controle exercido sobre o poder normativo das agências reguladoras é o judicial.

Todavia, sustenta VERÍSSIMO (2006) que o exercício do controle amplo sobre o poder normativo das agências reguladoras pode acarretar a politização da decisão judiciária.

Outra forma de controle objeto de discussão é a supervisão ministerial. Nesse ponto, GUERRA (2006) explica que as agências reguladoras estão vinculadas, e não subordinadas, ao respectivo Ministério. Cada uma das leis que as instituiu previu tal vinculação, a exemplo do disposto no artigo 8º, caput e § 2º, da Lei n. 9.472/97 (ANATEL), e artigo 1º, da Lei n. 9.427/96 (ANEEL), de modo que compete a essas autarquias implementar as políticas e diretrizes do governo federal, estadual e municipal.

Entretanto, a doutrina brasileira diverge quanto ao cabimento ou não do recurso hierárquico impróprio perante a Administração Direta (Ministérios), em face dos atos finais exarados pelas agências. Esclareça-se que a denominação “impróprio” decorre do fato de dirigir-se à autoridade administrativa não hierarquicamente superior àquela que proferiu o ato recorrido.

Para GUERRA (2006), é cabível a interposição do recurso, com base no artigo 19, do Decreto-Lei n. 200/67, o qual, ao dispor sobre a organização da Administração Pública Federal, disciplina a supervisão ministerial das entidades estatais descentralizadas. O autor afirma que essa supervisão não é uma faculdade, e sim um poder-dever atribuído ao Ministro de Estado como uma de suas tarefas públicas.

Guerra ainda sustenta o cabimento do recurso hierárquico impróprio em face das decisões proferidas pelo órgão máximo das Agências Reguladoras, quando deliberarem sobre temas exclusivamente relacionados às políticas públicas do setor regulado, em flagrante usurpação da competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em sentido contrário, ARAGÃO (2005) defende que a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. Assim, conclui que o espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas, restaria totalmente corrompido caso o Ministro ou o Presidente da República pudesse, a qualquer momento, impor a sua vontade.

No Parecer AGU/MS n. 4, de 2006, a Advocacia Geral da União reconheceu o caráter terminativo das decisões tomadas pelas agências reguladoras, rechaçando a

possibilidade de recurso hierárquico perante o respectivo Ministério. As conclusões adotadas são no sentido de que as agências têm autonomia em todas as matérias que são de sua competência privativa o que, como regra, afasta as suas decisões de tal mecanismo de controle.

Em síntese, estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, por meio de recurso hierárquico impróprio, inclusive, tão-somente as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas, quando 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. Logo, excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio, dirigido aos Ministérios supervisores, em face das decisões adotadas finalisticamente, no estrito âmbito de suas competências reguladoras previstas em lei, e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

Por fim, outra forma de controle a ser considerada é a participação popular. No Brasil, é admitida tal medida no processo de elaboração legislativa, pelas vias da consulta e da audiência pública. Por meio dessas, abre-se ao público interessado a possibilidade de opinar sobre uma primeira versão do que será o ato normativo futuramente expedido pela agência.

Em face do exposto, observa-se que as formas de controle implementadas no Brasil não são específicas para as normas reguladoras; são formas de controle aplicáveis a qualquer ato normativo que vá de encontro à Constituição Federal, e aos objetivos e diretrizes traçados pelo Poder Executivo.

9. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Pelo princípio da separação, os três poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – devem atuar de forma independente e harmônica, conforme dispõe o artigo 2º, da Constituição da República.

Segundo MORAES (2001), o objetivo principal da clássica separação das funções do Estado, e distribuição entre órgãos autônomos e independentes, é a proteção das liberdades individuais em face do arbítrio de governantes. Porém, observa o jurista, o Direito Constitucional contemporâneo, embora permaneça na tradicional idéia da tripartição de Poderes, já entende que essa fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de assegurar o bem-estar ao seu povo. Deve-se, pois, separar as funções estatais dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado freios e contrapesos – *checks and balances*.

Por meio da função legislativa, o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, estabelecendo normas gerais, abstratas e obrigatórias.

Nesse ponto, necessário analisar se a competência para elaborar os atos normativos seria exclusiva do Poder Legislativo, ou se outros poderes poderiam exercê-la.

A legitimidade conferida ao Legislativo para o exercício da indigitada função advém da circunstância de seus membros serem nomeados como representantes do povo, por meio de eleições diretas, em observância ao princípio fundamental da soberania popular, consagrado no artigo 1º, I, da Constituição.

No entanto, a moderna doutrina flexibiliza a separação dos poderes, de modo que funções incumbidas a um determinado poder do Estado podem ser realizadas atipicamente por outros. De fato, a própria Constituição Federal, em seus artigos 61 e 96, permite a participação dos demais poderes no processo de elaboração de leis, em caráter secundário.

Além disso, ainda há a denominada delegação legislativa, compreendida como a cessão temporária e excepcional dessa função em prol dos demais poderes. CUÉLLAR (2001) explica que, na hipótese, o legislador não renuncia a sua competência, mas apenas permite que seja ela exercida por outro órgão, dentro das diretrizes traçadas.

Em verdade, não se pode enquadrar a função normativa das agências reguladoras como modalidade de delegação legislativa, uma vez que não editam leis, e sim regulamentos.

Acerca desta matéria, destaque-se o raciocínio de GRAU (2006), no sentido de que os regulamentos autônomos são válidos perante o ordenamento pátrio, sendo concebidos como emanações decorrentes do exercício da função normativa pelo Poder Executivo, quando indispensável à sua atuação em matérias de sua competência.

Por conseguinte, não há impedimento, no que tange ao princípio da separação de poderes, para que as agências reguladoras também exerçam a função normativa por meio da expedição de regulamentos autônomos, entendendo-se que esses não são de atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

FIGUEIREDO (2003), todavia, esclarece que as determinações normativas oriundas dessas autarquias especiais devem se limitar a aspectos estritamente relacionados aos usuários, não se estendendo a questões concernentes à relação entre o Estado e os concessionários.

Diante da realidade brasileira marcada por inúmeros regulamentos autônomos, cabe à doutrina e à jurisprudência, portanto, se preocupar em construir um conjunto hermenêutico que busque legitimar a existência dos mesmos. Tais regulamentos não podem, em hipótese alguma, inovar de forma absoluta na ordem jurídica, estabelecendo direitos e deveres às pessoas de direito privado, sem qualquer respaldo na legislação.

Nesse passo, também incumbe ao legislador determinar os padrões de atuação normativo-regulamentar por parte dos órgãos da Administração Pública, especialmente quando se tratar de matéria técnica e específica.

Como bem leciona ARAGÃO (2002), o princípio da separação dos poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. Desse princípio também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias. A visão atual do tema o permite ser examinado à luz de uma nova perspectiva, admitindo-se a coordenação entre os poderes em prol do bom desenvolvimento da democracia e do Estado contemporâneo.

Em suma, é legítimo o exercício da função normativa pelas agências reguladoras, na medida em que as normas editadas, por possuírem caráter técnico e específico, prescindem do crivo do Poder Legislativo para que vigorem. Ademais, os atos normativos expedidos por essas autarquias especiais atendem a demandas do mercado que necessitam de solução imediata, sendo inviável a submissão a trâmites burocráticos. Por fim, é de se ressaltar que os membros do Poder Legislativo não possuem o conhecimento especializado necessário para a elaboração dessas normas.

10. JURISPRUDÊNCIA

A posição da jurisprudência ainda não se encontra definitivamente consolidada, em virtude da atualidade do assunto. Porém, a tendência é a de que os tribunais brasileiros reconheçam a função normativa das agências reguladoras.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.668 MC/DF, publicada em 16/4/2004, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, reconheceu a constitucionalidade da competência normativa das agências reguladoras, considerando-a, no entanto, como regulamentar ou de quarto grau, isto é, vinculada à observância do disposto em atos normativos de terceiro grau (regulamentos editados pelo Presidente da República) e, no que esses forem omissos, o previsto em atos normativos de segundo grau (leis).

Posteriormente, em sede de liminar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.095/RS, publicada em 19/9/2003, os ministros do STF se mantiveram favoráveis à constitucionalidade do referido modelo institucional, assim como à competência normativa, independente e autônoma, das agências. Destacou a relatora, Ministra Ellen Gracie, não se incluir na esfera de competência dessas autarquias a função política de decisão e planejamento sobre os serviços para os quais se estenderá a delegação do Estado, mas tão-somente o encargo de prevenir e arbitrar, segundo a lei, os conflitos de interesses entre concessionários e usuários, ou entre aqueles e o Poder concedente.

Igualmente, em ação direta de inconstitucionalidade n. 3.367/DF, com acórdão publicado em 17/3/2006, o Supremo acolheu o poder normativo de órgãos que não sejam o próprio Poder Legislativo. No caso em tela, admitiu-se a constitucionalidade da função normativa do Conselho Nacional de Justiça, à luz do princípio da separação de poderes. De acordo com o entendimento sustentado pelo relator, Ministro César Peluso, a competência desse Conselho para expedir atos regulamentares destina-se, por definição mesma de regulamento heterônomo, a fixar diretrizes para a execução dos seus próprios atos, praticados nos limites de seus poderes constitucionais, como consta do artigo 103-B, parágrafo 4º, da Constituição da República.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 806.304/RS, seguiu idêntica orientação. Segundo o relator, Ministro

Luiz Fux, a regulação das atividades *pro populo* exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como as resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado.

Todavia, dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, salienta o Ministro que as determinações normativas advindas de tais entidades cingem-se a aspectos estritamente técnicos, decorrentes de providências subalternas, na forma da lei. Afora isto, nos casos em que suas as disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, leciona que as agências podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente, ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial”, nas palavras de DE MELLO (2005).

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, ainda esclarece que a presunção de legitimidade dos atos normativos expedidos por agência reguladora equipara-se a de qualquer ato administrativo, e assim, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos. Nesse ponto, reforça que as agências reguladoras foram criadas com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.

No campo da proteção e defesa dos direitos do consumidor, o Ministro arremata explicando não ser razoável que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia entre os poderes. Logo, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação *prima facie* dos deveres do consumidor.

Como o assunto é de extrema atualidade, ainda não se pode assegurar a existência de uma posição sedimentada por parte da jurisprudência nacional, mas deve-se observar que as cortes têm decidido no sentido de admitir a competência normativa das agências reguladoras, dentro de suas atribuições institucionais, como corolário do poder regulamentar.

CONCLUSÃO

A questão sobre a competência normativa das agências reguladoras frente ao princípio fundamental da separação de poderes ainda gera muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência nacional.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o estudo dos institutos do Direito não pode estar alheio ao panorama social, econômico e político à sua volta. O fato de as agências reguladoras brasileiras expedirem atos normativos é uma realidade que não pode ser ignorada pelos juristas.

As agências reguladoras surgem em momento histórico no qual se faz imprescindível a existência de entidades que tenham como missão controlar e regular determinadas atividades de interesse público, a fim de que sejam alcançados com eficiência os objetivos almejados pelo Estado. Possuem, nessa linha, função eminentemente instrumental no que tange aos escopos e diretrizes fixados pelo Governo Central.

Deve-se destacar, nesse passo, a especificidade da matéria como fator que legitima essa competência regulamentar. De fato, as agências reguladoras lidam com assuntos de cunho técnico e de notória especialização em seus respectivos setores de atuação. Logo, não seria razoável que os atos normativos por elas expedidos fossem submetidos ao processo legislativo constitucional, tendo em vista a ausência de conhecimento específico dos membros do Congresso Nacional para avaliar as normas editadas. Em resumo, a elaboração desses atos caracteriza-se por decorrerem de procedimento próprio, perante o órgão com a necessária atribuição técnica, e com a observância dos preceitos constitucionais e legais que modulam tal atividade.

Ademais, essas autarquias necessitam dispor de poderes e meios de atuação compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas, razão pela qual reconhece-se a sua competência normativo-regulamentar.

O presente trabalho buscou apresentar as posições de diversos autores sobre a temática apontada, defendendo, sobretudo, que as agências reguladoras possuem legitimidade para expedir atos normativos; e que essa competência normativa não estaria ferindo o princípio da separação de poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, in *Agências Reguladoras e Democracia* – org. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O regime jurídico e os princípios orientadores das agências de regulação*, in SARAVIA, Enrique, PECI, Alketa, BRASÍLICO, Edson Américo. *Regulação, defesa da concorrência a concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

CUËLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DANTAS, Santhiago. *Poder Regulamentar das Autarquias*, in *Problemas de Direito Positivo*. Forense: 1953.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos – As ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

FERRREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo (Lei n. 9784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agência Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia – Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado*, in *Agências Reguladoras e Democracia* – org. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*, in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de. *L'Esprit des lois*. 1748.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *El Estado de Derecho em el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras*, in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Tese de Mestrado:

SUSSEKIND, Mariane Sardenberg. *Atuação do Estado e produção do Direito – O papel das agências reguladoras independentes*. Dissertação de mestrado, Departamento de Direito, PUC-Rio, 2002.

Artigos:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 21 de agosto de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Participação constitucional das competências legislativas*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, 1997, n. 337.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras*. Artigo extraído da Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr/jun 2003.

Jurisprudência:

Supremo Tribunal Federal. ADI 1.668 (Medida Cautelar). Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 16 de abril de 2004.

Supremo Tribunal Federal, ADI (Medida Cautelar) 2095-1. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ 19 de setembro de 2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, ADI 3367-1. Relator Ministro César Peluso. DJ 17 de março de 2006.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, REsp 806.304. Relator Ministro Luiz Fux. DJ 17 de dezembro de 2008.