



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONFLITO APARENTE ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO TÉCNICA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?

Vicente Tavares Quaresma

Rio de Janeiro
2017

VICENTE TAVARES QUARESMA

O CONFLITO APARENTE ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO TÉCNICA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O CONFLITO APARENTE ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?

Vicente Tavares Quaresma

Graduado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. Advogado. Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho ambiciona apresentar ao leitor uma breve análise da atividade regulatória estatal, efetivada pela edição de normas técnicas pelas agências reguladoras, como mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico e social, em contraste com o princípio da legalidade. Busca-se, de forma sucinta, apresentar subsídios teóricos e jurisprudenciais que demonstrem a solução que se vem aplicando para o conflito entre as normas técnicas expedidas pelas agências e a legislação anterior que verse sobre a mesma matéria. Assim, o trabalho expõe não só a origem histórica das agências reguladoras e a sua natureza jurídica, mas também o modo como a doutrina e a jurisprudência compreendem e solucionam o conflito normativo acima mencionado.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direito regulatório. Intervenção do Estado na Ordem Social e Econômica. Agências Reguladoras. Regulação. Deslegalização. Conflito aparente de normas.

Sumário – Introdução. 1. Os contornos da atividade regulatória como forma de intervenção do Estado na ordem econômica 2. O fenômeno da deslegalização no Estado de Direito 3. O conflito entre a lei e a normatização das agências reguladoras: qual deve prevalecer? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a discussão atinente ao conflito normativo entre a lei e as normas técnicas das agências reguladoras, sob a ótica do modelo de Estado Regulador e as controvérsias que envolvem o fenômeno da deslegalização como técnica de delegação da atividade legislativa a entidades do Poder Executivo.

Consabido, a intervenção do Estado no domínio econômico e social é um tema extremamente tormentoso. Além do aspecto econômico, a questão envolve as diferentes correntes do pensamento político quanto à legitimidade do Estado, e seus limites, para

interferir na gestão das atividades privadas, especialmente quando tal interferência se revela constrictiva da liberdade contratual.

Nesse cenário, as agências reguladoras surgem como uma alternativa para conciliar, de um lado, a sobredita liberdade contratual e, de outro, a tutela de valores sociais como o meio ambiente, a proteção do consumidor, a valorização do trabalho, entre outros. Embora se apresentem como entidades administrativas, integrantes do Poder Executivo, a sua atuação é voltada principalmente para viabilizar o exercício das atividades econômicas em consonância com os demais valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo desta pesquisa, portanto, objetiva-se analisar os contornos da atividade regulatória como forma de intervenção do Estado no domínio econômico e social. Busca-se, com isso, a compreensão da natureza jurídica das agências reguladoras, da sua origem histórica, e da forma pela qual elas atuam na fiscalização e regulação da economia.

No segundo capítulo, o enfoque recai sobre a problemática do fenômeno da deslegalização em detrimento do princípio da legalidade, vigente em nosso ordenamento jurídico com status constitucional. Pretende-se, pois, aferir se a atividade regulatória, no aspecto referente à edição de normas técnicas, é compatível com a Constituição de República face o princípio da legalidade.

Finalmente, o terceiro capítulo destina-se a analisar a referências da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente à matéria, apresentando o tratamento conferido à questão das normas técnicas, como desdobramento do fenômeno da deslegalização, e seu conflito com a lei, tendo como parâmetro a Carta Política de 1988.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, tendo em vista que o autor pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória, bem como de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

1. OS CONTORNOS DA ATIVIDADE REGULATÓRIA COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição da República de 1988, rompendo com o autoritarismo do regime militar, inaugurou um novo Estado Democrático de Direito. Pedra angular do ordenamento jurídico, ela unifica e confere validade para todas as demais normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e estruturam em um sistema, que tem entre os seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Luis Roberto Barroso¹, a Carta de 1988 é “o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito”. A nova ordem, portanto, inspirada nos ideais da democracia, apresenta um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que condicionam o exercício do poder estatal em detrimento do indivíduo, encerrando um matiz libertário.

Por outro lado, mas também com o objetivo de tutelar direitos fundamentais, a Constituição de 1988 impõe certas restrições à liberdade, especialmente no âmbito da economia. Após a experiência vivenciada com o desenvolvimento da indústria e o agravamento das desigualdades sociais, o constituinte preocupou-se em tentar conciliar os interesses privados do mercado e do desenvolvimento econômico com os valores sociais consagrados na Carta Política.

Nesse contexto, uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico e social consagradas no texto constitucional se deu por meio da atividade regulatória, o que deu ensejo à concepção do chamado Estado regulador. O art. 174 da Constituição da República, preceitua que “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”².

Buscando delinear os contornos desse modelo de intervenção estatal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ leciona que:

¹BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.26.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade* in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. São Paulo: Fórum, p. 23.

com o emprego do vocábulo regulação pela ciência política e pela economia, surge a expressão Estado regulador, diferente de Estado produtor de bens e serviços. O primeiro apenas estabelece regras e fiscaliza o seu cumprimento, pelo exercício de todas as atividades inerentes ao poder de polícia. O segundo é um Estado mais ativo, que atua diretamente no domínio econômico, na produção de bens e serviços.

Joaquim Benedito Gomes Barbosa⁴ noticia que a origem do modelo de Estado regulador, como agente normativo e fiscalizador, remete aos Estados Unidos da América, notadamente no início do século XX. Não por acaso, foi nesse período da história dos Estados Unidos, quando o mercado atuava livremente, sem uma interferência efetiva do Estado, que ocorreu uma das maiores crises econômicas que já se teve notícia, popularmente conhecida como “A Grande Depressão”.

Dentro desse cenário, percebeu-se a necessidade da existência de uma fiscalização e controle do domínio econômico pelo Poder Público, através de entidades administrativas especializadas. A liberdade irrestrita, amparada na ficção da mão invisível do mercado do economista Adam Smith, como era de se esperar, conduziu a economia dos Estados Unidos à ruína.

Sobre o momento de surgimento do Estado regulador, Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁵ pontifica que:

introduzidas no Direito norte-americano nas últimas décadas do século XIX, as agências reguladoras só vieram a se consolidar na paisagem administrativa dos EUA a partir do “New Deal”, a colossal mudança de postura governamental ocorrida nos EUA sob Franklin Roosevelt, levada a efeito para retirar o país da Depressão dos anos 30. Tal ruptura marca, como se sabe, o surgimento ali do que se convencional denominar “the regulatory state” – isto é, o Estado altamente intervencionista em matéria econômica, intervenção essa que se instrumentaliza precisamente através das agências.

O sobredito modelo de Estado regulador, portanto, consiste na criação de entidades administrativas especializadas incumbidas da atividade regulatória da ordem econômica e social. Nos Estados Unidos, tais entidades eram inicialmente chamadas de “*Independent Regulatory Comissions*”. Em nosso país, principalmente a partir da

⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)* in *Agências Reguladoras e Democracia*. Gustavo Binenbojm (Coor). Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 28-29.

⁵ *Ibidem*, p. 28-29.

Constituição de 1988, as entidades administrativas incumbidas do exercício da função regulatória passaram a ser chamadas de “agências reguladoras”.

Tais entidades ostentam a natureza de autarquias especiais, vale dizer, pessoas jurídicas de direito público interno, integrantes da Administração Pública Indireta. A esse respeito, Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁶ destaca que o ponto distintivo dessas autarquias em relação às demais é que elas estão sujeitas a um regime especial, que lhes confere um maior grau de independência em relação ao poder central estatal.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ esclarece que

sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta, à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade e exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública

Em linhas gerais, o que se infere das lições destacadas é que o modelo de Estado regulador consiste em uma espécie de intervenção do Estado no domínio econômico, consistente no exercício da regulação da economia pelas agências reguladoras. Essas entidades possuem a natureza de autarquias, dotadas de um regime especial, cuja finalidade é assegurar a independência, autonomia e neutralidade, necessárias à função normativa e fiscalizatória.

O regime especial das agências, ainda segundo Di Pietro, é composto por três características: a atribuição do poder normativo a essas entidades, com a delegação da prerrogativa de editar normas técnicas; a autonomia financeira; e, finalmente, a estabilidade relativa de seus dirigentes, que embora nomeados pelo Chefe do Executivo, não podem ser livremente exonerados⁸.

Embora a intervenção do Estado em ambiente de atividade econômica seja tema extremamente tormentoso, é certo que a criação das agências reguladoras busca ordenar

⁶ Ibidem, p. 27

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *apud* GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências Reguladoras: A “metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado) in *Agências Reguladoras e Democracia*. Gustavo Binenbojm (Coord). Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 27.

⁸ Nesse sentido, sugere-se a leitura da Lei nº 9.986/2000.

essa seara, sem, porém, suprimir a liberdade inerente aos ambientes negociais. Assim, as agências atuam para conciliar os interesses eminentemente privados com os valores sociais cultivados pela Constituição.

Destarte, o principal mecanismo de intervenção estatal na economia pela regulação repousa na competência normativa atribuída às agências reguladoras, justificada pela necessidade de uma regulação técnica de certas atividades econômicas. Significa, pois, que a ordem jurídica confere a tais entidades o poder de editar regulamentos, com o intuito de disciplinar o exercício de atividades econômicas.

Essa atividade regulatória, é importante dizer, não se limita à expedição de atos normativos. Como se verá adiante, trata-se de atividade complexa, envolvendo diversas competências administrativas, que tecnicamente estão inseridas no poder de polícia do Estado, com base no qual o Poder Público conforma os interesses privados às exigências do interesse público.

Entretanto, sem dúvida alguma, a principal questão que se apresenta em relação à função regulatória decorre da tensão gerada entre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio constitucional da legalidade, como fundamento e limite ao exercício do poder estatal. E é exatamente sobre esse ponto que o presente trabalho irá se debruçar.

2. O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO

A atuação das agências reguladoras como ferramenta de intervenção do Estado no domínio econômico consiste, fundamentalmente, na regulação das atividades econômicas, inclusive serviços públicos, desenvolvidas no âmbito do território estatal, a fim de compatibilizar os interesses privados do mercado com o interesse público tutelado pelo Estado.

A regulação, portanto, embora não raro seja confundida com a simples edição de normas técnicas, possui uma acepção mais ampla, compreendendo não apenas a disciplina normativa de determinado setor econômico, como também a fiscalização, a

composição de conflitos e a aplicação de sanções administrativas aos agentes econômicos⁹.

Para o presente trabalho, porém, tomaremos a regulação em seu sentido estrito, isto é, como função normativa técnica, para assim cotejá-la analiticamente com o princípio da legalidade, que se apresenta como verdadeiro alicerce do Estado de Direito e garantia fundamental do indivíduo.

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino Do Vale¹⁰ lecionam o seguinte:

o princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII. Pelo menos nesse aspecto, não há como negar também a similitude do modelo com as concepções formadas na paralela história constitucional do princípio inglês do Rule of Law. O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens (rule of law, not of men)

Em linhas gerais, o princípio da legalidade condiciona e limita o exercício do poder estatal à existência de lei em sentido formal, coibindo as arbitrariedades que o poder concentrado e ilimitado tende a produzir. Essa concepção, embora associada ao momento inicial do Estado Liberal, ainda traduz, nos dias de hoje, a noção de lei como “condição para o legítimo exercício da atividade administrativa”¹¹.

A questão posta a exame, portanto, cinge-se a verificar se a despeito do princípio da legalidade positivado na Constituição da República de 1988, haveria a possibilidade da criação de normas jurídicas, de caráter geral e abstrato, pelas agências reguladoras, justificada pela necessidade de uma disciplina técnica e neutra das atividades econômicas e dos serviços públicos delegados, de acordo com as suas peculiaridades.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo. V. 229. Rio de Janeiro: 2002, p. 285-312.

¹⁰ MENDES, Gilmar F.; DO VALE, André Rufino. Comentário ao artigo 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 545.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. V. 60. Rio de Janeiro: 2006, p. 70.

Nesse contexto, Luis Roberto Barroso¹² afirma:

a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa inteiração – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.

Com efeito, a complexidade do tema não passou despercebida pela grande maioria dos estudiosos do direito administrativo. Alexandre Santos de Aragão observa que “o poder normativo da Administração Pública confirma que são exatamente as questões fundamentais e vetustas do Direito as que, até hoje, mais geram polêmicas”¹³.

Da mesma forma, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que “há forte controvérsia doutrinária em relação à constitucionalidade da amplitude e do fundamento do poder normativo conferido às agências reguladoras”¹⁴.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a nota marcante das agências reguladoras é o poder normativo que lhes é outorgado, sendo esta a essência da função regulatória¹⁵. Esse poder normativo opera por meio da técnica da deslegalização, ou delegificação, sobre a qual o autor tece as seguintes considerações:

a terceira técnica geral de delegação vem a ser a deslegalização, oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matieres*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907, a que os comentários de Maurice Hauriou deram destaque e notoriedade, a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição mas tão-somente o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a 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*)¹⁶.

¹² Ibidem, p. 308.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa. V. 148. Brasília: 2000, p. 284.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Método, São Paulo: 2013, p. 113.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Ed. Forense, 16. ed. Rio de Janeiro: 2014, p. 347.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação*. Revista de Direito Administrativo. V. 215. Rio de Janeiro: 1999, p.71-83.

O fenômeno da deslegalização, portanto, corresponde à delegação da competência normativa, típica dos órgãos legislativos, às agências reguladoras, que, por sua vez, integram a estrutura do Poder Executivo. Tal fenômeno justifica-se pela necessidade de uma atuação flexível e dinâmica do Estado na regulação das atividades econômicas, bem como da prevalência de critérios técnicos em detrimento do debate político inerente ao processo legislativo ordinário¹⁷.

A partir dessa noção, duas correntes bem delineadas e completamente opostas se formaram na doutrina quanto à constitucionalidade, ou não, do fenômeno da deslegalização à luz da Constituição de 1988 e o modelo de Estado de Direito por ela instituído. A controvérsia, além de envolver o déficit democrático que a transferência da competência normativa da instância legislativa para a instância administrativa provoca, alcança, também, o aspecto da hierarquia formal no plano normativo.

De um lado, observa-se o respeitável entendimento do administrativista Gustavo Binenbojm de que a deslegalização não se harmoniza com o princípio da legalidade, tampouco com Estado de Direito, ofendendo-os tanto sob o aspecto formal, quanto sob o aspecto material.

Nesse sentido, sustenta que¹⁸:

com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a sistemática da Carta da República

Como se pode ver, o primeiro argumento que fundamenta a inconstitucionalidade do poder normativo das agências repousa na impossibilidade de a Administração Pública, mediante a edição de atos administrativos normativos, subverter o processo legislativo constitucionalmente estabelecido, imprescindível para a inovação da ordem jurídica.

¹⁷ Ibidem, p. 74-75.

¹⁸ Ibidem, p. 71.

Reforçando a tese de incompatibilidade do poder normativo das agências com a Constituição de 1988, aponta o autor também uma ofensa material à Carta Política, ligada à legitimidade da lei como expressão da soberania popular:

ao ângulo material, a adoção da teses da deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representam não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento de legitimidade. Não se deve perder de vista que a própria ideia da legalidade administrativa é fundada no anseio da submissão da burocracia à lei, entendida esta como expressão legítima da vontade dos cidadãos¹⁹.

Em sentido oposto, vale dizer, sustentado que o fenômeno da legislação encontra respaldo justamente no princípio da legalidade, Alexandre Santos De Aragão, após citar Eduardo García de Enterría, defende o seguinte²⁰:

por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Com efeito, a controvérsia envolvendo os poderes normativos das agências reguladoras está longe de ser apaziguada. Contudo, fato é que na realidade brasileira as agências reguladoras vem expandindo a sua atuação, mediante a expedição de resoluções que impactam diretamente nas atividades econômicas. Em razão disso, os tribunais de justiça são cada vez mais acionados a fim de exercer esse controle de constitucionalidade e estabelecer os limites de atuação das agências.

De todo modo, é possível concluir que o fenômeno da deslegalização (ou delegificação), mesmo quando admitido, tem sempre como fundamento último de validade a Constituição ou uma lei em sentido formal, na medida em que a criação de

¹⁹ Ibidem, p. 72.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa. V. 148. Brasília: 2000, p. 275- 299.

agências reguladoras está condicionada ao processo legislativo, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

3. O CONFLITO ENTRE A LEI E A NORMATIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: QUAL DEVE PREVALECER?

Superada a análise quanto à compatibilidade do poder normativo conferido às agências reguladoras e o princípio da legalidade, revela-se necessário o exame acerca do eventual conflito entre as normas técnicas expedidas pelas agências e a lei anterior que discipline a mesma matéria.

Rafael Rezende Carvalho Oliveira²¹ denomina tal situação de “revogação diferida da lei” e observa que:

questão interessante refere-se ao potencial conflito entre a norma editada pela agência reguladora e a legislação anterior. Existe controvérsia doutrinária sobre a norma que prevalecerá no conflito normativo. Os críticos do poder normativo da agência sustentam que, em qualquer hipótese, a lei prevalecerá sobre os atos das agências, especialmente pela inexistência da própria competência normativa ampliada da autarquia regulatória. Por outro lado, os defensores do poder normativo ampliada das agências afirmam a prevalência, no mencionado conflito, dos atos regulatórios em detrimento da legislação anterior.

A questão que se apresenta neste tópico, portanto, sintetiza bem a complexa polêmica que envolve o poder normativo das agências reguladoras, na medida em que projeta para o plano material, da realidade fática, as complicações que essa temática suscita.

Em outras palavras, o conflito entre as normas técnicas expedidas pelas agências e a legislação antecedente, em especial a lei em seu sentido estrito, caracteriza o objeto do presente estudo, pois coloca o princípio da legalidade em contraste direto com o já mencionado fenômeno da deslegalização (ou delegificação).

Sobre o ponto, também existe intensa controvérsia em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Se, por um lado, existe o entendimento de que as normas técnicas das agências reguladoras tem o condão de revogar a legislação antecedente, em virtude do

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Método: São Paulo, 2013, p. 113.

fenômeno da deslegalização, por outro, há quem defenda, com argumentos bastante sólidos, a prevalência da lei em sentido formal sobre as normas técnicas.

Defendendo a primeira corrente, Rafael Rezende Carvalho Oliveira²² pondera que:

o ato normativo da agência, que respeita os parâmetros fixados pela própria lei deslegalizadora, prevalece sobre a legislação anterior. Isso não significa que o ato administrativo tenha primazia sobre a lei. A lei deslegalizadora, ao efetivar o rebaixamento hierárquico apontado, possibilita que todo o tratamento da matéria por ela especificada seja efetivado por atos da agência. Dessa forma, a revogação da legislação anterior não é operada diretamente pelo ato administrativo normativo regulatório, mas sim pela própria lei deslegalizadora que utiliza o ato da agência para revogar, de forma diferida no tempo, a lei anterior

Como se pode observar, o principal fundamento daqueles que defendem a prevalência das normas técnicas sobre a legislação antecedente é o mesmo que legitima o fenômeno da deslegalização, ou seja, a degradação hierárquico normativa promovida a partir da delegação, pelo legislador, da função normativa técnica referente a determinada atividade econômica²³.

Noutro giro, no sentido de que a legislação antecedente deve prevalecer sobre as normas técnicas posteriores, em virtude do princípio da legalidade, expressamente consagrado na Carta Política de 1988, impedindo assim a inovação na ordem jurídica pelas agências, Marcos Juruena Vilela Souto²⁴ afirma que:

a função normativa se submete ao princípio da legalidade administrativa, não podendo inovar (naquilo que a Constituição reservou à lei) no ordenamento jurídico (princípio da reserva legal – só a lei cria direitos e obrigações); assim, ressalvada a hipótese de cabimento de decreto (EC 32/2010) no conflito entre a lei e o regulamento ou qualquer outro ato administrativo dá-se preferência à lei, que é norma hierárquica superior aos demais atos administrativos (princípio da preferência legal)

Na linha do que foi apontado, percebe-se que não há consenso na doutrina em relação ao questionamento do conflito entre a lei e as normas técnicas das agências reguladoras. Para fins práticos, portanto, afigura-se mais adequada a análise da

²² Ibidem, p. 135.

²³ Também é o entendimento de ARAGÃO, op. cit.

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 27.

jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, que exerce a chamada jurisdição constitucional.

De mais a mais, o que se tem verificado com as lições transcritas é uma clara relação entre o entendimento que defende a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras e o da prevalência dos atos desta em confronto com a legislação antecedente. Da mesma forma, aqueles que sustentam a inconstitucionalidade de tal poder normativo tendem a concordar com a prevalência da legislação antecedente, em homenagem ao princípio da legalidade.

Avançando sobre o tema, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093-SP²⁵ de relatoria da Min. Rosa Weber, julgada em 24 de setembro de 2014, entendeu que o poder normativo conferido à entidade regulatória não pode inovar na ordem jurídica, eis que jungido ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, vale transcrever a ementa da decisão em razão da clareza com que enfrenta o tema:

a norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

Da leitura da íntegra do voto condutor, é possível observar que o Plenário da Suprema Corte sedimentou o entendimento de que no potencial conflito entre a legislação antecedente e a disciplina técnica realizada pela agência reguladora, deve prevalecer a fonte normativa primária, sobretudo pelo seu fundamento democrático, eis que emana da vontade popular expressada pelo Poder Legislativo.

A esse respeito, veja-se o voto²⁶ lapidar da Ministra relatora, Rosa Weber, sobre a temática:

²⁵Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4093%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4093%2EACMS%2E%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/dxvtqk4>. Acesso em 20/09/2017.

²⁶ Ibidem.

Noutro giro, acrescento que às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. Poder normativo não é poder legislativo. A abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade.

Ao fundamentar a sua interpretação sobre a antinomia, a Ministra enfatizou que, em última análise, a questão repousa na teoria da separação de poderes da qual exsurge o princípio da legalidade como fundamento democrático de legitimidade da atuação do Poder Público. Nesse sentido, mais uma vez, é válida a transcrição da precisa fundamentação da relatora²⁷:

o caráter criativo da interpretação do direito, quer seja efetuada pela Administração, quer pelo Poder Judiciário, encontra limites intransponíveis na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do rule of law, instituições ínsitas ao regime democrático. A decisão da Agência reguladora deve ser determinada – e legitimada – por um direito a ela preexistente.

Com base nessas colocações, é forçoso reconhecer que a posição que vem se destacando em relação ao poder normativo das agências reguladoras é a de que, embora a atuação destas seja imprescindível para regular as atividades econômicas e sociais, conciliando os múltiplos interesses permeados no mercado, ainda se faz essencial a observância do princípio da legalidade como fundamento do Estado democrático de direito.

Nenhuma entidade pode estar acima da lei a ponto de ter poderes superiores ao do legislador. A Constituição de 1988 atribui ao Poder Legislativo, composto sobretudo por representantes do povo, a prerrogativa de editar leis ordenadoras da conduta social, ainda que em alguns casos careça de subsídios técnicos. A função normativa das agências reguladoras, portanto, limita-se a minudenciar a lei formal, que será sempre o fundamento de validade da atuação da Administração Pública.

²⁷ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Tema que permeia e sempre permeará o debate político, as diferentes formas de intervenção do Estado no domínio econômico e social se apresentam como espaço de intensas discussões, que transcendem o campo do direito. Além da questão econômica, a atuação interventiva do Estado esbarra na filosofia política, onde se discute os fins para os quais o Estado foi concebido e, a partir daí, a sua legitimidade para interferir na gestão de interesses privados.

Ao tratar sobre tema tão controverso, a Constituição da República de 1988 tentou conciliar diferentes correntes do pensamento político. Ao mesmo tempo em que consagra a livre iniciativa, a Carta Política impõe limites à atuação privada. Em última análise, todos esses limites são emanções da dignidade da pessoa humana, erigida à fundamento da própria República Federativa do Brasil.

Uma das formas mais instigantes de atuação interventiva do Estado na economia se dá através da regulação. Cuida-se de atividade extremamente complexa, que não se limita à edição de normas técnicas, mas ao contrário, compreende a fiscalização, a composição de conflitos e a aplicação de sanções administrativas aos agentes econômicos. Esse modelo, chamado de Estado Regulador, nasceu nos Estados Unidos da América, país no qual o liberalismo é a estrela guia do povo.

Por tal razão, a importação desse modelo de Estado para o Brasil não se deu de forma pacífica. A Constituição da República de 1988 não consagra o liberalismo com os mesmos contornos que o país de origem das agências reguladoras. Ao revés, embora também proteja a liberdade, nossa Carta Política claramente se preocupa com outros valores em detrimento da liberdade na seara econômica.

Assim, a primeira discussão que surgiu com a introdução dessas agências diz respeito aos limites de sua atuação normativa à luz do princípio da legalidade. A Constituição adota a repartição funcional de poderes, atribuindo ao Poder Legislativo a função normativa típica. No entanto, a atuação normativa das agências reguladoras vem se expandido, notadamente pela edição de resoluções e normas técnicas. Tal atuação encontra resistência, já que tais agências integram o Poder Executivo.

Diante disso, como visto ao longo do trabalho, a doutrina é controvertida quanto à constitucionalidade dessa atuação normativa. Se, por um lado, existe respeitável posicionamento no sentido de que a atuação normativa é inconstitucional, de outro, vem prevalecendo a tese da constitucionalidade dessa atuação. Acolhendo esta última linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Entretanto, quando se analisa o conflito das normas técnicas com a legislação vigente, em especial as leis em sentido estrito, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal rebaixa a normatização técnica das agências reguladoras ao *status* infralegal, sob o fundamento da prevalência do princípio da legalidade. Nesse sentido, a jurisprudência reconhece a constitucionalidade do poder normativo das agências, subordinando-o, no entanto, ao crivo da legalidade.

Em síntese, a partir das informações reunidas no presente estudo percebe-se que o poder normativo das agências reguladoras desempenha importante instrumento na regulação das atividades econômicas, sobretudo no campo técnico, a fim de conciliar os interesses privados com os fins sociais do Estado. Portanto, tal atividade, como todas as demais exercidas pelo Poder Público, deve obedecer ao princípio da legalidade, o qual serve como fundamento de legitimidade democrática do Estado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. V. 148. Brasília: 2000.

_____. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Forense: Rio de Janeiro, 2002

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. V. 229. Rio de Janeiro: 2002

_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. V. 60. Rio de Janeiro: 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 out de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MENDES, Gilmar F; DO VALE, André Rufino. Comentário ao artigo 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina. São Paulo: 2013

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. V. 215. Rio de Janeiro: 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

