

LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO

**CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: ALCANCE E LEGITIMIDADE**

FLORIANÓPOLIS

2014

LUIS IRAPUAN CAMPELO BESSA NETO

**CONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: ALCANCE E LEGITIMIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

FLORIANÓPOLIS

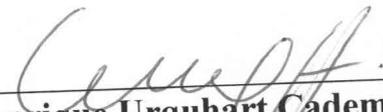
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

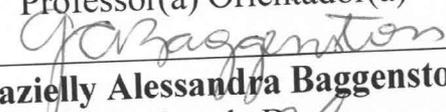
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Constitucionalidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras: Alcance e Legitimidade**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Luis Irapuan Campelo Bessa Neto**, defendido em **14/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

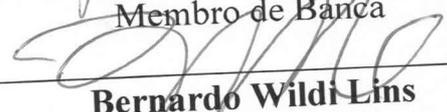
Florianópolis, 14 de Novembro de 2014



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Membro de Banca



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por se fazer presente em todos os dias de minha caminhada.

À minha querida família, pelo carinho e apoio diários, fundamentais em todas as etapas de minha vida, bem como à minha namorada por me ajudar emocionalmente nos momentos necessários.

Ao meu orientador, Prof. Luiz Henrique, pelos ensinamentos que despertaram em mim, durante a graduação, o interesse pelo ramo do Direito Administrativo.

RESUMO

A atividade regulatória estatal sempre foi marcada pela sua mutação, principalmente em virtude do modelo de Estado adotado em cada sociedade. A ineficácia estatal em prover serviços de qualidade, juntamente com as necessidades crescentes da população por melhores condições, fez com que no Brasil, a partir da década de 1990, especificamente, os serviços antes prestados pelo Estado fossem passados para particulares, surgindo, assim, entidades que, dotadas de personalidade jurídica, começaram a ser incumbidas de regular e fiscalizar os setores concedidos, bem como de setores que possuísem sensibilidade para com a coletividade. O modelo adotado foi o das agências reguladoras, provenientes dos Estados Unidos da América, marcadas, principalmente, por sua autonomia frente ao Poder Executivo. Dotadas de poder normativo, as agências reguladoras brasileiras são criadas por lei, as quais estabelecem *standards*, e têm sua legitimidade democrática através das previsões contidas nas próprias leis instituidoras, trazendo ampla participação da sociedade na tomada de decisões, caracterizadas por seu conteúdo técnico e não político.

Palavras-chave: atividade regulatória estatal; agências reguladoras; poder normativo.

ABSTRACT

The state regulatory activities have always been marked by its own mutation, primarily due to the state model adopted in each society. The state inefficacy in providing quality services, along with the population's continuous need for better conditions, made Brazil, starting in the 1990s, specifically, pass services provided by the state to private companies, thus creating entities with legal personality entrusted with the power to regulate and oversee the sectors bestowed, as well as sector that enjoyed sensibility towards the community. The model adopted was that of the regulatory agencies derived from United States of America, marked mainly by its autonomy before the Executive Power. Endowed with normative power, the Brazilian regulatory agencies are created by law, which establish standards and have their democratic legitimacy through the statements contained in the laws that created it, bringing broad participation of civil society in decision making, characterized by its technical content and not political.

Key-words: state-owned regulatory activities; regulatory agencies; normative power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO	11
1.1. Evolução Histórica: Aspectos Destacados	11
1.2. Princípios Constitucionais	17
1.2.1. Do Princípio da Separação dos Poderes	18
1.2.2. Do Princípio da Legalidade	20
1.3. Regulação e Regulamentação	25
2. AGÊNCIAS REGULADORAS	29
2.1. Conceituação e Síntese Histórica	29
2.2. Características Gerais	34
2.3. Autonomia	37
3. AGÊNCIAS REGULADORAS E O PODER NORMATIVO	43
3.1. Justificação	44
3.2. Legitimidade Democrática	51
3.3. Controle	53
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A estruturação de um Estado Liberal, no final do século XVIII, impondo ao Estado uma atuação mínima, necessária apenas para a manutenção e proteção da liberdade e propriedade individual, mostrou-se, no século XX, insuficiente às necessidades crescentes das sociedades cada vez mais complexas e com as mais variadas relações.

Desta forma, o Estado ganha um novo papel, a partir, principalmente, do Pós-Primeira Guerra mundial, dando início a era dos Estados Intervencionistas. Esses foram marcados pela alta intervenção nos mais diversos campos da sociedade, desde o econômico até o social. Assim, o Estado começa a incorporar serviços, os quais passa a chamar de serviços públicos, provendo-os aos administrados de forma direta. Tal política, entretanto, revelou-se insustentável face ao alto custo para os Estados, os quais se viram à beira da falência, fazendo com que, conseqüentemente, os serviços prestados à sociedade fossem inexistentes ou de baixa qualidade.

Neste sentido, a necessidade tanto dos administrados por melhores serviços como dos Estados em quitar as dívidas geradas pela prestação direta desses serviços à população fez com que se iniciasse a era dos Estados Reguladores, diminuindo o intervencionismo estatal na economia e passando parte dos serviços, até então prestados diretamente pelo Estado, para

particulares, cabendo ao Estado a regulação do setor concedido, bem como a fiscalização dos particulares exploradores.

Nesta nova configuração estatal é que surgem, no Brasil especificamente, entes dotados de personalidade jurídica, mais precisamente autarquias. Tais autarquias, entretanto, diferenciaram-se das já existentes pelo fato de possuírem maior autonomia frente, principalmente, ao Executivo, além de serem dotadas de poder normativo a fim de regular os setores aos quais eram ligadas, sendo denominadas, portanto, autarquias sob regime especial.

Assim, o presente trabalho monográfico terá como foco o estudo das Agências Reguladoras, introduzidas a partir de 1996 no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de regular os serviços transferidos aos particulares, demonstrando a diferença existente entre tais autarquias sob regime especial das demais autarquias.

Ainda, será utilizada a doutrina nacional, bem como estudos realizados pontualmente acerca do tema, para legitimar e justificar tais entes no novo modelo de Administração Pública.

O novo contexto político, social e econômico da Administração Pública fez surgir os entes os quais este trabalho, dividido em três capítulos, aprofundar-se-á, buscando demonstrar que a criação de tais agências serviu para suprir uma necessidade estrutural do Estado.

No primeiro capítulo, será realizado um estudo histórico acerca da evolução da atividade regulatória do Estado, iniciando nos Estados Absolutistas e passando pelos Estados Liberal e Intervencionista, até a chegada do Estado Regulador, bem como a conceituação e necessidade de adequação de alguns princípios constitucionais a fim de atenderem às novas demandas sociais. Ainda, serão apresentados os conceitos de regulação e de regulamentação, suas diferenças e desdobramentos.

No segundo, será feito um estudo acerca das agências reguladoras propriamente ditas, delineando o surgimento de tais entes no direito alienígena e a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando

as principais diferenças entre estes novos entes, chamados de autarquias sob regime especial, das demais autarquias.

No terceiro e último capítulo, aprofundar-se-á acerca da justificação do poder normativo concedido às agências reguladoras no ordenamento pátrio, buscando, através de distintas correntes doutrinárias, demonstrar a possibilidade de tal capacidade. Ainda, delimitando os princípios constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito, justificar-se-á as especialidades concedidas a tais entes, verificando, também, a extensão do poder normativo conferido a elas, bem como realizaremos uma análise acerca dos diversos meios de controle exercido sobre tais entes.

Por fim, buscando alcançar os objetivos traçados nesta pesquisa, far-se-á uso do procedimento monográfico, através do método dedutivo, utilizando, para tanto, doutrinas especializadas no tema e, de forma complementar, da legislação correspondente, bem como de trabalhos específicos realizados acerca dos tópicos propostos no presente trabalho.

1. ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: ASPECTOS DESTACADOS

Antes de adentrar no tema das Agências Reguladoras Brasileiras e sua legitimidade, necessária se faz a análise da evolução estatal no âmbito do Direito Público, tendo como ponto de partida a Era dos Estados Absolutistas.

Frise-se, ainda, que o presente tópico não realizará uma análise específica dos tipos de Estado e de seus modelos jurídicos, mas apenas uma contextualização histórica, necessária para o estudo dos pontos principais deste trabalho.

A passagem do sistema feudal para a estruturação dos Estados Absolutos¹ se deu com a falência do primeiro, tendo em vista o nascimento das cidades (aperfeiçoamento de técnicas de comércio, comunicações, transportes e o crescimento populacional) e o enfraquecimento dos senhores feudais em face da nova classe econômica emergente, a burguesia.

¹ “Surgido talvez no século XVIII, mas difundido na primeira metade do século XIX, para indicar nos círculos liberais os aspectos negativos do poder monárquico ilimitado e pleno, o termo-conceito Absolutismo espalhou-se desde esse tempo em todas as linguagens técnicas europeias para indicar, sob a aparência de um fenômeno único ou pelo menos unitário, espécies de fatos ou categorias diversas da experiência política, ora (e em medida predominante) com explícita ou implícita condenação dos métodos de Governo autoritário em defesa dos princípios liberais, ora, e bem ao contrário (com resultados qualitativa e até quantitativamente eficazes), com ares de demonstração da conveniência se não da necessidade do sistema monocrático e centralizado para o bom funcionamento de uma unidade política moderna.” (BOBBIO, 1998, p. 01)

Desta forma, com o enfraquecimento dos senhores feudais e a necessidade de se instituir uma estrutura administrativa a fim de gerenciar as novas relações sociais que surgiram, propiciou-se ao Rei a concentração da regulação da sociedade. Assim, detentor de um poder unitário (monopólio da força e do Direito) e concentrado, o Rei passa a se confundir com o próprio Estado, ou seja, o Rei e o Estado eram um só. Inicialmente, a ideia de concentração de poder nas mãos do Rei tem amparo dos burgueses.

Nesta ideia de Rei Absoluto, portanto, qualquer atividade político-administrativa precisava de autorização do Rei para ser realizada, já que o patrimônio do Estado confundia-se com o seu. Entretanto, cumpre salientar que os reis não ficavam apenas na gestão orçamentária, mas também formulavam políticas econômicas, com o intuito de trazer prosperidade aos seus Estados. Acerca do tema, disserta Alexandre Santos de Aragão:

[...] não se pode desprezar que o Estado absolutista já tinha políticas econômicas, não se ocupando apenas dos problemas de gestão orçamentária, mas também, por exemplo, dos meios e instrumentos para prover o Reino de metais preciosos necessários para o desenvolvimento da indústria e do comércio, notadamente o ultramarino (ARAGÃO, 2013, p. 50).

Todavia, a produção econômica pouco mudava, já que a sua base ainda era agrícola, não produzindo, desta forma, grandes alterações no cenário socioeconômico.

Em meados do século XVIII, entretanto, com a Revolução Francesa, tendo em vista os sérios problemas na economia dos Estados e a descrença na religião, surge, sob o domínio dos burgueses, o Estado Liberal. Nas palavras de Norberto Bobbio:

[...] por “liberalismo” entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado Absoluto quanto ao Estado que chamamos de Social (BOBBIO, 2000, p. 07).

Complementando o transcrito acima, leciona Caio Tácito:

O Estado Liberal nasce sob o signo de liberdade do cidadão. Limitando o poder absoluto do Estado, afirma os direitos individuais e políticos. A ordem econômica se fundamenta no

princípio da liberdade de iniciativa e de comércio, assegurando o florescimento da burguesia e a disseminação do regime capitalista. A ação do Estado visa a facilitar e garantir o livre jogo dos negócios, tendo como base jurídica a autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de contrato e de associação (TÁCITO, 1997, p. 377).

Entendia-se no sistema liberal que o Estado devia atuar minimamente na economia, ou seja, caberia ao Estado manter a ordem social, garantindo aos cidadãos a não violação de seus direitos. É, inclusive, neste cenário que surge o direito administrativo em sentido próprio, conforme afirma Bernardo Strobel Guimarães:

O direito administrativo é fruto de concepções liberais que deram ensejo ao surgimento do Estado de Direito, adaptando as velhas estruturas administrativas ao ideário das revoluções burguesas. Embora seja claro que alguns institutos do Estado Absoluto ainda se mantiveram por ensejo da afirmação do ideário liberal, tal concepção empresta foros de originalidade ao tema.

É no exato momento em que o exercício do poder se torna submetido à lei (legalidade), se afirma a inviabilidade do seu exercício pleno de modo individual (separação dos poderes) e se admite um patrimônio jurídico dos cidadãos salvaguardado da intervenção estatal (direitos fundamentais), que se pode cogitar de um direito administrativo em sentido próprio (GUIMARÃES, 2007, p. 10).

Neste sistema liberal, o poder Político era exercido pelo Parlamento, formado por representantes escolhidos por aqueles que tinham poder de voto (grandes proprietários e detentores de altos rendimentos), fazendo com que a vida política fosse comandada pelos grandes burgueses. Ainda, os poderes Executivo e Judiciário podiam agir apenas dentro da “moldura” dos atos aprovados pelo Legislativo, não havia espaço para interpretações.

Entretanto, ao se distanciar de maneira tão brusca da sociedade, o Estado Liberal acaba por orquestrar seu próprio fim, tendo em vista que as demandas dos particulares menos favorecidos não eram atendidas, ficando o monopólio do poder e das riquezas nas mãos dos burgueses. Assim, mesmo o Estado Liberal pregando a ideia de que o Estado deveria ser mínimo, tal afirmação não servia para os que estavam no poder, já que usavam do Estado

para proteger seus interesses, fosse construindo infraestrutura para o melhoramento de seus negócios, fosse prejudicando possíveis adversários.

Dito isso, com a insatisfação das classes menos favorecidas, a concentração do poder econômico na mão de alguns poucos e a implantação do sufrágio universal, surgem, no período do Pós-Primeira Guerra, os Estados Intervencionistas.

Quanto ao surgimento dos Estados Intervencionistas, leciona Alexandre Santos de Aragão:

Foi então colocado a nu o dogma liberal oitocentista segundo o qual, como todos os homens são iguais, a atuação do Estado só distorceria esta ordem ideal. Tomou-se consciência, e o sufrágio universal, juntamente com as lutas políticas, propiciaram a sua implementação, de que, à medida que os homens não estão todos nas mesmas condições, a omissão do Estado não faz nada mais do que perpetuar e aumentar as iniquidades, justificando-se a intervenção como o mecanismo regulador capaz de fazer com que os homens disponham das mesmas condições iniciais ou, ao menos, de evitar que não tenham quaisquer oportunidades (ARAGÃO, 2013, p. 65).

O Estado passa, portanto, a concentrar em suas mãos vários setores da economia, tendo em vista que o interesse dos particulares detentores dos serviços de tais setores não condizia com o interesse de grande parte da população. Atrai-se para o âmbito estatal, portanto, serviços como: fornecimento de água e luz, transportes, comunicações, entre outros. Frise-se, ainda, que com o surgimento do Estado Intervencionista, muitos direitos sociais foram implementados, conforme disciplina Clèmerson Merlin Clève:

A própria ideia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida de um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação, etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, à educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros (CLÈVE, 2000, p. 37).

Em um primeiro momento a classe burguesa viu com maus olhos tal política, pensando que apenas as classes menos favorecidas seriam privilegiadas com as ações do Estado. Entretanto, após certo tempo, percebeu-se que a intervenção estatal era muito útil também aos interesses burgueses, já que as intervenções não eram feitas apenas com o intuito de frear certa atividade econômica, mas também com o de conceder subsídios e incentivos para os empreendedores (ARAGÃO, 2013, p. 68).

Desta forma, com o crescimento do poder intervencionista estatal na economia e sua participação nas relações sociais, ocorre um declínio da lei, ou seja, ocorre uma considerável mudança de poder do Legislativo, visto como o expoente no Estado Liberal, para o Executivo, fortalecendo-se, portanto, o aparelho administrativo.

Esta transferência se deu, principalmente, pela impossibilidade de o poder Legislativo agir na mesma velocidade com que se davam as mudanças econômicas. Assim, o Legislativo começou a criar normas gerais, deixando para o Executivo a concretização destas normas. Acerca do tema, Alexandre Santos de Aragão, citando Bernard Chantebout, escreve:

Como afirma BERNARD CHANTEBOUT “as técnicas das quais o poder legislativo dispõe são totalmente inapropriadas para conduzir uma política conjuntural. [...] As medidas a serem tomadas para a direção da atividade econômica são voltadas para certos setores de atividade, às vezes mesmo a certas empresas, e devem ser essencialmente temporários. Elas são desenvolvidas a partir de uma série de decisões cotidianas, que são manifestamente insuscetíveis de serem tomadas por uma Assembleia, podendo ser adotadas apenas pelo Executivo” (CHANTEBOUT *apud* ARAGÃO, 2013, p. 69).

Todo este ativismo estatal, porém, trouxe consequências sérias, tendo em vista que os Estados não conseguiram o retorno financeiro necessário, endividando-se espantosamente. Não se conseguia, portanto, atender às demandas geradas pela sociedade, fazendo com que as políticas públicas fossem insatisfatórias ou inexistentes.

Desta maneira, em meados da década de 1970, os Estados, à beira da falência, começam a mudar sua forma de atuação, deixando de lado o

intervencionismo econômico de maneira direta, com o Estado por si só provendo tudo.

Com esta retirada do Estado, fez-se necessário conceber uma nova forma de atuação, a fim de garantir os objetivos e interesses sociais. Migrou-se, portanto, para uma forma de Estado Regulador, no qual se passou a conceder funções aos particulares, os quais exploram e provêm os serviços à população, cabendo ao Estado a regulação e fiscalização dos setores concedidos.

Acerca do tema, ensina Alexandre de Moraes:

O novo papel do Estado exigiu uma mudança extremamente radical na maneira de gerir os serviços públicos, exigindo-se maior descentralização.

Assim, o Poder Público passou a concentrar-se na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões ou concessões ao setor privado (MORAES, 2002, p. 18).

Neste sentido, ainda, leciona Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Na quadra final do século passado, operou-se uma transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado. Esta nova visão adota a descentralização como estratégia; impõe redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista [...] (GROTTI, 2006, p. 01).

Desta forma, no Brasil, com o surgimento desta nova forma de Estado, iniciam-se as chamadas privatizações e desestatizações, concedendo aos particulares atividades chave da economia. Neste cenário, florescem as agências reguladoras brasileiras, as quais ganham o status de reguladores setoriais, normatizando e fiscalizando o serviço que a lei designar.

A seguir, passa-se a abordar os princípios constitucionais atinentes ao presente trabalho, delineando seus conceitos e analisando o alcance dado a eles.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No presente trabalho, far-se-á uso da conceituação de princípios formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello², o qual afirma que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2010, p. 53).

Assim, os princípios são mandamentos norteadores de um sistema, servindo como base para todo um ordenamento posto, os quais devem ser cumpridos e observados, não possuindo o sentido de mandamentos de otimização, o qual busca no caso a caso verificar a ocorrência de um ou de outro princípio.

Frise-se, ainda, que neste trabalho monográfico, far-se-á uso apenas dos princípios os quais entendemos serem relevantes para o presente estudo, não conceituando todos os princípios referentes à Administração Pública, mas apenas aqueles necessários ao deslinde do tema.

² Desta forma, não se utilizará da atual acepção de princípio baseada nas formulações de Robert Alexy, o qual afirma que “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, os princípios são mandamentos de otimização.” (ALEXY, 2008, p. 90).

1.2.1 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Carta Magna Brasileira de 1988 elenca em seu artigo 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, consagrando, assim, o princípio fundamental da Separação de Poderes no sistema brasileiro, elevando-o, ainda, ao patamar de cláusula pétrea, conforme o art. 60, §4º, III, da CRFB/88. Tal princípio já podia ser encontrado nos pensamentos de Aristóteles³ e John Locke⁴, entretanto, ganhou corpo e divulgação apenas com Montesquieu⁵, sendo um dos princípios basilares das formas de governo modernas, principalmente aquelas influenciadas pelos ideais liberais.

Em sua teoria, Montesquieu afirmava que: aquele que faz as leis não as pode executar nem julgar; aquele que julga as leis não as pode fazer nem executar; e aquele que executa as leis não as pode fazer nem julgar.

Desta forma, os Poderes Públicos não estariam concentrados em um mesmo homem ou órgão, pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 346), nas palavras do próprio Montesquieu “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai até que encontre limites”. Assim, o poder, inicialmente concentrado, deveria ser fragmentado, dando origem a três poderes já inerentes ao próprio Estado, quais sejam: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Acerca do Princípio da Separação de Poderes, leciona José Afonso da Silva:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva, jurisdicional) a órgãos diferentes [...]

³ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁴ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é (SILVA, 2010, p. 108-109).

Tal princípio, porém, não pode ser interpretado de forma dogmática e radical, fruto de um sentimento de desprezo em face do antigo regime de concentração de poderes. Na realidade o que Montesquieu propunha era uma separação de poderes em diferentes órgãos do Estado a fim de que os destinatários do poder fossem beneficiados com ações estatais, e não uma divisão rígida e incomunicável (ARAGÃO, 2013, p. 405-406). Neste sentido, extrai-se da obra de Norberto Bobbio:

[...] o princípio jurídico da separação dos poderes, tão frequentemente proclamado e exaltado pela ciência jurídica, se não for aprofundado, corre o risco de se tornar um dogma ambíguo e misterioso por duas razões: de um lado, pela diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a exigência da divisão do poder e, do outro, pela impossibilidade de explicar, de modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democrático-parlamentares, partindo deste dogma, formulado no século XVIII com vistas a regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía poder político. Não é só isso: é um dogma perigoso, porque não garante eficazmente a liberdade do cidadão (BOBBIO, 1998, p. 248).

Ainda, assevera Alexandre de Moraes:

Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente (MORAES, 2008, p. 406).

Assim, na era moderna, a tese de absoluta independência entre os órgãos de Estado foi desmistificada, dando lugar a um conceito de freios e contrapesos entre eles. Portanto, a ideia de poderes⁶ separados e

⁶ Há de se ressaltar que, atualmente, falar-se em *divisão de poderes* ou *separação de poderes* configura certa imprecisão técnica, neste sentido: “[...] inobstante a diversidade de formas e a

incomunicáveis, que não podem sofrer qualquer tipo de interferência uns dos outros, dá lugar a uma concepção de harmonia, que se traduz em freio às ingerências dos demais. Sobre o tema, disciplina José Afonso da Silva:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes* [...] (SILVA, 2010, p. 109).

Neste sentido, ainda, complementa Alexandre de Moraes:

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*) (MORAES, 2008, p. 406).

Desta forma, percebe-se a evolução no sentido de se adequar o princípio às novas demandas da sociedade, não sendo possível e nem quisto que uma interpretação dada seja imutável, prejudicando o interesse coletivo.

1.2.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Acerca do Princípio da Legalidade, extrai-se da CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ainda, no capítulo destinado à Administração Pública, em seu artigo 37, *caput*, dispõe que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

variedade de conteúdos, todos os atos estatais são sempre fruto de um mesmo e único poder. O poder, como é sabido, é um só, posto advir de fonte única.” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 411).

publicidade e eficiência [...]”. Por fim, na seção destinada ao rol de atribuições do Presidente da República, colhe-se da Constituição Federal que “Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (artigo 84, inciso IV).

Inicialmente, necessária se faz a distinção entre o princípio da legalidade destinado ao particular e ao destinado à Administração Pública. No primeiro caso, como decorrência direta do artigo 5º, inciso II, o particular pode fazer tudo aquilo que não seja proibido por lei, configurando-se autonomia da vontade individual. Neste sentido, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 65) que “No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”. Trata-se de direito individual, consagrado a partir do Liberalismo do século XVIII, voltado à proteção dos particulares contra o Estado.

No segundo caso, entretanto, temos que a Administração Pública só pode agir em virtude de lei, ou seja, apenas a lei pode autorizar ou determinar que a Administração atue efetivamente. Neste sentido, lecionam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

[...] para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma, estando adstrita à lei, a qual expressa a ‘vontade geral’, manifestada pelos representantes do povo, único titular originário da ‘coisa pública’. Tendo em conta o fato de que a Administração Pública está sujeita, sempre, ao princípio da indisponibilidade do interesse público - e não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei (e a própria Constituição), expressão legítima da ‘vontade geral’ -, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 191).

O princípio da legalidade é tido como aquele que qualifica e que dá identidade ao Estado de Direito, tal princípio é específico de tal forma de Estado, servindo como base para o regime jurídico-administrativo (MELLO, 2010, p. 99-100).

Assim como o Princípio da Separação dos Poderes, o Princípio da Legalidade na forma defendida por muitos doutrinadores da atualidade tem suas bases na noção liberal oitocentista. A classe burguesa entendeu, à época, que para se prevenir de possíveis medidas arbitrárias impostas nos moldes daquelas realizadas pela realeza, devia-se estabelecer um mecanismo pelo qual o Administrador agiria apenas em decorrência de normas jurídicas anteriormente estabelecidas pelos representantes eleitos. Desta forma, ao administrador caberia apenas a fiel execução da lei.

Entretanto, conforme leciona Alexandre Santos de Aragão, tal império da lei nunca foi efetivamente atingido, tendo em vista não conseguir alcançar os anseios da população e de uma sociedade cada vez mais complexa.

[...] devemos destacar que o objetivo inicialmente desejado pelo liberalismo do século XVIII, do absoluto império da lei, nunca foi atingido. Logo foi verificada a incompletude das leis, o que exigiu, tanto no Direito privado, como no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora até mesmo de novos institutos jurídicos (teoria da imprevisão, vedação do enriquecimento sem causa, responsabilidade civil do Estado, abuso de direito, desvio de finalidade etc.).

No que diz respeito especificamente à atividade administrativa, também não demorou para ser constatada a impossibilidade de a lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria, de forma autômata, praticar para proteger o interesse público (ARAGÃO, 2013, p. 433).

Assim, esta máxima inicia um processo de transformação. O Poder Executivo, inflado pela impotência do Poder Legislativo em promover políticas públicas com agilidade, começa a ter em suas mãos certa liberdade para determinar o conteúdo dos seus preceitos. As leis, assim, passaram a ser mais gerais, surgindo a ideia de discricionariedade do administrador público.

Atualmente, entretanto, parte da doutrina nacional segue a ideia de máxima efetividade ao princípio da legalidade, abolindo qualquer pensamento tendente a flexibilizá-la ou, melhor, torná-la mais condizente com as transformações sociais. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 101), “no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*. Assim, o princípio da legalidade é o da completa

submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”.

No sentido do disposto acima, portanto, para estes doutrinadores, o Estado não pode exigir qualquer ação ou impor qualquer abstenção aos administrados, senão em virtude de lei. É importante ressaltar, entretanto, que o princípio da legalidade se difere do princípio da reserva de lei, diferenciação já pacífica na doutrina.

Acerca da diferenciação entre ambos, disciplina José Afonso da Silva (2010, p. 423) que “O primeiro significa a submissão e o respeito à Lei, ou a atuação estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal”.

Acerca do princípio da reserva legal em relação ao princípio da legalidade, afirma Alexandre de Moraes que:

[princípio da reserva legal] Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo (MORAES, 2008, p. 42).

Neste sentido, temos que o princípio da legalidade consiste na outorga constitucional, ampla e geral, sobre qualquer espécie de relações. Quando, porém, a Constituição reserva matéria específica, caso a caso, à lei, estamos diante do princípio da reserva de lei.

Destaque-se, ainda, que a legalidade se situa no campo da hierarquia das fontes normativas e a reserva de lei no campo da competência. Também nas palavras de José Afonso da Silva:

Outra diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) está em que o primeiro envolve primariamente uma situação de

hierarquia das fontes normativas, enquanto o segundo envolve questão de *competência* (SILVA, 2010, p. 423).

Por fim, grande parte da doutrina distingue algumas categorias de reserva de lei, delimitando conforme: a) o ponto de vista do órgão competente; b) o ponto de vista da natureza da matéria; c) o ponto de vista do vínculo imposto ao legislador (SILVA, 2010, p. 424).

Quanto ao órgão competente, tem-se que determinadas matérias só podem ser legisladas pelo Congresso Nacional, sendo impossível sua delegação.

Com relação à natureza da matéria, extrai-se que determinadas matérias são exclusivas à lei complementar e outras à lei ordinária.

No que tange ao vínculo imposto ao legislador, há duas possibilidades: reserva absoluta ou relativa. A reserva absoluta se faz quando a Constituição disciplina, expressamente, que determinada matéria deverá ser reservada à lei, impossibilitando qualquer fonte diversa. Já a reserva relativa, ocorre quando a Constituição disciplina que a matéria possa, em parte, ser delineada por fonte diversa da lei. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

[...] temos a reserva legal absoluta quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como ato normativo emanado pelo Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional.

Por outro lado, temos a reserva legal relativa quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação (MORAES, 2008, p. 43).

Desta forma, percebe-se que os princípios da legalidade e da separação dos poderes ganharam contornos um tanto quanto diferentes daqueles dados nos anos de mil e oitocentos, diferenças, entretanto, necessárias para a efetivação de políticas que visassem o bem estar social.

A seguir, tratar-se-á da diferença entre regulação e regulamentação, esclarecimento que se faz necessário à posterior justificação do poder normativo das agências reguladoras.

1.3 REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

Alguns doutrinadores, motivados tanto pelo significado das palavras no dicionário, tendo em vista serem muito similares, quanto pela errônea tradução do instituto Norte-Americano da “Regulation”, veem os dois conceitos como sinônimos. Alexandre Santos de Aragão, acerca do tema, leciona que “(...) No sistema norte-americano o termo ‘regulation’ tem duas acepções distintas, uma mais restrita do que a outra. Em sentido amplo, ‘regulation’ equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, ‘regulation’ consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica” (ARAGÃO, 2013, p. 31).

Desta forma, temos no direito administrativo brasileiro, portanto, que “*Regular* é termo mais genérico, que abrange *regulamentar*. [...] porém, têm significados específicos, sendo *regular* o ato de sujeitar a regras em geral, mais aproximado do sentido de normatizar, e *regulamentar* o ato de sujeitar a regulamentos, especificamente, cuja edição é de competência privativa dos chefes de Executivo, mediante seu ato administrativo característico, que é o Decreto” (MORAES, 2002, p. 41).

Ainda, dando um sentido mais amplo, extrai-se dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 95):

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo.

Faz-se interessante, no sentido do disposto acima, trazer o que dispõe o anexo I, artigo 4º, do Decreto 2.335/97, regulamentando acerca da estrutura da Agência Nacional de Energia Elétrica, o qual disciplina, em suma, que compete à agência regular os serviços de energia elétrica, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor; regular e fiscalizar a conservação e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, bem como a utilização dos reservatórios de usinas hidrelétricas; regular e fiscalizar, em seu âmbito de atuação, a geração de energia elétrica oriunda de central nuclear; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço; e regulamentar e supervisionar as condições técnicas e administrativas necessárias à descentralização de atividades.

Dito isso, verificamos que a função de regular ou normatizar tem sentido amplo, podendo significar a expedição de comandos genéricos e abstratos e não de regulamentação de algo já posto. Complementa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 30):

[...] regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.

Por outro lado, verificamos que a função regulamentar, privativa, para parcela da doutrina, dos chefes do Poder Executivo, tem como objetivo a orientação da Administração e de seus administrados para o cumprimento dos comandos estabelecidos em lei, detalhando tais normas em seus estritos limites. Tal função deve necessariamente obedecer aos parâmetros legais, estando a ela subordinada, servindo para concretizar as intenções da lei.

Delimita o poder regulamentar também, com grande propriedade, José Afonso da Silva (2010, p. 426-427):

O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder

limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere.

Portanto, acerca dos regulamentos, necessária se faz, para o presente estudo, a sua classificação, os quais podem ser: executivos; autorizados; e independentes (MELLO, 2010, p. 341).

Os regulamentos executivos, de mero cumprimento de lei, são amplamente aceitos, servindo para a explicitação da lei a fim de que se cumpra a norma previamente fixada nela.

Regulamentos autorizados, por sua vez, dizem respeito aos regulamentos que são expedidos sob autorização ou delegação do Legislativo, o qual dispõe genericamente em lei acerca da matéria, deixando para o Executivo discipliná-la.

Por fim, os regulamentos independentes, vedados no direito brasileiro, com exceção⁷ do art. 84, VI, da CF, são aqueles que disciplinam determinada matéria, inovando no ordenamento jurídico, sem haver qualquer previsão em lei. Assevera, DI PIETRO (2012, p. 92) que “O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei”.

Neste contexto, tratando acerca dos regulamentos, ressalta José dos Santos Carvalho Filho que “A própria afirmação de que somente as leis podem transmitir obrigações – postulado que ressaí do art. 5º, II, da Constituição (‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’) – encerra a necessidade de se fazer algumas distinções, visto que os regulamentos, embora de forma diversa, exprimem frequentemente obrigações” (FILHO, 2007, p. 03).

Discorrendo acerca do tema em outra obra, complementa o autor:

⁷ Ressalte-se que para parte da doutrina, capitaneada por Celso Antônio, a previsão feita no art. 84, VI, da CF não configura regulamento autônomo equivalente ao do direito estrangeiro, tendo em vista a hipótese ser muito restrita (MELLO, 2010, p. 342-343).

É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) - diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei - nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações (FILHO, 2012, p. 58).

Desta forma, tem-se que a doutrina moderna, mais alinhada às mudanças interpretativas dos princípios constitucionais, buscando adequá-los às necessidades sociais atuais, entende que não apenas a lei, de forma primária, gera obrigações, mas também os regulamentos, de maneira secundária, podem gerar.

Assim, analisada a evolução histórica da atividade regulatória do Estado, os princípios da legalidade e da separação dos poderes, bem como a diferenciação entre regulação e regulamentação, inicia-se o estudo das agências reguladoras propriamente ditas, passando-se a analisar seus aspectos intrínsecos e diferenciadores dos demais entes.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 CONCEITUAÇÃO E SÍNTESE HISTÓRICA

Inicialmente, cumpre salientar que não existe uma definição legal de agências reguladoras. Isso porque cada uma possui peculiaridades próprias, sendo difícil englobá-las em um único conceito. Extrai-se, porém, alguns conceitos estabelecidos por doutrinadores que abrangem grande parte das agências reguladoras. Celso Antônio Bandeira de Mello disciplina que “[...] as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades.” (MELLO, 2010, p. 169).

Por sua vez, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo conceituam:

“[...] trata-se de entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da administração pública, instituídas como autarquias sob regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 165).

Desta forma, podemos perceber que tais agências possuem um alto grau de complexidade, atuando amplamente no sistema administrativo posto. Assim, após esta breve conceituação, necessário se faz localizar historicamente as agências reguladoras e os motivos que levaram ao seu surgimento.

Como já visto no presente estudo, a forma centralizada e hierarquizada de administração começa a ruir já nos anos de mil e oitocentos com o surgimento de entes locais autônomos e de entidades da administração indireta, ainda que sujeitos a uma administração central. Tal transformação foi reflexo da evolução da sociedade, a qual se tornou mais complexa e carente da atuação administrativa.

No século XIX, como não havia a ideia de Administração Pública na Inglaterra, mas apenas a de Governo, quando era editada uma lei que tratava de um interesse público específico, criava-se ao mesmo tempo um ente autônomo, que tinha como função implementar tal legislação e de dirimir eventuais controvérsias. Desta forma, foram criados entes com as mais diversas finalidades, alcançando o número de quase mil e quinhentas organizações⁸.

Discorrendo acerca da grande diversidade estrutural de tais entes, Alexandre Santos de Aragão, citando Tony Prosser, afirma a “necessidade de ser destacado o enorme pluralismo da regulação britânica: um enorme espectro de diferentes formas institucionais foi adotado, com variedade de propósitos e abordagens, não tendo predominado ao longo dos anos qualquer razão ou tipo de instituição.” (PROSSER *apud* ARAGÃO, 2013, p. 226).

Assim, mesmo que tais entes não fossem propriamente o modelo das agências atuais, serviram de base para sua adoção e estruturação.

Atribui-se, entretanto, ao modelo norte-americano a criação e proliferação das agências reguladoras, chamadas de *independent administrative agencies* ou *regulatory agencies*. O motivo principal de tal pioneirismo foi o de que os Estados Unidos da América sempre tiveram uma mentalidade não estatizante

⁸ Nota de ARAGÃO (2013, p. 225) acerca das entidades autônomas inglesas: “Ao contrário das *independent agencies* norte-americanas, geralmente não são criadas pelo Parlamento, mas por ‘cartas reais’ ou decisões ministeriais (cf. QUERMONNE, Jean-Louis. *L’Appareil Administratif de l’État*, Éditions Du Seuil, Paris, 1991, p. 255).”

muito forte, diferentemente da maioria dos países Europeus e Latino-Americanos, fortalecendo, portanto, o sistema regulatório das atividades econômicas e dos serviços públicos.

No final do século XIX, é criada nos Estados Unidos da América a *Interstate Commerce Commission* e, mais tarde, a *Federal Trade Commission*. Tais agências tinham a incumbência de controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas. Nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

O nascimento desse modelo de regulação deu-se em 1887, quando se verificou a necessidade de se conferir uma resposta reguladora às disputas que estavam a ocorrer entre as empresas de transporte ferroviário que procuravam obter o lucro máximo nas tarifas que livremente estipulavam, e os fazendeiros do Oeste, que atuaram como grupo de pressão sobre as Assembleias Estaduais, obtendo que fossem reguladas, legislativamente, as tarifas ferroviárias e o preço de armazenagem de cereais (GROTTI, 2006, p. 03).

Cabia a estes entes, portanto, a regulação das atividades, imposição de deveres acerca da matéria de sua competência e aplicação de eventuais sanções.

Após mais de um século de evolução e aprimoramento, as agências reguladoras no sistema norte-americano configuram-se atualmente por possuírem poder normativo capaz de inovar no ordenamento jurídico e que geram obrigações aos particulares, editando normas gerais e abstratas, sendo, porém, hierarquicamente inferiores à lei e não podendo contrariá-las.

A tomada de decisões por parte das agências, entretanto, deve observar alguns critérios, introduzidos pela APA (Administrative Procedural Act) no período pós-segunda guerra. Consoante disciplina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a APA dispõe acerca da iniciativa da proposta, da comunicação obrigatória a todas as partes atingidas por tal proposta e a fase introdutória e fase decisória, que deverá ser motivada (FERREIRA FILHO, 2004, p. 58-59).

No tocante à estrutura, as agências reguladoras possuem autonomia em relação ao Poder Executivo, não cabendo ao Presidente a livre

exoneração de seus diretores, cabendo essa apenas nos casos de justa causa especificados em lei e condicionadas à decisão do Poder Legislativo. Nos dizeres de Leila Cuéllar:

“As agências reguladoras [norte-americanas] exercem os poderes normativos e condicionam os direitos e decisórios que lhes foram delegados pelo Congresso, incidindo sobre as situações jurídicas dos cidadãos com os quais se relacionam. São entes que estabelecem regras para setores econômicos privados, liberdades dos particulares e têm competência para resolver conflitos intersubjetivos, embora a participação da Administração não produza qualquer efeito modificativo.” (CUÉLLAR, 2001, p. 68).

Desta forma, extrai-se que tais entes possuem competência para compor conflitos, em última instância, entre os particulares e o Estado ou até mesmo entre particulares apenas. Portanto, as agências reguladoras no modelo estadunidense gozam de ampla discricionariedade, podendo suas decisões serem revistas pelo Poder Judiciário apenas nos parâmetros⁹ fixados pela Suprema Corte no caso *Chevron*¹⁰ de 1984.

Neste sentido, concebeu-se os termos de “quase-legislativas”, “quase-judiciais” e “quase-administrativas” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 58) para tais entes, tendo em vista sua ampla gama de competências e prerrogativas.

Nos países Latino-Americanos, onde se inclui o Brasil, a incorporação das agências reguladoras se deu muito mais tarde do que no país norte-americano. Tal atraso foi reflexo da política econômico-administrativa adotada por tais países, baseados na intensa intervenção estatal nos mais diversos campos econômicos e sociais. Saliente-se, entretanto, que no Brasil já havia órgãos e entidades reguladoras desde o início do século XX, mas tais instituições não possuíam o grau de autonomia que se verifica nas agências

⁹ “1. em primeiro lugar, a Corte deve verificar se a matéria foi disciplinada pelo Congresso de forma clara e inequívoca. Nesta circunstância, tanto a agência, como a Corte só têm a cumprir a vontade inequívoca do Congresso; 2. se, porém, a lei for silente ou ambígua, deve a Corte verificar se a agência deu uma solução razoável para a questão, caso em que a decisão da agência deve prevalecer.” (BAPTISTA, Patrícia. *A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 76).

¹⁰ *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 US 837 (1984).

reguladoras. Alexandre Santos de Aragão, comentando acerca de tais instituições prévias às agências reguladoras, disciplina:

“Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF.” (ARAGÃO, 2013, p. 272).

Pretendeu-se, com as agências, não apenas a criação de um ente autônomo ao poder central, dotado de especialidade técnica e institucional para a regulação de determinada atividade econômica, mas também a de sinalizar aos investidores privados que havia uma maior estabilidade das regras, facilitando investimentos, dando maior segurança jurídica (BAPTISTA, 2012, p. 64).

Dito isso, verifica-se que as agências reguladoras, propriamente ditas, surgem no Brasil na segunda metade da década de noventa, associadas ao movimento de desestatização iniciado pelo Plano Nacional de Desestatização (PND) do governo Collor e aprofundado pelos dois governos de Fernando Henrique Cardoso.

Importante destacar, ainda, que, desde que foram criadas, as agências reguladoras não serviram apenas para a regulação de serviços públicos¹¹ desestatizados, mas para regular as diversas atividades que possuem uma especial ligação com a coletividade, “atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública [...]” (ARAGÃO, 2013, p. 274).

Por fim, frise-se que o modelo de agências reguladoras alienígena sofreu algumas transformações para que fosse implantado no Brasil, justamente para se adequar ao ordenamento jurídico.

A seguir, portanto, passar-se-á a definir as agências reguladoras conforme postas no direito brasileiro, delineando suas características gerais e o que as diferencia das demais autarquias.

¹¹ “Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.” (MELLO, 2010, p. 671).

2.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS

No contexto brasileiro o termo “agência” foi importado do direito norte-americano, tal vocábulo, entretanto, não expressa o mesmo sentido e abrangência do direito alienígena, tendo o instituto sofrido algumas alterações para se adequar ao ordenamento pátrio. Dissertando acerca do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

[...] o vocábulo **agência** é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeito ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais” (DI PIETRO, 2012, p. 521).

Ainda, no sentido do que disciplina a autora supra, assevera Alexandre Santos de Aragão:

Muito se tem falado na figura da “agência” como um instrumento de modernização da Administração Pública. O termo, no entanto, em si, é vazio de conteúdo, e a mera denominação de um órgão ou entidade como tal, sem que a medida venha acompanhada da disciplina jurídica que lhe assegure efetiva autonomia, nada significa.

Poder-se-ia dizer que a qualificação de um órgão ou entidade como “agência”, até por sua origem etimológica (do latim, *agentia*, direção, condução, incitação), denota a especialidade de suas funções e/ou a sua independência funcional. [...] repise-se, mais importam as normas que venham a estabelecer as funções específicas e/ou a autonomia do órgão, do que a simples denominação (ARAGÃO, 2013, p. 277).

Desta forma, a fim de se adequar o novo instituto ao modelo brasileiro, as agências reguladoras adquiriram natureza de autarquia¹² de regime especial¹³. Solução acertada, segundo Marcos Juruena Villela Souto:

A regulação exercida por autoridade independente (denominação utilizada nas doutrinas francesa e italiana) atua com poderes típicos do Estado, limitando a atividade desenvolvida em regime de liberdade, daí a necessidade da personalidade jurídica de direito público, o que, aliado à autonomia para o desempenho dessa função, justifica, no direito brasileiro, a adoção da forma autárquica como a ideal para a descentralização da regulação estatal (SOUTO, 2002, p. 230).

Assim, utilizou-se da forma de autarquia para as agências reguladoras, tendo em vista exercerem funções coercitivas, titulares de poder de polícia, (fiscalização, aplicação de penalidades, imposição de normas coercitivas de atividades dos particulares) característica de Pessoa Jurídica de Direito Público. Ainda, por se tratarem de autarquias, só podem ser criadas e extintas por meio de lei, a qual delineará a especificidade e o grau de atuação de cada agência.

Entretanto, tal forma não constituía qualquer inovação organizacional dentro da Administração Pública Brasileira, já que, por se tratarem de autarquias, encontravam-se subordinadas às normas constitucionais elencadas no artigo 37.

Destaque-se, também, que quando da edição da Lei 9.986/00, a qual dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências, estava previsto que o regime de pessoal das Agências Reguladoras seria o de emprego público, com exceção dos cargos comissionados, disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, através da ADIN nº 2.310-1/DF, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi concedida medida liminar, suspendendo a eficácia de tal previsão sob o

¹² “[...] é formado de dois elementos justapostos: *autós* (= próprio) e *arquia* (= comando, governo, direção), significando, à letra, etimologicamente, ‘comando próprio, direção própria, auto-governo.’” (DI PIETRO, 2012, p. 483).

¹³ “O regime especial (das agências reguladoras) vem definido pelas respectivas leis instituidoras das entidades, o que demanda investigar, em cada caso, o regime jurídico objetivamente dado.” (GROTTI, 2006, p. 08).

argumento de que, por se tratarem de funções de controle de fiscalização, a adoção do sistema de cargos era necessário.

Desta forma, em 2004, a fim de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal, foi editada a Lei 10.871, a qual revogou o artigo 1º, dentre outros, da Lei 9.986/00, determinando que os servidores fossem regidos pela Lei 8.112/90, ou seja, pelo regime estatutário.

Quanto à natureza de regime especial¹⁴, entende-se aquela autarquia que, mesmo subordinada às normas constitucionais elencadas no artigo 37 - entre outras -, possui prerrogativas além das concedidas às autarquias comuns. Tais prerrogativas dizem respeito, principalmente, ao seu grau de autonomia - financeira, orçamentária e gerencial - e ao mandato por tempo determinado dos dirigentes.

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e, sobretudo, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira (BARROSO *in* MOREIRA NETO, 2003, p. 54).

Desta forma, atribuiu-se às agências reguladoras prerrogativas além das usuais a fim de que não sofressem pressões políticas, podendo regular de forma técnica e eficaz a área de sua competência, dada por lei.

O grande diferencial, porém, entre as agências reguladoras e as demais autarquias, comuns ou especiais, foi a concessão de um amplo poder normativo cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório e o de dirimir conflitos de interesse, sejam entre os agentes regulados, entre os agentes e a agência ou entre os agentes e os usuários. Ainda, nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

¹⁴ “A expressão autarquia especial foi empregada, pela primeira vez, na Lei nº 5.540, de 28-11-68 (art. 15), para ressaltar o fato da universidade pública apresentar um grau de autonomia administrativa superior àquele reconhecido às demais entidades autárquicas.” (GROTTI, 2006, p. 05)

[...] desenvolvem uma tripla regulação: a 'regulação dos monopólios', visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a 'regulação para a competição', a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência; e a 'regulação social', objetivando à universalização dos serviços (GROTTI, 2006, p. 08).

Assim, percebe-se que, diferentemente das demais autarquias, as agências reguladoras, além de seu grau de autonomia elevado, possuem um grande poder normativo, fazendo com que, à época de sua implementação, fossem tidas como inéditas no direito público brasileiro.

Desta forma, analisadas as características gerais das agências reguladoras, passa-se ao estudo da autonomia concedida a estes entes, autonomia essa que é sua principal característica.

2.3 AUTONOMIA

Inicialmente, faz-se necessária a diferenciação dos termos autonomia e independência. Entende-se por independência, a capacidade de editar direito próprio, conceber normas para a sua própria ação, independente de qualquer poder externo. É independente a entidade que possui poder político e não apenas administrativo, mais precisamente os entes da Administração Direta.

No que tange à autonomia, pode-se entender aquela entidade que, embora sujeita ao controle do ente da Administração Direta (controle no sentido finalístico e não de subordinação¹⁵), possui auto-administração, ou seja, tem o poder de resolver, em última instância, questões próprias. Desta forma, a

¹⁵ "A existência de vinculação administrativa fundamenta o controle que os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) exercem sobre as suas administrações indiretas, chamado de controle finalístico, tutela administrativa ou supervisão - menos abrangente do que o controle hierárquico, porque incide apenas sobre os aspectos que a lei expressamente preveja." (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 222-223).

autonomia de um ente pode ser de maior ou menor grau, dependendo do seu nível de sujeição a outro ente (GROTTI, 2006, p. 08).

Desta forma, não se pode falar em independência do ente autárquico em relação ao ente da administração direta, mas em autonomia administrativa/gerencial.

Com relação às agências reguladoras, entretanto, trata-se de uma autonomia 'reforçada', consoante leciona Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 351-352) "o que caracteriza as agências reguladoras é a independência ou autonomia reforçada que possuem em relação aos Poderes centrais do Estado e, em especial, frente à Administração Pública central". Tal 'reforço' deriva de sua autonomia financeira, orçamentária e gerencial, bem como de mandato fixo, por tempo determinado, do dirigente.

Ainda, é defeso ao Poder Executivo mudar as decisões das agências, tampouco as normas editadas por elas, não podendo rever ou alterar tais atos. Pode, entretanto, rever ou alterar, caso haja previsão expressa em lei que admita o chamado recurso hierárquico impróprio¹⁶, o qual, no âmbito das agências reguladoras, não é possível, já que sua admissão não é prevista em nenhuma lei criadora dos entes. Neste sentido, dispõe Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 373) que "não é sua vedação que deve ser expressa, mas sim a sua admissão". Esta proibição serve justamente para que o agente regulador não sofra interferências políticas na tomada de suas decisões, atuando de maneira técnica.

Quanto à autonomia financeira, esta se verifica através das chamadas "taxas regulatórias". Esta forma de receita é independente da disposição do erário público, ou seja, não é determinada pelo Ministério ao qual o ente é vinculado, fazendo com que se tenha grande autonomia frente aos mandos políticos.

¹⁶ "O recurso hierárquico impróprio é dirigido à autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado de impróprio. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei. A hipótese mais comum é a de recurso contra ato praticado por dirigente de autarquia, interposto perante o Ministério a que a mesma se acha vinculada ou perante o Chefe do Poder Executivo, dependendo do que estabeleça a lei." (DI PIETRO, 2012, p. 801)

Em relação à natureza de tais “taxas”, afirma Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 352-353) que quanto às agências reguladoras de serviços públicos ou de exploração privada de monopólios ou bens estatais, não se trata propriamente de taxa, tendo em vista que a agência não exerce poder de polícia sobre o concessionário, mas um dever de fiscalização, já que o poder de polícia incide apenas sobre atividades privadas. Por outro lado, quando a agência for reguladora de atividade de iniciativa privada, está-se diante de taxa propriamente dita, nos moldes do artigo 145, II, CF.

Ressalte-se, entretanto, para a questão da “captura”. Essa decorre de que os regulados são aqueles que arcam com as taxas cobradas pelos entes reguladores. Conforme afirma Marcos Juruena Villela Souto:

A captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate com a presença de agentes públicos qualificados, sejam do quadro de apoio e direção, sejam contratados para prestar serviços (SOUTO, 2002, p. 246).

Desta forma é imprescindível a criação de mecanismos para que o ente regulador não seja alvo das ações dos regulados, os quais tendem a buscar seus benefícios em detrimento da coletividade.

Com relação à autonomia orçamentária, como em qualquer autarquia, verifica-se através do envio de proposta de orçamento ao Ministério ao qual é vinculada, sofrendo das limitações impostas a todos os entes estatais. Neste ponto, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 354), citando Fernando Herren Aguillar, observa que “ainda não se desenvolveu mecanismo que permita uma autonomia orçamentária mais sólida, porque, na prática, o Executivo pode cortar as propostas elaboradas pelas autarquias”.

No que tange à autonomia gerencial, é intrínseco à própria criação de uma autarquia a sua autonomia administrativa, tendo personalidade jurídica para atuar perante o administrado, seus agentes e o próprio Estado. Ocorre, entretanto, que, em se tratando de agências reguladoras, esta autonomia ganha maior robustez.

Prevê a Lei nº 9.986/00, em seu artigo 4º, que “as agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente”.

Em se tratando dos dirigentes, esses são escolhidos e nomeados, por tempo determinado, após aprovação do Senado Federal, pelo Presidente da República. Neste ponto, temos já uma limitação ao poder de livre nomeação pelo Chefe do Poder Executivo. Tal limitação, entretanto, foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0/RS, por entender que compete privativamente ao Senado Federal aprovar previamente a escolha de titulares de cargos que a lei determinar, consoante dispõe o artigo 52, inciso III, ‘f’, da Constituição Federal.

Ainda, no que toca à exoneração de tais dirigentes, por exercerem mandato fixo, não é possível a chamada exoneração *ad nutum*, ou seja, a livre exoneração sem justificção. Esta limitação, porém, foi alvo, inicialmente, de maiores críticas por parte da doutrina, alegando que o modelo de livre investidura, por prazo determinado e com garantia de não ser exonerado livremente, era contrário à Constituição de 1988, tendo em vista que em seu artigo 37, inciso II, está disposto que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Por outro lado, parte da doutrina, podendo-se citar Marcos Juruena Villela Souto, entendeu ser constitucional a limitação à exoneração. Afirmou o autor que “pode-se defender a constitucionalidade da norma invocando o art. 37, I, CF, (acessibilidade dos cargos públicos àqueles que preenchem os requisitos previstos em lei e sua permanência no cargo enquanto se mantiver atendido o requisito exigido)” (SOUTO, 2002, p. 236).

Por sua vez, entendeu o Supremo Tribunal Federal, também na ADIN citada acima, que não há violação às competências do Chefe do Poder

Executivo a limitação da exoneração *ad nutum*, sendo possível a exoneração dos dirigentes apenas por motivo justo¹⁷ ou se advier mudanças na lei instituidora da agência (GROTTI, 2006, p. 10).

Necessário se faz, ainda, analisar se há garantia do mandato mesmo após o término do período governamental de seu nomeante. Segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem tal garantia não se opera, esta seria uma forma de “engessar a liberdade administrativa do futuro Governo”. Isso decorre do fato de que, caso o povo escolhesse outro governante, estar-se-ia mantendo as orientações políticas e administrativas do Governo anterior, fazendo com que a essência da República fosse quebrada (MELLO, 2010, p. 175).

Por sua vez, entende parte da doutrina que, tendo em vista constar na lei de criação das agências o mandato fixo por tempo determinado, com fulcro no princípio da continuidade das leis, o dispositivo deve ser cumprido, mesmo que outro seja o governante. Acerca do tema, leciona Maria D’Assunção Costa Menezello:

A característica de autonomia também aqui se configura no sentido de que, por ser um órgão técnico, o mandato da direção da agência segue intocável até seu término, nos estritos limites da lei (MENEZELLO, 2002, p. 89).

Neste sentido, o que pode ocorrer é a não recondução dos dirigentes aos cargos, entretanto, não há que se falar em perda do mandato pelo fim do período governamental do nomeante.

Por fim, há que se ressaltar a restrição chamada de quarentena aos dirigentes das agências quando do fim de seus mandatos, a qual tem conteúdo moralizador. Estabelece o artigo 8º da Lei nº 9.986/00 que o ex-dirigente fica impedido de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, pelo período de quatro meses, contados da exoneração ou término do mandato. Neste período, o ex-dirigente ainda está ligado à agência, fazendo, inclusive, jus à remuneração do cargo que exercia.

¹⁷ Extrai-se do artigo 9º da Lei nº 9.986/00 que “os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”.

Desta forma, pode-se verificar que as agências reguladoras se diferenciam das demais autarquias existentes no direito brasileiro por possuírem algumas prerrogativas de autonomia não verificadas nessas.

A seguir, tratar-se-á das agências reguladoras e seu poder normativo, justificando e legitimando tal concessão, bem como traçando os limites de tal atuação.

3. AGÊNCIAS REGULADORAS E O PODER NORMATIVO

Inicialmente, cumpre salientar que a doutrina diverge com relação à função normativa das agências, sendo parte favorável à concessão desta função e outra contrária. Entretanto, com os fundamentos até aqui trabalhados, bem como os que serão a seguir expostos, opinar-se-á pela possibilidade e legitimidade de tais agências e sua função normativa.

Anote-se, ainda, que tanto a doutrina favorável quanto a contrária partem dos mesmos pressupostos, entretanto, com visões diferenciadas, principalmente no que tange aos princípios da legalidade e da separação dos poderes que, se forem levados a sua máxima efetividade, consoante preconizado nos anos de mil e oitocentos, torna inócua a criação de entes reguladores, tendo em vista a impossibilidade de lhes conferir função normativa, consoante defende a doutrina desfavorável.

Desta forma, passar-se-á, neste capítulo, a justificar e legitimar as agências reguladoras, bem como os meios de controle que atuam sobre elas e os limites normativos que possuem.

3.1 JUSTIFICAÇÃO

Consoante o disposto anteriormente, a forma com que se apresentaram as agências reguladoras no direito brasileiro diferiu do modelo adotado no país norte-americano, tal diferenciação buscou a adequação destes entes ao nosso regime jurídico. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

A grande discussão em torno do denominado ‘poder normativo’ das agências reguladoras teve origem nas atribuições conferidas a essas novas autarquias de controle, entre as quais despontava a de editar normas gerais sobre o setor sob seu controle (FILHO, 2007, p. 06).

Atente-se, porém, que no Brasil, mesmo antes do processo de privatização iniciado na década de 1990, já existiam entes que, embora não possuíssem a mesma autonomia que posteriormente foi concedida às agências reguladoras, já possuíam função normativa, configurando a descentralização da administração central. Neste sentido, podemos citar o Banco Central e a Comissão de Valores Imobiliários (CVM).

Para a justificação do poder normativo das agências reguladoras serão apresentadas algumas correntes doutrinárias, sendo a primeira àquela que diz respeito ao instituto da delegação legislativa.

Esta delegação se dá principalmente pela impossibilidade de o Poder Legislativo elaborar leis de cunho técnico-especializadas para setores determinados, bem como pelo tempo que iriam despender caso o fizessem. Logo, passa-se aos entes reguladores a função de normatizar os setores a que cada uma está vinculada.

Acerca do tema, leciona Leila Cuéllar (2001, p. 111) que a delegação legislativa é uma “espécie de delegação de poderes, por meio da qual há uma transferência da função legislativa, constitucionalmente deferida ao Poder Legislativo, a outros órgãos, principalmente ao Poder Executivo, para que estes a exerçam”.

No Brasil, é uníssono, entre os doutrinadores, que a delegação originária de poder, ou seja, aquela pura e simples que é desacompanhada de

parâmetros ou diretrizes, quando não expressamente prevista na Carta Magna, é inconstitucional, tendo em vista ir de encontro aos princípios que regem a forma de Estado implantada. Entretanto, quando acompanhada de parâmetros e diretrizes, há duas correntes quanto à possibilidade ou não de delegação de poderes.

A primeira, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que, mesmo quando acompanhada de parâmetros e diretrizes, a delegação de poderes é inconstitucional. Leciona o autor:

Com efeito, a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno, de acordo com o qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É que, sendo certo e indiscutido que os três Poderes existem precisamente para apartar as funções que lhes são próprias, a tripartição proclamada pela Lei Maior não estaria nela ou por ela assegurada. Pelo contrário, dependeria do maior ou menor amor que os titulares destes conjuntos orgânicos devotassem às atribuições que lhes concernem, ensejando-lhes, pois, manter ou desfazer, a seus talantes, o esquema jurídico-político que a Constituição instituiu para benefício e garantia dos cidadãos (MELLO, 2010, p. 357).

Seguindo a corrente favorável, porém, à delegação legislativa quando acompanhada de parâmetros e diretrizes, afirma Marcos Juruena Villela Souto:

[...] são legítimas as delegações de poder legislativo sempre que o Congresso tenha predeterminado o alcance do poder que se transfere, assinalando um *standard* legislativo suficientemente claro e concreto, para que em todo caso a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade (SOUTO, 2002, p. 50).

Ainda, citando José Maria Pinheiro Madeira, Juruena leciona que a doutrina brasileira admite as delegações legislativas nos casos em que o legislador oferece *standards* (padrões) adequados, ou seja, quando ele dá início a determinada legislação apta a confirmar, com limites determinados, a normatização secundária do órgão delegado (SOUTO, 2002, p. 51).

Corroborando com tal entendimento, Marcelo Figueiredo afirma que “Excluídas as matérias interdidas pela Constituição, o legislador poderá, dentro de determinados limites e com cautelas, exercer certo grau de delegação, com reservas, sempre que indicar parâmetros adequados, claros e suficientes para a atuação normativa do órgão delegado” (FIGUEIREDO, 2004, p. 308).

Neste sentido, Alexandre de Moraes, assevera:

[...] entendemos que as Agências Reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades (MORAES, 2002, p. 20).

Luís Roberto Barroso, inclusive, analisando decisão do Supremo Tribunal Federal afirma que “[...] flexibilização do princípio da legalidade, que acaba por admitir a delegação, desde que acompanhada de *standards*, já foi implicitamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸.” (BARROSO, 2003, p. 102).

Marcos Juruena Vilella Souto salienta, ainda, que o disposto no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, texto promulgado juntamente com a CRFB/88 (*Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa*), “não vedou o exercício de funções normativas pela Administração; limitou-se a dizer que, com a exigência de reserva legal pela CF/88 em relação a matérias que a CF/67 e EC nº 01/69 não a exigiam, não foram recepcionados os atos normativos infra-legais” (SOUTO, 2002, p. 52).

¹⁸ A decisão do Ministro Sepúlveda Pertence foi nos seguintes termos: “o legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo - livre de quaisquer parâmetros legais -, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescentando-se, se revelou extremamente complexa -, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, parágrafo 1º, II, ‘a’).” (STF, RE nº 264.289/CE, Min, Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.01).

A doutrina traz, também, outra possibilidade de justificação do poder normativo das agências através do instituto da deslegalização. Tal instituto, desenvolvido pela doutrina francesa, preceitua a possibilidade de retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei, ou seja, a matéria deslegalizada não será mais de responsabilidade do Poder Legislativo, cabendo a outras fontes normativas, como o regulamento, discipliná-la. Consoante disciplina Marcos Juruena Villela Souto:

A lei de deslegalização não adentraria na matéria de que trata mas, apenas, abriria a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por atos próprios, que, por óbvio, não mais serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que possa continuar a ser exercido o controle político sobre eventuais exorbitâncias (SOUTO, 2002, p. 47).

Alexandre Santos de Aragão, citando Eduardo García de Enterría, define a deslegalização como:

A operação efetuada por uma lei que, sem entrar, na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de “congelamento do grau hierárquico” normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente lei degradadora (ENTERRÍA *apud* ARAGÃO, 2013, p. 452).

Estes institutos, entretanto, encontram rejeição por parte da doutrina nacional, tendo em vista entenderem que a delegação de poderes é vedada pela Constituição, ainda que de forma implícita, através do princípio da separação dos poderes e da legalidade (ANDRADE, 2008, p. 06).

Porém, afirma Leticia Queiroz de Andrade que a vedação à delegação de poderes de competência legislativa não significaria uma impossibilidade de exercício do poder normativo por outras entidades, vejamos:

[...] a regra de vedação ao exercício de competências legislativas por parte da Administração Pública não significa que ela não possa exercer poder normativo, e tampouco, como se diz por aí, que o poder normativo da Administração Pública seria, para ela, função atípica, no sentido de não fazer parte de suas competências precípua. O que é vedado à Administração Pública, em regra, é o exercício de competências atribuída aos órgãos legislativos, e não do poder normativo inerente ao exercício da própria função administrativa, sem o qual não poderia dar aplicação às leis e especificar matérias como por elas demandado (ANDRADE, 2008, p. 07).

Leila Cuéllar, por sua vez, entendendo que a justificação do poder normativo das agências reguladoras não se encontra fundamentada na delegação legislativa, diferencia esta delegação do poder regulamentar, afirmando que:

A delegação é outorga, específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Específica porque a delegação exige conteúdo certo e predeterminado. Precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de, a qualquer tempo, ser retomado pelo ente delegante. Já o poder regulamentar admite variações. Por um lado, tem-se como faculdade inerente à pessoa que o titulariza. A regulamentação diz respeito, emana do vínculo que existe entre aquele que regulamenta e a atividade a ser regulamentada. Ou seja, é essencial à atividade ela mesma. Por outro lado, não resultaria de órgão estranho nem seria passível de “cassação” *a posteriori* (CUÉLLAR, 2001, p. 112).

Para a autora, o poder normativo das agências encontra fundamento no poder regulamentar. Os artigos 84, IV¹⁹ e 87, parágrafo único, II²⁰, da Constituição Federal, dispõem acerca da competência do Presidente da República e dos Ministros de Estado para a expedição de decretos e regulamentos.

Tal competência, entretanto, para parte da doutrina, não é exclusiva destas autoridades, podendo ser exercida, desde que prevista por lei, por entes da Administração Indireta, apenas aqueles dotados de Personalidade

¹⁹ “Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁰ “Art. 87, parágrafo único - Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Jurídica de Direito Público, como, por exemplo, as agências reguladoras. Neste sentido, citando San Tiago Dantas, disciplina Leila Cuéllar:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas unidades autônomas que são as autarquias (DANTAS *apud* CUÉLLAR, 2001, p. 117).

Em posição contrária à possibilidade de a lei conferir a outrem o poder regulamentar, afirmando que a Constituição outorgou tal poder com exclusividade ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

Quanto ao poder regulamentar; pode ser exercido por quem tenha competência para fazê-lo, decorrente da Constituição. E esta a outorgou com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo, como competência indelegável. Mesmo as agências reguladoras das telecomunicações e do petróleo, previstas na Constituição como órgãos reguladores, ao baixar normas voltadas à “regulação” dos setores que lhes estão afetos, têm que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função. Ainda que se entenda que essas agências exercem poder regulamentar, essa função não se equipara à exercida pelo Chefe do Executivo [...] Também não se pode conceber que o poder regulamentar seja outorgado por meio de lei. O legislador não é titular do poder regulamentar e ninguém pode outorgar poderes que não tem (DI PIETRO, 2004, p. 44).

Ocorre que este ponto de vista, para parcela da doutrina, frustra totalmente a natureza autônoma das agências reguladoras e os setores que estão sob sua regulação, tendo em vista que o ato editado pela agência será hierarquicamente inferior ao ato expedido pelo Presidente da República ou pelos Ministros de Estado, podendo ser por ele revogado, fazendo com que a regulação deixe de ser técnica/especializada para atender anseios políticos.

Em contraponto ao entendimento de Leila Cuéllar, de que o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, da CF pode ser conferido através de lei a outro órgão ou entidade da Administração Pública, e de Maria Sylvia Zanella Di

Pietro, de que o ato emitido pelas agências é de grau inferior ao regulamento emitido pelo Chefe do Poder Executivo, Letícia Queiroz de Andrade (2008, p. 07-08) afirma que o regulamento previsto no art. 84, IV, e 87, II, da CF, é o regulamento de execução, destinado ao mero detalhamento e cumprimento da lei, por sua vez, o regulamento emitido pelas agências é o regulamento de complementação/autorizativo. Neste sentido, disciplina a autora que:

Os regulamentos de complementação não devem introduzir obrigações novas, mas, especificar as obrigações introduzidas por leis *que demandem complementação técnica*, por isso preferimos a designação *regulamentos de complementação* às demais que são geralmente atribuídas a esse tipo de regulamento. O exercício da competência regulamentar nos limites do espaço de liberdade conferido pela lei é condição que deve ser observada para sua compatibilidade com um sistema jurídico no qual é vedada a criação de obrigações por outro veículo que não seja a *lei* (art. 5º, II, da CF).

Isso porque, não obstante a norma legal dependa da edição desses regulamentos para que possa produzir obrigações, não é correto dizer que tais obrigações foram originariamente criadas por eles. Se não houvesse a previsão legal, não haveria obrigação a ser cumprida, nem regulamento a ser editado (ANDRADE, 2008, p. 08).

Portanto, podemos extrair que todas as correntes possuem a finalidade de justificar o poder concedido às agências reguladoras, embora fundamentando de maneira diversa, buscando formas de se atenderem as necessidades coletivas da atualidade. Neste sentido, um engessamento causado pela exclusividade de atuação do Poder Legislativo, tendo em vista a velocidade com que se dão as transformações, não garantiria qualquer preceito constitucional, pelo contrário, já que em nada beneficiaria aos administrados.

A seguir, portanto, tratar-se-á da legitimidade destes entes reguladores, demonstrando que não há que se falar em déficit democrático ou carência de representação democrática.

3.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Em se tratando da legitimidade das agências reguladoras, tendo em vista o seu poder normativo, a sua carência de representação democrática direta e a vedação à exoneração *ad nutum*, inicialmente pode-se pensar que tais entes estão eivados de inconstitucionalidade.

Discorrendo acerca da legitimidade das agências, Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 235) traz três teorias, nas quais baseia seu entendimento: teoria da transmissão democrática (*transmission belt model*); teoria dos burocratas técnicos (*expertise model*); e teoria do procedimento (*procedural model*). No que tange às teorias, disciplina o autor:

A primeira aceita tal delegação às agências pelo fato de ser o legislador, legitimado constitucionalmente, que cria o ente e lhe transfere balizas de atuação. A segunda teoria justifica a transferência por estarem estas agências formadas por técnicos especializados em matérias as quais o Congresso não teria condições de regular. Já a teoria do procedimento legitima a atuação das agências por garantir aos interessados a participação no seu processo de tomada de decisões (SOUTO, 2002, p. 235).

Desta forma, segundo o autor, as três teorias servem para legitimar a atuação das agências, entretanto, a que mais se aproxima da Democracia, no seu ponto de vista, seria a teoria do procedimento. Em suas palavras, “Esta parece ser a que mais se ajusta à teoria da Democracia”. (SOUTO, 2002, p. 235)

Neste sentido, podemos extrair da maioria das leis de criação das agências a necessidade de participação popular na tomada das suas decisões, determinando a realização de consultas e audiências públicas prévias, sendo que naquelas em que não houve a determinação na lei de criação, caso haja interesse, principalmente dos atingidos pela decisão, pode-se solicitar a realização de consultas ou audiências públicas, conforme assevera Alexandre Santos de Aragão:

Entendemos que mesmo nos casos em que a realização de audiências ou consultas públicas não tiver sido cogentemente estabelecida, sendo, portanto, discricionárias, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, a recusa da Administração deverá ser satisfatoriamente motivada face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas (art. 1º, *caput* e inciso I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; art. 37, *caput* e parágrafo 3º; e 175, II, Constituição Federal) (ARAGÃO, 2013, p. 471).

Ainda tratando acerca da legitimação dos entes reguladores, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 466) afirma que a legitimação das agências reguladoras se dá pela junção entre a vontade do Chefe do Poder Executivo, já que a criação, extinção e modificação de uma agência necessita de sua iniciativa (art. 61, parágrafo 1º, II, 'e', CF), com a continuação do tratamento da matéria pelo Poder Legislativo (art. 37, XIX, CF), já que esse é o legitimado para a criação de leis. Nas palavras do autor:

Fica claro assim, que a criação, disciplina, e a subsistência de agências reguladoras é legitimada pela conjunção das prerrogativas legislativas dos titulares dos dois poderes legitimados democrático-eleitoralmente - Chefe do Poder Executivo e Poder Legislativo.

Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 235) afirma, ainda, que “as decisões das autoridades públicas estão influenciadas e condicionadas por numerosos sujeitos que vão desde os partidos políticos aos sindicatos, desde os grupos de pressão à burocracia, desde as grandes empresas às instituições financeiras”. Desta forma, o caráter técnico de seus dirigentes, bem como sua autonomia, levam as agências reguladoras, com o auxílio da sociedade, a tomarem decisões sem interferências.

Ainda, com relação à extensão do poder normativo das agências reguladoras, leciona Letícia Queiroz de Andrade:

[...] as agências reguladoras podem exercer legitimamente poder normativo nas seguintes hipóteses: 1) especificação de aspectos relacionados a matéria já disciplinada por regulamento de execução, na concretização paulatina da lei, subordinando-se não só aos ditames legais, mas também ao regulamento expedido pelo Chefe do Executivo ou Ministro de Estado, hipótese na qual

seus regulamentos desempenhariam a função de fonte terciária de direitos; 2) especificação, por meio de regulamentos de complementação, de aspectos técnicos com base em competência que lhe tenha sido outorgada diretamente por lei, nos termos nela estabelecidos; 3) especificação, por meio de regulamentos administrativos, das condições relacionadas ao desenvolvimento de vínculos especiais de supremacia ou sujeição que unam o Poder Público e terceiros, em consonância com as leis pertinentes e as condições específicas do vínculo travado (ANDRADE, 2008, p. 15).

Assim, verifica-se que são muitas as correntes que buscam legitimar as agências reguladoras e suas peculiaridades, trazendo soluções amplamente possíveis face ao ordenamento jurídico brasileiro.

No tópico seguinte, será tratado, embora superficialmente, tendo em vista não ser o objetivo do trabalho, acerca do controle exercido sobre as agências reguladoras.

3.3 CONTROLE

Inicialmente, há de se ressaltar que o presente tópico não esgotará a matéria de controle sobre as agências reguladoras, mas buscará explicitar os principais pontos trazidos pela doutrina.

Quanto ao controle financeiro, exercido pelo Tribunal de Contas (artigos 70 e seguintes da CF) do ente federativo correspondente, este visa fiscalizar a gerência do dinheiro público. Conforme leciona Maria D'Assunção Costa Menezello:

O controle na fiscalização contábil, financeira e orçamentária das agências dar-se-á pela atuação direta dos respectivos Tribunais de Contas para averiguar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos emanados da agência no exercício das atribuições e competências constitucionais e legais pertinentes,

conforme expressa o art. 70 da Constituição Federal (MENEZELLO, 2002, p. 77).

Com relação ao controle exercido pelo Poder Executivo, como autarquias de regime especial, as agências reguladoras não podem ser alvo de revisão ou alteração decisória por parte desse poder (PIETRO, 2012, p. 529), cabendo a ele apenas o controle finalístico²¹.

No que tange ao Poder Legislativo e o controle sobre as agências, tal controle é amplo, fruto da ideia de que as entidades da Administração se englobam no âmbito de ação do Legislativo, concepção própria de um Estado Democrático, mesmo que a autonomia conferida a tais entes se dê pelo próprio legislador (ARAGÃO, 2013, p. 358-359). Neste sentido, ainda, assevera o autor:

A autonomia das agências reguladoras frente ao Poder Legislativo é bastante diminuta, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la. Também não podem ser desprezadas as competências do Poder Legislativo de fiscalizar todos os aspectos da atuação das agências reguladoras (art. 49, X, CF), bem como a atribuição de sustar os seus atos normativos que não atenderem aos parâmetros e objetivos estabelecidos em lei (art. 49, V, CF) (ARAGÃO, 2013, p. 358).

Em se tratando do Poder Judiciário, tendo em vista a adoção da jurisdição una no direito brasileiro, prevista no art. 5º, XXXV, da CF, não há que se falar em impossibilidade de controle jurisdicional sobre os atos realizados pelas agências reguladoras. Entretanto, resta analisar as limitações impostas a tal controle.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, segundo jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal²², os regulamentos não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade²³⁻²⁴, tendo em vista que eventuais vícios atingiriam diretamente às leis que lhe fundaram e apenas indiretamente, reflexamente, à Constituição.

²¹ Vide nota de rodapé página 23.

²² ADIs 1253, 2387.

²³ “No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”. (BARROSO, 2012, tópico 3.2)

²⁴ “[...] é o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração”. (LENZA, 2011, p. 122)

Em segundo lugar, é inconteste que sempre caberá provocar o Judiciário contra os atos emitidos pelos entes reguladores, porém, tendo em vista a discricionariedade concedida a estes agentes pela própria lei, não cabe ao Poder Judiciário a análise do mérito administrativo, ou seja, do controle sobre a conveniência e oportunidade determinada pelo administrador público. Neste sentido, disciplina Alexandre Santos de Aragão:

Logicamente que sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as decisões das agências reguladoras. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida e desde que seja razoável, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.

O poder Judiciário acaba, portanto, não tendo grande ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal, e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação, e à manutenção da razoabilidade/proporcionalidade das decisões da agência reguladora (ARAGÃO, 2013, p. 376-377).

Desta forma, o Judiciário se limita a atuar no campo de análise procedimental dos atos, e não no do mérito do ato, verificando se o ato foi realizado em conformidade com a lei. Acerca do tema, inclusive, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça 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”²⁵.

Por fim, com relação ao chamado controle social das agências reguladoras, esse se verifica principalmente pela possibilidade de participação da sociedade na elaboração das normas reguladoras através de quatro mecanismos: consulta pública; audiência pública; composição de órgãos consultivos das

²⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 806.304/RS, relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 02/12/2008.

agências; e ampla publicidade dos atos, os quais podem ser objeto de petição pela sociedade.

A consulta pública, anterior à tomada de decisão por parte do ente, dá-se por um processo administrativo no qual os interessados, por meio escrito, discutem acerca do tema, apresentando seus mais variados pontos de vista. Tal instituto está previsto em grande parte das leis instituidoras das agências, além de estar disciplinada no art. 31 da Lei 9784/99 (Lei que regula o Processo Administrativo Federal). Assevera João Trindade Cavalcante Filho que a consulta pública “é um democrático meio de participação dos administrados nas decisões administrativas, sendo por isso associado às modernas teorias acerca da administração pública (administração gerencial e participativa). Deve ser aberto prazo para consulta pública sempre que haja interesse geral envolvido” (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 49-50).

Muito similar à consulta pública é a audiência pública (também prevista na Lei 9784/99, art. 32), com a diferença de que na audiência se privilegia o princípio da oralidade, fazendo com que os debates sejam realizados na própria audiência, sendo descartada a demonstração de interesse através de meio escrito. Deste modo, temos que uma não exclui a outra, podendo haver tanto a consulta pública quanto a audiência pública.

Tratando acerca da audiência e consulta públicas, Alexandre Santos de Aragão afirma que:

Entendemos que mesmo nos casos em que a realização de audiências ou consultas públicas não tiver sido cogentemente estabelecida, sendo, portanto, discricionárias, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, a recusa da Administração deverá ser satisfatoriamente motivada face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas (art. 1º, *caput* e inciso I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; 37, *caput* e parágrafo 3º; e 175, II, Constituição Federal) (ARAGÃO, 2013, p. 471).

Quanto à composição de órgãos consultivos, esse se dá através da escolha de pessoas da sociedade os quais se manifestarão durante o processo de elaboração das normas das agências. Por fim, a publicidade, embora já princípio norteador da administração pública, é reforçada a fim de que os

interessados tenham possibilidade de indagação quanto aos atos emitidos pelos entes reguladores, podendo, inclusive, peticionar aos entes em busca de esclarecimentos.

Desta forma, verifica-se que os meios de controle das agências reguladoras são variados, não tendo que se falar em impossibilidade de controle de tais entes, ocorrendo, inclusive, a possibilidade de participação ativa da sociedade.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, procurou-se aprimorar os conhecimentos relacionados às agências reguladoras e a novidade que estes entes trouxeram para o ordenamento jurídico brasileiro, delineando, principalmente, o poder normativo concedido a elas em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, basilares de um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, buscou-se demonstrar a evolução sofrida pela Administração Pública nas variadas formas de Estado, as mudanças com relação, especialmente, a sua atividade regulatória, bem como o nascimento das agências reguladoras e suas principais características, essenciais para alcançarem os objetivos para os quais foram criadas.

Verificou-se também que há muita contradição acerca do tema tanto na doutrina nacional quanto na jurisprudência, demonstrando a complexidade do tema. Entretanto, necessário se faz a realização de estudos, como o presente, para a fixação de diretrizes comuns a fim de pacificar os entendimentos, gerando maior segurança jurídica principalmente para os particulares que atuam nos setores regulados.

Neste sentido, no primeiro capítulo, ilustrou-se acerca da evolução da atividade regulatória do Estado, culminando no Estado Regulador, o qual mesclou aspectos tanto do Estado Liberal quanto do Estado Intervencionista, tendo em vista que os serviços, antes estatais, foram concedidos aos particulares, mas ao mesmo tempo foram criados mecanismos a fim de que tais serviços

visassem o bem-estar social, podendo-se concluir que a evolução na atividade regulatória foi necessária para se buscar uma sociedade mais harmoniosa que atendesse aos anseios da população.

Ainda, contextualizaram-se os princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade, surgidos no século XVIII com o Estado Liberal, com o intuito de adequá-los à moderna concepção de Estado e Administração Pública, concluindo-se que de nada serve ao interesse coletivo o engessamento e imutabilidade de tais princípios, sendo necessária a mudança de entendimento acerca deles para que o bem-estar social seja alcançado, bem como para que se justifiquem as agências reguladoras.

No segundo capítulo, por sua vez, definiu-se agência reguladora e o contexto histórico em que elas foram criadas, caracterizando-as como autarquias sob regime especial e diferenciando-as das demais autarquias, tendo em vista seu grau elevado de autonomia gerencial, financeira e orçamentária.

Explanou-se, ainda neste capítulo, acerca da autonomia frente aos poderes políticos através da impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências, configurador da autonomia reforçada destes entes, gerando indagações por parte da doutrina quanto a sua legitimidade democrática, indagações essas, porém, solvidas no presente estudo.

Por fim, no último capítulo, confrontaram-se as diversas correntes doutrinárias acerca do tema das agências reguladoras, mostrando que são perfeitamente aplicáveis no ordenamento pátrio não desrespeitando seus princípios.

Verificou-se, também, que mesmo possuindo uma autonomia reforçada, as agências reguladoras se submetem a diversos controles dos Poderes do Estado e da sociedade, tais como o controle pelo Tribunal de Contas, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Desta forma, conclui-se que as agências reguladoras foram uma acertada solução para os novos desafios da Administração Pública e do Estado Regulador, tendo em vista a rapidez com que as mudanças se dão e a

impossibilidade de a Lei, na concepção de norma emitida pelo Poder Legislativo, acompanhar tais mudanças.

Ainda, não obstante as transformações realizadas no ordenamento jurídico a fim de adequar as agências, hoje elas se mostram perfeitamente possíveis em nosso ordenamento, ainda que sua legitimação e justificação sejam feitas através de diferentes correntes doutrinárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo. *DIREITO Administrativo Descomplicado*. 20. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

ALEXY, Robert. *TEORIA dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *PODER Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *AGÊNCIAS Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. *A EVOLUÇÃO do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *AGÊNCIAS reguladoras, constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 99, v. 365, p. 85-105, jan./fev. 2003.

_____. *O CONTROLE de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *TEMAS de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *DICIONÁRIO de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. *LIBERALISMO e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *PROCESSO Administrativo*. 2. ed. Bahia: Editora JusPodivim, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *ATIVIDADE legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 2000.

CUÉLLAR, Leila. *AS AGÊNCIAS reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *DIREITO Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____ (Org.). *DIREITO regulatório - temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *ESTADO de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *AS AGÊNCIAS reguladoras: O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *AGÊNCIAS Reguladoras e Poder Normativo*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007.

_____. *MANUAL de Direito Administrativo*. 25^o ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *AS AGÊNCIAS Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Bahia, número 6, maio/junho/julho de 2006.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *DA REGULAÇÃO como Função de Direito Administrativo*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora: Professora Doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo, 2007.

LENZA, Pedro. *DIREITO Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *CURSO de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *CURSO de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZELLO, Maria D` Assunção Costa. *AGÊNCIAS Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEZZAROBA, Orides. *INTRODUÇÃO ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEZZAROBA, Orides; e MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *MANUAL de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de (Org.). *AGÊNCIAS Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *DIREITO Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *CURSO de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. *CURSO de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *DIREITO Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TÁCITO, Caio. *DO ESTADO Liberal ao Estado do Bem-estar Social, in Temas de Direito Público*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.