

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

DANIEL LEITE SEIFFERT SIMÕES
ORIENTADOR: RAUL MIGUEL FREITAS DE OLIVEIRA

DOS FUNDAMENTOS E DOS LIMITES DO PODER
NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

RIBEIRÃO PRETO

2014

DANIEL LEITE SEIFFERT SIMÕES

**DOS FUNDAMENTOS E DOS LIMITES DO PODER
NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, como requisito parcial para aprovação na Disciplina DFB9001 – Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Raul Miguel Freitas de Oliveira.

RIBEIRÃO PRETO

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Simões, Daniel Leite Seiffert

Dos fundamentos e dos limites do poder normativo das agências reguladoras. Ribeirão Preto, 2014. 74 p.;

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Raul Miguel Freitas de Oliveira.

1. Direito Econômico. 2. Agências Reguladoras. 3. Poder Normativo.

Nome: SIMÕES, Daniel Leite Seiffert.

Título: Dos fundamentos e dos limites do poder normativo das agências reguladoras

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, como requisito parcial para aprovação na Disciplina DFB9001 – Trabalho de Conclusão de Curso.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

SIMÕES, Daniel Leite Seiffert. **Dos fundamentos e dos limites do poder normativo das agências reguladoras**. 2014. 74p. Trabalho (Graduação) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2014.

O modelo da intervenção indireta do Estado na economia, por meio da atuação das agências reguladoras, vem sofrendo severas críticas da doutrina especializada, especialmente quanto a constitucionalidade do seu poder normativo. Neste contexto, o presente trabalho, por meio da análise legislativa, estudos doutrinários e confrontação das jurisprudências brasileira e estadunidense, procurou descrever um modelo geral aplicável a todas as agências reguladoras, com a descrição de suas características e de sua tipologia no direito administrativo nacional. Após a definição da agência reguladora como uma autarquia de regime especial com competência normativa, fiscalizadora e sancionatória sobre um determinado setor, passou-se à análise da adequação de sua competência normativa com a separação de poderes e o princípio da legalidade. Postulou-se que o poder normativo das agências reguladoras corresponde ao poder regulamentador, o qual não é atribuído exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo. Por fim, demonstrou-se que, em que pese a maior autonomia das agências reguladoras em relação às demais autarquias, incumbe ao Presidente da República, diretamente ou com o auxílio dos Ministros de Estados ou de eventuais conselhos legalmente criados, a definição das políticas públicas em cada setor regulado, incumbindo ao ente regulador a implementação dessas políticas.

Palavras-chaves: Direito Econômico. Agências Reguladoras. Poder Normativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	10
1.1. Autonomia das Agências Reguladoras: o regime especial.....	11
1.2. A Função Reguladora.....	21
1.2.1. Elementos da função reguladora.....	24
2. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	29
2.1. Regulação e regulamentação.....	29
2.2. Os fundamentos e os limites do poder normativo das agências reguladoras.....	36
3. O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	50
3.1. Poder Legislativo.....	52
3.2. Poder Judiciário.....	56
3.3. Poder Executivo.....	59
CONCLUSÕES.....	68
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Embora já passados quase vinte e seis anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda não atingiram um consenso sobre os impactos da nova ordem econômica por ela preconizada, notadamente quanto ao alcance da intervenção indireta do Estado na economia.

Promulgada nos últimos suspiros da Guerra Fria, a Constituição Cidadã vedou a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, permitindo-a apenas nos setores estratégicos para a segurança nacional ou revestidos de preeminente interesse coletivos, exigindo, em ambos os casos, a existência de lei autorizante (CF art. 173 *caput*).

Das cinzas desse Estado produtor de bens e serviços surge um Estado regulador, ao qual o artigo 174 da Constituição Federal concedeu expressamente o dever de normatizar, fiscalizar e incentivar a economia, com a difícil tarefa de equilibrar a livre-iniciativa com a intervenção estatal distributiva¹.

Neste contexto de intervenção indireta do Estado na economia, optou-se por importar o modelo das agências reguladoras dos Estados Unidos da América, ainda que de forma incompleta e sem a preocupação com a compatibilidade desse instituto com o direito nacional.

Utilizando-se do modelo das autarquias, às quais foi concedida especial autonomia, o legislador criou diversas agências reguladoras visando à consolidação de entidades relativamente independentes do Poder Executivo, dotadas de profundos conhecimentos da área regulada², incumbindo-lhes de difícil atribuição de concretizar os princípios constitucionais da ordem econômica.

Não houve, entretanto, a criação de um modelo geral e sistematizado de regulação. Ao contrário, cada agência reguladora foi criada por uma lei específica, fazendo com que surgissem diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudências sobre o tema. Dessa forma, ressentiu-se o direito brasileiro da ausência de uma legislação nos moldes da “*Administrative Procedure Act*”, que garanta não só a existência de critérios uniformes de

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, et al. O poder normativo das agências reguladoras. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 124.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005. P. 49.

funcionamento, mas também a imperatividade da participação democrática nas decisões das agências reguladoras.

Entretanto, ainda que criadas com base em critérios nem sempre uniformes, constata-se a existência de características comuns às agências reguladoras. Além da já referida relativa autonomia em relação ao Poder Executivo, manifestada por um regime de autarquia especial, verifica-se a existência de mandatos fixos e não coincidentes para seus dirigentes, vinculação a um Ministério, existência de servidores e patrimônio próprios, bem como a autorização legal para a expedição de normas no setor regulado.

Embora não exista consenso doutrinário e jurisprudencial sobre os limites da autonomia das agências e do alcance da supervisão ministerial sobre elas exercida, tais discussões empalidecem-se perto dos conflitos gerados pelo exercício do poder normativo das agências reguladoras.

Mesmo pertencentes ao Poder Executivo, as agências reguladoras, com as bênçãos do Legislativo, passam a emitir normas que, ao menos em uma primeira análise, não aparentam seguir o tradicional modelo de concretização da lei desempenhado pelos regulamentos administrativos, ao estabelecem previsões gerais, abstratas e inovadoras, as quais em muito se assemelham às leis.

Surgem, nesse contexto, inúmeros questionamentos quanto aos fundamentos e limites desse poder normativo, que a cada ano se torna mais profícuo. Tamanha diversidade de opiniões doutrinárias sob o tema que, nas palavras da Prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se afirmar “*que não existem dois autores com posicionamentos muito próximos*”³.

De regulamentos autônomos à delegação legislativa, passando-se pela fundamentação com base em princípios constitucionais e na crise da legalidade⁴, assomam-se as mais diversas teorias em uma cacofonia doutrinária que gera insegurança aos agentes econômicos e causa espécie na população.

Da mesma forma, verifica-se a inexistência de um entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça ora equipara⁵ o regulamento expedido pelas agências reguladoras aos atos administrativos, ao

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. P. 50.

⁴ *Ibid.* p. 50/51.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 806304 / RS. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília. Julgado em 02/12/2008. Disponível em

menos quanto à presunção de veracidade, ora defende a existência de disposições genéricas e relativamente inovadoras da ordem jurídica⁶.

As incertezas que assolam o jurista, embora de não desprezível monta, apequenam-se frente ao espanto causados nos agentes econômicos e na população em geral, os quais se veem diante de uma miríade de normas das mais variadas hierarquias, que nem sempre apresentam a necessária compatibilidade entre si a fim de permitir a segurança jurídica no desenvolvimento da atividade econômica.

É nesse contexto de incertezas doutrinárias e jurisprudenciais que se insere o presente Trabalho de Conclusão de Curso, o qual analisará, sem pretensão de esgotar o tema o contexto jurídico no qual se insere o poder normativo das agências reguladoras, bem como seus fundamentos e, especialmente, seus limites.

Iniciar-se-ão os estudos com a análise das características das agências reguladoras, superando-se a diversidade legislativa e as peculiaridades dos setores regulados com vistas à criação de um modelo genérico, que possa ser aplicado a estas autarquias de regime especial. Neste contexto, tendo em vista o estágio mais avançado dos estudos sobre as agências reguladoras pela doutrina estadunidense, comparar-se-á a evolução da jurisprudência da *United States Supreme Court* com as decisões do Supremo Tribunal Federal, enfatizando-se a influência exercida pelos *leading cases* acerca da autonomia do ente regulatório.

Ainda neste capítulo, será analisada a função reguladora ou regulatória, destacando-se que suas características, de per si, não representam significativa inovação no ordenamento jurídico brasileiro, mas reunidas em uma entidade autônoma e técnica, implicam a ruptura do modelo tradicionalmente empregado pelo Estado empresário.

O aspecto normativo da função regulatória, em função de sua maior complexidade e das mais acirradas discussões que o cercam, será tratado em separado, no Capítulo 2, no qual se esclarecerá as diferenças entre regulação e regulamentação, bem como se demonstrará a adequação da atividade normativa do Poder Executivo ao princípio constitucional da legalidade e à separação de poderes.

Por fim, no Capítulo 3, passar-se-á à análise dos instrumentos de controle existentes no ordenamento jurídico acerca da atuação das agências reguladoras, divididos com

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=844421&sReg=200502124091&sData=20081217&formato=PDF> . Acesso em 23/06/2013.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1101040 / PR. Relatora Ministra Denise Arruda. Brasília. Julgado em 16/06/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=893430&sReg=200802374017&sData=20090805&formato=PDF>. Acesso em 23/06/2013.

base na titularidade de cada um dos Poderes do Estado. Tendo em vista que as agências reguladoras são integrantes da Administração Indireta e, conseqüentemente, tem relacionamento mais intenso com os Ministros de Estado e o Presidente da República, serão enfatizados os meios disponíveis à Administração Direta para o controle do ente regulador.

Mais especificamente, neste capítulo serão analisadas as conseqüências de divisão das competências de formulação e execução das políticas públicas setoriais, bem como a conseqüente necessidade de adequação da tradicional supervisão ministerial à atuação de uma agência reguladora autônoma.

1. CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A análise do texto original da chamada Constituição Cidadã pode levar a uma interpretação contrária à constitucionalidade das agências reguladoras. Com efeito, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou todos os dispositivos legais que atribuíam a órgão do Poder Executivo competência do Congresso Nacional, em especial os que concediam ação normativa.

O artigo 22 da Constituição, ao estabelecer as hipóteses de competência privativa da União, enumera em seus incisos IV, IX e X os setores atualmente supervisionados pelas agências reguladoras, estabelecendo em seu parágrafo único a possibilidade de delegação de questões específicas aos Estados via lei complementar, sem estender a autorização ao Poder Executivo.

Também não é possível encontrar fundamentação constitucional para as agências reguladoras na possibilidade de edição de leis delegadas, uma vez que, nos termos do parágrafo segundo do artigo 68, a resolução do Congresso Nacional que autoriza a atividade legislativa pelo Executivo deverá especificar o conteúdo da delegação, o qual deverá ser observado pelo Presidente da República, não mencionando a possibilidade de uma subdelegação.

No mesmo sentido, a atividade das agências não se enquadra entre as hipóteses de medida provisória (CF art. 60), uma vez que, além de tal ato legislativo ser exclusivamente emitido pelo Presidente da República, os atos regulatórios, especialmente os de conteúdo normativo, muitas vezes tem pretensão de permanência no tempo e não são analisados pelo Congresso Nacional.

Haverá então fundamento constitucional para a existência das agências reguladoras? Estarão maculados de insanável inconstitucionalidade os atos praticados no exercício da função reguladora?

Adiantando-se a conclusão do presente capítulo e do seguinte, verifica-se que as agências reguladoras apresentam sólidos alicerces constitucionais, mas que não se enquadram nas hipóteses de delegação legislativa tradicionalmente estudados pela doutrina constitucionalista. Entretanto, para a correta construção desta conclusão é necessário analisar

detalhadamente as características das autoridades reguladoras, iniciando-se pelos aspectos razoavelmente pacíficos, tais como a estrutura administrativa e concluindo-se com a demonstração da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras.

Nesse contexto, sem prejuízo da doutrina nacional, utilizar-se-á a experiência de outros países que adotaram modelos regulatórios semelhantes, em especial as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca dos diversos temas a serem tratados.

1.1. Autonomia das Agências Reguladoras: o regime especial

A Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, ao criar a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, caracterizou-a como uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Com variações na agência, no ministério e na organização legal das atribuições institucionais, as demais leis instituidoras de agências reguladoras adotaram a mesma fórmula.

A expressão agência, inovação no direito brasileiro, foi criticada pela doutrina administrativista. Maria Sylvia Zanella Di Pietro argumenta que o vocábulo foi importado por modismo dos Estados Unidos, país no qual a expressão apresenta sentido muito mais amplo, abrangendo todas as autoridades públicas com exceção do Congresso e dos Tribunais⁷. Por sua vez, Alexandre de Aragão afirma que o termo em si é vazio de conteúdo, e a mera denominação de determinada entidade como tal nada significa⁸.

Autarquia, no entanto, constitui um instituto já conhecido no sistema jurídico brasileiro, sendo definida pelo artigo 5º, I, do Decreto-Lei 200/67 como o “*o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*”.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 474.

⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 277.

Peca, porém, o decreto-lei ao estabelecer uma definição que não permite a identificação precisa do instituto em questão, uma vez que não faz referência à existência de uma personalidade de direito público ou privado. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência não hesitam em reconhecer a personalidade jurídica de direito público às autarquias⁹.

A expressão autonomia pode dar a entender que as autarquias são institutos equiparados aos Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal, uma vez que estes entes apresentam autonomia política. No entanto, o vocábulo exprime apenas a ausência de hierarquia entre a autarquia em relação aos órgãos do Poder Executivo, concedendo àquela uma maior liberdade de atuação¹⁰.

Essa maior liberdade de atuação não preclui a existência de controles externos, tais como a chamada supervisão ministerial (Dec-Lei 200/67 art. 19), fiscalização pelos Tribunais de Contas (CF arts. 70, 71 e 75), pelo Legislativo (CF art. 49, X), pelo Judiciário (CF art. 5, XXXV)¹¹. Ademais, além das disposições de sua lei instituidora, a autarquia sujeita-se aos mesmos princípios que regem a Administração Pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF art. 37).

Entretanto, a relativa autonomia das autarquias foi sendo mitigada pela substituição do controle finalístico (controle de resultados) de suas atividades pelo controle dos meios de atuação, resultando, em termos práticos, na equiparação das autarquias aos órgãos da Administração Direta¹².

Essa tendência é agravada pelo fato de a cúpula das autarquias muitas vezes serem compostas por cargos de comissão, cujos titulares são livremente nomeados e dispensados pelo chefe do Poder Executivo. Dessa forma, a desejada autonomia das autarquias acaba transformando-se em verdadeira utopia, uma vez que o dirigente que contrariar os desejos da Administração Direta corre o risco de cometer verdadeiro suicídio profissional.

Observando essa influência indevida do Poder Executivo e a burocratização excessiva da Administração Indireta, o constituinte derivado, por meio da Emenda

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. P. 164/165

¹⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 70-71.

¹¹ Id, ibidem. P. 71.

¹² ANDRADE AZEVEDO, Eurico de. Apud. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 279.

Constitucional 19/98, acrescentou o § 8º ao artigo 37 da Constituição, permitindo a celebração do chamado contrato de gestão, com o objetivo de conceder maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira a órgãos e entidades da Administração Direta e indireta, com a correspondente fixação de metas e de ênfase no controle finalístico.

Nos termos do artigo 51 da Lei 9.649/98, a autarquia ou fundação que desenvolver um plano estratégico de reestruturação e celebrar o contrato de gestão com o Poder Executivo será denominada agência executiva. Dessa forma, verifica-se que o contrato de gestão não afeta as atribuições da entidade da administração indireta, mas sim apenas concede-a a maior liberdade de atuação que a sua instituição como autarquia ou fundação pública já deveria conferir.

Nesse sentido, leciona Paulo Modesto¹³:

... a qualificação de autarquias e de fundações como agências reguladoras é ato desencadeador de efeitos jurídicos variados. O efeito imediato é o enquadramento da autarquia ou fundação qualificada nos benefícios gerais previstos em lei para toda e qualquer agência executiva, por exemplo, elevação em vinte por cento do valor dos limites máximos para cada modalidade de licitação, na forma do art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.666, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Essa técnica permite estabelecer uma diferenciação abstrata dos regimes jurídicos das autarquias e fundações qualificadas em face das autarquias e fundações públicas não qualificadas, ao passo que estabelece um mecanismo de padronização entre as autarquias qualificadas.

Em que pese a possibilidade de uma agência reguladora poder ser qualificada como uma agência executiva, não se confundem a maior autonomia concedida pelo contrato de gestão com o chamado regime especial.

Conforme leciona Alexandre de Aragão, a expressão “autarquia de regime especial” apareceu pela primeira vez no direito brasileiro na Lei n 5.540/68, referindo-se a maior autonomia aplicável às universidades públicas, representada pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes. Em um sentido mais restrito, a expressão indica a existência de um regime jurídico próprio, que não se confunde com o previsto no Decreto-lei 200/67¹⁴.

¹³ MODESTO, Paulo. Agências executivas apud MAZZA, Alexandre. Agências Reguladoras. São Paulo: Malheiros Editora, 2005. P. 41.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 279.

Naquele sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que¹⁵:

A ideia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das “agências reguladoras” em confronto com a generalidade das autarquias.

É o que se fará em seguida, registrando-se, por ora, que a única particularidade marcante do tal *regime especial* é a nomeação pelo presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo. Cabe, entretanto, anotar desde já que tal garantia não pode ser entendida como capaz de ultrapassar o período de governo da autoridade que procedeu às nomeações, pois isto violaria prerrogativas constitucionais de seu sucessor.

No texto original da Lei da Aneel (Lei n 9.427/96), o regime especial era manifestado pela nomeação dos dirigentes da autarquia pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado (art. 5), para o exercício de mandatos não-coincidentes de quatro anos. Passados quatro meses de exercício do mandato, o dirigente da Aneel só poderia ser exonerado pela prática de ato de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado e descumprimento injustificado do contrato de gestão (Lei n 9427/96 art. 8, revogado pela Lei nº 9.986, de 2000).

Os artigos 24 à 26 da Lei 9.472/97 estabeleciam que os dirigentes da Anatel cumpririam mandatos não coincidentes de cinco anos, vedando inicialmente a possibilidade de recondução e somente perderiam o mandato em função de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Por sua vez, a Lei 9.986/00, ao disciplinar a gestão de recursos humanos das agências reguladoras unificou o regime jurídico aplicável ao estabelecer em seu artigo 9 que os conselheiros e dirigentes das agências reguladoras somente perderiam o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo, sem prejuízo de outras causas expressamente previstas pela lei instituidora.

Resta cristalino, dessa forma, o propósito do legislador em proteger os dirigentes das agências reguladoras de represálias políticas por suas ações, garantindo, por via reflexa, a relativa autonomia necessária para o exercício da função regulatória. Entretanto, essa proteção política em relação ao Presidente da República foi alvo de fortes críticas e discussões jurisprudenciais. Questionou-se se a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. P. 173

dirigentes das agências seria compatível com a obrigação do Presidente de garantir o fiel cumprimento das leis e de exercer a direção da Administração Pública.

A primeira resposta da *United States Supreme Court* foi negativa. No famoso caso *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926), o *Chief Justice Taft*, ao articular a opinião da corte, afirmou que o fato de determinado cargo ser preenchido por meio de nomeação presidencial, após o consentimento do Senado, não restringe o poder do Presidente da República de exonerar seu titular¹⁶.

Em 21 de julho de 1917, após o consentimento do Senado, Myers havia sido nomeado pelo Presidente para o cargo de chefe dos correios de primeira classe em Portland, em um mandato de quatro anos, entretanto, no dia 20 de Janeiro de 1920, seus superiores exigiram sua demissão. Recusado, o chefe geral dos correios, sob ordens do então presidente Woodrow Wilson, exonerou Myers do cargo¹⁷. Inconformado, Myers procurou o Judiciário a fim de obter a remuneração que lhe seria devida até o encerramento de seu mandato, não obtendo, no entanto, o sucesso esperado.

Decidiu a *Supreme Court*¹⁸ que:

O poder de impedir a remoção um dirigente subordinado ao Presidente é diferente da possibilidade de consentir ou rejeitar a sua nomeação. Quando uma nomeação é feita, presume-se que o Senado está, ou pode se tornar, ciente das qualidades do nomeado [272 U.S. 52, 122], mas, em função da natureza das atividades, as falhas na habilidade ou lealdade dos oficiais subordinados à presidência são fatos que o Presidente, ou seus subordinados mais confiáveis, devem estar melhor informados do que o Senado, devendo o poder de removê-lo ser reservado por motivos razoáveis e práticos, para a autoridade governamental com controle administrativo. O poder de remoção é inerente ao poder de nomeação, não ao poder de aconselhar e de consentir à nomeação, sendo que a concessão de poder executivo é reforçada pelo dever de garantir a fiel execução das leis, enfatizando a necessidade de inclusão no poder executivo como forma exclusiva e remoção.

Entretanto, esse entendimento logo foi restringido. Em *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. (1935), a *Supreme Court* definiu que os funcionários da FTC (*Federal Trade Commission*) não poderiam ser livremente exonerados pelo presidente sem

¹⁶ BRESSMAN, Lisa Schultz, RUBIN, Edward L, STACK, Kevin M. *The Regulatory State*. Wolters Kluwer: New York, 2010. P. 14.

¹⁷ UNITED STATES. *United States Supreme Court*. 272 U.S. 52 *Myers v. United States*. Relator Chief Justice Taft. Julgado em 25.10.1926. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=272&invol=52>>. Acesso em 28/01/2014.

¹⁸ UNITED STATES. *United States Supreme Court*. 272 U.S. 52 *Myers v. United States*. Relator Chief Justice Taft. Julgado em 25.10.1926. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=272&invol=52>>. Acesso em 28/01/2014.

a violação do princípio da separação dos poderes, uma vez que a agência em questão exercia poderes “quase-legislativos” e “quase-judiciários”, em vez de poderes executivos¹⁹.

Nesse sentido²⁰:

O governo afirma que a frase “manter-se no cargo” não tem consequências legais e, ademais, aplica-se exclusivamente aos primeiros comissários. Nós acreditamos que ela tem significância. Pode ser que, literalmente, a sua aplicação seja restrita como afirmado; não obstante, ela fundamenta uma interpretação oposta à do governo acerca dos requisitos do mandato; porque não é razoável supor que o Congresso tenha pretendido assegurar os primeiros comissários contra remoção fora das causas especificadas e negar as mesmas garantias aos seus sucessores. Deixando-se a frase de lado, a fixação de um mandato definido sujeito à remoção fundamentada, a menos que haja previsão expressa ou circunstância em sentido contrário, o que nós não fomos capazes de encontrar, é suficiente para estabelecer a intenção legislativa de que o mandatário não seja removido por motivação diversa da especificada. Se a intenção do Congresso de que nenhuma remoção fosse feita durante o mandato salvo pelas causas enumeradas não é claramente visualizável no estatuto, assim como nós entendemos, ela seria demonstrada pela análise das características da comissão e do histórico legislativo que precedeu a promulgação da legislação. A comissão deve ser apartidária, devendo ser, em função da natureza de suas atribuições, imparcial. Ela não deve seguir nenhuma orientação política salvo as disposições legais. Seus deveres não políticos ou executivos, mas predominantemente “quase-judiciais” e “quase-legislativos”. Como a *Interstate Commerce Commission*, seus membros devem atuar como especialistas, “nomeados pela lei e baseados na experiência. *Illinois Central R. Co. v. Interstate Commerce Comm'n*, 206 U.S. 441, 454; *Standard Oil Co. v. United States*, 283 U.S. 235, 238-239. Os relatórios legislativos de ambas as casas do Congresso refletem o entendimento de que um mandato era necessário para a eficiência e justiça da administração. No relatório do Senado (No. 597, 63d Cong., 2d Sess., pp. 10-11) o *Senate Committee on Interstate Commerce*, apoiando o projeto que posteriormente se converteu na lei em questão, após referir ao dispositivo que fixava o mandato de sete anos, determinou que a composição da comissão não seria completamente alterada subitamente (...)

Por fim, em *Morrison v. Olson*, 487 U.S. (1988), a *Supreme Court* consolidou o entendimento de que o Congresso poderia estabelecer restrições à possibilidade de exoneração dos dirigentes das agências, desde que as restrições não interferissem no exercício do Poder Executivo pelo Presidente da República. Em síntese, consagrou-se a exigência de “cause” ou “good cause” para a demissão da cúpula das agências²¹.

No Brasil, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1947 e de forma semelhante ao entendimento manifestado em *Myers v. United States*, o Supremo Tribunal Federal era categórico ao afirmar, por meio da Súmula 25, que “a nomeação a termo não

¹⁹ BRESSMAN, Lisa Schultz, RUBIN, Edward L, STACK, Kevin M. *The Regulatory State*. Wolters Kluwer: New York, 2010. P. 15.

²⁰ UNITED STATES. *United States Supreme Court*. 295 U.S. 602 *Humphrey's Executor v. United States*. Relator Justice J. Sutherland. Julgado em 27.05.1935. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/295/602>>. Acesso em 03/02/2014.

²¹ BRESSMAN, Lisa Schultz, RUBIN, Edward L, STACK, Kevin M. *The Regulatory State*. Wolters Kluwer: New York, 2010. P. 15

impede a livre demissão pelo presidente da república, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”.

A súmula em questão foi fruto da decisão do STF no Mandado de Segurança n 8.693-DF, na qual o Supremo Tribunal Federal afirmou, por maioria, a inconstitucionalidade da restrição à livre exoneração pelo Presidente da República. Argumentou-se, em síntese, que a restrição seria incompatível com o sistema presidencial, uma vez que imporá ao presidente funcionários que não compartilhassem de seu programa de governo, em alguns casos até mesmo funcionários que teriam sido nomeados por seu antecessor. Ademais, não haveria na Constituição uma modalidade de estabilidade temporária²².

Destacou-se o voto vencido do Ministro Victor Nunes Leal, o qual, influenciado pela jurisprudência da *Supreme Court*, argumentou que a restrição era necessária para o desenvolvimento de uma política legislativa sobre o setor, sem a interferência da política partidária do Poder Executivo²³.

Afirmou ainda que a figura do Presidente da República deve ser considerada impessoalmente e que, dessa forma, o chefe do Poder Executivo sempre terá participado da nomeação. A restrição em questão não constituiria uma modalidade de estabilidade temporária, mas sim de uma restrição à exoneração arbitrária. Ressaltou ainda que a restrição foi estabelecida pelo Poder Legislativo como uma cautela contra qualquer ocupante da chefia do Poder Executivo, até mesmo contra o presidente que tiver feito as nomeações, uma vez que o legislador definiu que a política para o setor seria melhor alcançada por dirigentes independentes²⁴.

Este posicionamento foi finalmente aceito pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1949-0, ocasião na qual o Ministro Nelson Jobim, autor do voto vencedor, reiterou os argumentos do Ministro Victor Nunes, além de ressaltar a adequação do modelo regulatório à Constituição de 1988, ao afirmar que ao presidente só é dada a possibilidade de prover e extinguir os cargos públicos

²² ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 367.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A independência das Agências Reguladoras. *BDA – Boletim de Direito Administrativo – Junho/2000*.

²⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 368.

federais nos termos da lei (CF art. 84, XXV)²⁵. Consagrou-se, dessa forma o chamado “regime especial”, aplicável às autarquias caracterizadas como agências reguladoras.

Nesse sentido, afirmou o Ministro Nelson Jobim que:

Os indicados pelo Poder Executivo, os membros oriundos do quadro funcional, dos consumidores e das empresas exercem, em Conselho, uma função de “conservação” [SIC].

Sua função é garantir a prestação de serviços adequados e atuais, preservada a política tarifária de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro definido pelo contrato, como dizem a Constituição e a Lei (CF, art. 175; L. 8.987, arts 6º, 9º e 10).²⁶

A questão ainda não se encontra pacificada na doutrina brasileira. Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, adotava o entendimento, em consonância com o voto do Ministro Vitor Nunes Leal, de que a “*demissão de administrador de autarquia é cabível desde que não se trate de investidura a prazo certo e a nomeação para o cargo se realize por livre escolha do Chefe do Executivo*”²⁷, uma vez que a existência de mandato significa “*uma defesa, estabelecida pela lei, contra a livre demissibilidade do administrador. Visa à continuidade administrativa e pretende resguardar o administrador da autarquia contra ingerências políticas*”²⁸.

Atualmente, ao questionar se a garantia dos mandatos poderia estender-se para além de um mesmo período governamental, o renomado administrativista não hesita em afirmar que:

Parece-nos evidentiíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.

Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo²⁹.

²⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.949-o RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 18/11/99.

²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.949-o RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 18/11/99.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968. P.454-455

²⁸ Id, ibidem. P. 455.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. P. 179-180

O mandato dos seus dirigentes, característica do regime especial, não é o único elemento da autonomia das agências reguladoras. Com efeito, pouco ou nada adiantaria a existência de uma cúpula relativamente autônoma caso a agência reguladora não tivesse os recursos suficientes para a concreção de seus objetivos ou caso suas decisões pudessem ser afastadas ao bel prazer dos Ministros e, por meio destes, do Presidente da República.

Nesse sentido, observa Silvio Spavente que, sem prejuízo da estrutura organizacional adequada, a autonomia de uma pessoa jurídica depende de “1- que determine o próprio orçamento; 2 – que as despesas obrigatórias que possuam não dependam do arbítrio de quem quer que seja, mas que derivem da lei ou dos próprios estatutos”³⁰.

Inserem-se, nesse contexto, as chamadas “taxas regulatórias”, mecanismo encontrado pelas leis instituidoras para reforçar a autonomia financeira das agências reguladoras. No entanto, em que pese a utilização do vocábulo “taxa”, não é pacífica a aceitação do regime tributário para o instituto.

Defendendo a natureza contratual da cobrança, afirmam Cristina Alves da Silva e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson que:

Outro item de fundamental importância na garantia da autonomia das agências reguladoras é a independência financeira em relação ao erário público, o que ocorre mediante a arrecadação de uma taxa de regulação devida pela concessionária diretamente à agência do setor regulado, taxa com relação direta em razão do proveito financeiro obtido com a concessão; dessa forma, a agência não depende de verbas orçamentárias para o seu custeio.

Essa taxa de regulação tem natureza contratual, com pagamento contratualmente estipulado, pois é do contrato de concessão de serviços firmado entre o poder concedente e a concessionária que se origina a cobrança, que é fixada como forma de contrapartida para contratação da concessão, assegurando a segurança jurídica dos investimentos³¹.

Por sua vez, Alexandre de Aragão, diferencia a “taxa” cobrada pelas agências reguladoras de serviços públicos ou da exploração privada de monopólios ou bens estatais, do montante cobrado pelas agências reguladoras de atividades da iniciativa privada. Àquelas, explica o professor da UERJ, não incide o regime tributário, uma vez que não há

³⁰ SPAVENTA, Silvio. *La Giustizia nell'Amministrazione* apud ARA GÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 352.

³¹ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; SILVA, Cristina Alves da. *Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise do papel do Estado no setor econômico*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013. P. 265

exercício do poder de polícia sobre serviços, monopólios ou bens públicos. Há, na verdade, um dever de fiscalização, baseado no contrato de concessão, inerente ao Poder Concedente ou titular do monopólio ou do bem³².

Quanto a estas, acrescenta que:

Já quanto às “taxas regulatórias” cobradas pelas agências reguladoras de atividades da iniciativa privada, entendemos que põem ser taxas propriamente ditas (art. 145, II, 1ª p, CF), quando a sua exação visar somente à realização visar somente à realização da justiça fiscal correspondente à atividade de fiscalização desempenhada pela agência (ex: art. 7º, VII, Lei nº 9.782/99; ou contribuições de intervenção no domínio econômico, instituíveis apenas pela União (art. 149, CF), nas hipóteses em que se destinarem ao fomento e à conformação do próprio setor regulado (ex: as contribuições para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST e para o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL, instituídas, respectivamente, pelas Leis nº 9.998/00 e 10.052/00)³³.

A questão ainda é polêmica e carece de uma solução pacífica.

Curiosamente, embora a autonomia do agente regulador seja comum aos países que adotaram o modelo regulatório, o modelo autárquico não foi adotado por unanimidade.

Na Inglaterra, tendo em vista a ausência de delimitação clara entre Governo e Administração Pública, foram criados, desde o século XIX, *diversos Quase Autonomous non Governmental Organizations – Quangos*, os quais, recebendo competências a partir de uma lei, exerciam variadas finalidades, tendo como único elemento em comum a responsabilidade indireta e limitada perante o ministro, o parlamento ou o conselho local³⁴.

Conforme leciona Howard Machin:

... o problema das relações entre uma autoridade e seu ministro supervisor, encarregado da sua tutela, geralmente não é difícil. Em princípio, a responsabilidade do ministro é bastante atenuada, e o ministro é responsável perante o Parlamento pelas grandes políticas e pelo orçamento da autoridade. Normalmente, esta ideia de responsabilidade limitada é estabelecida pela legislação da autoridade em questão, já que, sem definição jurídica dos poderes de intervenção do ministro, não há autoridade que seja realmente “independente”. Todavia, algumas autoridades são regidas por tradições ou regras não escritas de não intervenção ministerial, tradições estas que muitas vezes evoluem segundo o contexto político. De qualquer forma, a

³² ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 352-353

³³ Id, *Ibidem*. P. 353.

³⁴ Id, *Ibidem*. P. 224-226.

debilidade dos meios políticos do Executivo geralmente leva os ministros a não se imiscuírem³⁵.

Mesmo a extinção de diversos *Quangos* no governo de Margaret Thatcher em função da política de desregulação, bem como a criação de novos *Quangos* agora nomeados de *Agencies*, não implicou a radical transformação do modelo inglês. Em síntese, houve repartição de competências, incumbindo aos ministros a fixação das políticas públicas; às agências executá-las com autonomia³⁶.

As Autoridades Administrativas Independentes (AAIs) da França, em que pese serem sua heterogeneidade, são órgãos ligados à administração pública, mas sem a submissão ao poder hierárquico governamental³⁷. Isto é, embora não apresentem um estatuto uniforme ou personalidade jurídica própria, as AAIs apresentam relativa autonomia em relação ao governo³⁸.

Conclui-se que, independentemente da forma jurídica e da nomenclatura adotadas em cada país, o traço distintivo da agência reguladora, quanto a sua estrutura, é a sua relativa autonomia em relação ao Poder Executivo, na medida das necessidades e dificuldades encontradas em cada Estado.

1.2. A Função Reguladora

Conforme leciona Michel Mialle:

... o tema da regulação não nos caiu do céu: existe uma história, que deve ser conhecida para a sua compreensão na atualidade. A ideia de regulação nas ciências já possuía um longo caminho antes de penetrar no Direito e na ciência política. A

³⁵ MACHIN, Howard. L'expérience Britannique. Apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 226-227.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 227-228.

³⁷ AUAD, Denise. *Autoridades Administrativas Independentes na França* in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003. P. 475

³⁸ BADIN, Luiz Armando. *As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação*. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003. P. 492.

primeira concepção de regulação poderia ser encontrada no pensamento teológico e, mais amplamente, no metafísico, como uma maneira de reduzir o acaso e o caos e de pensar em um mundo ordenado. A palavra é empregada em seu sentido mais amplo, derivado de “regula”. Mas são outras searas, mais tardias, as que darão um conteúdo prático ao termo. De outra parte, não regulação, mas sim regulador, dentro do mundo da mecânica relojoeira. O regulador é a peça que permite regularizar o funcionamento uniforme das engrenagens de um relógio. O campo da física é um campo privilegiado para pensar em pesos e contra pesos, aceleradores e reguladores. Assim, na realidade, a imagem técnica de um mundo organizado como um mecanismo prevalecerá e promoverá a ideia de regulação³⁹.

Por sua vez, Jeammaud afirma que o vocábulo regulação significa um *“trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças”*⁴⁰.

No direito brasileiro, a expressão regulação se tornou parte do vocabulário dos juristas com a chamada Reforma do Estado, em decorrência da privatização de empresas estatais e da conseqüente diminuição do papel empresarial do Estado, o qual passou a “regular” as atividades objeto de concessão com o fim de garantir a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência⁴¹.

No texto original da Constituição Federal de 1988, a regulação apareceu no capítulo dos princípios gerais da ordem econômica, no qual o artigo 174 dispôs que *“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”*.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n 08/95 alterou o inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal determinando a criação de um “órgão regulador” para o setor das telecomunicações. Três meses após, a Emenda Constitucional n 09/95 alterou o § 2º do artigo 177 CF a fim de vincular o Poder Legislativo à criação de um “órgão regulador do monopólio da União”.

³⁹ MIAILLE, MICHEL apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 25.

⁴⁰ JEAMMAUD, Antoine apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade* in in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003. P. 19

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003. P. 20.

A previsão constitucional, no entanto, não permite a delimitação do conceito de regulação. Ao contrário, a interpretação meramente literal dos dispositivos supramencionados pode levar o interprete ao entendimento de que a estrutura regulatória adotada no país encontra-se em dissonância com o texto constitucional.

Não obstante, há forte posicionamento doutrinário de que a expressão “órgão regulador” não implica a necessidade do exercício da função regulatória por uma das repartições da Administração Direta. Nos termos do magistério de Fernando Dias Menezes de Almeida, *“nada impede que órgão receba um sentido mais amplo, a partir da Teoria Geral do Direito, podendo englobar mesmo os entes personificados que agem pelo Estado”*⁴².

No mesmo sentido, Marcos Juruena Villela Souto afirma que:

Todas as agências detêm um poder normativo e não apenas a ANP e a ANATEL. A previsão constitucional de um órgão regulador para telecomunicações e para o petróleo não significa que só estes teriam capacidade para editarem atos de efeitos externos. O que estes dispositivos fizeram foi afastar uma discricionariedade legislativa para criar ou não um agente regulador, discricionariedade esta que existe para os demais setores; nestes, onde existia um monopólio, se impôs a existência de um regulador para reduzir os malefícios e riscos de uma posição dominante. Nos demais segmentos de mercado, cabe ao legislador identificar, por provocação do Executivo, onde existem falhas de mercado que justifiquem a criação de um agente regulador, com poderes para a prática de atos de intervenção do Estado na economia⁴³.

A razoável harmonia doutrinária encontrada na aceitação de autarquias como “órgãos reguladores”, no entanto, não é encontrada na definição precisa da função regulatória. De definições restritas que equiparam a regulação com o a função normativa das agências reguladoras⁴⁴, passando-se por conceitos mais amplos, que também incluem no conceito a atuação materiais do Estado na economia⁴⁵, a doutrina ainda não alcançou um conceito pacífico sobre o tema.

Não obstante, na expressa maioria dos posicionamentos doutrinários, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras aparece como elemento comum. Tendo

⁴² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação in CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. Curso de Direito Administrativo Econômico v III. Malheiros Editora: São Paulo, 2006. P. 135.

⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 97.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências e Poder Normativo. In ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 66-69.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 40

em vista a maior complexidade do tema, em especial em relação às polêmicas em relação a sua fundamentação constitucional, o poder normativo será tratado em apartado, no capítulo 3 *infra*. Adiante-se que se trata de elemento essencial da função regulatória.

1.2.1. Elementos da função reguladora

A compreensão do fenômeno da regulação, para ser vislumbrado com clareza, pressupõe a compreensão das formas de atuação do Estado na economia. Conforme o magistério de Eros Roberto Grau, a expressão “atividade econômica”, presente no título VII Da Ordem Econômica e Financeira é ambígua, podendo ser compreendida como o gênero atividade econômica em sentido amplo ou como suas subespécies, atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos⁴⁶.

Dessa forma, o artigo 173 e seu § 1º, ao restringirem a atividade econômica direta do Estado ao necessário para a segurança nacional ou relevante interesse coletivo, fazem referência à atividade econômica em sentido estrito⁴⁷. Isto é à atividade econômica a princípio titularizada por particulares e realizada com intuito de lucro.

Por sua vez, o artigo 175 estabelece a titularidade dos serviços públicos⁴⁸ ao Poder Público, o qual tem a faculdade de prestá-los diretamente ou franquear sua realização a particulares, por meio de contratos de concessão ou permissão.

Quanto ao artigo 174, afirmar Eros Grau que:

No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão atividade econômica é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido – daí porque, em rigor, nem seria necessária a ênfase que o adota ao expressamente referir a função de fiscalização. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010. P. 100-102.

⁴⁷ Id, *ibidem*. P. 103

⁴⁸ A discussão sobre a definição dos serviços públicos, embora de inegável importância para o direito administrativo brasileiro, foge das pretensões do presente trabalho de conclusão de curso. Esclareça-se, no entanto, que o presente trabalho adota a teoria material dos serviços públicos.

fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este, por outro lado, não abrange apenas a *atividade econômica em sentido estrito*, porém toda a *atividade econômica em sentido amplo*. Tanto é assim que o preceito determina ser ele – planejamento – “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O art. 174 reporta-se nitidamente, nestas condições, *atividade econômica em sentido amplo*⁴⁹. (destaques do original)

Nesse sentido, leciona Alexandre de Aragão que:

A noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Esse quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. **Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações**, mesmo que essas infrações sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao próprio Estado agindo economicamente de forma direta em atividades típicas do setor privado. (grifo do original).

Nota-se ainda, que a transposição do vocábulo regulação, de origem norte americana, ao direito brasileiro, em uma situação econômica em que os Estados Unidos da América buscam a diminuição do papel do Estado na economia gera certa confusão. Entretanto, acrescenta Eros Roberto Grau, que “*a busca de mais sociedade e menos Estado supõe a substituição da regulação estatal (=regulamentação) por regulações sociais. Aí a deregulation dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo ‘regulação’*”⁵⁰.

Independentemente da nomenclatura adotada, tem-se que a regulação é atividade complexa, que compreende o poder normativo, a função fiscalizadora e, conseqüentemente, a possibilidade de adequação da conduta dos entes regulados por meio de sanções ou induções.

Nesse contexto, verifica-se que, sem prejuízo das competências normativas, as leis instituidoras atribuem às agências reguladoras o dever de manter permanente vigilância sobre o setor regulado, punindo, conforme a necessidade, os agentes infratores.

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010. P. 107.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1998, p. 93.

A Anvisa, por exemplo, tem o dever de “*monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde*” (Lei 9.782/99 art. 7º, XXI). Caso necessário, a autarquia deverá “*autuar e aplicar as penalidades previstas em lei*” aos agentes infratores (Lei 9.782/99 art. 7º, XXIV).

Por sua vez, à Anac compete “*fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego*” (Lei 11.182/05 art. 8º, XXVIII), bem como “*reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis*” (Lei 11.182/05 art. 8º, XXXV).

Dispositivos equivalentes, variáveis quanto ao setor afetado e ao grau de detalhamento, são encontrados nas competências de todas as agências reguladoras. Apesar das semelhanças nas atribuições, verifica-se a notável diferenciação de fundamentação jurídica da atividade fiscalizadora de cada agência reguladora. Nesse sentido, Alexandre de Aragão leciona que:

O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente, (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que poder ser clássico ou econômico⁵¹.

Como elemento comum entre as agências reguladoras, embora não esteja presente em todas as leis autorizadoras, observa-se a autorização legislativa para o exercício do poder concedente, nos setores sujeitos ao regime de serviço público e na exploração privada de bens públicos.

Neste contexto, a Lei 9.472/97 (Lei da Anatel) dispõe que:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 337.

Por sua vez, a lei instituidora da Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478/97):

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

Por fim, a Ancine⁵², em função de sua atuação em setor econômico sujeito ao regime de direito privado, bem como do mandamento constitucional da vedação da interferência indevida do Poder Público na liberdade de expressão, não detém o poder concedente.

Dessa forma, embora o exercício do poder concedente seja comum às atribuições de diversas agências reguladoras, não se trata de elemento essencial do conceito de regulação, ante a sua inaplicabilidade à regulação de setores econômicos sujeitos primordialmente ao regime de direito privado.

Da análise dos elementos da função reguladora, isto é, o poder normativo, a atividade fiscalizadora e o conseqüente dever de punição, verifica-se que esta atividade não constitui novidade, uma vez que, ainda que sob outras formas, sempre foi exercida pelo Estado.

A “inovação” das agências reguladoras nos países que tradicionalmente adotaram um regime administrativo centralizado, tais como Brasil e França, não se caracteriza pelas atribuições concedidas pelas leis instituidoras, mas sim pela reunião dessas competências em uma entidade relativamente independente, em especial pelo exercício de atribuições “quase legislativas”, bem como pelo caráter técnico e pretensamente apartidário de sua atuação.

Com efeito, as características das agências reguladoras, em especial a especial autonomia frente ao Poder Executivo e exigência de formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade de seus dirigentes⁵³, foram estabelecidas pelo Poder

⁵² Destaque-se a duvidosa constitucionalidade da atuação da Ancine, ante a sua instituição por meio da Medida Provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, cuja vigência encontra-se prorrogada indefinidamente em função da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.

⁵³ Lei 9.986/00 art. 5º.

Legislativo com o objetivo de se garantir tecnicidade no exercício da função regulatória, afastando, em teoria, o setor regulado de instabilidades político-partidárias.

Nesse sentido, a doutrina estadunidense⁵⁴ afirma que:

Espera-se das agências competência institucional, ou expertise, para a resolução dos complexos conflitos que afetam a sociedade moderna. Agências tem acesso amplo à informação, conhecimento especializado e pessoal treinado. Elas também possuem o tempo necessário para dedicarem-se a um conjunto de problemas. Ademais, as agências podem desenvolver uma perspectiva sistêmica nas questões regulatórias, facilitando a integração de diversos projetos e o equilíbrio de variados objetivos. A legitimidade das agências pode depender em parte de sua capacidade técnica, considerada superior à do Congresso, para a elaboração de normas gerais e progressistas.

Por sua vez, a *Supreme Court*, no já citado caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. (1935)⁵⁵, decidiu que as agências deveriam ser apartidárias, não devendo seguir nenhuma orientação política senão a da própria lei, uma vez que estas características seriam necessárias para se garantir a estabilidade do setor e o exercício de funções “quase-judiciárias” e, principalmente, “quase-legislativas”, as quais serão analisadas no próximo capítulo.

⁵⁴ BRESSMAN, Lisa Schultz, RUBIN, Edward L, STACK, Kevin M. *The Regulatory State*. Wolters Kluwer: New York, 2010. P. 18. Tradução Livre.

⁵⁵ UNITED STATES. *United States Supreme Court*. 295 U.S. 602 *Humphrey's Executor v. United States*. Relator Justice J. Sutherland. Julgado em 27.05.1935. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/295/602>>. Acesso em 03/02/2014.

2. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

De todas as características dos “órgãos reguladores”, o exercício de poderes normativos é, sem dúvidas, o aspecto mais polêmico da atuação das agências brasileiras, especialmente com a proliferação de normativas e regulamentos, tais como o recente Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicação⁵⁶, Anexo I à Resolução Anatel nº 632, de 7 de março de 2014.

Conforme mencionado no capítulo anterior, uma primeira análise do sistema constitucional brasileiro implica uma interpretação contrária à validade jurídica destas normativas, ante o princípio da separação dos poderes, a indelegabilidade da função legislativa e o princípio da legalidade. No entanto, uma análise mais apurada do ordenamento jurídico, especialmente da evolução das técnicas utilizadas pelo legislador, revela que a atribuição de poderes normativos às agências reguladoras é fruto de um natural processo de aprimoramento da atuação estatal frente a complexificação das demandas.

2.1. Regulação e regulamentação.

Antes de se iniciar a análise da adequação de uma proposição a um determinado conjunto de premissas, faz-se necessário a sua delimitação. Isto é, não é possível afirmar se uma afirmação é verdadeira ou falsa, adequada ou inadequada, sem a correta compreensão do enunciado.

Transpondo-se esta premissa lógica para a questão da constitucionalidade das agências reguladoras, conclui-se que a definição do resultado normativo do processo regulatório é pressuposto necessário para a análise de sua adequação ao sistema jurídico pátria. No entanto, a ausência de definições constitucionais e legais implicam uma verdadeira

⁵⁶ No presente capítulo será utilizado como estudo de caso o regulamento em questão em função de sua abrangência e, principalmente, dos efeitos normativos por ele gerados nas prestadoras de serviços de telecomunicação e nos consumidores.

cacofonia doutrinária, dificultando-se a delimitação da regulação e, conseqüentemente, gerando dúvidas acerca de sua constitucionalidade.

A identificação da função regulatória com a função regulamentar encontra aparente obstáculo na enumeração das competências privativas do Presidente da República pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 84. Dentre elas, o inciso IV estabelece o dever presidencial de “*expedir decretos e regulamentos para sua [da lei] fiel execução*”. Por sua vez, o parágrafo único estabelece a possibilidade de delegação das competências elencadas nos incisos VI, XII e XXV, silenciando-se acerca da incumbência estabelecida no inciso IV.

O poder regulamentar é definido por José Afonso da Silva como:

... a faculdade de expedir regulamentos para fiel execução das leis federais que a Constituição outorga ao presidente da República. Trata-se de poder administrativo, no exercício de função de caráter normativo subordinado. Na realidade, o exercício desse poder permite ao presidente da República cumprir a sua função executiva no que tem de mais característico: execução da lei. Chama-se, com efeito, “regulamento” o decreto que consigna um conjunto ordenado de normas destinadas à melhor execução da lei, ou ao melhor exercício de uma atribuição ou faculdade consagrada expressamente na Constituição⁵⁷.

As hipóteses autorizadoras do artigo 84, VI, alíneas “a” e “b”, segunda espécie normativa privativa do Presidente da República, além de não poderem implicar aumento de despesas, limitam-se à organização e funcionamento da administração pública federal e à extinção, quando vagos, de cargos ou funções públicas. Não se adequam, portanto, às normativas das agências reguladoras que implicam direitos e deveres aos agentes regulados.

Não obstante, a competência normativa da direção superior da administração federal não se esgota com o poder regulamentar do Presidente da República. Conforme a dicção do inciso II do artigo 87 da Constituição, compete aos Ministros de Estado “*expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos*”.

O elemento de convicção mais robusto de que o poder regulamentar não é privativo do chefe do Poder Executivo encontra-se no artigo 49, V da Constituição Federal, que dispõe que “*é da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) sustar os atos*

⁵⁷ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012. P. 493.

normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Observe-se que o dispositivo constitucional estabeleceu, pela via indireta do controle parlamentar, o substrato jurídico de atos normativos *do Poder Executivo* com conteúdo regulamentar, uma vez que o inciso não se limitou ao controle de atos normativos *do Chefe do Poder Executivo*.

Dessa forma, conclui-se que a competência privativa do Presidente da República não se trata da expedição de atos normativos para a fiel execução da lei, mas sim da expedição de *decretos* para fiel execução da lei. Isto é, apenas o Presidente da República tem a possibilidade de exercer o poder regulamentar por meio de decretos, mas a expedição de atos normativos com o objetivo de executar fielmente uma determinada lei ou ato normativo superior não se esgota na chefia do Poder Executivo.

Nesse sentido, Caio Tácito⁵⁸ afirma que:

... se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede – antes em determinadas circunstâncias aconselha – possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo. (...) A norma de competência do Presidente da República é enumerativa, não sendo válido o raciocínio *a contrario sensu*, excludente outra fórmula de ação normativa que a discricionariedade do Legislativo entenda necessária ou conveniente.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho⁵⁹ defende que:

... a agência é investida na competência para editar normas regulamentares. A competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, mas se distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública. A redação do art. 84, IV, da Constituição não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar regulamentos. Não está determinado que o único titular de competência para regulamentar as leis é o Presidente da República.

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos.

⁵⁸ TÁCITO, Caio. Apud. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 279.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 682

Ressalte-se, no entanto, a existência de corrente contrária, que embora reconheça a existência de um poder normativo à administração pública, defende que o poder regulamentar constitui competência privativa do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, Alexandre de Moraes ensina que⁶⁰:

Os regulamentos, portanto, são as normas expedidas privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e exteriorizam-se por meio de decreto, sendo, pois, como relembra Marcello Caetano, importante fonte do Direito Administrativo.

Entendemos que a controvérsia em questão limita-se à nomenclatura utilizada, uma vez que a expedição de normas secundárias para a complementação de comandos legais, como leciona José Afonso da Silva, é atividade inerente à função administrativa.

Exemplificativamente, a Lei 8.213/91 (que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências) é necessita do Decreto nº 2.346/97 tanto quanto a Lei 11.343/06, popularmente conhecida como “Lei de Drogas” necessita da Portaria SVS/MS 344/98, sem prejuízo de seu decreto regulamentador n. 5.912/06.

Em ambos os casos há um comando legal que necessita de uma norma secundária para a sua complementação e, conseqüentemente, para a produção de efeitos jurídicos à população. Isto é, se a cocaína não se encontrasse na Lista F1 da portaria supramencionada, esta substância não se caracterizaria como entorpecente e não sujeitaria o seu portador às penalidades da Lei 11.343/06. Semelhantemente, o desconto das quantias pagas a maior pelo INSS ao segurado (Lei 8.213/91 art. 115, § 1º) deve observar os §§ 2º ao 5º do artigo 154 do Decreto nº 2.346/97.

Não se questiona que a Portaria SVS/MS 344/98 tem menor escopo de aplicação do que o Decreto 5.912/06, mas tendo em vista que em ambos os casos há o expreso propósito de complementação de uma norma jurídica por meio da atuação de uma autoridade administrativa, o presente trabalho adota o posicionamento de que se tratam do mesmo fenômeno, ainda que exercidos por sujeitos distintos.

Passando-se à atuação das agências reguladoras, observa-se que a sua atuação normativa tem as mesmas características do poder regulamentar, isto é, a edição de

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil: interpretada e legislação constitucional. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P 1180.

uma norma jurídica secundária pela autoridade administrativa com o fim de complementar comandos legais.

Por exemplo, o artigo 19 e incisos da Lei 9.472/96 (Lei da Anatel) dispõem que:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

Com base nas competências institucionais da autarquia, o Conselho Diretor da Anatel, órgão superior da agência reguladora, expediu a Resolução 632, de 7 de março de 2014, cujo anexo I contém o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, o qual disciplina pormenorizadamente os dispositivos legais em questão.

Assim como nos demais temas relacionados às agências reguladoras, observa-se a existência de respeitável corrente doutrinária divergente. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶¹ defende que:

Assim, a norma reguladora, no sistema constitucional brasileiro, do mesmo modo que nos sistemas comparados, não compartilha da natureza da norma legal, nem, tampouco, da norma regulamentar, pois se trata de um terceiro gênero de ação normativa, que, distintamente daquelas formas impositivas puras, visa, antes de tudo, e preferentemente, à harmonização consensual dos interesses e ao equilíbrio das relações intersetoriais.

Em concordância com o professor titular da Universidade Candido Mendes, José Afonso da Silva⁶² afirma que as normas reguladoras não se destinam a impor interesse público nas relações interprivadas, mas apenas a harmonizá-lo com os demais interesses

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 181

⁶² DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012. P. 495.

juridicamente relevantes. Tratar-se-iam, dessa forma, de normas preceptivas de resultados, a serem atingidos com eficiência, em oposição às normas preceptivas de conduta.

Não compartilhamos, no entanto, da corrente em questão, uma vez que as características apontadas não são exclusivas das normas regulatórias, nem estão presentes em todas elas. É exatamente em função do caráter finalístico da regulação que não é possível afastar a edição de normas preceptivas de conduta pela agência reguladora quando este for o meio mais adequado de tutelar os interesses em questão.

Nesse sentido, o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicação estabelece em seu artigo 3º, sem prejuízo das demais normas jurídicas aplicáveis, diversos direitos ao consumidor dos serviços de telecomunicação, tal qual o direito “*ao não recebimento de mensagem de texto de cunho publicitário em sua estação móvel, salvo consentimento prévio, livre e expresso*” (inciso XVIII).

Como exemplo mais incisivo, o regulamento em questão, em seu artigo 42 e parágrafo único, dispõe que;

Art. 42. Nas ofertas de serviços de telecomunicações, é obrigatório o atendimento de pessoa natural ou jurídica que se encontre em situação de inadimplência, inclusive perante terceiros, mediante Plano de Serviço escolhido pela Prestadora.

Parágrafo único. É vedado à Prestadora recusar o atendimento de solicitações de adesão a seus planos pré-pagos, se houver, em qualquer hipótese.

Independentemente da constitucionalidade e do fundamento jurídico das normas em questão, temas que serão tratados no próximo item, não se questiona que o comando do regulamento estabelece uma norma de conduta à operadora de serviço de telecomunicação móvel, que deve obter o consentimento prévio, livre e expresso do consumidor antes de enviar mensagens de texto de cunho publicitário. Da mesma forma, o artigo 42, mitigando o princípio da liberdade contratual, estabelece o dever de contratar à operadora de serviço móvel ainda que haja inadimplência do consumidor.

A existência de normas preceptivas de condutas não afasta a regulação por meio de normas teleológicas, mas não pode ser utilizada como critério para diferenciar a atividade normativa das agências reguladoras e a função regulamentar exercida pela Administração Direta.

A harmonização do interesse público com os demais interesses juridicamente relevantes, em oposição à simples adoção do princípio da supremacia do

interesse público, também não é fator exclusivo das normas regulatória e nem é a elas inerente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶³ estabelece como uma das tendências do direito administrativo contemporâneo o:

Fortalecimento da democracia participativa, com a previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão no controle e na gestão de atividades da Administração Pública, o que nem sempre se efetiva na prática.

É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa -, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 72, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, II), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.

Havendo a participação do cidadão no processo de tomada de decisão pelo administrador público, sem prejuízo da maior legitimidade democrática do ato a ser expedido, potencializa-se a harmonização dos interesses em questão, tais como o de consumidores e de operadoras de serviço de telecomunicação móvel, embora não se possa garantir a obtenção de consenso.

Por sua vez, Marçal Justen Filho⁶⁴ defende categoricamente que “a concepção da supremacia do interesse público sobre o privado reflete um cenário jurídico que não mais existe”.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto⁶⁵ arremata ao afirmar que:

Temos posto que a Administração não é mais tutora exclusiva do interesse público, cuja supremacia sobre o seu anverso (os interesses privados) conferia-lhe prerrogativas exorbitantes exercidas de forma autoritária.

Diante da multiplicidade de interesses públicos dotados de legitimidade social, parece-nos não mais possível à Administração exercer o papel de hermenêutica autoritária do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia e de sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 30.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 60

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. Malheiro Editora, 2002. P. 157.

Em síntese, os elementos apontados pela corrente doutrinária de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Afonso da Silva não se tratam de características exclusivas das normas reguladoras, mas sim de tendências do direito administrativo brasileiro em geral, que, em função do movimento de agencificação ter se estabelecido no seio da Constituição de 1988, podem ser observados com maior nitidez nas normativas expedidas pelas agências reguladoras.

No entanto, em que pese a edição de normas jurídicas pelas agências reguladoras caracterizar-se como exercício de poder regulamentar, a função reguladora também compreende competências de cunho diverso. Conforme já mencionado no capítulo anterior, a regulação é atividade complexa, que abrange o poder normativo, a função fiscalizadora e, conseqüentemente, a possibilidade de adequação da conduta dos entes regulados por meio de sanções ou induções.

Dessa forma, embora haja interseção entre a função reguladora e a função regulamentadora, a qual é constituída justamente pelo poder normativo das agências reguladoras, verifica-se a inexistência de identidade conceitual entre estas competências da administração pública. Isto é, há regulação realizada por meio de instrumentos jurídicos diversos e há regulamentos sem conteúdo regulatório.

Ademais, Marçal Justen Filho⁶⁶ leciona que, sem prejuízo do instrumental normativo clássico, as agências reguladoras também buscam influenciar os agentes do setor regulado por meio de manifestações “não jurídicas”, tais como orientações e sugestões, as quais caracterizam-se pelo intento de dirigir a conduta do destinatário e pela ausência de plena força jurídica vinculantes. Em que pese a relevância desta forma de atuação estatal, também denominada de *soft law*⁶⁷, a sua análise foge aos propósitos do presente trabalho.

2.2. Os fundamentos e os limites do poder normativo das agências reguladoras.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 662

⁶⁷ Id, ibidem.

Delimitada a natureza do aspecto normativo do poder regulatório das agências reguladoras, passa-se agora ao exame de sua adequação ao ordenamento jurídico nacional, especialmente quanto a sua constitucionalidade. Assim como nos demais temas afetos à regulação, o direito pátrio sofre com a ausência de bases seguras para a análise do tema, em função da notável cacofonia doutrinária.

Maria Sylvia afirma⁶⁸ que não há dois autores com posicionamentos muito próximos a respeito da fundamentação do poder normativo das agências reguladoras, havendo certa harmonia apenas quanto a sua admissão ou negação. A renomada administrativista, em notável poder de síntese, reuniu os principais argumentos utilizados para fundamentá-lo, quais sejam⁶⁹:

- a) Tais órgãos ou entidades (que serão chamados, uniformemente de agências) exercem função normativa por delegação legislativa;
- b) O que existe é a deslegalização ou delegação de matérias, em que ocorre a retirada de certa matéria do domínio da lei para passá-la ao domínio dos regulamentos;
- c) O fundamento decorre do princípio da eficiência;
- d) As agências baixam regulamentos autônomos;
- e) As agências exercem poder regulamentar delegado por lei;
- f) Invoca-se também a crise do princípio da legalidade e o surgimento de outras formas de produção normativa; a regulação envolveria um novo tipo de direito que foge ao tradicional princípio da legalidade;
- g) Apela-se ainda para uma distinção que é feita no direito alemão entre relações jurídicas gerais (que dizem respeito a relações gerais da Administração com o cidadão e são objeto de regulamentos jurídicos) e as relações jurídicas especiais, as quais são objeto de regulamentos administrativos, como por exemplo o regime jurídico do servidor e o regime jurídico dos contratos administrativos; as relações jurídicas especiais poderiam ser objeto de regulamentos administrativos, inclusive de agências, porque dizem respeito a poderes inerentes à Administração, que independem de delegação;
- h) Argumenta-se também com as idéias de crescimento do Estado, mudanças na economia, complexidade dos temas a serem normatizados, globalização, necessidade de flexibilidade e adaptabilidade das normas às mudanças rápidas na vida econômica e social, demora do processo legislativo;
- i) Apela-se até para o fato de estarmos diante de uma realidade que já se institucionalizou, tornando-se praticamente irreversível;
- j) E há o velho argumento da fundamentação em princípios e institutos do direito estrangeiro.

Da análise dos possíveis argumentos apresentados, observa-se, em primeiro lugar, a inadmissibilidade de se fundamentar um instituto jurídico em uma realidade consumada, com base na irreversibilidade da situação fática.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003. P. 41

⁶⁹ Id, *ibidem*. Pp 41/42.

Não seria possível a sustentação de uma ordem administrativa que não encontrasse amparo legal ou constitucional, uma vez que a ausência de segurança jurídica tornaria incerta a atuação dos agentes regulados, elevando-se os custos de transação e impedindo a estabilização do mercado.

Quanto as demais fundamentações, verifica-se a coexistência de argumentos jurídicos, como a delegação da função normativa ao Poder Executivo, com justificativas econômicas, tais como a complexificação da economia frente a globalização e a consequente necessidade do Estado de fornecer uma resposta mais célere ao mercado.

Não surpreende a existência de enfoques de ciências diversas sobre o tema, uma vez que, embora não se imagine ramo do direito que não afete ainda que indiretamente a economia, a atuação das agências reguladoras afeta sensivelmente o mercado, mesmo nos setores sujeitos ao regime jurídico dos serviços públicos.

Enquanto a natureza da função regulatória, especialmente do seu aspecto normativo, é altamente debatida entre os estudiosos do tema, as justificativas econômicas para o seu exercício encontram certo consenso na doutrina nacional e estrangeira.

Com efeito, a justificação para intervenção decorre da incapacidade do mercado de lidar com problemas estruturais, tais como monopólios, monopsônios e o exercício de poder dominante em geral, externalidades, custos de transação e alocação de recursos limitados⁷⁰.

Conforme leciona a doutrina americana⁷¹, alguns setores econômicos, como o da produção de energia elétrica ou de telecomunicação, não têm capacidade para sustentar a existência de múltiplos competidores, já que a duplicidade de recursos como cabos telefônicos encareceria o produto final. Dessa forma, a existência de um monopólio ou de um pequeno número de competidores mostra-se mais eficiente do que a livre competição.

No entanto, a existência de grupos com poder de mercado significativo impõe a atuação estatal com o fim de se impedir o abuso da posição dominante, com o encarecimento do produto ao consumidor, evitando-se a existência de ineficiências artificialmente criadas pelo agente econômico.

⁷⁰ BRESSMAN, Lisa Schultz, RUBIN, Edward L, STACK, Kevin M. *The Regulatory State*. Wolters Kluwer: New York, 2010. P. 61/69. Tradução Livre.

⁷¹ Id, *ibidem*. P. 63. Tradução livre.

Ademais, a ciência econômica constatou que a atividade econômica de um agente no mercado não se realiza no vácuo, mas sim impacta positivamente ou negativamente na atuação dos seus competidores e nos demais setores da sociedade. Nesse sentido⁷²:

Uma parte considerável da regulação é justificada com base na assertiva de que o preço desregulado de um produto não reflete o seu real custo social de produção. A diferença entre os reais custos sociais e o preço desregulado é o custo (ou benefício) de “transbordamento” – geralmente referido pelos economistas como “externalidades”. Se um trem emite fumaça que ocasionalmente queimam a plantação de fazendeiros da região, o custo das plantações destruídas é o custo de transbordamento imposto aos fazendeiros por aqueles que operam o trem – apenas enquanto o operador não precise indenizar o fazendeiro pela plantação perdida. Similarmente, se abelhas fertilizam o pomar vizinho, os apicultores proporcionam aos donos do pomar um benefício de transbordamento – desde que estes não tenham que pagar àqueles pelos seus serviços. Benefícios de transbordamento são ocasionalmente arguidos como justificativas para benefícios estatais, tal como a educação pública gratuita é considerada como mais benéfica para a sociedade do que o montante que os estudantes estão dispostos a pagar por ela. No entanto, quando se considera sistemas regulatórios, custos – e não benefícios – de transbordamento geralmente são encontrados.

As razões supramencionadas para a intervenção estatal na economia não implicam necessariamente a adoção de um modelo administrativo baseado em agências. Com efeito, o século XX foi marcado pela atuação direta do Estado na economia, com a assunção da responsabilidade pela prestação dos serviços públicos diretamente por agentes públicos⁷³.

Com a necessidade de revitalização da economia após a crise de 1929 e a consequente depressão da década seguinte, consolidou-se o pensamento keynesiano acerca da necessidade de atuação estatal intensa com a criação de normas e medidas econômicas com o expresso objetivo da ampliação do nível de emprego, ainda que por meio de obras ou serviços não essenciais⁷⁴.

Quanto a este período, Alexandre de Aragão⁷⁵ leciona que:

Tivemos então o chamado “consenso social-democrático”, adotando-se com entusiasmo a política econômica e social de Keynes, pela qual o Estado deveria estar permanentemente intervindo na economia para manter o pleno emprego, mesmo que para isso fosse necessário emitir moeda sem lastro, correndo risco de gerar inflação.

Até meados dos anos oitenta, os Estados eram, portanto, fortemente interventores na economia por várias razões, tais como a equidade social, a criação de infraestruturas

⁷² Id, ibidem. P. 67. Tradução livre.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 61, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34418>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 73.

⁷⁵ Id, ibidem. P. 73.

vultosas não lucrativas ou de lucratividade diferida, a necessidade de evitar a monopolização de mercados e o fomento de regiões menos desenvolvidas.

Os seus críticos, no entanto, já advertiam que tal política acabaria levando a resultados inversos aos pretendidos; que, na verdade, “estava plantando inflação, para colher desemprego”.

No entanto, os elevados gastos estatais, bem como a ampliação da expectativa e da qualidade de vida da população implicaram a insustentabilidade do modelo do chamado Estado de Bem Estar Social, em função da “crise fiscal”, caracterizada pela insolvência governamental, que inviabilizou o cumprimento das obrigações assumidas e impediu a assunção de objetivo mais ambiciosos⁷⁶.

A partir de 1979 com governo de Margaret Thatcher na Inglaterra, iniciou-se uma tendência mundial de privatização de setores econômicos objetivando-se ganhos de eficiência, redução do endividamento governamental, ampliação do mercado acionário e aumento da participação privada no mercado⁷⁷.

Consolidou-se, dessa forma, o neoliberalismo, caracterizado pela menor participação direta do Estado da economia, consagração da iniciativa privada como agente propulsor da economia nacional e a ampliação da intervenção estatal indireta, especialmente sob o viés normativo. Embora afastado o protagonismo estatal na economia, não se retornou ao absentismo oitocentista, mas sim reformulou-se a atuação da administração pública com o fim de torna-la mais inteligente e menos onerosa aos cofres públicos⁷⁸.

Ressalte-se, no entanto, que a redução da atuação direta do Estado não ocorreu de forma simultânea em todos os países. Quanto a experiência brasileira de privatização, Almiro do Couto e Silva⁷⁹ afirma que os primeiros movimentos:

... apareceram no governo do general João Figueiredo (1981-1984) com a edição do Decreto 86.215, de 15.7.1981. Vinte empresas que estavam sob o controle da União (entre elas Riocel, América Fabril, Cia. Química Recôncavo) foram privatizadas, produzindo uma receita de US\$ 190 milhões. No governo do Presidente José Sarney (1985-1989) as privatizações abrangeram cerca de 18 empresas (entre elas a Cia. Brasileira de Cobre, a Caraíba Metais, a Aracruz e a Celulosa Bahia), o que gerou

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 61, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34418>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁷⁷ CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, v.III, p. 63.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 74/75.

⁷⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo (org). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 454.

um ingresso nos cofres da União no valor de US\$ 533 milhões. Nesse período foi editado o Decreto 95.886, de 29.3.1988, que se referia a um programa federal de desestatização. Nos dois anos do governo Collor (1990-1992) as privatizações tomaram notável impulso

Neste contexto de transição entre modelos econômicos e administrativos, no dia 8 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual reflete as disputas político-ideológicas a que estava submetida a sociedade da época. Com efeito, positivou-se no texto constitucional valores que, embora não necessariamente antagônicos, encontram potenciais dificuldades de conciliação em situações concretas, tais como a livre concorrência e a defesa do consumidor e do meio ambiente, bem como a propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da legalidade é positivado no segundo inciso do artigo 5º como forma de garantir os direitos fundamentais de liberdade e da igualdade. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva⁸⁰ que:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda sua atividade fica sujeita à “lei”, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de Poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação nem impor qualquer abstenção, nem tampouco mandar proibir coisa alguma aos administrados, senão em virtude de lei.

É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, II da CF, em comentário. O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a ideia-matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal – o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar.

Como tentativa de reagir ao período autoritário que precedeu à novel carta constitucional, a doutrina constitucionalista e administrativista não tardou em sacralizar o

⁸⁰ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012. P. 84.

princípio da legalidade, negando a competência normativa à Administração Pública em geral, ressalvada a competência regulamentar do Presidente da República⁸¹

Agrega-se ao apego exagerado ao princípio da legalidade a defesa de um modelo rígido, inaplicado e inaplicável da separação de poderes, alegando-se que a concentração de uma gama de poderes distintos em um mesmo órgão ou entidade fragiliza a ordem democrática, implicando, em última análise, o afastamento da obrigatoriedade dos regulamentos emitidos pelas agências reguladoras. Nesse sentido⁸²:

Surgem dúvidas referentes à manutenção do princípio separação dos Poderes, na medida em que se concentra toda a gama de poderes distintos a um mesmo ente. São órgãos que podem normatizar, executar suas diretrizes, fiscalizar o cumprimento de metas e impor sanções para aqueles que eventualmente venham a descumprir as normas impostas. Por outro lado, tais normas não são leis. Não advêm de um Parlamento, não têm votação, mas veiculam sanções. Então, difícil se torna enquadrar a obrigatoriedade do cumprimento das normas advindas das agências em um Estado erguido sobre a pilastra do princípio da legalidade.

No entanto, nem mesmo no apogeu do liberalismo do século XVIII o absoluto império da lei foi alcançado, ante a evidente impossibilidade do legislador prever e disciplinar todas as situações cotidianas da administração pública e da população. Reconhecida a incompletude das leis, a prática administrativa e jurisprudencial passou a desenvolver diversos institutos jurídicos, tais como a teoria da imprevisão, vedação do enriquecimento sem causa, abuso de direito, dentre outros⁸³.

Nesse sentido, ainda que apegados ao princípio da separação de poderes e à desconfiança em relação aos juízes do velho regime, os franceses acabaram por desenvolver seu direito administrativo por meio da elaboração jurisprudencial o Conselho de Estado, ainda que separadas as jurisdições comum e administrativa⁸⁴. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁵, ao ressaltar as lições de Georges Vedel, leciona que:

... o Direito Administrativo francês é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz. Diz ele que, nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e

⁸¹ ALVARENGA, José Eduardo de. Agências Reguladoras: Limites da Competência Normativa. In CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, v.III, p. 285.

⁸² MELLO, Vanessa Vieira de. Regime Jurídico da Competência Regulamentar. Apud ALVARENGA, José Eduardo de. Agências Reguladoras: Limites da Competência Normativa. In CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, v.III, p. 281

⁸³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 433.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 4.

⁸⁵ Id, ibidem. P. 6.

ao direito privado e a imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do Direito Administrativo, ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos.

A evolução do direito nos séculos XX e XXI acabou por afastar o ideal mítico que a lei recebia nos períodos anteriores, especialmente em função do ideal iluminista. Se a lei era a “vontade de Deus” durante o Antigo Regime, passando a ser identificada com a não menos metafísica “vontade popular” com a Revolução Francesa, ela passa atualmente por um momento de reformulação e de readequação de seu papel na estrutura jurídica dos Estados Contemporâneos⁸⁶.

Em sua concepção como a máxima encarnação da racionalidade e abstração, a lei encontra-se fora de sintonia com o momento cultural contemporâneo, tendo em vista a fragmentação jurídica e a desnaturação dos tradicionais pilares do princípio da legalidade, isto é a sua supremacia e generalidade⁸⁷.

A supremacia da lei é afastada pelo fenômeno da hiperconstitucionalização, uma vez que com a inclusão de um maior número de matérias no texto constitucional, ocorre a proporcional desvalorização dos atos normativos emanados do Poder Legislativo, renovando-se princípios e valores jurídico-sociais na aplicação do direito⁸⁸.

Ademais, a evolução da proteção aos direitos e garantias fundamentais implicou a valorização do Poder Executivo no controle de eventuais abusos do Poder Legislativo, em curiosa oposição ao cenário das Revoluções Burguesas do século XVIII e XIX. Passou-se a reconhecer, ainda que com restrições e sujeita ao controle jurisdicional posterior, a possibilidade dos chefes do Poder Executivo determinarem aos seus subordinados a não aplicação de uma norma que viole o texto constitucional. Nesse sentido, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco⁸⁹ que:

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pp. 430/432.

⁸⁷ GUERRA, Glauco Martins. *Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003. P. 329

⁸⁸ Id, ibidem

⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 170.

É certo que, antes da Constituição de 1988, a Suprema Corte, mesmo enfrentando argumentos criteriosos, orientou-se no sentido de admitir a possibilidade de o governador expedir ato determinando aos seus servidores o descumprimento de ele estimada inválida, por desrespeitosa à Constituição Federal. Afirmava o STF que, evidentemente, a estimativa do governador não era definitiva e não obstava a que, em juízo, se alcançasse solução diversa, assumindo a autoridade do Executivo as consequências pela recusa em cumprir a lei. A posição do Supremo Tribunal enfatizava que também os titulares máximos do Executivo, ao serem neles empossados, assumem o compromisso de cumprir e defender a Constituição Federal e a recusa em dar execução a ato contrário à Constituição não deixava de ser uma forma de defende-la.

Não se trata, no entanto, do fim do Estado de Direito, mas sim da readequação do papel do Poder Legislativo na estrutura da repartição de poderes. Afastando-se a concepção da impossibilidade de qualquer ato normativo que não a lei geral, abstrata e fruto de tradições liberais oitocentistas, passa-se a se delinear uma tendência à expansão das normatizações setoriais, com o estabelecimento de um ordenamento policêntrico⁹⁰.

Este fenômeno não se restringiu ao direito administrativo, mas sim espalhou-se por todos os ramos do direito público e privado. Nesse sentido, passou-se à edição de normas principiológica e setoriais, tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, afastando-se a supremacia de uma norma geral como o Código Civil e questionando-se até mesmo a conveniência de uma codificação⁹¹.

Até mesmo com o Código Civil, outrora bastião da supremacia do direito legislado como condição para a segurança jurídica, optou-se por um regime mais flexível, com o estabelecimento de cláusulas gerais, de caráter genérico e abstrato, que permitem ao aplicador do direito, especial ao juiz, maior margem interpretativa⁹². Conforme a lição de Carlos Roberto Gonçalves⁹³:

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficiente e levam seguidamente a situações de grave injustiça. Embora tenham, nem primeiro momento, gerado certa insegurança, convivem, no entanto, harmonicamente no sistema jurídico, respeitados os princípios constitucionais concernentes à organização jurídica e econômica da sociedade. Cabe destacar, dentre outras, a cláusula geral que exige um comportamento condizente com a probidade e a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e a que proclama a função social do contrato (art. 421). São janelas abertas deixadas pelo legislador, para que a doutrina e a jurisprudência definam o seu alcance, formulando o julgador a própria regra

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pp. 436/437

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 37.

⁹² Id, *ibidem*. P. 41.

⁹³ Id, *ibidem*. Pp. 41/42.

concreta do caso. Diferem do chamado “conceito legal indeterminado” ou “conceito vago”, que consta da lei, sem definição, como, v. g., “bons costumes” (CC, arts, 122 e 1.336, IV) e “mulher honesta” – expressão que constava do art. 15.48, II do Código Civil de 1916 -, bem como dos princípios, que são fontes do direito e constituem regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo não escritas. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil prevê a possibilidade de o julgador, para além dos princípios constitucionais, aplicar também os princípios gerais de direito, de âmbito civil, que tem importante função supletiva.

Correspondente a estas “janelas abertas deixadas pelo legislador”, o direito administrativo, especialmente em relação aos setores sob a supervisão das agências reguladoras, passou a adotar a técnica legislativa denominada de “leis-quadro”, entendida esta como uma lei de baixa densidade normativa, que estabelece finalidades, princípios e parâmetros de atuação obrigatórios, mas permite o desenvolvimento de normas de atuação pelo ente regulador⁹⁴.

Desta forma, em todas as leis instituidoras de agências reguladoras, observa-se a existência de artigos que, ao invés de disciplinar minuciosamente a matéria a que fazem referência, deixam a sua normatização a cargo da autoridade regulatória, sem prejuízo do estabelecimento de princípios e de procedimentos. Exemplificativamente, a Lei 9.472 dispõe em seu artigo 19 que compete à ANATEL:

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

(...)

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

Semelhantemente, o artigo 8º da Lei 9.478/97 estabelece como competência da Agência Nacional do Petróleo:

(...)

XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, à importação, à exportação, à armazenagem, à estocagem, ao transporte, à transferência, à distribuição, à revenda e à comercialização de biocombustíveis, assim como

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pp. 439.

avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; (Redação dada pela Lei nº 12490, de 2011)

Trata-se do fenômeno denominado de deslegalização ou delegificação, no qual, por meio de técnicas legislativas como a utilização de leis-quadro, retira-se, pela própria atuação do legislador, determinadas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento⁹⁵. Quanto a este fenômeno, Caio Tácito⁹⁶ defende que:

... o Legislador pode, em princípio, determinar soberanamente a competência do poder regulamentar; que pode, para esse fim, decidir que certas matérias pertinentes à competência do Poder Legislativo entrarão na competência do poder regulamentar ... Não é inconstitucional, mesmo nos países contrários à delegação de poderes, a participação do Executivo na criação do direito objetivo. Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completa-la segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.

Por sua vez, Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹⁷ leciona sobre o poder normativo das agências reguladoras que:

... em termos da teoria constitucional sobre o âmago da competência do Congresso, é a da validade de delegações instrumentais a órgãos independente, na presunção de que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre destacados pontos de dúvida política referentes à questão. Tais delegações, enquanto autênticas delegações complementares, nessas condições, e se for possível encontrar-lhes um fundamento na Constituição brasileira, não feririam o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, até porque, no plano dos fatos, emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados.

Em que pese as inegáveis semelhanças, em especial em função do fato que, em última análise, observa-se a atuação do Poder Executivo como agente normatizante, o presente trabalho não adota a concepção que identifica a deslegalização com a delegação de competência legislativa.

⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Apud. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 451.

⁹⁶ TACITO, Caio. *As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar*. Apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 451.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência*. In ARAGÃO, Alexandre de (ORG). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro, Forense, 2011. P. 216

Com efeito, a delegação legislativa é regida pelo artigo 68 da Constituição Federal, significando a transferência pontual de competência do Poder Legislativo ao Poder Executivo e implicando a elaboração de um ato normativo primário. Transfere-se a competência a um ente que não a possuía. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁹⁸ afirma que “*‘Delegação’ é forma de transferência de atribuições próprias a órgão ou entidades que originalmente não as possuem. Logo, ‘delegação legislativa’ significa a atribuição de função legislativa a quem não a tem: o Poder Executivo*”.

No entanto, a deslegalização implica a transferência de determinadas matérias do domínio da lei ao regulamento, o qual, sem prejuízo de manter a sua característica de ato normativo secundário e com o objetivo de fiel executar uma lei, é competência própria do Poder Executivo, conforme já mencionado no item anterior. Dessa forma, não é possível se falar em “delegação” de uma competência que pertence ao próprio ente “delegado”.

Ainda que se admita que o poder normativo das agências reguladoras é fruto de uma delegação legislativa inominada, não se questiona, no entanto, que as normas editadas pelo ente regulador são hierarquicamente inferiores às leis que as dão substrato jurídico, com o estabelecimento de princípios gerais de atuação.

A deslegalização não implica abdicação legislativa, uma vez que o Poder Legislativo, sem prejuízo de manter a possibilidade de emitir nova lei que altere a atuação das agências, estabelece *standards* que vinculam a atuação do ente regulador e limitam a sua competência normativa. Nesse sentido, embora referindo-se aos regulamentos em geral e sem mencionar as agências reguladoras, Gilmar Mendes⁹⁹ leciona que:

É que embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de caráter demissório, o Supremo Tribunal entendia legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os standards, isto é, “os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa”.

(...)

Assim, afigura-se razoável entender que o regulamento autorizado *intra legem* é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, podendo constituir relevante instrumento de realização de política legislativa, tendo em vista considerações de ordem técnica, econômica, administrativa etc.

Diversamente a nossa ordem constitucional não se compadece com as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível conteúdo renunciativo. Tais medidas representam inequívoca deserção do compromisso de

⁹⁸ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012. P. 468.

⁹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pp. 982/983

deliberar politicamente, configurando manifesta fraude ao princípio da reserva legal e à vedação à delegação de poderes

Dessa forma, o regulamento não poderá contrariar a lei que disciplinou a sua edição, não apenas em função da natural subordinação de um ato normativo secundário a um ato normativo primário, mas principalmente pela impossibilidade lógica de uma norma jurídica que contrarie o seu próprio substrato de existência.

Não poderá ainda gerar deveres, direitos e obrigações sem qualquer lastro normativo, ainda que indiretos, presente na lei autorizadora. Retomando-se o exemplo do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicação, não haveria possibilidade jurídica da Anatel disciplinar o envio de mensagens SMS com conteúdo publicitário pelas operadoras de telefonia móvel, senão em função da autorização do artigo 19, X da Lei 9.472/97. Nesse sentido¹⁰⁰:

... o regulamento não pode criar, de forma inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas. Não é viável que a autoridade administrativa inaugure a ordem jurídica através da emanção de regras que restrinjam o universo de direitos constitucional e/ou legalmente assegurados aos administrados.

Contudo, é possível aos regulamento gerar deveres, direitos e obrigações, desde que expressa e previamente autorizados em lei (ainda que de forma abstrata). Não somente na condição de atos executivos, mas criando prescrições legalmente autorizadas. A lei fixa o standard genérico, outorgando com precisão para autoridade administrativa específica, o título competencial básico que a autorize a criar.

Se a atuação normativa das agências reguladoras encontra-se, sob o prisma da legalidade, fundamentada no exercício do poder regulamentar devidamente disciplinado por meio de standards legais, sob o aspecto constitucional o seu fundamento é encontrado no Título VII – Da ordem econômica e financeira – da Constituição de 1988.

Sem prejuízo das regras gerais fixadas na lei instituidora, as agências reguladoras têm a sua atuação condicionada à observância dos princípios e regras constitucionais sobre a ordem econômica, tais como a propriedade privada e sua função social, a defesa do consumidor e do meio ambiente, dentre outros.

Embora não tenha sido elaborado visando à atuação das agências, o artigo 174 da Constituição passa a fundamentar a atuação dos entes reguladores, especialmente sob a

¹⁰⁰ MOREIRA, Ego Bockmann. Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In ARAÇÃO, Alexandre de (ORG). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro, Forense, 2011. P. 143

feição normativa, com a reforma da estrutura administrativa brasileira em função do fenômeno da mutação constitucional, segundo o qual “*se produz uma transformação na real configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses, sem que isto se reflita no texto da constituição que, de resto, permanece intacto*”¹⁰¹.

Sem a alteração expressa da Constituição, dá-se nova interpretação ao seu texto de forma a abranger uma nova forma de organização administrativa que, conforme já demonstrado no presente trabalho, é compatível com o espírito e com os demais dispositivos do texto constitucional.

Trata-se de interpretação criativa que, abandonando abertamente a vontade do legislador ou, mais precisamente, do constituinte, cria o substrato jurídico para a atuação de um ente com maior capacidade de atingir os objetivos contidos na carta constitucional.

Ressalte-se que, sem prejuízo do artigo 174 da Constituição, a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações e da Agência Nacional do Petróleo também encontram previsão, respectivamente, nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III do texto constitucional. No entanto, conforme já demonstrado no capítulo anterior, a previsão constitucional meramente retirou a faculdade do legislador em criar os entes reguladores em questão, mas não impediu a criação de agências sobre os demais setores econômicos.

Em síntese, a atividade das agências reguladoras, especialmente o seu controvertido poder normativo, encontra fundamento no Título VII da Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 174, bem como na lei instituidora do ente regulador, a qual tem o dever de fixar a abrangência e os limites dos regulamentos.

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In ARA GÃO, Alexandre de (ORG). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro, Forense, 2011. P. 217.

3. O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme mencionado no Capítulo 2, *supra*, as agências reguladoras, analisadas sob a perspectiva da organização do Estado brasileiro, são autarquias de regime especial, isto é, “*o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*”, nos termos do artigo 5º, I do Decreto-Lei 200/67.

Peca, porém, o decreto-lei ao estabelecer uma definição que não permite a identificação precisa do instituto em questão, uma vez que não faz referência à existência de uma personalidade de direito público ou privado. Não obstante, a doutrina e jurisprudência não hesitam em reconhecer a personalidade jurídica de direito público às autarquias¹⁰².

Por autonomia não se entende uma liberdade de atuação comparável a dos entes federativos, mas simplesmente a ausência de hierarquia propriamente dita entre a autarquia e a Administração Direta, conferindo àquela maior flexibilidade no desenvolvimento de suas atividades, por meio de personalidade jurídica, patrimônio e pessoal próprios¹⁰³.

Aos tradicionais elementos da autonomia das autarquias, as leis instituidoras das agências reguladoras instituíram o chamado regime especial, caracterizado pela existência de mandato dos dirigentes, impedindo a livre exoneração por meio de ato do chefe do Poder Executivo¹⁰⁴.

A autonomia é considerada necessária para se garantir, ou ao menos potencializar, que a atividade regulatória seja exercida por profissionais com elevados conhecimentos técnicos sobre o setor regulado, minimizando-se disputas ideológicas ou partidárias da direção das agências reguladoras.

Esta autonomia reforçada, somada às variadas atribuições das agências reguladoras, em especial a atribuição de poderes normativos amplos, gera fundadas dúvidas

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. P. 164/165

¹⁰³ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 70-71.

¹⁰⁴ Cf Capítulo 1, *supra*.

acerca da legitimidade da atuação do agente regulador, além de potencializar o desvio da função regulatória para fins escusos na ausência de controle efetivo.

Com efeito, a sacralização da tecnicidade da função regulatória e a consequente minimização das influências político-partidárias sobre o agente regulador apresenta aspectos positivos e negativos. Por um lado, possibilita-se, ao menos em teoria, a estabilidade do mercado e a utilização de critérios científicos na direção de parte da economia nacional; por outro, corre-se o fundado risco de que o regulador, capturado por grandes empresas ou grupos econômicos, passe-se a atuar em detrimento da sociedade como um todo, legitimando um corporativismo tecnocrático.

Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro, ao discutir o papel do Poder Legislativo em relação às agências reguladoras, assevera¹⁰⁵ que:

Mas, em que pese a conveniência do aparelhamento técnico das Casas congressuais no contexto contemporâneo marcado pela presença da sociedade de massas e do saber tecnológico, o que apresenta-se vital para a sua própria legitimidade da representação popular, temos para nós que o assessor técnico não deva jamais substituir o político e o estadista nas decisões de transcendência para a sociedade, sob pena de se recair no corporativismo tecnocrático que o deputado socialista francês, André Chandernagor, com razão tanto execrou em importante pesquisa patrocinada pela Assembleia Nacional Francesa.

Em síntese, a autonomia das agências reguladoras não tem o condão de impedir totalmente o pluralismo político nos setores regulados, nem de criar bastiões antidemocráticos no Estado brasileiro. Ao contrário, observa-se que a autonomia reforçada do regulador convive com controles internos e externos da sua atuação, exercidos pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Superada a análise das características das agências reguladoras no Estado brasileiro, com a definição da função regulatória (Capítulo 1), especialmente sob a sua vertente normativa (Capítulo 2), passa-se agora à análise dos instrumentos jurídicos existentes no direito pátrio para o controle da função regulatória, os quais, em última análise, estabelecem os limites de atuação do regulador.

Ressalte-se que a regulação é atividade complexa, que compreende o poder normativo, a função fiscalizadora e, conseqüentemente, a possibilidade de adequação da

¹⁰⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa e o novo Princípio da Legalidade. In. ARAÇÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 57.

conduta dos entes regulados por meio de sanções ou induções. Tendo em vista que as funções fiscalizadora e sancionatória são tradicionalmente encontradas nos demais órgãos e entidades da Administração Pública, estando razoavelmente pacificadas pela doutrina e jurisprudência, o presente trabalho focar-se-á na análise do controle do poder normativo das agências reguladoras

3.1. Poder Legislativo

A atuação do Poder Legislativo no controle das agências reguladoras inicia-se com a formação de um arcabouço legal sólido para a atuação dos agentes reguladores. Isto é, em que pese a iniciativa do projeto de lei instituidora ser de titularidade do Presidente da República, nos termos do artigo 61, § 1º, II e alíneas, será a atuação das Casas do Congresso que definirá as características da agência.

Considerando-se a possibilidade de derrubada do veto presidencial, sempre existente, ainda que muitas vezes não realista, incumbe ao Poder Legislativo a última palavra sobre temas como a natureza jurídica, autonomia, recursos financeiros e, principalmente, competências das agências reguladoras, tendo em vista que o poder normativo destas é fruto de deslegalização¹⁰⁶.

Particularmente relevante para a questão do controle da função regulatória, observa-se que as leis instituidoras retiram da direção superior das agências reguladoras a prerrogativa de definir seus objetivos e os princípios que devem pautar sua atuação. Nesse sentido, a Lei 9.427/96 estabelece que a Agência Nacional de Telecomunicações é vinculada ao Ministério de Minas e Energia (artigo 1º) e deve respeitar as diretrizes traçadas pelo governo federal (artigo 2º).

Semelhantemente, a Lei 9.472/97 dispõe que:

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

¹⁰⁶ Cf Capítulo 2, *supra*.

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Dispositivos equivalentes são encontrados nas demais leis instituidoras, vinculando a atuação das agências reguladoras à concretização de determinados objetivos estabelecidos por meio de leis e do Poder Executivo. Tendo em vista que a análise da vinculação das agências a estas determinações está intrinsecamente ligada à relação institucional com os Ministérios, este tema será analisado com maior detalhamento no item 4.3. Poder Executivo, *infra*, ressaltando-se, por ora, que agências reguladoras, em nome do princípio democrático, não tem liberdade para a definição dos seus objetivos, tendo ampla discricionariedade para a eleição do modo mais adequado de atingi-los.

Sem prejuízo do controle ministerial, ao Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, V da Constituição Federal, foi atribuída a competência exclusiva de sustar os atos do Poder Executivo que exorbitarem do poder regulamentar, dentre os quais se situam os atos normativos das agências reguladoras. Ao dissertar sobre este dispositivo constitucional, José Afonso da Silva¹⁰⁷ leciona que:

Esta é uma competência inusitada no sistema brasileiro. Tem natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade, pois se o ato normativo (regulamento ou lei delegada) do Poder Executivo exorbita do seu poder regulamentar ou dos limites da delegação é porque contraria as regras de competência estabelecidas pela Constituição. Ou, melhor contraria o princípio da divisão de Poderes. Veja-se que o inciso só se aplica a atos do Poder Executivo, não a atos do Poder Judiciário. O preceito contém um meio específico de o Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa, e sorte que para tais situações é a ele que se tem que recorrer... O decreto legislativo apenas se limita a suspender a eficácia do ato normativo. Não se trata de revogação. Suspende por ser inconstitucional. Mas o ato de sustação pode ser objeto de questionamento judiciário, inclusive com o argumento de sua inconstitucionalidade, desde que seja ele que exorbite da função do Congresso, invadindo, com seu ato, prerrogativas do Executivo.

¹⁰⁷ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012. P. 410/411.

Quanto a esta forma de controle, ressalte-se que o poder normativo das agências reguladoras decorre fenômeno denominado de deslegalização ou delegificação, no qual, por meio de técnicas legislativas como a utilização de leis-quadro, retira-se, pela própria atuação do legislador, determinadas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento¹⁰⁸.

Neste contexto, observa-se que a agência reguladora exorbitará do seu poder regulamentar não apenas quando editar normativa sobre questão que não foi objetivo de deslegalização, mas principalmente quanto contrariar os critérios estabelecidos pelo Poder Legislativo, denominados de *standards* legais.

Isto é, conforme leciona Gilmar Mendes¹⁰⁹, as autorizações legislativas para a atuação normativa do Poder Executivo não implicam abdicação do dever de legislar, mas sim são o instrumento político para a concretização de fins econômicos, técnicos, administrativos, dentre outros. Para tanto, faz-se necessária a imposição dos “princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa”¹¹⁰, que correspondem aos *standards* legais.

Caso que se admita que o poder normativo das agências reguladoras não corresponde ao poder regulamentar¹¹¹, nos termos da doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹² e de José Afonso da Silva¹¹³, ainda assim o controle do Legislativo não seria afastado. Com efeito, o controle do legislativo passaria a ser exercido com base no artigo 49, inciso XI da Constituição Federal, segundo o qual é competência exclusiva do Congresso Nacional “*zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”.

Ressalte-se a participação dos Tribunais de Contas no controle das agências, não apenas quanto ao tradicional controle quanto às atividades-meio, tais como licitações e

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Apud. ARAÇÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 451.

¹⁰⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pp. 982/983

¹¹⁰ Id, *ibidem*.

¹¹¹ Vide Capítulo 3, *supra*.

¹¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 181

¹¹³ DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012. P. 495.

contratação de pessoal, mas principalmente quanto à própria função regulatória. Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos¹¹⁴ afirma que:

... o ato administrativo que defere o aumento da tarifa pública se inclui no enredo constitucional de contas públicas, visto que mesmo ela sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nestas condições, o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se e abusivo ou não o reajuste tarifário deferido pelo Poder Concedente, e se ele seguiu a liturgia legal que norteia a matéria.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso¹¹⁵, no exercício do cargo de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, afirmou que o Tribunal de Contas não poderia interferir nas decisões político-administrativas das agências reguladoras, sendo inadmissível a requisição de planilhas e relatórios que especifiquem fiscalização e procedimento adotados na execução contratual.

No entanto, conforme assevera Alexandre de Aragão¹¹⁶:

Ao nosso ver, o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público, etc.

Por fim, incumbe ao Senado Federal a aprovação dos diretores das agências reguladoras após a indicação do Presidente da República, nos termos do artigo 5º da Lei 9.986/2000:

Art. 5o O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

¹¹⁴ GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Contrato Administrativo. Disponível em <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/o_cade_e_o_contrato_administrativo.pdf> Acesso em 16/06/2014.

¹¹⁵ *Apud* ARA GÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 364.

¹¹⁶ ARA GÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 364.

3.2. Poder Judiciário

Conforme relata Egon Bockmann Moreira ¹¹⁷, alguns autores, impressionados com a “*extrema complexidade com que frequentemente se apresentam os problemas administrativos*”, procuraram afastar do controle pelo Poder Judiciário determinados setores do direito administrativo, dentre os quais se enquadraria a atuação normativa das agências reguladoras.

Nesse sentido, Bernatzik¹¹⁸ define a discricionariedade técnica como:

... todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica (“elevada complexidade das premissas factuais”), retiradas do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica.

Admitida estas premissas, ao Poder Judiciário incumbiria apenas a análise dos requisitos formais para a edição do ato. O controle jurisdicional dos atos administrativos sujeitos à discricionariedade técnica restringir-se-ia aos chamados “erros grosseiros”¹¹⁹.

Porém, conforme pondera o administrativista, não há uma definição uniforme do que seja uma “decisão altamente técnica” e, ainda que houvesse, o juiz teria o auxílio de peritos para proferir a sua decisão. Também não é diferenciar com segurança um “erro grosseiro” de um “erro não grosseiro”¹²⁰.

Em síntese, este posicionamento doutrinário não prosperou no direito brasileiro, uma vez que o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1998, ao dispor que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, estabelece a inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário da atuação das agências reguladoras.

¹¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. O Poder Normativo das Agências Reguladoras *in* ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 164.

¹¹⁸ *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. O Poder Normativo das Agências Reguladoras *in* ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 164.

¹¹⁹ Id, *ibidem*.

¹²⁰ Id, *ibidem*. P. 165.

Em contrapartida a esta corrente doutrinária que afasta quase por completo a atuação do Poder Judiciário no controle da função regulatória, Milene Lousi Renée Coscione¹²¹ entende que não há parcela do ato administrativo, ainda que discricionário, que não esteja sujeito ao controle jurisdicional.

Em sua dissertação de mestrado, a autora, baseando-se no agigantamento do Direito com a introdução do discurso jurídico de princípios, os quais agregam razões de ordem econômicas, políticas e morais, impede o estabelecimento de barreiras à atuação do Poder Judiciário no controle da Administração Pública¹²².

Nesse sentido¹²³:

Ademais, entendemos que o cotejo da legalidade do ato administrativo discricionário, especialmente dos seus motivos e finalidade, por meio da aplicação dos princípios gerais de direito, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade, importam em alguma medida, na análise dos aspectos subjetivos que serviram de móvel para a tomada da decisão pela autoridade administrativa. Essa avaliação, a nosso ver, abrangeria também direta ou indiretamente, o exame da conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, o que faria, portanto, ser sem sentido a defesa pela preservação da incolumidade do *mérito* administrativo.

Por fim, não vemos no controle do mérito do ato administrativo discricionário violação ao Princípio da Separação de Poderes, mas sua reafirmação.

Em que pese a notável argumentação desenvolvida pela então mestranda, não vislumbramos a convivência entre o princípio da separação de poderes e o controle jurisdicional desmedido sobre os atos do Poder Executivo. Com efeito, em que pese não mais se admitir a separação absoluta das funções do Estado, ante o reconhecimento do compartilhamento de atribuições normativas e administrativas entre os Poderes, não se pode olvidar que a cada Poder corresponde um dado conjunto de atribuições constitucionalmente fixados.

Grosso modo, ao Poder Legislativo incumbe o poder normativo primário, bem como a fiscalização da atuação de todo o Estado brasileiro; ao Poder Judiciário, a verificação da adequação de condutas, particulares ou estatais, ao direito brasileiro; ao Poder Executivo, por meio da Administração Direta ou Indireta, a concretização do ordenamento

¹²¹ COSCIONE, Milene Lousi Renée. A Discricionariedade no Processo Decisório da Agência Nacional de Telecomunicações. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. Pp. 173/175.

¹²² COSCIONE, Milene Lousi Renée. A Discricionariedade no Processo Decisório da Agência Nacional de Telecomunicações. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. Pp. 173/175.

¹²³ Id, ibidem.

jurídico, com a prestação de serviços públicos em sentido amplo, direção da atuação estatal e representação do país nas esferas internacionais.

Embora seja inegável que a permeabilização do ordenamento jurídico a normas principiológica tenha reduzido a margem de liberdade concedida não apenas ao administrador, mas também ao legislador e ao juiz, não se pode ignorar que ainda assim permanece significativo universo de possibilidades na atuação do agente público.

O discurso de que princípios constitucionais, legais ou morais restringem a atuação administrativa em cada caso a uma única solução juridicamente admissível é antidemocrática, pois presume que apenas um conjunto de valores, coincidentemente idênticos às preferências dos seus defensores, mostra-se superior aos demais interesses envolvidos na questão.

Ademais, o controle irrestrito da atuação administrativa pelo Poder Judiciário, em última análise, não afastaria a subjetividade na análise da conveniência e da oportunidade no controle do setor regulado, apenas a transferiria dos diretores das agências reguladoras aos juízes.

Entre os extremos da impossibilidade de apreciação dos atos sujeitos à “alta discricionariedade técnica” e da negação da autonomia decisória da Administração Pública, é possível compatibilizar os interesses envolvidos com a redefinição das margens da discricionariedade, a qual passa a ser limitada não apenas pela lei, mas pelo direito como um todo.

Dessa forma, ao Poder Judiciário caberia não apenas a análise formal da atuação das agências reguladoras, mas também pela compatibilização da função regulatória com princípios constitucionais e legais. Porém, ao verificar que a atuação da agência reguladora está amparada pelo ordenamento jurídico, não poderá o juiz substituir a decisão administrativa, ainda que considere que existam hipóteses mais adequadas, em sua opinião, ao caso em questão.

Discorda-se, dessa forma, do posicionamento de Alexandre de Aragão, que considera que, em situações excepcionais, seria possível a substituição da decisão da agência reguladora pelo Poder Judiciário¹²⁴, uma vez que o presente trabalho adota o posicionamento de que, em uma sociedade multifacetada, complexa e integrada na economia global, não se

¹²⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 379.

vislumbram casos em que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, só se possa extrair uma solução legítima, ressalvada a atuação vinculada da Administração Pública.

3.3. Poder Executivo

Por fim, passa-se à análise do relacionamento entre Poder Executivo e as agências reguladoras, o qual, sem dúvidas, é o ponto mais controvertido do controle da função regulatória. Da análise da participação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no controle das agências, observa-se que os instrumentos jurídicos disponíveis não se diferenciam significativamente dos tradicionalmente utilizados no controle da Administração Pública em geral e do poder regulatório.

Conforme demonstrado no Capítulo 2, *supra*, uma das mais polêmicas controvérsias acerca da atuação das agências reguladoras, nos Estados Unidos e no Brasil, está justamente na maior autonomia dos seus dirigentes em relação ao chefe do Poder Executivo e, conseqüentemente, da diferenciação da supervisão ministerial.

Preliminarmente, ressalte-se que as agências reguladoras, uma vez que foram organizadas sob o regime jurídico das autarquias e conseqüentemente passaram a integrar a Administração Indireta, sujeitam-se à supervisão ministerial, nos termos dos artigos 84, II e 87, parágrafo único, II da Constituição Federal, bem como do artigo 19 e seguintes do Decreto-Lei 200/67.

Esta supervisão, em relação às agências reguladoras, não é exercida com base no poder hierárquico, ante a inexistência de hierarquia *stricto sensu* entre a Administração Indireta e a Administração Direta, mas sim em poderes de direção legalmente fixados, ou, nos termos das leis instituidoras, da vinculação da agência ao Ministério responsável pelo setor.

Nesse sentido, Alexandre de Aragão, com base na doutrina de Massimo Severo Giannini, diferencia hierarquia de direção nos seguintes termos¹²⁵:

- (a) Hierarquia: Neste caso há uma relação de constante sujeição de um órgão ou ente a outro. Ela é a espécie mais antiga de subordinação e, por esta razão, às vezes é, equivocadamente, com ela confundida. Na hierarquia, temos uma total possibilidade de ingerência do órgão superior sobre o inferior, seja através da revogação ou anulação dos seus atos, na delegação ou avocação de competências, recursos hierárquicos, etc. O fenômeno se explica porque, na verdade “o órgão superior tem mesmo uma competência compreensiva da competência do órgão subordinado, fungível com a do órgão inferior”. Nestes casos, o órgão superior não apenas possui poder de controle, como ainda de dar ordens e de substituição, pelo qual pode sempre substituir a ação do órgão ou da entidade inferior.
- (b) Direção: Nestes casos, um centro de competência não pode dar ordens ao outro, mas apenas fixar-lhe as diretrizes e controlar-lhe os resultados. O controle exercido sobre o órgão subordinado não poderá consistir em poder de substituição, revogação ou em delegação obrigatória e, o poder de anulação, deve ser admitido excepcionalmente, apenas nos casos em que o ordenamento expressamente o admitir.

O artigo 26 do Decreto-Lei 200/67 disciplina a supervisão ministerial na Administração Indireta como uma forma de controle essencialmente finalístico e financeiro, mantendo a autonomia do ente supervisionado na consecução dos seus objetivos. Especificamente, o Decreto-Lei estabelece os seguintes poderes aos Ministros de Estado:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

- I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.
- II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.
- III - A eficiência administrativa.
- IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

¹²⁵ ARAÇÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 381/382.

- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público.

Entretanto, a demissibilidade *ad nutum* dos dirigentes das autarquias implicou, em termos práticos, na substituição do controle finalístico por um controle “quase hierárquico”, uma vez que o dirigente que contrariasse os interesses da Administração Direta poderia ser simplesmente substituído.

A fixação de mandados dos diretores de agências reguladoras implicou não apenas a consagração da autonomia que já havia sido concedida juridicamente aos entes da Administração Direta, mas também na necessidade da retomada de estudos acerca das características e dos limites do controle finalístico. Não surpreende, dessa forma, a inicial controvérsia causada pelas leis instituidoras da ANEEL, ANATEL e ANP.

Neste contexto de reformulação do controle finalístico sobre a Administração Indireta, as leis instituidoras das agências reguladoras, sem prejuízo de vincularem as agências aos respectivos ministérios, estabelecem a vinculação do regulador aos *standards* legalmente fixados e à política pública do setor.

Nesse sentido, a Lei 9.478/97 criou o Conselho Nacional de Política Energética “*presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais*” (art. 2º, *caput*) e a Agência Nacional do Petróleo, ainda sem as menções ao gás natural e biocombustíveis em seu nome, com o fim de implementá-las (art. 8º, I).

Semelhantemente, a Lei 11.182/05 estabelece em seu artigo 3º que compete à Agência Nacional de Aviação Civil “*observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal*”.

Por sua vez, a Lei 9.472/97 dispõe que:

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e

funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

Dispositivos semelhantes, com variados graus de precisão, são encontrados nas demais leis das agências reguladoras, implicando a regra geral de que ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministérios ou pelos órgãos legalmente criados para tanto, estabelecer a política do setor, cuja execução é deixada a cargo das agências reguladoras.

Não surpreende esta estrutura organizacional dos setores regulados, tendo em vista as atribuições constitucionais do Presidente da República e de seus Ministros, as quais não podem, em hipótese alguma, serem afastadas pela legislação infraconstitucionais. Ademais, em termos lógicos, só se vislumbra a possibilidade de um controle finalístico com a prévia definição dos objetivos a serem alcançados e, sob a análise do controle das atividades públicas, é recomendável que os objetivos sejam fixados por pessoa ou entidade diversa da responsável pela execução, sob pena desta tornar-se incontrolável.

Em que pese a clareza teórica das afirmações supramencionadas, a realidade da prática regulatória e do relacionamento entre as agências reguladoras e os Ministérios aos quais elas estão vinculadas gera fundadas dúvidas acerca dos limites da supervisão ministerial. Mais especificamente, poderão os Ministros de Estado substituírem as decisões

das agências reguladoras? Neste contexto, seria admissível o chamado recurso hierárquico impróprio?

A resposta a estes questionamentos é encontrada no Parecer Normativo AGU nº 51¹²⁶, o qual apresenta a seguinte ementa:

PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I - -O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170).

II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.

V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.

126

BRASIL. Parecer Normativo nº 51. Diário Oficial da União, publicado em 19/06/2006, Seção 1 p.1-11.

A controvérsia subjacente que levou à edição do parecer normativo em questão iniciou-se com a decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários acerca da ilegalidade da cobrança, pelos operadores portuários do Porto de Salvador, de taxa de segregação dos contêineres destinados aos demais recintos alfandegados, também conhecida como THC2. Não tendo sido deferido seu pedido de reconsideração, a empresa TECON Salvador S/A interpôs recurso hierárquico impróprio na ANTAQ, solicitando o seu encaminhamento ao Ministério dos Transportes.

A agência indeferiu o pedido, alegando não haver subordinação entre a ANTAQ e o Ministério, bem como a ausência de fundamentação legal para o recurso. Inconformada, a empresa peticionou diretamente ao Ministério dos Transportes, o qual conheceu e proveu o recurso, determinando à ANTAQ a alteração de sua decisão, baseando-se na vinculação da agência à supervisão ministerial, bem como no poder geral de avocação do chefe do Poder Executivo.

Por sua vez, a direção da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, embasada em parecer de sua procuradoria, recusou-se expressamente à cumprir a determinação ministerial, reiterando a ausência de hierarquia e afirmando que o Ministério invadiu a competência legalmente concedida à agência.

Remetida a controvérsia à Advocacia Geral da União pela Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, a solução encontrada no parecer normativo procurou equilibrar a autonomia das agências reguladoras, prevista em lei e necessária à estabilização do mercado, com a não menos fundamental supervisão ministerial.

Conforme pondera o parecerista, nem todos os instrumentos jurídicos previstos no artigo 26 do Decreto-Lei 200/67 são aplicáveis às agências reguladoras, ante a existência de mandato de seus dirigentes e a consequente impossibilidade de *demissão ad nutum*. Ademais, observa-se que as leis instituidoras, embora com lastimável atecnia, enfatizaram a autonomia das agências como fator fundamental ao exercício de suas atribuições legais.

Não obstante, esta autonomia só é concedida quanto à atividade fim, isto é, o exercício da função regulatória nos limites fixados pela lei e pela política pública do setor. Dessa forma, embora esta questão não tenha sido questionada na controvérsia inicial, reafirmou-se a sujeição das atividades-meio da agência aos tradicionais mecanismos de controle administrativo.

Quanto às atividades-fim, desde que exercidas nos limites da competência legal, decidiu o parecerista pela impossibilidade de revisão das decisões da agência pela Administração Direta e, conseqüentemente, pela inadmissibilidade de recursos hierárquicos impróprios aos Ministérios.

Aos Ministérios caberia a fixação das políticas setoriais a permanente supervisão das agências reguladoras. No entanto, apenas nas hipóteses em que o regulador passar a violar a política pública setorial, ou atuar além da sua competência legalmente fixada, seria admissível a intervenção ministerial, de ofício ou mediante provocação, por exemplo, por meio de um recurso hierárquico impróprio.

Por fim, tendo em vista que a decisão da ANTAQ não se enquadrou em nenhuma das hipóteses, a Advocacia Geral da União manifestou-se pela impossibilidade da apreciação do recurso hierárquico impróprio pelo Ministério dos Transportes. Em que pese solucionada a controvérsia sob o aspecto administrativo, o parecer normativo não encontrou apreciação unânime pela doutrina especializada.

Nesse sentido, Alexandre de Aragão¹²⁷ afirma que:

Do ponto de vista constitucional, também o parecer-normativo não pode subsistir, por duas razões distintas. A primeira, em virtude da violação da distinção constitucional entre Administração Direta e Administração Indireta, igualando organizacionalmente as duas ao prever a ampla e subjetiva possibilidade de intervenção ministerial (por recurso ou de ofício) sobre as suas decisões, equiparando-as fáctica e juridicamente aos órgãos hierarquicamente subordinados da Administração Direta, equiparação esta que nem o próprio Decreto-lei nº 200/67 faz. Em segundo lugar, o parecer-normativo também é inconstitucional por violar os princípios constitucionais da eficiência, economicidade e celeridade dos processos. Isso porque, na prática, admitir o cabimento do recurso hierárquico impróprio equivale a criar no mínimo mais duas instâncias de julgamento das demandas originárias das agências reguladoras, a saber, os Ministérios ou o Presidente da República, e a AGU, tornando os processos administrativos mais longos, mais caros e, por conseguinte, menos efetivos

...

Não há que se falar, portanto, que o recurso hierárquico impróprio é intrínseco à ideia do presidencialismo, como se, apenas em virtude da adoção desse regime, fosse dado ao Presidente fazer o que bem entender, ao arrepio da Constituição Federal e da legislação ordinária, sobre todas as entidades – dotadas de personalidade jurídica própria e, portanto, também protegidas pelo Princípio da Legalidade (art. 5º, II, CF) – da Administração Indireta. Longe de constituir traço essencial do sistema presidencialista, a supervisão ministerial nos termos vislumbrados pelo parecer-normativo constitui afronta ao Estado Democrático de Direito e ao modelo de agências reguladoras adotado no Brasil, por meio das respectivas leis criadoras. A pretensão de controlar todas as decisões das agências reguladoras remonta, como visto, a uma ideia totalitária do Poder Executivo, aos

¹²⁷ ARAÇÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 396/397

moldes do regime napoleônico, este último curiosamente fundamentado na ausência de legitimidade do governo e no receio quanto à perda de poder.

Em que pese seja extremamente pertinente a crítica do renomado administrativista acerca do prolongamento do processo administrativo pelo recurso hierárquico impróprio, o qual apresenta alta probabilidade de ser reutilizado como a petição inicial em um processo judicial, não se vislumbra a inconstitucionalidade apontada, nem o autoritarismo do Poder Executivo.

Não se pode comparar o regime napoleônico, que culminou com substituição da pretendida liberdade republicana pelo imperialismo monárquico, com o Poder Executivo Brasileiro que, embora longe da perfeição, desde a Constituição Federal de 1988 vem atuando na consolidação do regime democrático, encontrando amparo na vontade do povo brasileiro.

Ao contrário, a impossibilidade absoluta da revisão dos atos das agências reguladoras, cujos dirigentes não são eleitos pela vontade popular, constituiria um bastião antidemocrático no Estado Brasileiro, facilitando o abuso da função regulatória e a captura pelos agentes do mercado.

Ademais, a solução pretendida pelo autor implicaria na violação da competência constitucionalmente concedida ao chefe do Poder Executivo para a direção da Administração Pública, possibilitando que diretores das agências reguladoras nomeadas pelo Presidente anterior mantenham o atual governo refém de partidários da gestão anterior. Curiosamente, não restaria alternativa ao Presidente senão pleitear a anulação do ato regulatório perante o Poder Judiciário, fragilizando a separação de poderes.

Como leciona Arnoldo Wald¹²⁸:

Abusos estes que podem ser evitados através do monitoramento pela lei da atividade regulatória das Agências, ou através de recurso ao Ministério ao qual a Agência está vinculada, e até mesmo mediante recurso ao Presidente da República, pois os preceitos constitucionais são claros: *Compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal e dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, na forma da lei* (art. 84, II e VI, da CF/88). Este monitoramento poderá realizar-se através de pareceres proferidos pela Advocacia-Geral da União, à qual cabe a atividade de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos da Lei Complementar nº 73/93 (vide arts. 1º e 11 desta lei complementar).

¹²⁸ WALD, Arnoldo. O Controle Político sobre as Agências Reguladoras no Direito Brasileiro e Comparado. BDA – Boletim de Direito Administrativo – Setembro/2004. P. 980/981.

Entendemos que o recurso contra a Agência pressupõe, todavia, a violação da lei ou o abuso de direito, não abrangendo situações nas quais lhe cabe competência discricionária, como nos casos de elaboração de edital ou de fixação e revisão de tarifas, respeitadas as normas constitucionais e legais.

No mesmo sentido, Sérgio Guerra¹²⁹ pondera que em relação às agências o controle é excepcional, mas justifica-se no interesse do Estado de salvaguardar a sua política e velar o pelo respeito à lei, como no interesse da própria agência, principal vítima da má gestão de suas representantes, e no interesse dos indivíduos, que podem ter necessidade de se protegerem da atuação do regulador.

Em última análise, a competência legalmente concedida ao Presidente da República de definir as políticas públicas do setor careceria de sentido se não houvesse a possibilidade de afirmá-la em face da entidade executora.

Ressalte-se que, embora a definição de violação das políticas públicas setoriais não seja precisa, a solução adotada pelo parecer normativo consagra o núcleo essencial da autonomia das agências reguladoras, permitindo que os diretores da ANTAQ contrariem as determinações do Ministério dos Transportes e não sejam imediatamente exonerados, como provavelmente ocorreria na ausência das disposições legais acerca dos mandatos.

Em síntese, as agências reguladoras são caracterizadas pela autonomia reforçada legalmente concedida em face do Poder Executivo, ao qual, por meio da supervisão ministerial ou pela direta atuação do Presidente da República, incumbe a definição das políticas públicas setoriais e a preservação da competência da Administração Direta e das demais entidades da Administração Indireta. Neste contexto, legitima-se a intervenção da Administração Direta nas agências reguladoras apenas nos casos de usurpação de competência ou de violação das políticas públicas do setor regulado.

¹²⁹ GUERRA, Sergio. Agências Reguladoras e Supervisão Ministerial. In. ARA GÃO, Alexandre dos Santos. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 375

CONCLUSÃO

Em síntese, as agências reguladoras não representam um instituto verdadeiramente novo no direito brasileiro, mas sim o resultado da evolução da Administração Pública pátria, sob influência da prática estadunidense. No Brasil, adotou-se o modelo das autarquias, às quais foi concedida especial autonomia, caracterizada pela existência de mandatos dos seus dirigentes, formando o chamado regime especial.

Semelhantemente, a função regulatória não foi introduzida no direito nacional juntamente com as agências reguladoras, mas sempre foi exercida pelo Estado, ainda que sem a reunião de todas as características em um órgão ou entidade com viés necessariamente técnico e com relativa autonomia em relação à Administração Direta.

Em que pese a edição de normas jurídicas pelas agências reguladoras caracterizar-se como exercício de poder regulamentar, a função reguladora também compreende competências de cunho diverso. Isto é, a regulação é atividade complexa, que abrange o poder normativo, a função fiscalizadora e, conseqüentemente, a possibilidade de adequação da conduta dos entes regulados por meio de sanções ou induções.

Embora haja interseção entre a função reguladora e a função regulamentadora, a qual é constituída justamente pelo poder normativo das agências reguladoras, verifica-se a inexistência de identidade conceitual entre estas competências da administração pública. Há regulação realizada por meio de instrumentos jurídicos diversos e há regulamentos sem conteúdo regulatório.

O poder normativo das agências reguladoras não é uma delegação do Poder Legislativo, uma vez que só há possibilidade jurídica – e lógica – de se delegar direito próprio. Ao contrário, trata-se de uma competência inerente ao Poder Executivo, agora exercida por ente diverso de seu Chefe, mediante o respeito aos padrões legalmente fixados.

Dessa forma, ao Poder Judiciário cabe a análise da adequação do ato da agência reguladora com o ordenamento jurídico como um todo, não apenas aos dispositivos legais pertinentes, mas sem a indevida interferência no mérito da decisão. O discurso de que princípios constitucionais, legais ou morais restringem a atuação administrativa no caso concreto a uma única solução juridicamente admissível é antidemocrática, pois presume que

apenas um conjunto de valores, coincidentemente idênticos às preferências dos seus defensores, mostra-se superior aos demais interesses envolvidos na questão.

Isto é, ao observar que a decisão adotada pela Administração Pública adequa-se ao ordenamento jurídico, não deverá o Poder Judiciário alterá-la, ainda que considere a existir solução mais adequada, uma vez que não lhe compete a direção dos setores regulados.

A autonomia, no entanto, não se confunde com independência, de sorte que há instrumentos jurídicos disponíveis a cada um dos Poderes no controle da atuação das agências reguladoras. Especialmente relevante a atuação do Presidente da República e dos Ministros de Estado, aos quais incumbe a definição das políticas públicas dos setores regulados.

Neste contexto, observa-se a admissibilidade da supervisão ministerial somente nas hipóteses em que a agência reguladora atuar além de sua competência ou contrariar as políticas públicas setoriais, não havendo possibilidade jurídica de interposição de recursos hierárquicos impróprios ou da atuação revisional de ofício dos ministérios na atividade fim do ente regulador em outras hipóteses.

REFERÊNCIAS

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

_____. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.949-o RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 18/11/99.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 806304 / RS. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília. Julgado em 02/12/2008. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=844421&sReg=200502124091&sData=20081217&formato=PDF> . Acesso em 23/06/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1101040 / PR. Relatora Ministra Denise Arruda. Brasília. Julgado em 16/06/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=893430&sReg=200802374017&sData=20090805&formato=PDF>. Acesso em 23/06/2013

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 27.2.1967, retificado em 8.3.1967, retificado em 30.3.1967 e retificado em 17.7.1967.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 25.7.1991, republicado 11.4.1996 e republicado em 14.8.1998.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 27.12.1996 e republicado em 28.9.1998

_____ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 17.7.1997.

_____ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 7.8.1997.

_____ Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 13.10.1997.

_____ Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998 do Secretário de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 31.12.1998.

_____ Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 27.1.1999.

_____ Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 29.1.2000 - Edição Extra.

_____ Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 18.7.2000.

_____ Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 19.7.2000.

_____ Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 6.6.2001.

_____ Medida Provisória Nº 2.228-1, De 6 de setembro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 10.9.2001.

_____ Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 28.9.2005.

_____ Parecer Normativo nº 51. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1 p.1-11, publicado em 19.06.2006.

_____ Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 24.8.2006

_____ Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, publicado em 28.9.2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. **Curso de Direito Administrativo Econômico** v III. Malheiros Editora: São Paulo, 2006.

COSCIONE, Milene Lousi Renée. *A Discricionariedade no Processo Decisório da Agência Nacional de Telecomunicações*. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

BRESSMAN, Lisa Schultz, RUBIN, Edward L, STACK, Kevin M. **The Regulatory State**. Wolters Kluwer: New York, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. Malheiros Editora: São Paulo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
_____ et al. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. **O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Contrato Administrativo**. Disponível em http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/o_cade_e_o_contrato_administrativo.pdf Acesso em 16 jun. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. **O Direito Regulatório**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 61, mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=34418>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiro Editora, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil: interpretada e legislação constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A independência das Agências Reguladoras**. BDA – Boletim de Direito Administrativo – Junho/2000.

_____. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

_____. (org). **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; SILVA, Cristina Alves da. **Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise do papel do Estado no setor econômico**. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013.

UNITED STATES. United States Supreme Court. **272 U.S. 52 Myers v. United States**. Relator Chief Justice Taft. Julgado em 25.10.1926. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=272&invol=52>>. Acesso em 28/01/2014.

_____. **295 U.S. 602 Humphrey's Executor v. United States**. Relator Justice J. Sutherland. Julgado em 27.05.1935. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/295/602>>. Acesso em 03/02/2014.