O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

MARÍLIA DE ÁVILA E SILVA SAMPAIO*

I — Aspectos gerais do tema; II — Regime jurídico das agências reguladoras; III — O poder normativo das agências reguladoras; IV — Conclusão; V — Referência bibliográficas.

I — Aspectos gerais do tema

A criação das agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro insere-se dentro de um panorama de reforma do Estado, com vistas à criação de um novo modelo de gestão capaz de modernizá-lo. Tal fenômeno justifica-se a partir da constatação de que o Estado Social, com atuação em todos os setores da vida da sociedade, mostrou-se ineficiente na prestação de serviços públicos como resultado de seu crescimento desmesurado. Assim, impôs-se uma limitação ao intervencionismo estatal, redirecionando sua atuação especificamente para suas funções de fomento e garantia do acesso do cidadão aos serviços públicos, ainda que prestados pelo setor privado.

Não obstante, a retirada do Estado da prestação direta dos serviços ou do exercício de uma atividade econômica não significa uma redução de seu intervencionismo ou mesmo o retorno ao modelo de Estado Liberal. Ao contrário, em se tratando de serviços essenciais e relevantes, *pari passu* à retração do Estado na prestação direta dos mesmos, assistimos ao aumento da necessidade de sua regulação indireta, de modo a garantir seu controle e fomento, mesmo depois de sua transferência aos particulares.

Das críticas iniciais feitas ao modelo das agências reguladoras, destaca-se a que as mesmas não representaram qualquer novidade na estrutura burocrática brasileira, mormente pelo fato de que não representam sequer um novo tipo de organização

* Juíza de Direito do TJDF. Especialista em Direito.Administrativo pela Universidade Católica de Brasília e Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário de Brasília — UNICEUB.

administrativa, mas uma autarquia, figura já existente em nosso ordenamento desde o final da década de 30. Bem assim, atual modelo de reforma teve como precedente a mudança implementada pelo Decreto-lei 200, o qual criava a administração indireta, composta por autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, com o objetivo de aumentar a produtividade do Estado, com a criação de entes descentralizados de operação flexível, segundo planejamento coordenado. Dessa forma, a atuação independente em relação aos órgãos da administração direta sempre foi da essência do processo de descentralização administrativa e não propriamente uma novidade.

Entretanto, como ensina CAIO TÁCITO "uma longa herança patrimonialista na gestão pública e a freqüência de abusos e desvios na condução das atividades descentralizadas levaram contudo, a um processo crescente de limitação de autonomia a importar a inoperância de resultados." [1]

Assim, a criação das agências reguladoras visam a atender às novas necessidades de regulação pelo Estado, sem que seja ele o direto prestador dos serviços públicos tidos como de relevância social. Sobre o tema ensina Floriano MARQUES NETO.

> *"nos processos que vêm se desenvolvendo ultimamente em setores que poderíamos qualificar como estratégicos, aparece como peça-chave a criação de órgãos de novo perfil, com funções técnicas bem delimitadas e um maior grau de independência ou autonomia frente às forças políticas. Através da criação deste tipo de órgãos busca-se romper com a identificação das funções de regulação com as de atividade econômica caracterizadas até agora por monopólios."* [2]

Ainda no que concerne ao contexto de criação das agências reguladoras, a par da necessidade de controle pelo Estado das empresas que passaram ao domínio privado, porquanto indispensáveis para a economia e infra-estrutura do mesmo, outro fator deve ser apontado como responsável pelo surgimento das agências na estrutura administrativa brasileira, qual seja, a necessidade de independência dos novos órgãos em relação ao poder político. Os vultosos investimentos demandados pela privatização de certas atividades impõe a certeza de que seu desempenho não ficará adstrito a qualquer interesse político que comprometer o desempenho técnico das mesmas. Conrado HÜBNER Mendes, ao analisar a questão, afirma que

> *"a privatização de empresas estatais demanda investimentos de grande monta por parte dos agentes econômicos multinacionais, que, por sua vez, pretendem conferir segurança a seus capitais.*

1 *Reforma de Estado e a modernidade administrativa.* RDA. Jan./mar. 1999. pp. 1-7.

2 O autor faz referência a Matilde Cárlon Ruiz como autora do pensamento transcrito. *In A nova regulação Estatal e as agências independentes.* Direito Administrativo Econômico. Malheiros. São Paulo. 2000. p. 75.

Sendo assim, a regulação que venha sofrer certa atividade não deve estar submetida a interesses políticos, que, geralmente, sopesam outros fatores que não os meramente técnicos de cada atividade. Diante dessa realidade, fez-se necessária a criação de um ente que, além de suas peculiaridades específicas, detenha um outro traço fundamental: independência em relação ao poder político." [3]

II — Regime Jurídico das Agências Reguladoras

Antes de analisarmos a questão relativa ao poder normativo das agências reguladoras, impende registrar algumas de suas principais características, principalmente no que tange à sua natureza jurídica, independência e especialização de suas atividades.

Quanto às agências reguladoras já criadas, as mesmas possuem natureza de autarquias de regime especial, na forma definida nas respectivas leis que as criaram. O conceito de autarquia encontra-se insculpido no art. 5°, I, do Decreto-lei 200, como sendo o "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada." A locução adjetiva de *natureza especial*, atrelada ao termo autarquia, quer significar que a entidade possui um grau mais intenso de autonomia, gozando de prerrogativas estipuladas em suas leis instituidoras que extrapolam a autonomia da autarquia comum. Não significa isto que as agências reguladoras possam agir em desconformidade com os princípios norteadores da Administração Pública, ínsitos no texto constitucional, mormente o princípio da legalidade. Entretanto, possuem uma margem maior de discricionariedade, de acordo com o novo espírito que norteia a atividade estatal, qual seja, o de que o Estado deve funcionar melhor e ser mais econômico ao consumidor, nos moldes preconizados por um modelo de administração gerencial.

Quanto a sua propalada independência, verifica-se na legislação instituidora das diversas agências que, no geral, as mesmas serão dirigidas por um colegiado, composto por um Diretor-Geral e outros diretores, sendo um com a função de ouvidor, como garantia de transparência e imparcialidade na condução das atividades do órgão. Bem assim, os diretores são nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação pelo senado Federal, sendo detentores de estabilidade, ou seja, gozam de proteção contra a exoneração imotivada. Dessa forma, a destituição de seus dirigentes deverá estar vinculada ao descumprimento de suas função, o que será apurado em processo administrativo, com todas as garantias.

Merece destaque ainda que os dirigentes das agências não podem manter qualquer vínculo com as empresas prestadoras do serviço, ou seja, empresas concessio-

3 Condo HÜBNER Mendes. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo parâmetros para a discussão.* Direito Administrativo Econômico. Malheiros. são paulo. 2000, p. 109.

nárias, permissionárias, autorizadas, produtora independente ou prestadora de serviço contratada.

De outra parte, além da independência legal das agências, consubstanciada a partir dos mecanismos acima mencionados, verifica-se a existência de uma independência que a doutrina denominou de real, uma independência fruto de outros fatores além das disposições legislativas, tais como o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada, a qualidade de seu corpo técnico, a disponibilidade de recursos para o seu funcionamento e até mesmo as personalidades de seus diretores.[4]

Por fim, no que concerne ao controle das agências, verifica-se que como autarquias que são, submetem-se ao poder de tutela e supervisão exercido pelo Ministério ou Secretaria à qual se encontram vinculadas. No entanto, como são de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, na lição de Maria Sylvia Zanella DI PIERTO.[5]

III — O poder normativo das agências reguladoras

Segundo ensina CAIO TÁCITO, as agências reguladoras, como autarquias especiais que são, "assumem as atribuições próprias do poder concedente, inclusive com poderes normativos."[6]

Todavia, muito embora a questão atinente à existência de um poder normativo das agências reguladoras caminhe no sentido de afirmar-se que as mesmas possuem de fato tal poder, considerando que é de essência da noção de ente regulador a possibilidade de atuação por meio de atribuição normativa, a questão, em face do direito constitucional, apresenta-se polêmica.

Na história constitucional brasileira, merece destaque o fato de que todas as Constituições expressamente consignaram o princípio da separação dos poderes estatais, sendo tal princípio, em sua forma clássica, inspirado pela concepção de John LOCKE da indelegabilidade de funções entre os poderes. Assim a delegação legislativa para o Poder Executivo somente poderia dar-se sem força de lei, como norma subordinada.

Sob essa perspectiva, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao analisar a função reguladora das agências em questão, manifestou-se no sentido de que suas atribuições limitar-se-iam às estritas funções que o poder concedente exerceria nos casos de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, quais sejam, regulamentar os serviços, realizar atos administrativos tendentes à celebração dos contratos, definir tarifas, sua revisão ou reajuste, fiscalizar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão

4 Em resumo apresentado por ARNOLD WALD e Luiza Rangel MORAES. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa.* A. 36. N. 141. Jan./mar. 1999.

5 *Parcerias na Administração Pública.* 3ª ed. Atlas. São Paulo. 1999.

6 Op. Cit., p.

de bens ao término da concessão e ouvir as reclamações dos usuários dos serviços. Ademais, afirma a ilustre administrativista que as duas únicas agências que possuem previsão constitucional são a ANATEL e a ANP, que receberam delegação de função a partir do próprio texto constitucional. Já as demais não têm previsão constitucional e, conseqüentemente, a delegação de função normativa é feita pela lei instituidora da agência.

Dessa forma, conclui a referida doutrinadora que a função normativa que exercem as agências, não pode, "sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas não podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro."[7]

No mesmo sentido ensina a professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO que as agências reguladoras brasileiras não podem ter papel normatizador, a exemplo do que acontece com as agências americanas, pois, no direito brasileiro, obrigações somente se criam por lei, limitando-se o poder regulamentar, cometido ao Presidente da República, a fixar parâmetros para a execução de leis. Afirma ainda a citada professora que mesmo nos Estados Unidos "após uma maior liberdade outorgada pelo Legislativo às ditas agências, houve a percepção de que esse fato poder-se-ia constituir em invasão das competências do Poder Legislativo."[8]

Noutra toada, impende registrar que, numa interpretação sistemática do texto constitucional e da legislação instituidora das agências existentes, não se pretende que as agências atuem à margem do princípio da legalidade. Sobre a questão, merece acolhida a lição de Benedicto PORTO NETO ao afirmar que "não resta dúvida de que a pura e simples delegação de competência normativa para a Administração não é comportada pelo ordenamento jurídico. A lei não pode simplesmente autorizar que a Administração Pública exerça a função normativa. Seria verdadeiro despropósito admitir que a Constituição repartisse as funções do Estado (função legislativa, executiva e jurisdicional) para permitir que, posteriormente, o legislador as reunisse num ou noutro ente."[9] Assim, a delegação de competência normativa se torna legítima desde que respeitados os estritos limites estabelecidos na lei instituidora da agência, afastando qualquer afronta ao texto constitucional.

Aliás, longa é a tradição dos países continentais em reconhecer espaço normativo à Administração, por intermédio de delegação legislativa. Consoante ensina DIOGO DE FIGUEIREDO Moreira Neto, citando classificação apresentada por Eduardo Garcia de ENTERRIA, as principais técnicas de delegação legislativa são: a delegação receptícia, a remissão e a deslegalização.

A primeira espécie, a delegação receptícia, consiste na transferência de função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, nos estritos limites determinados pelo ato de delegação. Com o exercício da delegação, o Poder

7 *Direito Administrativo*. 13ª ed. Atlas. São Paulo. 2001. pp. 397/398.

8 *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Malheiros. São Paulo. 2000.

9 *A regulação e o direito das telecomunicações*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros. São Paulo. 2000. pp. 290.

Legislativo assume o conteúdo da norma delegada, sendo exemplo, no Brasil, as leis delegadas, previstas no art. 59, IV c/c art. 68 da CF.

Já na delegação remissiva há uma remessa pela lei de uma normatividade posterior para que a Administração regulamente o texto legal. Tal normatividade não tem força de lei e seu exercício não esgota a delegação, que poderá ser revogada ou alterada a qualquer tempo, pois o Poder Legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma. No direito brasileiro essa é a forma de delegação mais antiga e se consubstancia no poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo.

No que concerne à terceira técnica de delegação, a chamada deslegalização, ensina DIOGO NETO que a mesma teve origem na doutrina francesa de *délégation de matiières*[10], considerando que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas tão-somente o exercício, para admitir que o próprio legislador poderia retirar certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento.

E continua o citado administrativista "a lei de deslegalização não necessita sequer penetrar na matéria de que trata bastando-lhe abrir a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por atos próprios que, por óbvio não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa continuar a ser exercido um controle político sobre suas eventuais exorbitâncias."[11] Assim o referido autor, citando Gianmario DEMURO, o qual define a deslegalização como sendo "a transferência de função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa", conclui que tal conceito pode ser utilizado para definir o processo em curso no Brasil, submetendo-se a deslegalização a certos limites.

Merece registro, por oportuna, a lição de Benedito PORTO NETO, ao afirmar que

> "*é legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e concreta, fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei). Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio dela, ser alcançadas. Fica superado, então o questionamento constitucional a respeito da possibilidade do exercício de competência normativa pela Agência, em face do princípio da legalidade.*"[12]

Ainda no que concerne ao poder normativo das agências reguladoras, impende mencionar questão que enseja acirrados debates na doutrina pátria, qual seja, a existência ou não de uma discricionariedade técnica dos órgãos reguladores.

10 Segundo o mencionado autor fora adotada a referida teoria na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907, com destaque dado por Maurice HAURIOU. Op. cit. p. 166.

11 DIOGO DE FIGUEIREDO Moreira Neto. Op. cit. p. 166.

12 Op. cit. p. 291.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em seu livro *Parcerias na Administração Pública*, ensina que no direito norte americano as agências possuem função quase-legislativa, pois podem baixar normas inovadoras na ordem jurídica, mencionando que, no passado, em razão do elevado grau de especialização das mesmas, reconhecia-se também largo grau de discricionariedade técnica. Tal discricionariedade podia ser definida como uma esfera na qual os atos das agências, mesmo os regulatórios, "por envolverem conhecimentos técnicos, estavam fora do controle judidicial" [13], cometendo às agências a competência para normatizar questões que envolvessem aspectos técnicos.

No Brasil, entretanto, não reconhece a ilustre administrativista fundamento para a reserva de uma discricionariedade técnica para as agências, pois "embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes é afeta, não se pode, *a priori*, excluir esses aspectos do controle judicial." E continua a citada autora afirmando que

> "*na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade de o Judiciário examinar matéria de fato, por mais técnica que seja (e o faz, em regra, com a ajuda de peritos), e na medida em que é perfeitamente possível o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial.*" [14]

Não obstante, DIOGO DE FIGUEIREDO, ao analisar o tema, ensina que o Direito público moderno separa nitidamente a discrionariedade político-administrativa da discricionariedade técnica, sendo esta última o "próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências reguladoras" [15], pondo em evidência a importância da regra técnica na Administração, desde que respeitados os estritos limites da "margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discrição dos respectivos agentes técnicos." [16]

Além dos limite estabelecidos em lei, a discricionariedade técnica somente existirá quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente, adverte o citado autor, pois tal limitação, em sua opinião, "afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade" [17], afastando ainda decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais.

De toda sorte, reconhecendo-se que a chamada discricionariedade técnica visa a afastar de certas decisões os juízos de conveniência e oportunidade, típicos da

13 Op. cit. p. 135.
14 Op. cit. p. 145.
15 Op. cit. p. 169.
16 Idem.
17 Op. cit. p. 170.

discricionariedade político-administrativa e integrantes do clássico conceito de mérito do ato administrativo e considerando-se que pacificamente doutrina e jurisprudência concordam acerca da intangibilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, não se pode afirmar, sem afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5°, XXXV da Constituição Federal, que os aspectos da discricionariedade técnica estariam, de antemão, excluídos da apreciação judicial. Isso porque, repita-se, os aspectos técnicos não se pautam pelos juízos de mérito, não estando apriorísticamente infensos ao exame judicial.

IV — Conclusão

Quando se discutem questões relativas às agências reguladoras, verifica-se que existem inúmeras divergências entre os doutrinadores, mas a maior delas é, sem dúvida, acerca da existência de um poder normativo das mesmas e quais seus limites. No que tange à existência do poder normativo, a doutrina reconhece, de forma majoritária, a existência do mesmo, desde que condicionado aos estritos limites estabelecidos na lei criadora da agência. Trata-se, em verdade, de uma técnica de delegação de competências legislativas utilizada não só em outros países, mas com diversos exemplos no Brasil, mesmo antes da Constituição de 1988.

Em se tratando de deslegalização, a responsabilidade de edição dos atos normativos deixa de ser do Poder Legislativo, abrindo espaço para outras fontes normativas, no caso em exame, as agências, sendo tal competência normativa da essência do processo de modernização das funções do Estado contemporâneo e "a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que ponderam escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta" [18], na autorizada lição de DIOGO NETO.

De outra parte, no instante em que atividades essenciais à sociedade passam a ser prestadas por particulares, não se pode admitir que as decisões quanto aos destinos de tais atividades sejam cometidas exclusivamente a estes, a contingências econômicas ou a interesses políticos. Devem sim estar adstritas a uma nova legalidade que congregue Estado e sociedade na consecução dos interesses comuns, dentro de parâmetros de transparência, especialidade, eficiência e participação.

V — Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito*. Revista de Informação Legislativa. A. 37. N. 148. Out./Dez. 2000. pp. 275-299.

18 Op. cit. p. 162.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo.* Dialética. São Paulo. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas.* 3ª ed. Atlas. São Paulo. 1999.

_____. *Direito Administrativo.* 13ª ed. Atlas. São Paulo. 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo.* 4ª ed. Malheiros. São Paulo. 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *Direito Administrativo Econômico.* Malheiros. São Paulo. 2000.

_____. *Direito das telecomunicações e ANATEL.* Direito Administrativo Econômico. Malheiros. São Paulo. 2000.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Agências Reguladoras e as suas características.* Revista de Direito Administrativo. Out./dez. 1999. Rio de Janeiro. pp. 71-91.

MENDES. Conrado Hübner. *A reforma do estado e as agências reguladoras: estabelecendo parâmetros de discussão.* Direito Administrativo Econômico. Malheiros. São Paulo. 2000.

NETO, Diogo de figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo.* 2ª ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2001.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle social: possibilidades no âmbito da Reforma do Estado.* DIAP. Brasília. 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agência Reguladora. R*evista de Direito Administrativo. Abr./Jun. 1999. Rio de Janeiro. pp. 125-162.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Introdução às agências reguladoras.* Direito Administrativo Econômico. Malheiros. São Paulo. 2000.

TÁCITO, Caio. *A reforma do Estado e a modernidade administrativa.* Revista de Direito Administrativo. Jan./Mar. 1999. Rio de Janeiro. pp. 2-8.

WALD, Arnold e MORAES, Luiza Rangel de. *Agências Reguladoras.* Revista de Informação Legislativa. A. 36. N. 141. Jan./Mar. 1999. pp. 143-171.

Direito Internacional da Integração

Celso D. de Albuquerque Mello



O DI da Integração estuda as transformações da sociedade internacional no final do século XX, bem como as profundas alterações da norma jurídica internacional. Tem uma pequena teoria geral das organizações internacionais para se inserir dentro dela as organizações econômicas de integração. A Comunidade Européia é a mais desenvolvida e, portanto, a mais estudada. Há também capítulos sobre o Mercosul e organizações internacionais econômicas.

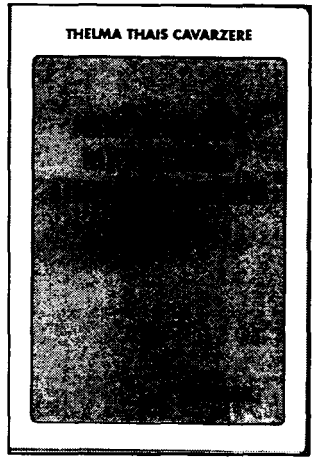
Ref. 0113 **Brochura** **367 págs.**
Form. 14x21 **1996**

Direito Internacional da Pessoa Humana

A Circulação Internacional de Pessoas

Thelma Thais Cavarzere

O estudo do tema dá um passeio pela fascinante história dos movimentos migratórios; detém-se no direito que fundamenta os movimentos humanos, o direito de locomoção; aborda o passaporte, documento sem o qual é impossível transitar; analisa a situação dos refugiados e dos trabalhadores migrantes; dá a posição de alguns Estados quanto ao reconhecimento interno do direito de ir e vir, para encerrar com a história, a posição e a legislação pátria. Espera-se esclarecer as barreiras impostas ao direito de livre locomoção.



Ref. 0082 **Brochura** **280 págs.**
Form. 14x21 **1995**